

E-ISSN: 3023-722X

GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

HAZİRAN 2024

YIL: 2, SAYI: 1

GAÜN-HFD



GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
GAZİANTEP UNIVERSITY FACULTY OF LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2 Sayı/Volume: 1


Yayıncı / Publisher

Gaziantep Üniversitesi/Gaziantep University


Editör / Editor

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ZORLU 
(s.emrezorlu2742@hotmail.com, Gaziantep Üniversitesi)


Editör Yardımcısı / Assistant Editor

Arş. Gör. Muhammed Ali AKAY 
(makay@hotmail.com, Gaziantep Üniversitesi)

Dergi Sekreteryası / Journal Secretariat

Arş. Gör. Edanur Gizem DOĞAN 
(edanur99dgn@gmail.com, Gaziantep Üniversitesi)

Dil Editörü / Language Editor (İngilizce/English)

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN 
(aksahinpolat@gmail.com, Gaziantep Üniversitesi)

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

İletişim/Contact

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gaziantep Üniversite Kampüsü Üniversite Bulvarı
P.K. 27310 Şehitkâmil / GAZİANTEP

E posta: gaunhfd@gantep.edu.tr

İnternet adresleri: <https://hukuk.gantep.edu.tr/pages.php?url=hakkinda-143> &
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/gaunhfd>

İndeks/Index

Ulusal Hakemli Dergi / National Peer-Reviewed Journal

E-ISSN: 3023-722X

Haziran 2024

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

A.ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

1. ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

- | | | |
|---|-------|--|
| Terditli Dava Taleplerinde
Dava Şartı Arabuluculuk
<i>Kemal Haluk ERUYGUR &
Abdullah ERDEM</i> | 1-18 | Mediation as a Condition of
Litigation in Determined
Litigation Claims
<i>Kemal Haluk ERUYGUR &
Abdullah ERDEM</i> |
| İflas Tasfiyesinde Tahsil Edilen
Paraların Nemalandırılması
Gerektiğine Dair Bir Çalışma
<i>Mehmet EVİS</i> | 19-30 | A Study on the Necessity of
Exploitation of the Money
Encashed at a Bankruptcy
Liquidation
<i>Mehmet EVİS</i> |

2. KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

- | | | |
|--|-------|---|
| Anayasa Mahkemesi
Kararlarında Savunma Hakkı
<i>Selçuk AKICI</i> | 31-57 | Defense Right in
Constitutional Court Decisions
<i>Selçuk AKICI</i> |
|--|-------|---|

B.ÇEVİRİ / TRANSLATION

- | | | |
|---|-------|---|
| İnsan Hakları Avrupa
Mahkemesi Glukhin/Rusya
Kararı
(Başvuru No: 11519/20), 2023
<i>Buğra PAKBEŞE</i> | 59-84 | Glukhin/Russia Decision
(Application No: 11519/20), 2023
of European Court of Human
Rights
<i>Buğra PAKBEŞE</i> |
|---|-------|---|

C. MAHKEME KARARLARI / COURT DECISIONS

Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı: 2022/155 Karar Sayısı: 2023/38	85-103	Constitutional Court Decision Ruling Number: 2022/155 Decision Number: 2023/38
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurul Kararı Esas Sayısı: 2015/2493 Karar Sayısı: 2018/250	105-107	Council of State Plenary Session of the Chambers for Administrative Cases Decision Ruling Number: 2015/2493 Decision Number: 2018/250
Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı Esas Sayısı: 2017/701 Karar Sayısı: 2019/6	109-117	Court of Appeal Assembly of Criminal Chambers Decision Ruling Number: 2017/701 Decision Number: 2019/6
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı Esas Sayısı: 2022/436 Karar Sayısı: 2022/1380	119-121	Court of Appeal 9th Civil Chamber Decision Ruling Number: 2022/436 Decision Number: 2022/1380

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Esra SİVEREKLİ	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan V.)
Prof. Dr. Emine KOBAN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tayfun ERCAN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ERDOĞAN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Lider BAL	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAPLAN ARIK	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Almila TANRIVERDİ	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Bayram ÖZBEY	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Eray Sinan DEMİRHAN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hakan CİNDEMİR	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ZORLU	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Esra SİVEREKLİ	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan V.)
Prof. Dr. Emine KOBAN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer KORKUT	(Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fatih BİRTEK	(Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tayfun ERCAN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Özgür ALTINBAŞ	(Gaziantep Üniversitesi Sağlık Hizmetleri MYO)
Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK	(Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Emir KAYA	(Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ercan YAŞAR	(Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Tanju SARIGÜL	(Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA	(Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

TERDİTLİ DAVA TALEPLERİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK
*MEDIATION IS A CONDITION OF LITIGATION
IN DETERMINED LITIGATION CLAIMS*



Kemal Haluk Eryugur^{1*}



Abdullah Erdem^{2*}

¹ Dr. Öğr. Üyesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep, Türkiye, khuluk.eryugur@hku.edu.tr.

² Avukat, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, abdullaherdem27@hotmail.com.

*Sorumlu Yazar/Corresponding Author

Öz: Arabuluculuk, günümüz yargı sisteminde davaların uzun sürmesinden ötürü, mahkemeler üzerindeki iş yükünün hafifletilmesine yönelik sunulan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en sık kullanılan türlerindedir. Ülkemizde yoğun bir şekilde uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk, temelinde ihtiyari arabuluculuk şeklinde uygulanırken, zaman içerisinde sağlamış olduğu birçok avantajlar nedeniyle dava açılmadan önce başvurulması zorunlu hale gelerek usul hukuk anlamında dava şartı haline gelmiştir. Dava açıldığı sırada davacının taleplerini aralarında bir aslilik-fer'iilik ilişkisi kurarak aynı dilekçede ileri sürme imkânı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında "terditli dava" olarak sunulmuştur. Terditli davada, dilekçede iki ayrı talebini aralarında bir derecelendirme bir diğer deyişle bir kademelendirme yaparak ileri sürmektedir. Taleplerinden ilki asli talep, diğeri fer'i talep olarak nitelendirilmektedir. Bizde bu çalışmamızda Türk hukukunda dava şartı arabuluculuk kapsamında terditli davalara ilişkin problemler ve bunlara yönelik çözüm önerileri sunmaya çalışacağız. Çalışmamızda, konuya ilişkin kanuni düzenlemeler, öğretiyeye dair görüşler, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın kararlarına dayanılarak analitik bir tutum izlemeye ve elimizden geldiğince karar analizi yapmaya çalışacağız. Çalışmamızda, mahkeme uygulamaları ve öğretilerdeki görüş ayrılıklarının temelinde kanuni düzenlemelerinin yetersiz olduğu ve bu yetersizliğinde beraberinde getirdiği boşlukların sebep olduğu tespit edilmiştir. Kanun koyucunun bu hususta yapması gereken şeyin terditli davalarda dava şartı arabuluculuğa yönelik olarak daha belirgin bir kanuni düzenlemeyle farklı görüş ve yorumları ortadan kaldırmasının mümkün olacağı kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Terditli Dava, Dava Şartı Arabuluculuk, Mahkeme Kararları, Arabuluculuk, Davaların Yığılması.

Geliş Tarihi/Received:
18.04.2024

Kabul Tarihi/Accepted:
12.06.2024

Yayımlanma Tarihi/
Available Online:
30.06.2024

Abstract: Mediation is one of the most commonly used alternative dispute resolution methods aimed at alleviating the workload on courts due to the lengthy duration of cases in today's judicial system. Widely practiced in our country, mediation, as a form of voluntary mediation, has become mandatory to resort to before filing a lawsuit over time due to the many advantages it offers, thus becoming a procedural condition in terms of procedural law. The opportunity for the plaintiff to present their demands by establishing a relationship of priority in their petitions, known as "conditional lawsuit" within the scope of Law No. 6100 on Civil Procedure, is presented. In a conditional lawsuit, the plaintiff presents two separate demands in their petition by establishing a prioritization, in other words, a gradation. The first of their demands is characterized as the principal demand, and the other as the ancillary demand. In this study, we will attempt to present the problems related to conditional lawsuits within the scope of mediation in Turkish law and propose solutions to these problems. In our study, we will adopt an analytical approach based on legal regulations, opinions in doctrine, and decisions of Regional Courts of Appeal and the Court of Cassation, and we will try to conduct decision analysis as much as possible. It has been determined in our study that the root of the differences in court practices and opinions in doctrine lies in the inadequacy of legal regulations and the gaps it brings along. We believe that what the legislator needs to do in this regard is to eliminate different views and interpretations with a more explicit legal regulation regarding mediation as a condition for filing a lawsuit in conditional lawsuits.

Keywords: Action With Gradual Claims, Mandatory Mediation, Court Decisions, Mediation, Accumulation of Claims.

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden sıkça kullanılan yöntemlerinden olan ve uyuşmazlığın taraflarınca uyuşmazlık konusu üzerinde serbest iradeleriyle özgür bir biçimde tasarruf edebildikleri hukuk uyuşmazlıklarının dostane bir yöntemle çözümlenmesini sağlayan arabuluculuk kurumu 2013 yılı itibarıyla hukukumuzda uygulanmaya başlamıştır.

İhtiyari olarak uygulama sahası bulan arabuluculuk müessesesi daha sonraki süreçte ilk önce bazı iş hukuku uyuşmazlıkları, daha sonra bazı ticari uyuşmazlıklar, tüketici hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar, 7445 sayılı kanun çalışması kapsamında kira hukuku, kat mülkiyeti hukuku, komşuluk hukuku, ortaklığın giderilmesi davaları ve son olarak tarımsal üretim sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı haline getirilmiştir.

Hem ihtiyari olarak uygulanan arabuluculuk kurumu hem de birçok alanda uygulanagelen dava şartı arabuluculuklar birçok anlamda fayda sağlamıştır. En başta yargının iş yükünün ciddi oranda azaltılması, davaların daha kısa sürede daha pratik, seri ve uygun maliyetlerle çözüme kavuşturulması vs. gibi faydalar bu anlamda olumlu etkiler bıraktığını söyleyebiliriz. Özellikle iş hukukunda işçi-işveren ilişkisinin korunarak işçilerin haklarına hızlı bir şekilde ulaşması, ticari davalarda dava konusu tarafların serbest piyasada ticari itibarlarının korunması vs. gibi hayati fonksiyonlara sahip olması nedeniyle de kişiler arasındaki ilişkilerin çok fazla zarar görmemesi ve ilişkilerin devamını sağlama gibi birçok olumlu dönüşler sağlanmıştır. Özellikle ticari davalarda mahkeme sürecinde mahkemenin yetkisi dışında kaldığından ve birbirleriyle rakip durumdaki işletmelerin kendi aralarında yeni yeni ortaklıklar kurması, bayilikler, lisans sözleşmesi yapmak gibi birçok açıdan daha nitelikli çözümler ortaya çıkmıştır.

Tabi bu olumlu yanlarına karşın birçok kanunda özellikle Türk Ticaret Kanunu, İş Kanunu vs. gibi dava şartı arabuluculuğun kapsamının tespitinde öğreti ve mahkeme uygulamaları bakımından birçok problem ve tereddütler de yaşanmaktadır. Öğretide yaşanan görüş ayrılıkları mahkemelerin kararlarına da yansımakta aynı konu ile alakalı farklı farklı birbirleriyle çelişen kararlar çıkmaktadır¹.

Bu çalışmamızda dava şartı arabuluculuk kapsamında terditli davalara yargılama makamlarının görüşleri, görüşler arasındaki farklılıklarla beraber ortaya çıkan problemler ve çözüm önerileri sunmaya çalışacağız. Öncelikli olarak dava şartı arabuluculuk ile alakalı bilgiler verilecek, daha sonra terditli davalar ve bu dava türüne ilişkin dava şartı arabuluculuğa ilişkin yargı kararları tartışılacaktır.

1. Genel Olarak Arabuluculuk Kurumu

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde kendisine sıkça uygulama alanı bulan arabuluculuk kurumu, kanun koyucu tarafından mevzuatımıza yakın bir zamanda dâhil edilmişse de oldukça eski bir tarihe sahiptir. Tarihçiler çok eski çağlardan beridir kullanıldığını ve ilk kez Fenike'de resmi olarak ise Babylon'da uygulandığı belirtilmektedir². Ülkemizde de Osmanlı zamanında “müslihun” kurumu altında müslih ismiyle bilinen; uyuşmazlıkların taraflarını kadıların

¹Ticari davalarda yaşanan problemlerin TTK m.5/A'nın yorumundan kaynaklandığı ilişkin bkz. İbrahim, Ermenek-Betül, Azaklı Arslan. “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 148, (Haziran 2020), s. 137.

² Detaylı bilgi için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Arabuluculuk>, (Erişim 3 Mart 2024)

Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arabuluculuk

huzuruna gitmeden uzlaştırma, anlaştırma yetkisine sahip olarak bir anlamda ihtiyari arabulucu görevi görmüştür³.

Bir alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 2. maddesinde,; “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır⁴. İlk başlarda ihtiyari bir yöntem olarak uygulanmaya başlayan arabuluculuk müessesesi daha sonra birçok nedenden ötürü dava açmadan önce başvurulması zorunlu hale getirilerek dava şartı haline gelmiştir.

6325 sayılı Kanun (HUAK) 22.6.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 2013 yılından itibaren tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde özgür iradelerine dayanarak tasarrufta bulunabilecekleri özel hukuka dayalı kaynaklı uyuşmazlıklarda uygulanmaya başlanmıştır. Daha sonra 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3, 11 ve 12. maddeleriyle iş davalarının çözümünde “dava şartı arabuluculuk” öngörülmüş ve 01.01.2018 tarihinden itibaren de iş hukuku davalarında dava şartı haline gelmiştir.

Dava şartı arabuluculuk iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde ciddi oranda katkı vermesiyle beraber daha sonraki süreçte ticari uyuşmazlıklarda da dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak düzenlenmiştir. 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi düzenlemesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen 5/A maddesi gereğince ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir⁵.

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 73/A maddesi eklenerek konusu para ile belirlenemeyen tüketici uyuşmazlıklarında veya 11 bin 330 TL üzerindeki tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir⁶.

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷ ile 37. maddesinde 6325 sayılı Kanuna 18/A maddesinden sonra gelmek üzere, aşağıda belirtilen uyuşmazlıklarda davaların açılmasından evvel arabuluculuğa başvurma şartı getirilmiştir. Bunlar;

³ Ahmet Kılınç, *Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu*, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 19.

⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), *Resmi Gazete* 28331 (22 Haziran 2012), Kanun No.6325.

⁵ Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun (ASKPK), *Resmi Gazete* 30630 (19 Aralık 2018), Kanun No. 7155.

⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (HMKYHK), *Resmi Gazete* 31199(28 Temmuz 2020), Kanun No.7251.

⁷ İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (İİKDYK), *Resmi Gazete* 32154(5 Nisan 2023), Kanun No.7445.

a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere (Kira Bedelinin Ödenmemesine Dayanan İlamsız Tahliye ve Kira Süresinin Bitmesine Dayanan İlamsız Tahliye) kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar

b) Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar

c) 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar

ç) Komsu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar (TMK 737-750 md)

Kanun koyucu aynı kanuni düzenleme ile ticari davalarda ve iş davalarında şartı arabuluculuk işlemlerinde uzun süredir karışıklıklara neden olan “menfi tespit, istirdat, itirazın iptali vs. “ davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamına almıştır.

En son olarak 7442 Sayılı Orman Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3. Maddesinin (e) bendinde “Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. ” “şeklinde yer vererek tarımsal üretim sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır⁸.

Kanun koyucu, ihtiyaçlar dâhilinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri, kamu düzenini de ilgilendirmeyen konuları dava şartı arabuluculuk sistemine dâhil ettiğini görmekteyiz. Zaman zaman diğer hukuk dallarına ilişkin olarak da kapsama dâhil edeceğini söylemek mümkündür.

1.1. Dava Şartı Arabuluculuk

Öncelikle belirtmek isteriz ki, özel hukuka tabi uyuşmazlıklarda arabuluculuk ile çözümde süreçte ihtiyarilik esas alınmış olmasına rağmen, dava şartı arabuluculuğun ihtiyari arabuluculuğu özendirme ve uyuşmazlıkların çözümünde yargıya müracaatın ilk akla gelen seçenek olmaktan çıkması umulmaktadır⁹.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 3. maddesine göre, arabuluculuk faaliyetine başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak ve vazgeçmek tarafın iradesine tabidir. Ancak, 7155 sayılı Kanun ile HUAK’a Beşinci Bölüm yani “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” maddesi eklenmiştir. Söz konusu Kanun’un 18/A maddesinin I. fıkrası, “İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk surecine aşağıdaki hükümler uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece arabuluculuk kurumuna başvuru, istisnai olarak, dava şartı hâline getirilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na, 7155 sayılı Kanun ile eklenen “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” başlıklı 5/A maddesine göre, “Bu Kanunun 4 uncu maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesinin I. fıkrasına göre “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Aynı maddenin III. fıkrası uyarınca, “İş

⁸Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculuk Yönetmeliği(TÜSDÜİAY), Resmi Gazete 32296 (1 Eylül 2023).

⁹Sevda, Yaşar Coşkun-Göncü Döner/Munise Seray. “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/4 (Aralık 2020), 92.

kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

Bahsettiğimiz düzenlemeler ışığında öncelikle dava şartı olarak arabulucuya gidilmeli ve dava şartı olarak arabulucuya müracaat edilmeden dava açılmış ise dava şartı eksikliğinden dava, derhal usulden reddedilmelidir. Burada bahsetmiş olduğumuz dava şartı eksikliği, mahkemece, kesin süre verilmesi yoluyla tamamlanabilir bir eksiklik değildir¹⁰. Zira Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin II. fıkrasına ve İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin II. fıkrasına göre, “*Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarı içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.*” şeklinde uygulanacak yaptırım hüküm altına alınmıştır. Öğretide söz konusu düzenlemenin gereğinden fazla sert ve katı olduğu yönünde görüşlerde mevcuttur¹¹. Her ne kadar ticari davalarda dava şartı arabuluculuğa başvurulmaması hakkında uygulanacak yaptırıma ilişkin bir düzenleme bulunmasa da HUAK madde 18/A, f. II hükmü, genel bir düzenleme olduğu için uygulanmalıdır¹².

Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak öngörülmesinden ötürü, başvuru şartı taraflarca her zaman ileri sürülebilir ve mahkemece de re'sen gözetilmesi gerekmektedir. Ayrıca, ilgili uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğu ilk derece mahkemesi yargılamasında gözetilmemişse, dava şartı olması sebebiyle istinaf ve temyiz kanun yollarında da dikkate alınmak durumundadır¹³.

Devam eden bölümde çalışma konusunun diğer bölümünü oluşturan dava türlerinden terditli dava konusu ele alınacaktır.

2. Terditli Davalar

Dava kelimesi, sözlük anlamında “*Bir kimsenin diğer kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesi*”¹⁴ şeklinde ifade edilirken öğretide ise “*bir başkası tarafından kişisel menfaati ihlal edilen veya ihlal edilme ihtimali olan ya da haksız bir taleple karşı karşıya maruz kalan kimsenin, mahkemeden hukuki koruma istemesidir*”¹⁵ olarak tanımlanmıştır. Mahkemeler ancak taraflarca başvurulmuş, önüne gelen dosyaları inceleyip karara bağlamaktadır.

¹⁰ Süha, Tanrıver. “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 147, (Ocak 2020), 112.

¹¹ “Bu görüş, dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadan önce dava açılması halinde HMK m. 115, f. 2 hükmü gereği arabulucuya başvurunun bekletici sorun (HMK m. 165) sayılması ve arabuluculuk sonucunda anlaşma sağlanamaması halinde davaya devam edilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Eğer, arabuluculuk neticesinde anlaşma söz konusu olursa konusuz kalan davanın usulî bir kararla sona erdirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu durumda yargılama giderleri de arabulucuya başvurmadan dava açan davacının üzerinde bırakılmalıdır”. Ali Cem Budak. “Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk”, *Medeni İcra İflas Hukuku Dergisi* 19/1 (Ocak 2019), 27.

¹² Tanrıver, “Arabuluculuk”, 113.

¹³ Cansu Korkmaz, “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, 22/2 (Eylül 2022): 1373.

¹⁴ Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr/dava> (Erişim 4 Mart 2024)

¹⁵ Ramazan Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 240; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku*, (Ankara: Mimoza Yayınları, 2015), 213.

Terdit kelimesi, köken olarak Arapça olup “redd” kelimesinden türetilmiştir¹⁶. Kelime anlamları ise, “reddetme, geri çevirme” ile “iki ihtimalle dü şünce anlatılması”dır¹⁷.

Terditli davalar, HUMK döneminde uzunca bir süre tartışma konusu olmuş, caiz olup olmadığı hususunda görüş farklılıkları oluşmuş¹⁸ ve 1987 yılında alınan 1987/4-5 sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu Kararıyla terditli davalar caiz kabul edilmiştir¹⁹. Türk hukukunda kabul edilmesi uzun tartışmalara dayanan terditli davanın başlangıç noktası Alman hukukudur. Zira Alman Medeni Usul Kanunu’nda düzenlenen ve genel bir hüküm olan 260. madde²⁰ ile terditli dava caiz kabul edilmiştir²¹.

Terditli dava talepleri ile alakalı ilk hukukî düzenlemenin 6100 sayılı HMK’nın md. 111 ile yapılmıştır. Zira 1086 sayılı HUMK’un yürürlükte olduğu dönemde doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları ile kabul edilmekle birlikte kanunî bir düzenlemesi mevcut değildir²². Ayrıca uygulamada "terditli dava" kavramı yerine "kademeli dava" veya "basamaklı dava" ifadelerine yer verilmişse²³ de HMK md. 111’in kenar başlığında doktrindeki ve uygulamadaki daha sık kullanımını nedeniyle "terditli dava" kavramı tercih edilmiştir.

Usul hukukunda davalar genel anlamda, doktrin tarafından mahkemeden istenen hukukî korumaya göre ve davacının dava dilekçesindeki talep sonucunun mahiyeti ve sayısı dikkate alınarak ikili bir ayırma tabi tutulmaktadır²⁴. Buna göre, terditli davanın dava türleri arasındaki yerinin davacının dava dilekçesinde belirttiği talep sonucunun sayısı dikkate alınarak tespit edildiğini söyleyebiliriz.

Terditli davaya ilişkin kanuni düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu 111. maddesinde yer almaktadır. İlgili madde uyarınca; *Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır.*

¹⁶ Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 29.

¹⁷ <http://www.lugatim.com/>, (Erişim. 04.03.2024); www.osmanice.com, (Erişim. 04.03.2024)

¹⁸ Bu husustaki tartışmaların ana odak noktası davaların şarta bağlanıp bağlanamayacağı hususudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Nur, Tekçe Barut, *Medeni Usul Hukukunda Terditli Talep Yiğilmesi*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2022) 19 vd.

¹⁹Karar içeriğinde ““*Tenkis davaları ile muvazaaya dayalı iptal davaları ileri sürülüş biçimleri, hukuksal esaslar, kapsamı ve nihayet başta tenkis davası açan kişinin tasarrufun geçerli bulunduğunu zımnen benimsediği düşüncesi akla gelse de, kendi yararına bir hukuki sonuç elde etmek isteyen ve kapsamı farklı hukuki sonuçlar doğurabilecek birden fazla dava açma durumunda bulunan bir kimse bu davalardan birini diğerine tercihan açmaya zorlanamayacağı gibi, yasaların uygulanmasında, hakların korunması doğrultusunda hareket etme gereği karşısında bu davalardan birini açmakla, acık bir irade beyanı olmadan diğerinden feragat edildiğinin kabulü de uygun bulunmamıştır. Miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçılar, tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile Borçlar Kanunu’nun 18. maddesine dayalı muvazaa nedeniyle iptal tescil davası da açabilirler*” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı (Yargıtay), K. 1987/5 (22 Mayıs 1987)

²⁰30.01.1887 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu (CPO) mülga madde 232’nin Türkçe metni şu şekildedir: “Davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebi, birbirinden farklı vakialara dayansa bile, tüm talepler için aynı mahkeme yetkili ve aynı yargılama caiz ise, aynı davada birleştirilebilir.” Maddenin ilk fıkrası yürürlükte olan Alman Medeni Usul Kanunu’nun 260. maddesi ile aynıdır. Ancak mülga madde 232/f. II, 20.05.1898 yürürlük tarihli Alman Medeni Usul Kanunu’nun 260. maddesinde yoktur. Lämmert, “Ueber Begriff und Zulässigkeit der eventuellen Klageverbindung”, *ZZP*, Band 16, (1891): <http://dlibzs.mpiet.mpg.de>, (03.02.2020), s. 428.; Petersen, “Ueber eventuelle Klagebegehren und Rechtsmittel, sowie die eventuelle Verbindung von mehreren Klagegründen”, *ZZP*, Band 16, (1891), s. 493.

²¹ Barut, *Terditli Talep Yiğilmesi*, 5.

²² Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021),416; Muşul, *Terdit İlişkileri*,58.

²³ Muşul, *Terdit İlişkileri*,29.

²⁴Ayşe Kılınc, “Bir Yargıtay Kararı Işığında Terditli Dava ve Terditli Davada Hüküm Konusunun İncelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69/2, (Şubat 2020),549.

Kanun maddesini incelediğimizde terditli davalar açısından iki koşulun bir arada bulunması gerekmedir²⁵. Bu koşullar;

- Talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi bulunması ve
- Talepler arasında ekonomik veya hukuki bağın bulunmasıdır²⁶.

Ayrıca her ne kadar kanuni bir düzenleme içerisinde yer almasa²⁷ da bizce talepler açısından ortak görevli mahkemenin bulunması yönünde de bir koşul söz konusudur. Zira terditli dava taleplerinde ileri sürülen asli ve ferî talebin farklı mahkemelerin görevine girmesi halinde yargılamayı yapan mahkemenin ne yönde bir karar vereceği gibi sorun gündeme gelecektir²⁸.

Öğretide de “HMK'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da HMK md. 110'da düzenlenen kümülatif dava yığılmasına ilişkin hükmün bu açıdan kıyasen terditli davada da taleplerin tümünün aynı yargı çeşidi içerisinde yer alması ve talepler bakımından ortak görevli ve yetkili bir mahkemenin bulunması koşulunun aranması yerinde olacağı “ yönünde görüşler mevcuttur²⁹.

Topaloğlu,” davacının terditli davada ileri sürdüğü talepler bakımından ortak görevli bir mahkemenin bulunmaması durumunda, mahkemenin davacıya bu davanın terditli olarak görülemeyeceğini bildirip, talep sonucunu netleştirmesi için bir haftalık kesin süre vermesi, aksi takdirde HMK md. 119/2 gereği davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğinin ihtar edilmesi gerektiği ve davacının netleştirdiği talebe göre mahkemenin görevliyse yargılamaya devam etmesi ya da ferî talep dikkate alınmadan yargılama yapılarak asli talep hakkında hüküm kurulması gerektiğine” ilişkin görüşü ile birlikte mahkemenin bu yönde uygulaması gereken usulü de göstermiştir³⁰.

Terditli davalarda asıl talep ve ferî talebin dayandığı vakıaların aynı olması mümkün olduğu gibi, farklı da olabilir³¹.

Taraflar açmış oldukları davalarda talepleri arasında kurmuş oldukları terdit ilişkisini açıkça mahkemeye beyan ederek, davaya bakan hâkimi talep sonuçları ile bağlayabilecektir. Taraflar

²⁵ Kuru, *El Kitabı*,302; Hakan, Pekcanitez vd. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018),219.

²⁶ Murat, Atalı vd. *Medenî Usûl Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık,2020), 347.

²⁷ Ali Topaloğlu, “Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. *İzmir Barosu Dergisi* 14/1 (Ocak 2014), 83.

²⁸ Yargıtay'ın bu konu ile alakalı kararı için bkz. “..Terditli (kademeli) davalarda (6100 Sayılı HMK 111. md), davacı aynı davalıya karşı aralarında hukuki veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla talebini aralarında aslilik ve ferîlik ilişkisi kurarak aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Terditli davalardaki taleplerden biri asıl taleptir; ikincisi ferî taleptir. Davacı, ilk önce asıl talep hakkında karar verilmesini ister, yardımcı talebini ise asıl talebin reddedilmesi ihtimali için yapar. Mahkeme de, davacının asıl talebinin esastan reddine karar vermedikçe, ferî talebi inceleyemez ve karara bağlayamaz. Terditli davalarda görev hususu asıl talebe göre belirlenmelidir. Görev, kamu düzeni ile ilgili olduğundan iddia ve savunma olarak ileri sürülmesi bile bu hususu mahkeme resen gözeteneğinden asıl talebin reddine karar verilmesi halinde Mahkemece ferî talebe dair görev hususunun değerlendirilmesi mümkündür. Somut uyuşmazlık incelendiğinde, dilekçeler teatisi aşamasında gerek dava dilekçesi gerek süresi içerisinde ve HMK'nun 141/1. maddesine uygun olarak sunulan cevaba cevap dilekçesindeki anlatımlara göre; davacı taraf, davaya konu taşınmazın bağış olarak devredildiğini, boşanma ilamıyla sabit olduğu üzere davalı kadının güven sarsıcı ve sadakat yükümlülüğünü ihlal eden davranışlarda bulunması ve aile birliğine karşı vazifelerini önemli surette yerine getirmediğinden evlilik birliğinin sona erdiğini belirterek bağıştan rücu sebebine dayalı tapu iptal ve tescil, bu mümkün olmadığı takdirde mal rejiminin tasfiyesi ile alacak istemiştir. Davacının asıl talebi bağıştan rücu sebebine dayalı tapu iptal ve tescil olup, asıl talep hakkında bir karar verilmeden ferî talebin incelenmesi mümkün değildir. Asıl talebin kanuni dayanağı ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 295 vd. maddeleri (818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 244 vd. maddeleri) olduğuna göre, uyuşmazlığın çözüm yeri genel mahkemelerdir. Mahkemece, davanın kaldığı yerden devamı ile talep hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi(Yargıtay),K. 2016/15934 (22 Kasım 2016).

²⁹ Atalı vd. *Medenî Usûl Hukuku*, 357.

³⁰ Topaloğlu, “Terditli Davalar”, 92.

³¹ Atalı vd. *Medenî Usûl Hukuku*.347; Kuru, *El Kitabı*, 212.

örneğin “terditli”, “yardımcı olarak”, “... koşuluyla/şartıyla”, “mümkün olmadığı takdirde” gibi ifadeler kullanarak terdit ilişkisini kurabilir³². Terditli dava açmış olan davacının davaya konu etmiş olduğu her iki talep yönünden karar verilmesi hususunda bir isteği bulunmamaktadır³³. Davacı ilk olarak asıl talebin incelenerek bir karar verilmesini istemektedir. Mahkemenin de bu noktada yapacağı iş, davacının talebi doğrultusunda asıl talep hakkında bir inceleme yaparak fer’i talep yönünden bir inceleme yapması gerekmektedir. Zira asıl talebin esastan reddi yönünde bir hüküm kurulmadan fer’i talebin incelenmesine olanak bulunmamaktadır³⁴. Mahkemenin asıl talebin reddine, fer’i talebin kabulüne karar verdiği durumlarda da davanın kısmen değil, tam kabulü söz konusu olacaktır³⁵.

Mahkeme her iki talebin kabulü gibi bir karar veremediği gibi asıl talep yönünden kabul kararı vermesi halinde fer’i talep yönünden bir inceleme yapması mümkün değildir³⁶. Ancak mahkemenin hem asıl talebin hem de fer’i talebin reddi yönünde karar verebilmesi mümkündür. Ayrıca terditli davalarda kanun yoluna başvuru yapabilmek adın asıl talep önem taşımaktadır. Zira davacı fer’i talebinin kabul edilmesi halinde asıl talebin reddi sebebiyle koşulları da sağlıyorsa kanun yoluna başvuruda bulunabilmektedir³⁷.

Son olarak konu bakımından benzerlik taşıması nedeniyle HMK m.110 davaların yığılması hakkında bilgi verip diğer bölüme geçeceğiz.

Davaların yığılması, davacının, aynı davalıya karşı birden fazla bağımsız ve aslî talebini, aynı dava dilekçesi ile beraber talep etmesi durumunda söz konusu olmaktadır³⁸. Davacının talepleri arasında, terditli dava taleplerindeki gibi bir aslîlik-ferîlik ilişkisi bulunmamaktadır³⁹.

Davaların yığılmasının düzenlendiği HMK’nın 110’uncu maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir. Bu dava çeşidinde taleplerin tümü birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir. Her bir talep farklı edimlerin gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur. Yine, görünüşte tek hüküm, gerçekte ise talep sayısınca hüküm mevcuttur. Mahkeme, taleplerin tümü hakkında ayrı ayrı karar vermek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır. Mahkemenin, taleplerin tümü hakkında tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu yoktur. Dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca, birlikte ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması da şart değildir. Davaların yığılmasının varlığı hâlinde, tek müşterek olan husus, delillerin

³²Barut, *Terditli Talep Yığılması*,32.

³³ Pekcantez vd. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 1086.

³⁴ Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku* ,231; Kılınç, *Terditli Davalar*, 554.

³⁵ Tutumlu, Mehmet Akif. “Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9/97, (Eylül 2014). 94.

³⁶ “... mahkeme, davacının aslî talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer’i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.” düzenlemesi mevcuttur. Buna göre ise terditli davada, mahkeme öncelikle asıl talebi inceleyecek ve karara bağlayacaktır (...) Bu itibarla, davacının öncelikli isteği kısmen kabul edildiğine göre, başka bir ifade ile sözleşmenin feshine karar verildiğine göre, ikinci kademe yer alan istek hakkında değerlendirme yapılamaz, kısmen kabul kararı verilemez. Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” , Yargıtay 3. Hukuk Dairesi(Yargıtay) K. 2018/13007 (19 Ağustos 2018).

³⁷ Ali Cem Budak-Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020).153.

³⁸ Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku*, 229; Serhat Kırtıloğlu, “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/3 (Aralık 2014) 135.

³⁹ Bu yönde Yargıtay kararı “... Davada, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesinde belirtildiği biçimiyle, aynı davalıya karşı, farklı hukuki sebeblere dayalı ve birbirinden bağımsız talepler mevcut olup terditli istemler değil davaların yığılması söz konusudur...” – Yargıtay 11. Hukuk Dairesi(Yargıtay) K. 2020/1958 (24 Şubat 2020).

Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arabuluculuk

ikâmesi ile tahkikat aşamasıdır. Sözü edilen kurum, son işaret edilen nokta sebebiyle usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine büyük ölçüde katkıda bulunur”.

Davaların yığılmasında gereken koşullar⁴⁰;

- Davacının aynı davalıya karşı ileri sürebileceği birden fazla talebi söz konusu olmalıdır,
- Talepler arasında aslîlik- ferîlik ilişkisi bulunmamalıdır,
- Birlikte ileri sürülmüş olan taleplerin tamamı aynı yargı çeşidine dâhil olmalıdır,
- Taleplerin tümü açısından ortak yetkili bir mahkeme bulunmalıdır, şeklinde sıralanmıştır.

Davaların yığılmasında, görünürde tek bir dava olmakla beraber, aslında talep sayısı kadar dava bulunmaktadır. Mahkemenin her bir talep için ayrı ayrı inceleme yapması ve karara bağlaması gerekir⁴¹.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında ticari dava şartı arabuluculukta konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin taleplerin, davaların yığılması şeklinde arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılması durumunda, arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağını belirtmiştir. İlgili karar özetle şöyledir “Özet: Dava, geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulmadığının tespiti ve bu amaçla verilen paranın tahsili istemine ilişkin olup İlk Derece Mahkemesince dava türü itibarıyla dava açılmadan önce arabulucuya müracaat edilmesinin dava şartı olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Davanın 7155 sayılı Kanun'un 20 nci maddesi ile 6102 sayılı Kanun'un 5 inci maddesine eklenen 5/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bahse konu maddeye göre 6102 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Somut olayda 6100 sayılı Kanun'un 110 uncu maddesiyle düzenleme altına alınan davaların yığılması durumu söz konusu olup dava, davalıya ödenen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı talep içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de geçerli ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir. Şu halde İlk Derece Mahkemesince davanın arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı gözetilerek işin esasına girilerek taraf iddia ve savunmaları değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bu nedenle kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir⁴²”.

⁴⁰ Kırtıloğlu, *Objektif Dava Birleşmesi*, 144-152; Pekcanitez vd. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 222; Budak/Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 153; Kuru, *El Kitabı*, 215.

⁴¹ Coşkun-Döner, “Ticari Dava Şartı Arabuluculuk”, 106.

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi(Yargıtay) K.2023/2953 (15 Mayıs 2023); Benzer şekilde bir başka kararında” ÖZET: Dava, geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulmadığının tespiti ve bu amaçla verilen paranın tahsili istemine ilişkin olup ilk derece mahkemesince dava türü itibarıyla dava açılmadan önce arabulucuya müracaat edilmesinin dava şartı olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Davanın 7155 sayılı Kanun'un 20 nci maddesi ile 6102 sayılı Kanun'un 5 inci maddesine eklenen 5/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bahse konu maddeye göre 6102 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Somut olayda 6100 sayılı Kanun'un 110 uncu maddesiyle düzenleme altına alınan davaların yığılması durumu söz konusu olup dava, davalıya ödenen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı

3. Terditli Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Terditli davalar konusunda Yargıtay, bölge adliye mahkemeleri kararları incelendiği vakit özellikle ticari davalarda, dava şartı arabuluculuk hakkında açılan ticari davalarda, dava şartı olan arabuluculuk hakkında nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği hususunda öğretide farklı farklı görüşler mevcuttur. Öğretide yer alan bir görüşe göre, terditli dava taleplerinde dava ikame edildiği sırada dava şartı arabuluculuk hususunun asli talep yönünden incelenmesi gerektiği, diğer bir ifadeyle asıl talebimiz dava şartı arabuluculuk kapsamında değilse davanın ikamesinden önce davacının arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır⁴³.

Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre, terditli dava taleplerinde yer verilen aslî veya fer'î taleplerden birinin konusunu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebini içeren ticari dava ise, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu kapsamda terditli dava ikame edilmeden evvel davacının dava şartı arabuluculuğa başvurması gerekmektedir⁴⁴.

Öğretide bir başka görüşe göre gerçek anlamda terditli talep yığılması söz konusu ise burada asli talep esas alınmalıdır. Diğer bir deyişle, asli talep dava şartı arabuluculuğa tabi ancak fer'î talep dava şartı arabuluculuğa tabi değilse, asli talebi esas alıp dava şartı arabuluculuğa gidilmelidir. Bu doğrultuda asli talep açısından bir anlaşma sağlanıyor ise fer'î talep için terditli talep yığılması olarak dava açılmalıdır⁴⁵.

Bölge Adliye Mahkemesi uygulamalarında; terditli açılan davalarda, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hususlarda yapılacak değerlendirmelerin asıl talebe göre yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararında⁴⁶ özetle; *dava, TTK 792, maddesi uyarınca çek istirdat istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiş, bu karar karşı davacılar vekili istinafyasa yoluna başvurmuştur. 6100 sayılı HMK'nin 114/1 maddesinin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmış, HMK 114/2 maddesinde ise diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen ve 01/01/2019 tarihinde yürürlüğe giren 5/A maddesi ile getirilen "Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." hükmü uyarınca konusu bir miktar para alacağı olan talepler hakkındaki ticari davalarda dava açmadan*

talep içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de geçerli ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir. Şu halde İlk Derece Mahkemesince davanın arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı gözetilerek işin esasına girilerek taraf iddia ve savunmaları değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bu nedenle kararın bozulmasına" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi(Yargıtay) K. 2023/3288 (15 Mayıs 2023)

⁴³Kurdoğlu, Bülent Nuri, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Eleştirisi", <http://bnkurdoglu.blogspot.com/>, (5 Mart 2024).

⁴⁴Akil, Cenk, "Ticari Uyuşmazlıklarla Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/41 (Ocak 2020), 312.

⁴⁵Tanrıver, "Arabuluculuk", 137.

⁴⁶İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi(BAM), K. 2022/1389 (15 Aralık 2022)

Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arabuluculuk

önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Somut olayda ise uyuşmazlık TTK 792.maddesi uyarınca çek istirdat istemine ilişkin olup, konusu bir miktar para alacağı değildir. Dava devam ederken çekin bedelinin davalı tarafça tahsil edilmesi halinde davanın çek bedelinin istirdadına dönüşmesinde de durum değişmeyecektir. Zira çek bedelinin istirdat istemi de çek istirdat isteminin kabul edilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülebilmektedir. O halde ilk derece mahkemesince davacının talebi olan çek istirdati talebinin 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate alınarak isin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken” şeklindedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesinin ilgili kararında; davacının terditli dava talebinde bulunduğu durumda, aslî talep olan çek istirdatı talebinin, bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin olmaması nedeniyle, davanın TTK'nın 5/A maddesinde düzenlenen arabuluculuk dava şartına tabi bulunmadığı belirtilmiştir.

Benzer şekilde Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararında⁴⁷ özetle “6100 sayılı HMK'nın 114/1 maddesinin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmış, HMK 114/2.maddesinde ise diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen ve 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 5/A maddesi ile getirilen “Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” hükmü uyarınca konusu bir miktar para alacağı olan talepler hakkındaki ticari davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Somut olayda ise uyuşmazlık, öncelikle tapu iptali ve tescil istemine ilişkin olup, asıl talebin reddedilmesi halinde terditli olarak tazminatın davalıdan tahsili talep edilmiştir. Tazminat talebi, tapu iptali ve tescil talebinin reddedilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir. HMK'nın 111/2.maddesi gereğince, mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz. Davadaki asli talebin, zorunlu arabuluculuğu tabi olmadığı sabit olup, mahkemece davanın esası ile ilgili karar verilmesi gerekirken fer'i talep nedeniyle usulden ret kararı verilmesi yerinde değildir. O halde ilk derece mahkemesince davacının asıl talebi olan tapu iptali ve tescil talebinin 6102 sayılı TTK 5/A. maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate alınarak işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olduğundan mahkeme kararının HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince kaldırılması...” şeklindedir.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi bir kararında⁴⁸ özetle;” Dava; şirket ortağı olduğunun tespiti, pay senetlerinin tespiti ile terditli olarak talebin kabul edilmediği takdirde hisse bedelinin ödenmesine ilişkindir. İnceleme, 6100 sayılı HMK'nın 355. madde hükmü uyarınca istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak ve kamu düzenine aykırı hususların olup olmadığı gözetilerek yapılmıştır. Davacı tarafça icra marifeti ile satın aldığı A.Ş.'ye ilişkin olarak şirket ortağı olduğunun tespiti, pay senetlerinin tespiti ile taleplerinin kabul edilmediği takdirde hisse bedelinin tarafına ödenmesine ilişkin dava açıldığı, somut davada, asıl talebin “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri” cümlesinden olmadığı, bu nedenle davanın zorunlu

⁴⁷ Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi(BAM), K. 2021/46 (21 Ocak 2021).

⁴⁸ Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi (BAM) K. 2021/46 (9 Aralık 2021).

arabuluculuk dava şartına tâbi bulunmadığından, kararın kaldırılarak dosyanın esası yönünden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine iadesine...” şeklindedir.

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi bir kararında⁴⁹ özetle:”Somut olayda; asıl dava, taraflar arasında adi yazılı şekilde düzenlenen 13/09/2011 tarihli SA-457 sözleşme nolu Devremülk Satış Vaadi Sözleşmesi gereğince, tapuda Sakarya İli Taraklı İlçesi, Yukarıçay Mevki, 30/31. adanın 3168 parsellerinde kayıtlı arsa üzerine inşa edilecek Taraklı Termal Turizm Tesislerinde Yakut Evler A Blok 4. Kat D:405 mesken olarak kullanıma tahsis devre mülk dairesinin, tapusunun iptali ve tescili talebine ilişkin olduğu, terditli talebin 13.09.2011 tarih SA-457 sayılı Devremülk Satış Vaadi Sözleşmesinin geçersizliğine ve ödenen sözleşme bedelinin davalıdan tahsiline ilişkin olduğu, mahkemece asıl talebin reddine, terditli talebin ise dava değeri olan 7000,00 TL'nin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 68/1 maddesi ile öngörülen parasal sınırların altında olduğuna işaret edilerek tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu olduğu gerekçesiyle dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verildiği, davadaki asıl talebin tapu iptal istemi, fer'i talebin ise sözleşmeden kaynaklı alacak istemine ilişkin olduğu, gerek usul hukukunda terditli davada dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı ilk talebe göre belirleneceği gözetilerek, uyuşmazlığın asli ve fer'i taleplerin esasına girilerek mahkemece karar verilmesi gerekirken, fer'i talep hakkında İlçe Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından gönderilmesi gerektiği gerekçesiyle dava şartı yokluğu nedeniyle dava reddi kararı yerinde görülmemiştir” şeklindedir.

Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi bir kararında⁵⁰ özetle” İşbu dava terditli olarak açılmış olup, bedel iadesi ikincil nitelikte kalmakta, öncelikle malların iadesi talep edilmektedir. Bu durumda, hakim bağlantılı bu talepleri öncelik sırasına göre inceleyip hükme bağlayamayacağından, davanın yalnızca para alacağı istemine ilişkin olduğu söylenemez. Sonuç olarak mahkemece, davacının yazılı taleplerinin yalnızca para alacağı içermediği, para alacağının terditli bu davada fer'i nitelikte olduğu gözönünde bulundurularak, işbu davanın zorunlu arabuluculuk şartına tabi olmayacağı kabulü ile işin esasına girmek yerine hatalı değerlendirme ile davanın usulden reddine kararı karar verilmesi...” şeklindeki açıklamaları tüketici uyuşmazlığına ilişkin somut dava dilekçesindeki talepler yönünden dikkate alındığında davacının asıl talebinin sözleşmenin anlaşılabilir bedel üzerinden aynen devamına hüküm kurulması olduğu, alacağına ilişkin talebin terditli davadaki asıl talebin karşılanmadığı durumlarda fer'i nitelikte bulunduğu, davacının asıl talebinin gayrimenkul satışına dair sözleşmenin devamı yönündeki talebinin ise 6502 Sayılı Yasa'nın 73/A/1-d maddesindeki gayrimenkulün aynıyle ilgili ve arabuluculuk başvuru zorunluluğunun istisnası arasında yer aldığından mahkemesince davanın arabuluculuk şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine dair kararı yerinde görülmemiş, bu sebeple kaldırılması gerekmiştir” şeklindedir.

Yargıtay kararları da incelendiğinde benzer yönde kararların verildiği görülmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yakın tarihli bir kararında⁵¹ özetle;” 6102 sayılı Kanun'un 5/A

⁴⁹Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi(BAM) K. 2021/851 (8 Ekim 2021)

⁵⁰Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi (BAM) K. 2023/909(16 Mayıs 2023); Aynı benzer konuda: İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14 Hukuk Dairesi (BAM) K. 2021/1002 (15 Eylül 2021).

⁵¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2023/1568 (15 Mart 2023). Benzer şekilde” Dava, ticari alım satım ilişkisine dayalı malın ya da bedelin iadesi istemine ilişkindir. 6100 sayılı HMK'nın 111. maddesinde, “Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.” hükmü amir olup; yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununu, konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce

Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arabuluculuk

maddesinde aynı Kanun'un 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu belirtilmiştir. Dava konusu uyuşmazlığın ise 4 üncü madde kapsamında kaldığı, ticari dava olduğu İlk Derece Mahkemesi gerekçesinde de yer aldığı üzere sabittir. Somut olayda, davacının ayıp hukuki nedenine dayalı olarak misli ile değişim, kabul edilmediği takdirde bedel iadesi istemli terditli dava açtığı anlaşılmaktadır. 6100 sayılı Kanun'un 111 inci maddesinin ikinci fıkrasında Mahkemenin, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemeyeceği belirtilerek asli talebe öncelik verildiği, yani davanın asli talebe göre niteleneceği açıktır. Bu durumda Mahkemece davacının asli talebinin para alacağı olmadığı, bu talebin de arabuluculuk dava şartı olmadan incelenebileceği gözetilmeksizin davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır...” şeklindedir.

İş hukukuna dair uyuşmazlıklarda da iş akdi feshedilen işçi terditli olarak açacağı davasında feshin geçersizliği ve işe iade, bu taleplerin kabul görmemesi durumunda feshe bağlı alacakların kendisine ödenmesini talep edebilmektedir⁵². Feshin geçersizliği ve işe iade davaları ile işçilik alacaklarına dair taleplerin aynı dava dilekçesi ile beraber terditli dava talebi şeklinde istenebilmesi hususunda herhangi bir hukuki engel bulunmamasına rağmen Yargıtay'ın yerleşmiş kararları⁵³ bu taleplerin farklı yargılama usullerine tabi olduğu ve hukuki sonuçlarının farklı farklı oldukları gerekçesi ile terditli dahi olsa aynı davaya konu edilemeyeceği yönündedir⁵⁴.

Kanaatimizce, terditli dava taleplerinde mahkemelerce ilk önce asıl talebin incelenmesi gerekmekte olup, asıl talep yönünden ret kanaati oluşmadıkça fer'î talebin incelenmesi yoluna gidilmemelidir. Bu minvalde terditli olarak ileri sürülen davalarda arabuluculuk dava şartının aslı talep dikkate alınması gerektiği yönündeki yargı içtihatlarının doğru olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü dava ikame edildiği sırada hakimin fer'î talebi incelemesi mümkün değildir. Bu hususta bir yargılama faaliyetine ihtiyaç bulunmaktadır. Mahkemelerin, terditli dava taleplerinde davacının aslı talebi yönünden ret kararı vermesi kanaatine ulaşması halinde fer'î talebinin incelenmesi gerekir.

Diğer bir meselede asli talep mahkemece reddedildiğinde, fer'î talebin dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu durumda davanın ikamesinden önce dava şartı arabuluculuğu başvurulmaması halinde nasıl bir tutum sergilenmesi gerektiği de diğer bir önemli noktadır. Bu aşamada asıl talep arabuluculuk dava şartı kapsamında olmamasından ötürü, dava arabuluculuğa yoluna müracaat edilmeden açılmış ve belirli bir noktaya gelinmiş olacaktır. Usul hukuku muzda

arabuluculuğa başvurmayı dava şartı haline getirilmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi işbu dava terditli olarak açılmış olup, bedel iadesi ikincil nitelikte kalmakta, öncelikle malların iadesi talep edilmektedir. Bu durumda, hâkim bağlantılı bu talepleri öncelik sırasına göre inceleyip hükme bağlayamayacağından, davanın yalnızca para alacağı istemine ilişkin olduğu söylenemez. Sonuç olarak mahkemece, davacının yazılı taleplerinin yalnızca para alacağı içermediği, para alacağının terditli bu davada feri nitelikte olduğu göz önünde bulundurularak, işbu davanın zorunlu arabuluculuk şartına tabi olmayacağı kabulü ile işin esasına girmek yerine hatalı değerlendirme ile davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Huku Dairesi (Yargıtay) K. 2022/3730 (15 Mayıs 2022).

⁵² Bektaş Kar, *İş Yargılaması Usulü*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021) 668.

⁵³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2012/23729 (30 Ekim 2012) “Dosya içeriğine göre dava dilekçesinde feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine, mahkemece aksi kanaatte olunması halinde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir. Mahkemece dava konusu isteklerin aynı işleme (iş sözleşmesinin feshi) dayalı olduğundan talepler arasında hukuki bağ olduğundan bahisle terditli dava olarak açılıp davanın görülebileceği gerekçesiyle işe iade ve alacak istekleri birlikte görülüp sonuçlandırılmışsa da dava konusu işe iade ve fazla çalışma ve hukuksal bayram genel tatil ücret alacakları feshe bağlı alacaklar olmadığından aralarında hukuki bağ bulunmadığından terditli dava yolu ile talep edilmesi mümkün değildir”

⁵⁴ Yavuz Özkan-Fatih Aydın.” İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 45, (Ocak 2021), 175.

mahkemelerce nihai karar verilmeden önce bir ara karar kurarak dava dilekçesinde yer verilen terditli dava taleplerinden birisi için karar verilmesi mümkün değildir. Mahkeme terditli dava talepleri için sadece nihai karar ile birlikte karar vermesi mümkündür. Bu nedenle mahkeme nazarında asıl talebin reddi kanaati hasıl olmuşsa bile, bu husus ancak nihai kararın hüküm kısmında gösterebilir. Bu anlamda mahkemece yargılama devam ederken davacı tarafa fer'î talep yönünden arabuluculuğa başvurması için davacı tarafa süre vermesi halinde aslî talebin reddedileceği hususunda ihsas-ı rey anlamına gelecek şekilde görüşünü belli etmiş olur.

Öğretide aksi yönde görüşler⁵⁵ mevcut ise de kanaatimizce, böyle bir durum vuku bulduğunda gerek belirttiğimiz sebepler gerekse de usul ekonomisi anlamında mahkemenin, davacıya fer'î talep bakımından arabuluculuğa başvurulması için süre vermeden yargılamaya devam etmesi gerekmektedir. Zira HMK'nın 140/2. maddesi uyarınca; *uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder.* Hâkim tarafından, davacının fer'î talebinin incelenmesine geçildiğinde ön inceleme duruşması da yapılmış, taraflar sulh ve arabuluculuğa teşvik edilmiş olacaktır. Bu noktadan sonra taraflara arabuluculuğa başvurulması için süre verilmesi ve bunun bekletici mesele yapılması, arabuluculuk sürecinden herhangi bir sonuç çıkmama ihtimalinin yüksek olmasından ötürü yargılamanın da gereksiz yere uzamasına neden olacaktır.

Bu anlamda kısaca özetlemek gerekirse, terditli dava taleplerinde dava şartına yönelik değerlendirmelerde asıl talep dikkate alınmalı ve bu talebin dava şartı arabuluculuk uyuşmazlıkları kapsamında yer alan uyuşmazlık türlerinden olup olmadığına bakılmalıdır. Asıl talep dava şartı arabuluculuğa uygun değilse mahkemece gerek davayı açılması sırasında gerekse de tahkikat aşamasında fer'î talebin arabuluculuk kapsamında olup olmasına bakmadan dosyaya devam edip nihai kararını vermelidir⁵⁶.

SONUÇ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3, 11 ve 12. maddeleriyle iş davalarının çözümünde “dava şartı arabuluculuk” kurumunun öngörülmesi ile başlayan süreç, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi düzenlemesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen 5/A maddesi gereğince ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki uyuşmazlıkları kapsamına almış, 7251 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna “Dava şartı olarak arabuluculuk” kenar başlıklı 73/A maddesine eklemeye yapılarak devam etmiş, 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 37. maddesinde 6325 sayılı Kanuna 18/A maddesinde değişiklikler yapılarak kapsam genişletilmiş ve nihayet 7442 Sayılı Orman Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. Maddesinin (e) bendinde “Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalar ile beraber güncel mevzuatımız açısından dava açılmadan önce dava şartı arabuluculuğa başvurulması gereken konular belirlenmiştir. Söz konusu maddelerde, dava şartı arabuluculuk açısından sadece dava konusunun esas alındığı, usûl hukuku ile ilgili ve bu kapsamda bilhassa dava çeşitlerine ilişkin her hangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

⁵⁵ Kurdoğlu, *Arbuluculuk*.

⁵⁶ Benzer görüş için bkz. Cafer, Eminoğlu-Ersin, Erdoğan. *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 83.

Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arabuluculuk

Mevzuattaki bu boşluk dava şartı arabuluculuğa tabi davalarda olduğu gibi, terditli veya davaların yığılması biçiminde açılan davalarda da dava şartı arabuluculuğun nasıl uygulanacağı konusunda doktrinde ve yargı uygulamalarında farklı görüşlerin çıkmasına sebep olmuştur.

Terditli davalar açısından, taleplerden biri dava şartı arabuluculuk kapsamında ise, dava açılmadan önce tamamı yönünden arabuluculuğa başvurulması gerektiği yönünde görüş bildirilmiş ise de bizce bunun kabulü mümkün değildir. Zira terditli dava taleplerinde evvela aslî talep incelenmeli ve bunun reddi gerektiği hususunda bir kanaat hasıl olmuşsa akabinde fer'î talebin incelenmesine geçilmelidir. Bu nedenle dava ikame edilirken dava şartı arabuluculuk açısından dikkate alınması gereken şey sadece aslî talebin dava şartı arabuluculuk kapsamında bulunup bulunmadığı olmalıdır.

Terditli dava taleplerinde dava şartı arabuluculuğun nasıl uygulanması gerektiği konusunda gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında ortak bir fikrin olmaması, uygulama birliğinin sağlanamamasına ve farklı kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu anlamda uygulamada terditli dava şeklinde dava açmak isteyen tarafların, muhtemel bir ret ve bunun sonucu olarak avukatlar yönünden bir mesleki sorumluluğunun doğmaması adına dava şartı arabuluculuk kapsamında olmasa dahi tüm talepler yönünden arabuluculuğa başvurdukları görülmektedir. Bu husus arabuluculuktan beklenen faydayı sağlamadığı gibi, dava öncesi sürecin uzamasına da neden olmaktadır. Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesinde sadece dava konusunun esas alınması yerine usûl hukuku açısından düzenlemelere de yer verilmesi ve bu kapsamda bilhassa dava çeşitlerinin özelliklerinin de dikkate alınmasının yerinde olacağını kanaatindeyiz. Özellikle, terditli dava taleplerine yönelik açık bir düzenlemenin yapılması yargı faaliyetinin unsurlarının işini bir haliyle kolaylaştıracaktır.

KAYNAKÇA

Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi K. 2023/909 (16 Mayıs 2023)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Akil, Cenk. “Ticari Uyuşmazlıklarla Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/41 (Ocak 2020), 307-324. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58516/857807>

Ali Cem Budak. “Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk”, *Medeni İcra İflas Hukuku Dergisi* (Ocak 2019), s.25 vd.

Arslan, Ramazan vd. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2016.

ASKPK, Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun(Kanun No. 7155.), *Resmi Gazete* 30630 (19 Aralık 2018). Erişim 03.03.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181219-1.htm>

Atalı, Murat vd. *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2020.

Budak, Ali Cem-Karaaslan, Varol, *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Baskı 2020.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi. K. 2021/46 (9 Aralık 2021)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Coşkun, Sevda Yaşar-Döner, Munise Seray Göncü, “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/4 (Aralık 2020), 89-117. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/65801/1024191>

Eminoğlu, Cafer-Erdoğan Ersin, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Ermenek, İbrahim-Betül Azaklı, Arslan, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Haziran 2020), S. 148, 135-196.

HMKYHK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,(Kanun No.7251), *Resmi Gazete* 31199 (28 Temmuz 2020). Erişim 03.03.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm>

<http://www.lugatim.com/>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/362450/icra-ve-iflas-hukuku-acisindan-ticari-davalarda-arabulucuya-basvuru-zorunlulugu-ttk-m-5a>

<https://tr.wikipedia.org>

<https://www.adalet.gov.tr>

HUAK, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu(Kanun No.6325), *Resmi Gazete* 28331 (22 Haziran 2012). Erişim 03.03.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120622-1.htm>

İİKDYK, İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, (Kanun No.7445) *Resmi Gazete* 32154(5 Nisan 2023). Erişim 03.03.2024 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230405-3.htm>

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi. K. 2022/1389 (15 Aralık 2022) www.sinerjimevzuat.com.tr

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi K. 2021/1002 (15 Eylül 2021) www.sinerjimevzuat.com.tr

Kar, Bektaş. *İş Yargılaması Usulü*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, 2021.

Kılınç, Ahmet. “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi* (İstanbul, 2016), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Kılınç, Ayşe, “Bir Yargıtay Kararı Işığında Terditli Dava ve Terditli Davada Hüküm Konusunun İncelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2), (Aralık 2020), 541-566. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/58829/848683>

Kırtıloğlu, S. Serhat: “Madeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/3 (Aralık 2014), 133-172. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/62890/955182>

Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arabuluculuk

Korkmaz, Cansu. “Davalarda Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”. *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi* Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 22/2 (Eylül 2022), 1365-1406.

Kurdoğlu, Bülent Nuri. “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Eleştirisi”. <http://bnkurdoglu.blogspot.com/> Erişim 31 Mart 2024

Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 10. Baskı 2021.

Lämmert, “Über Begriff und Zulässigkeit der eventuellen Klageverbindung”, **ZZP**. Band 16, 1891, s. 428-443: <http://dlibzsmptier.mpg.de/pdf/2085182/16/1891/20851821618910432.pdf>.

Muşul, Timuçin. *Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı 2009.

Özkan, Yavuz-AYDIN Fatih. “İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 45, (Ocak 2021), 166 - 182. <https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/504898/>

Pekcanitez, Hakan vd. *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 6. Baskı 2018.

Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku-Cilt: II.*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 15. Baskı 2017.

Petersen, “Ueber eventuelle Klagebegehren und Rechtsmittel, sowie die eventuelle Verbindung von mehreren Klagegründen”, **ZZP**, Band 16, (1891),

Tanrıver, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 147, (Ocak 2020), 111-142. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-dava-sarti-arabuluculuk-uzerine-bazi-dusunceler-1905>

Tekçe Barut, Fatma Nur: *Medeni Usul Hukukunda Terditli Talep Yığılması.*, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022.

tez.yok.gov.tr

Topaloğlu, Ali. “Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. *İzmir Barosu Dergisi*. (Ocak 2014), 64-100. <http://baro.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/OCAK%202014.pdf>

Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi. K. 2021/46 (20 Ocak 2021) www.sinerjimevzuat.com.tr

Tutumlu, Mehmet Akif. “Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9/97, (Eylül 2014), 92-94. <https://www.jurix.com.tr/article/2436>

TÜSDÜİAY, Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculuk Yönetmeliği, *Resmî Gazete* 32296 (1 Eylül 2023). Erişim 03.03.2024 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/09/20230901-1.htm>

Ulukapı, Ömer. *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Mimoza Yayınları, 3. Baskı 2015.

www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2023/1568 (15 Mart 2023) www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2023/2953 (15 Mayıs 2023)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2023/3288 (15 Mayıs 2023)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2020/1958 (20 Şubat 2020)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2022/3730 (11 Mayıs 2022)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi K. 2012/23729 (30 Ekim 2012)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi. K. 2018/13007 (19 Aralık 2018)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi. K. 2016/15934 (22 Kasım 2016)
www.sinerjimevzuat.com.tr

Yargıtay, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, 1987/5 K. (5 Ekim 1987). www.sinerjimevzuat.com.tr

**İFLAS TASFİYESİNDE TAHSİL EDİLEN PARALARIN
NEMALANDIRILMASI GEREKTİĞİNE DAİR BİR ÇALIŞMA
A STUDY ON THE NECESSITY OF EXPLOITATION OF THE MONEY
ENCASHED AT A BANKRUPTCY LIQUIDATION**



Mehmet EVİS^{1*}

¹ İcra Kâtibi, Gaziantep İcra Dairesi, Yüksek Lisans Öğrencisi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Hukuku, Gaziantep, Türkiye, mehmetevis33@gmail.com.

*Sorumlu Yazar/Corresponding Author

Öz: Kanun koyucu, iflas tasfiyesinin altı ay içerisinde tamamlanmasını emredici bir hükümlerle düzenlemektedir. Ancak uygulamada tasfiye süresi birçok sebeple mecburi olarak uzayabilmektedir. Bir sebeple uzayan iflas tasfiyesinde alacaklıların, alacağına geç kavuşacak olması, anayasal temel bir hak olan mülkiyet hakkına ve usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. İcra ve iflas takipleri sırasında tahsil edilen paraların nemalandırılması sadece ihalenin feshine ilişkin şikayetlerde ve sıra cetveline itirazın vukuunda söz konusu olmaktadır. Tasfiye süresinin herhangi bir nedenden ötürü uzaması halinde yetkili iflas organlarının, paraların paylaşılması aşamasına geçilecek olan süreye kadar tahsil edilen her nevi paraları nemalandırması ve elde edilen nemaların, alacaklılara ödenmek üzere masaya irat kaydedilmesi gerekmektedir. Zira tasfiye sürecinin uzamasından zarar gören, iflas masasında alacaklı olanlardır. Bu nedenle iflas masasında alacak kaydı bulunanların haklarına halel gelmemesi açısından iflas tasfiyesinde tahsil edilen paraların nemalandırılmasına ilişkin yasal düzenlemeler yapılması gerekliliği aşikardır.

Anahtar Kelimeler: İflas, Tasfiye, Nema, İcra ve İflas Kanunu, Mülkiyet.

Geliş Tarihi/Received:
21.02.2024

Kabul Tarihi/Accepted:
24.06.2024

Yayımlanma Tarihi/
Available Online:
30.06.2024

Abstract: The Legislator has forced the bankruptcy liquidation to be completed in six months by mandatory rules. However, in practical terms, the duration of the bankruptcy liquidation may extend due to many reasons desperately. In the bankruptcy liquidation being extended for some reasons, it is against the ownership rights which is the fundamentally constitutional right and the law of procedural economy principles that the Payees get their claim late. The exploitation of the Money collected during the proceed of enforcement and bankruptcy can only be a question of matter when there is a complaint about the annulment of public auction and in the event of an opposition against the order list. In case of the extension of liquidation period because of any reason, it is required that the authorised bankruptcy body exploits the whole Money obtained until the process when the money is rationed and the attained accretion should be enlisted as income to the bankrupt's estate to be paid to the payees, inasmuch as the ones who suffer from the extension of liquidation period are the creditors at the bankrupt's estate. Therefore, in terms of preserving the rights of the ones who are enlisted as the payess at the estate, it is apparent that legislative regulations should be arranged for the exploitation of the Money encashed at a bankruptcy liquidation.

Keywords: Bankruptcy, Liquidation, Accretion, Enforcement and Bankruptcy Code, Ownership.

GİRİŞ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu¹ (İİK) kapsamında yapılan iflas tasfiyelerinde, müflisin, haczedilebilir nitelikteki mal varlığı, iflas masası olarak adlandırılan bir topluluk oluşturmaktadır. İflas hukukunda tasfiye süreci, kanun koyucu tarafından altı ay olarak belirlenmiştir. Ancak uygulamada, müflis hakkında verilmiş olan iflas kararının kesinleşmesinin uzun sürmesi, masayı ilgilendiren davaların mevcudiyeti, yapılan işlemlere itiraz veya şikayetlerin vuku bulması ve yasal prosedürlerin işleyişi göz önünde bulundurulduğunda tasfiyenin altı ay içerisinde sonlandırılması her iflas tasfiyesi için mümkün olmamaktadır. Hatta uygulamada, bazı iflas tasfiyeleri birçok mücbir nedenle² yıllar sürebilmektedir. Dolayısıyla tasfiye süresinin altı ay olarak belirlenmiş olduğu kanun maddesi, bu yönüyle düzenlemeye muhtaçtır.

Mücbir sebeplerden ötürü uzamak zorunda kalan iflas tasfiyelerinde, herhangi bir nedenle müflisten tahsil edilmiş olan paraların, alacaklıları hak kaybına uğratmamak adına nemalandırılmalıdır. Şayet İİK gereğince icra ve iflas dairelerinin asli görevlerinden bir tanesi, taraflar arasındaki menfaat dengesini³ sağlayarak alacaklıyı, alacağına kavuşturmak⁴. İflas tasfiyesinde, iflas kararı kesinleşmeden paraların paylaşılması aşamasına geçilememektedir. Müflisten tahsil edilen paraların nemalandırılarak alacaklılara ödenmek üzere masaya irat kaydedilmesi halinde, paranın değeri korunacak olup, alacaklıların anayasal temel haklarından olan mülkiyet haklarına da hanel gelmeyecektir.

Çalışma, üç ana bölümden oluşmaktadır. Konunun doğru ve sağlıklı bir şekilde anlaşılabilmesi adına birinci bölümde, İİK kapsamında tasfiye sürecinde iflasın kavramsal çerçevesi ve tasfiye süreci konuları ele alınmıştır. İkinci bölümde, nemalandırma kavramının anayasal temel bir hak olan mülkiyet hakkı ile olan ilişkisi değerlendirilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise, iflas tasfiyesinde paraların tahsil yöntemleri ve tahsil edilen bu paraların nemalandırılmasının gerekliliği sorunlarından bahisle, bu sorunların giderilmesine ilişkin öneri ve değerlendirmelere yer verilmiştir.

1. İcra ve İflas Kanunu Kapsamında Tasfiye Süreci

1.1. İflasın Kavramsal Çerçevesi

Etimolojik olarak bakıldığında, Arapça kökenli bir kelime olan iflas kavramı, “borçlarını ödeyememiş olduğu mahkeme ilamı ile tespit ve ilan olunan iş adamının durumu, batkılı⁵” olarak tanımlanmaktadır. Arapçadaki anlamı ise maddi ve manevi olarak çöküş yaşamak, parayı ve tüm mal varlığını yitirmektir.

Bir bankacılık terimi olan iflas kavramı, fatura, faiz gibi terimlerle birlikte tarihte ilk defa İtalya’da, ticari hayata ilişkin işlerde kullanılmaya başlamıştır⁶. İflas (bankrupt, Bankrott) anlamına

¹ İcra ve İflas Kanunu (İİK), *Resmî Gazete* 2128 (02.10.1932), Kanun No. 2004.

² Bahsi geçen mücbir sebeplerden bazıları: İflas kararının kesinleşmesinin uzun sürmesi, masa mallarını ilgilendiren davaların açılması ve yetkili iflas organlarınca masa mallarının satışı neticesinde açılan ihalenin feshi davaları ve bu davaların uzun yargılama süreçleridir.

³ Nilüfer Boran Güneysu, “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/4 (Ekim 2016), s. 26; Pınar Çiftçi, “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/Özel Sayı (Temmuz 2010), s. 314.

⁴ Baki Kuru vd., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011), 618; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 11.

⁵ Güncel Türkçe Sözlüğü (www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.01.2024).

⁶ Dilşen Tülay Özsoy, *İflasın Dava ve Takipler Üzerindeki Etkileri* (Ankara: Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 3.

gelen ve İtalyancası “banca rotta” olan sözcük, “bank kırıldı” sözcüklerinden türemiştir. “Bank” kelimesi, o zamanlarda tezgâh yahut işlerin yürütüldüğü fizikî alan şeklinde tanımlanmaktaydı. “Bank kırıldı” şeklindeki kelime öbeğinin tanımı; örneğin, bir iş adamının işleri kötüye gider ve yatırımcılarının, kendisine güvenip verdiği paraları herhangi bir nedenle kaybeder ve yatırımcılarını zarara uğrattırsa, paralarını kaybeden yatırımcılar buna sebep olan iş adamının işlem yaptığı “bank” diye tanımlanan tezgahını fiziken kırarlarmış. Bu fiil, zamanla iflas ettiği belirtilmek istenen bankalar için söylenir olmuş ve “bank kırıldı” şeklinde dile yerleşmiştir^{7,8}.

Roma İmparatorluğu’nun ilk zamanlarında, borçlu, borcundan sadece mal varlığı ile değil, fiziksel varlığı ile de sorumluydu⁹. Çok eski tarihlerden günümüze gelene kadar birçok kez revize edilen icra ve iflas hukuku, eskilerde olduğunun aksine borçlunun, yalnızca mal varlığı ile sorumlu olduğu bir hukuk alanı halini almıştır. Günümüzde yürürlükte olan ve cebri icra hükümlerini düzenleyen İİK, cüz’i icra olarak nitelendirilen icra hukukunu ve külli icra olarak tanımlanan iflas hukukunu düzenlemektedir. İflas hukukunun külli icra olarak tanımlanmasının sebebi, müflisin haczedilebilir nitelikteki tüm mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine müteakip alacaklıların, alacağının ödenmeye toplu olarak çalışılmasıdır. Nitekim icra hukukunda, borçlunun mal varlığı üzerinde alacak miktarını aşacak şekilde haciz yapılması yasaklanmıştır (İİK m. 85/1). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁰ (TTK), 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹¹ ve İİK gereği iflasa tabi olan bir gerçek veya tüzel kişinin hakkında iflas kararı verilmiş olması ile birlikte borçlu, müflis sıfatını alır. Bir borçlunun hakkında yalnızca muamele merkezindeki asliye ticaret mahkemesi iflas kararı verebilir. Asliye ticaret mahkemesinin iflasa karar verebilme yetkisi kamu düzenine ilişkin olup kesindir.

1.2. İflasın Tasfiye Süreci

İflasa tabi olan bir gerçek veya tüzel kişi borçlunun hakkında iflas kararının verilmesi ile birlikte karar, derhal iflas dairesine tebliğ edilerek bildirilir (İİK, md. 166/1). İflas dairesi, kendisine tebliğ edilen iflas kararına istinaden bir iflas dosya numarası vererek iflası açar ve ilan eder (İİK, md. 166/2). İflas, açıldıktan altı ay içerisinde tasfiye edilmek zorundadır (İİK, md. 256). Bu sırada iflas dairesi, müflisin tüm mal varlığını kaydetmek üzere bir defter tutmaya başlar. Müflisin deftere kaydedilen tüm haczi kabil olan mal varlığı, iflas masası olarak adlandırılan bir masa teşkil eder (İİK, md. 184/1). İflas dairesi, tanzim edilen deftere göre tasfiyenin hangi usulde yapılacağına karar verir. Müflisin, deftere kaydedilen mallarının kıymeti, tasfiye masraflarını koruyamayacağı tespit edilirse tasfiyenin basit usulde yapılmasına karar verilir (İİK, md. 218). Tasfiyenin basit usulde yapılacağına karar verilmesi halinde tasfiyeyi, iflas dairesi yapar. Basit tasfiyeye ilişkin olarak Kanun’da açıklayıcı düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle adi tasfiye hükümleri, basit tasfiyede kıyasen uygulanmaktadır¹².

⁷ Özsoy, *İflâsın Dava ve Takipler Üzerindeki Etkileri*, 3.

⁸ Britannica Ansiklopedisi, Part:2, “banco”; “Bank ve banka kelimelerinin birbirlerinden köken alan sözcüklerdir. Bank kelimesi İtalyanca “Banca” kelimesinden türemiştir. İtalyan kültüründe banco kelimesi ise, oturma sırası, gemilerde miçoların oturdukları tezgâhi simgeler. İtalya’da ilk olarak “bankacılık” olarak nitelendirilebilecek girişimler “banco” ların üzerinde gerçekleşmiştir ve bu sebeple bu iş koluna da banco denmeye başlanmıştır. Modern bankacılık ile dünyada yepyeni likidite ve re-finansman çözümleri sunmaya ve aranmaya başlanmıştır. Yeni bankacılık uygulamaları ile İtalyan ekonomisi beraberce faiz, anapara, hisse senedi ve sigorta gibi terimlerin de doğmasına yol açmıştır.” (Özsoy, *İflâsın Dava ve Takipler Üzerindeki Etkileri*, 3’ten naklen).

⁹ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999), 165-166.

¹⁰ Türk Ticaret Kanunu (TTK), *Resmî Gazete* 27846 (14.02.2011), Kanun No. 6102.

¹¹ Bankacılık Kanunu, *Resmî Gazete* 25983 (*Mükerrer*) (01.11.2005), Kanun No. 5411.

¹² Mahmut Bilgen, *İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 213.

Müflisin, deftere kaydedilen mallarının kıymeti, tasfiye masraflarını koruyacağı tespit edilirse tasfiyenin adi usulde yapılmasına karar verilir. İflas dairesinin, adi tasfiyeye karar vermesinin akabinde belirlenen gün ve saatte birinci alacaklılar toplanması yapılacağı ve tasfiye usulünün adi tasfiye olduğu hususları ilan edilir. Tasfiyenin adi usulde yapılacağından sonra birinci alacaklılar toplanması düzenlenir. Birinci alacaklılar toplanmasının asıl amacı, adi tasfiyenin yetkili organı ve masanın kanuni mümessili (İİK, md. 226) olan iflas idaresine aday seçmek, müflisin ticarethanesinin faaliyetine devam edip etmeyeceğine karar vermek ve gerekirse acele satışların yapılmasına karar vermektir. Birinci alacaklılar toplanmasında, iflas idare memuru adayları seçilir. Adayların seçilmesine müteakip iflas dairesi, birinci alacaklılar toplanması kararlarını ve dosyayı icra hukuk mahkemesine tevzi eder. İcra hukuk mahkemesi, belirlenen adaylar içerisinde uygun gördüğü üç adayı iflas idare memuru olarak seçip kararını iflas dairesine bildirir. Böylece iflas idaresi resmen kurulmuş olur.

Adi tasfiyeyi yapmakta yetkili olan organ ve masanın kanuni mümessili iflas idaresidir. İflas idaresinin en temel görevi, tasfiye sürecini yöneterek masaya ait malların satışını sağlayıp alacaklılara, payları oranında dağıtmaktır. Çalışmanın konusu iflas idaresi ve görevleri olmadığından bu konuya ayrıntılı olarak değinilmemiştir¹³. İflas idaresi, müflis hakkında verilmiş olan iflas kararı kesinleşinceye kadar masanın idaresini sağlar. İflas kararının kesinleşmesi ile birlikte ikinci alacaklılar toplanması yapılır. İkinci alacaklılar toplanmasında, masa mallarının satışı ve satış usulü belirlenir. Akabinde masa malları, belirlenen usule göre paraya çevrilir ve alacaklılara, payları oranında ödeme yapılır. Alacaklıların sırası, iflas idaresinin tanzim edeceği sıra cetveli ile belirlenir. Tanzim edilecek olan sıra cetvelinin kesinleşmesi üzerine iflas idaresince pay cetveli ve son hesap yapılır (İİK m. 247). İflas idaresince tanzim edilen pay cetveli ve son hesap, iflas dairesine teslim edilir ve on günün sonunda herhangi bir itiraz veya şikâyet vuku bulmamışsa dağıtım safhasına geçilir (İİK m. 249).

Kesinleşen sıra cetveli ve pay cetveline istinaden alacağını tam olarak alamayan veya eksik almış olan alacaklılara, alamamış oldukları miktar üzerinden iflas idaresince bir aciz vesikası düzenlenir (İİK, md. 251). Bu vesikada, müflisin, düzenlenen aciz vesikasındaki alacağı kabul edip etmediği yazılır. Şayet müflis, vesikada yazılı olan alacağı kabul ettiğini beyan etmiş ise vesika İİK'nun 68. maddesinin 1. fıkrasında yazılı olan senet mahiyetinde olur¹⁴. İflas idaresi, paraları paylaştırdıktan sonra iflas kararı veren asliye ticaret mahkemesine iflasın kapanması için bir rapor verir. Tasfiyenin bittiğine kanaat getiren mahkeme, yapacağı incelemelerden sonra iflasın kapanmasına karar verir. İflasın kapanmasından sonra müflis, yeni bir mal iktisap etmiş olduğu veya tasfiyeden hariç kalan bir malın olduğu tespit edilirse iflas idaresi, herhangi bir merasime gerek olmaksızın dosyayı tekrar işleme alarak söz konusu malı paraya çevirir ve daha önceden kesinleşmiş olan sıra cetveli ve pay cetveli gereğince alacaklılara, hak edişleri oranında ödeme yapar (İİK, md. 255).

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Eroğlu, *İflas İdaresi El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 7 vd.; Yıldırım Bayrak, *Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 967-988.

¹⁴ İİK, m. 68/1: "...imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belge..."

2. Nemalandırma Kavramı ve Mülkiyet Hakkı ile İlişkisi

2.1. Nemalandırma Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan nema, “büyüme”, “gelişme”, “çoğalma” ve “faiz” anlamına gelmekte olup nemalandırma sözcüğü ise “faizlendirmek” olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Hukuk sistemimizde nemalandırma kavramı, sadece paraya ilişkin olarak kullanıldığından hukuksal bağlamda “faizlendirmek” tanımına daha uygun düşmektedir.

Cebrî icra hukukunda, icra ve iflas dairelerinin uhdesinde bulunan paraların nemalandırılması, ihalenin feshine ilişkin şikayetlerin ve sıra cetveline ilişkin itiraz ve şikayetlerin vuku bulması olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. İcra ve iflas dairelerinin kasasında, başta takibe konu tarafların olmak kaydıyla, başkaca hak sahiplerine ait paraların da muhafaza edilmesi söz konusu olabilmektedir¹⁶. İİK kapsamında, paraların nemalandırılmasına ilişkin hüküm, yalnızca ihalenin feshine dair şikayetlerin sonucunda icra hukuk mahkemesince verilecek olan kararın kesinleşmesine kadar olan bir süreçte düzenlenmiştir. İİK’nun 134. maddesinin 8. fıkrasında geçen “...İcra müdürü, ödenen ihale bedeli ile ilgili olarak, ihalenin feshine yönelik şikâyet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar para bankalarda nemalandırılır. İhalenin feshine ilişkin şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir.” hükmü¹⁷ haricinde paraların nemalandırılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Anayasa Mahkemesi’nin¹⁸ ve Yargıtay’ın¹⁹, sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde de icra ve iflas dairelerinin uhdesinde bulunan paraların nemalandırılabilmesine ilişkin kararları mevcuttur. Bu haliyle, İİK kapsamında paraların nemalandırılması, ihalenin feshine yönelik şikayetlerin ve sıra cetveline ilişkin itiraz ve şikayetlerin vuku bulması halinde söz konusu olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu 05.04.2023 tarihli karardan önce, cebri icra faaliyetleri sırasında borçludan tahsil edilen paraların neması, hazineye ait olduğu yönündeydi. Anayasa Mahkemesi, cebri icra faaliyetlerini yürütmeye yetkili organların tahsil etmiş oldukları paraları, bir mevduat hesabına yatırmak şeklinde alacağı, basit bir tedbir ile cebri icra sürecinin hızlı işlememesinin borçlunun üzerinde oluşturmuş olduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirgememesinin mülkiyet hakkının devlete yüklediği koruma pozitif yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurduğunu kabul etmiştir²⁰.

2.2. Mülkiyet Hakkı ile İlişkisi

Mülkiyet hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın²¹ (Anayasa) 35. maddesi ile güvence altına alınmış temel bir haktır²². Bunun yanı sıra mülkiyet hakkının uygulama alanı yalnızca ulusal

¹⁵ Güncel Türkçe Sözlüğü (www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.01.2024).

¹⁶ Muhammet Özekes, “İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı İhlali Sorunu”, *İzmir Barosu Dergisi* 88/2 (Ağustos 2023), 195.

¹⁷ Kanun değişikliğinden önce “5. fıkra” olarak düzenlenmiş olan ve yargı kararlarında da o haliyle geçen bu hükme ilişkin olarak Kanun’da yeni fıkralara yer verilmesi sebebiyle “8. fıkra” halini almıştır. Bu sebeple doktrinde ve yargı kararlarında daha önceleri md. 134/5 şeklindeki atıfların md. 134/8 olarak anlaşılması gerekmektedir.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2017/6577 (16 Şubat 2017).

¹⁹ Yargıtay 12. HD, K. 2015/14165 (25 Mayıs 2015); Yargıtay 12. HD, K. 2014/20887 (10 Eylül 2014); Yargıtay 12. HD, K. 2016/12280 (26 Nisan 2016); Yargıtay 12. HD, K. 2023/2113 (28 Mart 2023).

²⁰ Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/72 (05 Nisan 2023).

²¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa), *Resmî Gazete* 17863 Mükerrer (09.11.1982), Kanun No. 2709, md. 35.

²² Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 58.

mevzuat hükümleri olmayıp, ülkemizin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer edinmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi²³ mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri gereğince mülkiyet hakkı, sadece üstün kamu yararının olduğu hallerde kısıtlanabilmektedir. Devletin, anayasal temel hakların ihlal edilmemesi ve bu hakların korunması bakımından pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.

İİK'nun 85. maddesinin 6. fıkrası gereğince icra müdürü, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini sağlamakla görevlidir (İİK, md. 85/6). Cebrî icra işlemleri sırasında alacaklı, alacağına kavuşturulurken borçlunun mal varlığının değersizleştirilmesi, mülkiyet hakkına haksız bir müdahale teşkil etmiş olacaktır. Borçlunun mal varlığı, cebrî icra işlemleri sırasında tahsil edilip icra ve iflas dairesinin kasasında depo edilen paralarını da kapsamaktadır. İcra ve iflas dairesinin uhdesinde bulunan borçluya ait paraların nemalandırılmaması, Türkiye'de olduğu gibi enflasyonist ortamlarda, paranın değer kaybı, cebrî icraya ilişkin takiplerde tarafların mülkiyet hakkı açısından risk teşkil etmektedir.

Daha önce de bahsedildiği gibi, borçludan tahsil edilen paraların nemalandırılması, yalnızca ihalenin feshine ilişkin bir şikayetin veya sıra cetveline itirazın ortaya çıkması suretiyle söz konusu olmaktadır²⁴. Uygulamada, anılan sebeplerden başka bir sebeple dosyaya depo edilen paraların nemalandırılmasına ilişkin talepler, Kanun'da bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle icra ve iflas dairelerince reddedilmektedir. Ancak, Kanun'da, ihalenin feshine ilişkin şikayetler haricinde paraların nemalandırılmayacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Burada, icra ve iflas dairelerince dikkat edilmesi gereken husus, anayasal temel bir hak olan mülkiyet hakkının gözetilerek taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaktır. Nitekim Kanun'da, sıra cetveline itirazın ortaya çıkması ile paraların nemalandırılacağına ilişkin hüküm de bulunmamaktadır. Fakat yargı kararları ile bu mümkün kılınmıştır. Bu nedenle başkaca sebeplerle uzun süre icra ve iflas dairelerinin kasasında kalabilecek olan paraların nemalandırılmasına ilişkin taleplerde de tarafların menfaatleri gözetilerek karar verilmesi gerekmektedir. Örneğin, icra takibine konu edilmiş olan bir mahkeme ilamının, tehiri icra talepli olarak temyiz edilmiş olduğunu varsayalım. Talep üzerine icra müdürü, İİK'nun 36. maddesi gereğince borçlunun, icra mahkemesinden tehiri icra kararı getirmesi amacıyla makul bir süre belirleyip, belirlemiş olduğu sürenin sonundaki toplam alacak miktarını tüm fer'ileri ile birlikte 3.000.000,00 TL olarak hesap etmiştir. Borçlunun, icra müdürünün belirlemiş olduğu tarihteki alacak miktarı olan 3.000.000,00 TL'nin tümünü dosyaya nakit olarak yatırması veya süresiz ve kesin bir teminat mektubu sunması ile birlikte takip durmuştur. Teminat, borçlu tarafından nakit veya mektup olarak dosyaya sunulması halinde icra müdürü, tehiri icra kararı getirmek üzere genellikle 60 gün süreli bir mehil vesikası düzenleyip takibi durdurmuştur. Belirlenen süre içerisinde borçlunun, tehiri icra kararı getirmesi halinde yapılacak olan yargılamalar neticesine göre takibin devam edip etmeyeceğine karar verilecektir. Yapılacak olan yargılamaların uzun sürmesi ihtimaline binaen borçlu, icra dairesinden, yatırmış olduğu teminatın nemalandırılmasını talep etmiştir. İcra

²³ "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkılarının veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Tarihi: 04.11.1950, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur/ 04.01.2024.

²⁴ Ejder Yılmaz, "İflâslarda Devletin İşlevi ve İflâs Masasına Ait Paraların İflâs İdaresince Nemalandırılmasının Gerekliliği", *Ankara Barosu Dergisi* 1996/2 (Haziran 1996), 177; Cemal Fazıl Karakaş, "Sıra Cetveline İtiraz Aşamasında İhale Bedelinin Nemalandırılması Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün Uygulamadan Kaldırılmış Bir Mütalaasının Bıraktığı İzler Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan/2 (Kasım 2015), 1040.

müdürü, Kanun'da buna ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle borçlunun bu yöndeki talebini reddetmiştir. Yargılamalar, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) ve akabinde Yargıtay olmak üzere toplamda üç yıl sürmüştür. Yargıtay, takibe konu mahkeme ilamını onamıştır. Alacaklı, onama kararının üzerine icra dairesinden, borçlunun yatırmış olduğu teminatın tarafına ödenmesini talep etmiştir. Ancak aradan geçen üç yılın sonunda güncel dosya alacağı, faizlenmiş olması nedeniyle artmıştır ve borçlunun yatırmış olduğu teminat, dosya borcunu ödemeye yetersiz kalmıştır. Yetersiz kalan kısım için alacaklının talebi üzerine borçlunun haczi kabil mal varlığına haciz işlemleri uygulanmıştır²⁵.

Yukarıda verilen örnekte, yargılamaların tamamlanmış olduğu üç yıl içerisinde borçlunun yatırmış olduğu teminat, nemalandırılmamış olmaması sebebiyle enflasyon karşısında değersizleşmiş olduğu gibi artık dosya alacağını da karşılamamaktadır. İcra müdürünün, Kanun'da mehil vesikası için ödenen teminatların nemalandırılacağına ilişkin hüküm bulunmaması gerekçesiyle reddetmiş olduğu kararı sebebiyle alacaklı, alacağına tam anlamıyla kavuşamamış olup borçlu da borcundan kurtulamamıştır ve mal varlığına haciz işlemleri uygulanmıştır. Oysa icra müdürü, Kanun'da, mehil vesikası için yatırılan teminatın nemalandırılmayacağına ilişkin bir hüküm de bulunmaması gerekçesiyle borçlunun talebini kabul etmiş olsaydı, alacaklıyı alacağına daha hızlı kavuşturup borçlunun da mal varlığını değersizleştirmeden taraflar arasındaki menfaat dengesini de sağlayarak her iki tarafın da mülkiyet hakkını gözetmiş olacaktı. Zira buna ilişkin olarak İstanbul BAM 22. Hukuk Dairesi, 23.10.2018 tarihli bir kararında özetle; icra dosyasına, tehiri icra talepli yatırılmış olan paraların nemalandırılması, alacaklının olduğu gibi borçlunun da menfaatine olduğu²⁶ şeklinde karar verip tarafların menfaatini gözetmiştir.

3. İflas Tasfiyesinde Paraların Tahsil Yöntemleri ve Nemalandırılması Gerekliliği

3.1. İflas Tasfiyesinde Paraların Tahsil Yöntemleri

3.1.1. Müflise Ait Malların Satışı Yoluyla Tahsil

İİK'nun ana prensibi, borçlunun veya müflisin, haczi kabil nitelikteki mal varlığının paraya çevrilerek alacaklıların parayla tatmin edilmesidir²⁷. Kanun'un lafzından anlaşılacağı üzere, müflis hakkında verilmiş olan iflas kararı kesinleşmeden ikinci alacaklılar toplanması yapılamamaktadır. Masa mallarının satışına ve satış usulüne de ikinci alacaklılar toplanmasında karar verildiğinden doğal olarak iflas kararı kesinleşmeden masa malları satılıp paraya çevrilemeyecektir. Yargıtay²⁸ da iflas kararı kesinleşmeden ikinci alacaklılar toplanmasının ve satış yapılmasının mümkün olmadığı kanaatinde. İflas kararı, mahiyeti gereği istinaf ve temyiz yolu açık olan kararlardandır²⁹. Bu nedenle iflas kararının kesinleşmesi, uzun yargılamalar neticesinde gerçekleşebilmektedir. Ancak kanun koyucu, aciliyet teşkil eden durumlarda pazarlık usulü ile satış yapma yetkisini ilk alacaklılar toplanmasına da tanımıştır (İİK, md. 224). Lakin birinci alacaklılar toplanmasında verilen acele satışlara istinaden elde edilecek olan paraların, alacaklılara hak ediş oranlarıncaya dağıtılması, iflas kararının kesinleşmesi üzerine yapılabilecektir.

İİK'nun 247. maddesinde geçen “*Satılan malların bedeli tahsil edilip alacaklıların sıra cetveli katilesince iflas idaresi paraların pay cetvelini ve son hesabını yapar.*” hükmünden³⁰ de

²⁵ Özkes, “İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı İhlali Sorunu”, 200.

²⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 22. HD, K. 2018/2240 (23 Ekim 2018).

²⁷ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2.Baskı, 2013), 17.

²⁸ Yargıtay 12. HD, K. 1986/9948 (06 Ekim 1986).

²⁹ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku* (İstanbul: Alfa Yayınevi, 4. Cilt, 1997), 119.

³⁰ İİK, md. 247.

anlaşılacağı üzere paraların paylaşılması ancak masaya ait malların satılmasından sonra yapılabilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi masa mallarının satışı da iflas kararının kesinleşmesine bağlıdır. Bu nedenle Kanun'da, tasfiyenin tamamlanması için hükmedilen altı aylık süre, yeterli bir süre değildir.

Konuyu, bir örnek ile açıklamak gerekirse; örneğin, gıda üzerine işgal eden müflis (M) hakkında iflas kararı verilmiş olması ile birlikte iflas dairesi, bir iflas dosya numarası vererek iflası açıp (M)'nin tüm mal varlığını tespit etme üzere defter tanzimini yapmıştır. Defter tanzimi yapılırken tespit edilen malların bazıları raf ömrü on gün olan işlenmiş ve işlenmeye hazır gıdalardır. Yasal prosedür sürelerinin beklenmesi halinde söz konusu mallar tedavüle çıkarılamayacağından ve bu nedenle ekonomik değerini de yitireceğinden icra memuru, İİK'nun 113. maddesinin 2. fıkrasını ve 119. maddesini gerekçe göstererek bu malları pazarlık usulü ile 200.000,00 TL bedel ile satın elde ettiği parayı dosyaya depo etmiştir. Ancak para, Kanun'da veya yargı kararlarında buna ilişkin bir hüküm bulunmadığı için iflas dairesince nemalandırılmamıştır. Sonrasında tasfiye usulü belirlenmiş ve basit tasfiyeye karar verilmiştir. Tüm alacaklı olduğunu iddia edenler masaya kayıtlarını yaptırmış ve yasal süreç Kanun'a uygun bir şekilde işlemiştir. Ancak o sırada (M), hakkında verilen iflas kararının bozulması için kararı, istinaf kanun yoluna götürmüştür. İstinaf mahkemesinin yargılama süreci bir yıl sürmüştür ve yargılama sonunda (M)'nin bozma talebinin reddine temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir. (M), istinaf mahkemesinin vermiş olduğu red kararını da temyiz yoluna götürmüştür. Yargıtay'da yapılan yargılama da bir yıl sürmüştür ve Yargıtay, istinaf mahkemesinin kararını kesin olarak onaylamıştır. Böylece (M) hakkında verilmiş olan iflas kararı kesinleşmiştir. Bu iki yıllık süre içerisinde iflas dairesi, iflas kararı kesinleşmemiş olduğundan alacaklılara, payları oranında para dağıtımını yapamamıştır.

Yukarıdaki örnekte, müflise ait olan malların, pazarlık usulü ile satışından elde edilen 200.000,00 TL'lik satış bedeli, nemalandırılmamış olduğundan enflasyon karşısında değersizleşmiştir. Böylece alacaklıların mülkiyet hakkı, haksız bir şekilde ihlal edilmiştir. Şayet söz konusu satış bedeli dosyaya depo edilir edilmez nemalandırılsaydı, enflasyon karşısında değersizleşmeyeceği gibi alacaklıların da mülkiyet hakkı gözetilmiş olacaktı. Bu sebeptir ki, iflas tasfiyesi sırasında tahsil edilen satış bedelleri dahil her nevi paranın, paraların paylaşılması aşamasına geçilene kadar nemalandırılması masa yararına olacaktır. Kaldı ki, yukarıda verilmiş olan örnekte iflasın kesinleşme süresi iki yıl olarak varsayılmıştır. Ancak uygulamada iflas kararının kesinleşmesi bazı durumlarda 5-6 yıl, hatta daha uzun sürebilmektedir.

3.1.2. Müflise Ait Banka Hesaplarındaki Paraların Celbi Yoluyla Tahsil

İflas dairesi, iflasın açılmasına müteakip Türkiye'de işletimde olan tüm bankalara İİK'nun 166. maddesinin 2. fıkrası gereğince müflisin iflas etmiş olduğunu ve banka hesaplarına iflas şerhi işlenerek hesaplardaki tüm paranın iflas dosyasına celbini emreder. Bunun üzerine müflisin hesabı bulunan bankaların da mevcut paraları iflas tasfiyesinin yürütülmekte olduğu iflas dosyasına göndermesi gerekmektedir. Ancak buna ilişkin uygulamada bazı sorunlar meydana gelmektedir. İflas dairesinin, bankalara, paraların iflas dosyasına gönderilmesine ilişkin yazısına cevaben bankalar, söz konusu hesaptaki paralara ilişkin başkaca hacizlerin olduğunu ve bu nedenle ödemenin iflas dosyasına ödenemeyeceğini bildirmektedirler. Oysa iflasın açılması ile birlikte haciz yoluyla yapılan takipler ile teminat gösterilmesine ilişkin olan icra takipleri durduğundan (İİK, md. 193/2) ve iflas

kararının kesinleşmesi ile birlikte bu takipler düştüğünden (İİK, md. 193/2) bankaların, hesaptaki tüm paraları iflas dosyasına göndermesi gerekmektedir³¹.

Müflisin mal varlığı kapsamında olan banka hesaplarındaki paraları, yukarıda da açıklandığı üzere iflasın açılması ile birlikte tahsil edilir. Müflisin banka hesaplarından tahsil edilen paralar da iflas kararı kesinleşmeden alacaklılara dağıtılamayacaktır. Çünkü paraların paylaşılması aşaması, yalnızca satışların bitmesine müteakip geçilen bir aşama olmayıp iflasın kesinleşmesi üzerine geçilen bir aşamadır³². Bu nedenle, müflisin banka hesaplarından tahsil edilen paraların nemalandırılmaması da masanın mevcudunda, değersizleşme yolu ile bir zarara yol açacaktır.

3.1.3. Müflise Ait Malların Kiralanması Yoluyla Tahsil

İflasın açılması ile birlikte müflisin, masa malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Masaya kaydedilmiş olan mallar üzerindeki tasarruf yetkisi adi tasfiyede iflas idaresine, basit tasfiyede ise iflas dairesine geçer. Müflisin, masa mallarına ilişkin olarak bulunduğu her türlü tasarrufu, alacaklılara karşı hükümsüzdür (İİK, md. 191). Bu nedenle, masaya kaydedilen taşınmazların, taşınırın ve hakların kiralanması yetkisi ve bunlara ilişkin elde edilen gelirlerin tümü yalnızca masaya aittir.

Uygulamada bu durum genellikle müflise ait fabrika, dükkân ve imalathane gibi taşınmazların kiralanması yoluyla karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla mevcut kiracı ile, adi tasfiyede iflas idaresi, basit tasfiyede iflas dairesi arasında yeni bir kira sözleşmesi kurulması gerekmektedir.

Genellikle fabrika, dükkân ve imalathane gibi taşınmazların kira geliri, günümüz şartlarında azımsanamayacak miktarlardadır. İflas masasına irat kaydedilen kira bedellerinin de nemalandırılmasına ilişkin Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat bahsi geçen taşınmazların kira getirilerinin de nemalandırılması, tüm tarafların menfaatine olacaktır. Böylece devletin bir sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

3.2. Paraların Nemalandırılmasının Gerekliliği

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³³ (TMK) 683. maddesinin 1. fıkrasında geçen "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir...*" hükmü gereğince mülkiyetten kaynaklı tasarruf yetkisi yalnızca malik olana tanınmıştır. Ancak bir gerçek veya tüzel kişinin hakkında iflas kararı verilmiş olması, o kişinin masayı oluşturan haczi kabil mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisini, alacaklılara karşı hükümsüz kılmaktadır (İİK, md. 191/1). İflas dairesinin kasasında tutulan paraların üzerindeki tasarruf yetkisi müfliste olmadığı gibi alacaklılarda da değildir. Tasfiyenin yönetimi, adi tasfiyede iflas idaresinde; basit tasfiyede ise iflas dairesindedir. Kanunen, masa yararını gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükellef olan iflas organının (İİK, md. 226) tasarrufunda bulunan paraların nemalandırılmamış olması nedeniyle değersizleşmesinin sorumlusu, yetkili iflas organı, yani devlet olacaktır. O halde masa yararının gözetilmemiş olduğu gerekçesiyle hak kaybına uğrayacak olan alacaklı veya alacaklılar tarafından İİK'nun 5. maddesi³⁴ gereğince devlet aleyhine tazminat davası

³¹ Müflis hakkında iflas kararı verilmesinin akabinde iflasın açılması ile birlikte durmayacak olan takiplerin ayrıntılı olarak incelenmesi için bkz. Bayrak, *Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu*, 871; Bankaların, paraları ilgili iflas dairesinin belirtmiş olduğu hesaba göndermemesinin nedeni iflas kararının kesinleşmesini beklemek olmayıp, iflas şerhinin, bankalar tarafından bir haciz şerhiymişçesine değerlendirilmesidir.

³² Baki Kuru, *İflas ve Konkordato Hukuku* (Ankara: Sevinç Kitabevi, 1971), 315; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra İflas Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013), 201.

³³ Türk Medeni Kanunu (TMK), *Resmî Gazete* 24607 (08.12.2001), Kanun No. 4721.

³⁴ İİK, md. 5: "*İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir.*

açılacaktır. Nitekim bu durumda zarar gören, alacaklarını alamamış olan veya eksik almış olan iflas masasına alacak kaydı yaptıran alacaklılardır. Müflisin, mal varlığının değersizleştirilmiş olduğu gerekçesiyle bunu bir dava konusu yapıp yapamayacağı hususu ayrı bir tartışma konusu olmalıdır. Müflisin, iflasın açılmasıyla birlikte masayı ilgilendiren mallar üzerindeki dava takip yetkisi sona ereceği³⁵ göz önünde bulundurulduğunda, müflisin, devlet aleyhine tazminat davası açamaması gerekmektedir.

Cebri icra faaliyetleri kapsamında iflas tasfiyesinde tahsil edilmiş olan paralar, nemalandırılmadan iflas dairesi nezdinde devletin uhdesinde tutuluyorsa, söz konusu paraların enflasyonist ortamlarda değer kaybı ve bu nedenle tarafların mülkiyet hakkının ihlal edilmesinden kaynaklı devletin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Belirtmek gerekir ki, paraların uzun süre iflas dairesinin kasasında tutulmasından kaynaklanan değer kayıplarının sebebi taraflar değildir. İflas masasında hak sahiplerinin, tahsil edilip kasada bekletilen paranın üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle mülkiyete ilişkin olarak ortaya çıkan eksilmeye ilgililerin değil, iflas dairesinin ve dolayısıyla devletin sorumluluğu meydana gelecektir³⁶.

SONUÇ

Cebri icra hukukunun, külli icra kısmını düzenleyen iflas hukuku kapsamında yürütülen iflas tasfiyeleri Kanunen, altı ay içerisinde tamamlanmak zorundadır. Ancak tasfiye süresi, başta iflas kararının kesinleşmemiş olması, masa mallarını ilgilendiren takipler, davalar veya başkaca birçok sebeplerle uzayabilmektedir. Özellikle iflas tasfiyesi sırasında tahsil edilen paraların paylaşılması aşamasına geçilebilmesi için iflas kararının kesinleşmesi gerekmektedir. İflas kararının kesinleşmesi, uygulamada çok uzun yargılama süreçlerinden geçtiğinden tahsil edilen paralar, alacaklılara hak edişleri oranında dağıtılamamaktadır. Bu nedenle tahsil edilen paraların nemalandırılmaması, enflasyon karşısında değersizleşerek iflas masasına alacak kaydı yaptırmış olan alacaklıların mülkiyet hakkına halel getireceği açıktır. Kural olarak kanunlar, Anayasa'ya aykırılık teşkil edememektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, uzun süren yargılamalar neticesinde icra ve iflas dairelerinin kasasında tutulmak suretiyle nemalandırılmayan paraların enflasyona karşı değersizleşmesini mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmesi ve herhangi bir sebeple nemalandırılan paraların nemalarının devlete ait olduğuna dair 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrasını iptal etmesi, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu sağlamaya yönelik bir kararı olarak nitelendirilmelidir. Şayet uzun süre devletin uhdesinde tutulan veya tutulmak zorunda kalınan paraların nemalandırılması zarureti, anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının gereğidir.

Yapılan tüm açıklamalar ışığında, öncelikle kamu düzenine ilişkin olan iflas tasfiyesi süresinin, mücbir sebeplerin varlığı halinde altı aydan fazla sürebileceğine cevaz veren yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Ayrıca iflasın tasfiyesinde tahsil edilen paraların nemalandırılması ve alacaklılara hak edişleri oranında ödenmek üzere elde edilen nemaların masaya irat kaydı yapılması için de açık ve net yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Yapılması gereken yasal düzenlemelerin yanında hak sahiplerine ödenecek olan paralara dair nemalandırma ile ilgili olarak nemalandırmanın hangi şekilde yapılacağı ve diğer usule ilişkin işlemlerin düzenlenmesi de yönetmelikle yapılmalıdır. Böylece, adi tasfiyede iflas idaresi; basit tasfiyede ise iflas dairesi, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamış olmakla beraber hak sahiplerinin mülkiyet hakkını da

Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır."

³⁵ Hakan Pekcanitez vd., *Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 15. Baskı, 2017), 598.

³⁶ Özekes, "İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı İhlali Sorunu", 215.

gözetmiş olacaktır. Aksi takdirde devlet, İİK'nun 5. maddesi uyarınca tazminat davası ile karşı karşıya kalabilecektir.

KAYNAKÇA

Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Kanun No. 2709). *Resmî Gazete* 17863 Mükerrer (09.11.1982). Erişim 04.01.2024. https://www5.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Tarihi: 04.01.2024. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2017/6577 (16 Şubat 2017).

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2023/72 (05 Nisan 2023).

BAM, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 22. Hukuk Dairesi, K.2018/2240, (23 Ekim 2018).

Bankacılık Kanunu (Kanun No. 5411). *Resmî Gazete* 25983 (Mükerrer) (01.11.2005). Erişim 02 Ocak 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5411.pdf>

Başpınar, Veysel. *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Bayrak, Yıldırım. *Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.

Bilgen, Mahmut. *İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Boran Güneysu, Nilüfer. "İcra Hukukunda Aşkın Haciz". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/4, (Ekim 2016), 25-60.

Çiftçi, Pınar. "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/Özel Sayı (Temmuz 2010), 313-379.

Eroğlu, Orhan. *İflas İdaresi El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.

İİK, İcra ve İflas Kanunu (Kanun No. 2004). *Resmî Gazete* 2128 (19.06.1932). Erişim 02 Ocak 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2004.pdf>

Karakaş, Cemal Fazıl. "Sıra Cetveline İtiraz Aşamasında İhale Bedelinin Nemalandırılması Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün Uygulamadan Kaldırılmış Bir Mütalaasının Bıraktığı İzler Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan/2 (Kasım 2015), 1033-1041.

Kuru, Baki vd., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.

Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2.Baskı, 2013.

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku*. 4. Cilt. İstanbul: Alfa Yayınevi, 1997.

Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, c.3, 1993.

Kuru, Baki. *İflas ve Konkordato Hukuku*. Ankara: Sevinç Kitabevi, 1971.

Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra İflas Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.

Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, Cilt I-II.

Özekes, Muhammet. “İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı İhlali Sorunu”, *İzmir Barosu Dergisi* 88/2 (Ağustos 2023), 193-234.

Özsoy, Dilşen Tülay. *İflâsın Dava ve Takipler Üzerindeki Etkileri*. Ankara: Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Pekcanıtez, Hakan vd. *Medeni Usul Hukuku*. 15. Cilt, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.

TMK, Türk Medeni Kanunu (Kanun No. 4721). *Resmî Gazete* 24607 (08.12.2001). Erişim 11 Ocak 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>

TTK, Türk Ticaret Kanunu (Kanun No. 6102). *Resmî Gazete* 27846 (14.02.2011). Erişim 02 Ocak 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>

Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.

Yılmaz, Ejder. “İflâslarda Devletin İşlevi ve İflâs Masasına Ait Paraların İflâs İdaresince Nemalandırılmasının Gerekliliği”, *Ankara Barosu Dergisi* 1996/2 (Haziran 1996), 173-187.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA SAVUNMA HAKKI
DEFENSE RIGHT IN CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS



Selçuk AKICI^{1*}

¹ Avukat, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, Osmaniye, Türkiye,
selcukakici@hotmail.com

*Sorumlu Yazar/Corresponding Author

Öz: Ceza muhakemesi, ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiillerden herhangi birinin işlenmesinden sonra bu fiilin suç isnadı altında bulunan kişi tarafından işlenip işlenmediği veya failin kim olduğunun ortaya çıkarılması sorunuyla ilgilenir. Bu soruna çözüm bulmak amacıyla iddia, savunma ve yargılama niteliğinde faaliyetler gerçekleştirilir. Gerek iddia makamı gerekse yargılama makamı kamu gücü kullandığından suç isnadı altında bulunan şüpheli ve sanığa göre üstün konumdadır. Ancak şüpheli ve sanığa, devlet veya bireyler tarafından kendisine yöneltilen ithamlardan kurtulmak gayesiyle yasal olarak bir takım hak ve yetkiler tanınmıştır. Şüpheli ve sanığın kendilerine tanınan bu hak ve yetkileri kullanabilmesi savunma hakkı ile ilgilidir. Savunma hakkı, temel bir insan hakkı olup içerdiği birçok ilke veya hak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere bakıldığında isnadı ve hakları öğrenme hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı, tanık dinletme ve sorgulama hakkı, müdafî yardımından faydalanma hakkı gibi hakların savunma hakkı kapsamı içerisindeki haklar olduğu görülmektedir. Bir suçla itham edilen kişinin sahip olduğu bu hakları kullanabilmesinin sağlanması, Devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Bu yükümlüğünün bir gereği olarak Anayasa ile bireysel başvuru yolu getirilmiştir. Böylece Anayasa'da teminat altına alınmış temel haklarından herhangi biri kamu gücü tarafından ihlal edilen kişilerin, Anayasa'ya aykırılığın ortadan kaldırılması için başkaca bir yola başvurma imkânları kalmadığı durumlarda bu aykırılığın ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurmasına imkân tanınmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'yı ihlal edip etmediği sorunu somut norm denetimi ve soyut norm denetimi yolu ile de denetlemektedir. Bu çalışmada savunma hakkı ile ilgili bazı Anayasa Mahkemesi'nin savunma hakkına ilişkin kararları incelenmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin savunma hakkının ihlali olarak değerlendirdiği hususlar üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Savunma Hakkı, İsnadı Öğrenme Hakkı, Hukuki Yardım, Tanık Dinletme ve Sorgulama Hakkı.

Geliş Tarihi/Received:
04.06.2024

Kabul Tarihi/Accepted:
25.06.2024

Yayımlanma Tarihi/
Available Online:
30.06.2024

Abstract: Criminal procedure deals with the problem of whether, after committing any of the acts defined as a crime in the criminal laws, whether this act was committed by the person accused of a crime or who the perpetrator is. In order to find a solution to this problem, activities in the nature of claim, defense and trial are carried out. Since both the prosecution and the trial authority use public power, they are in a superior position to the suspect and defendant accused of crime. However, the suspect and the accused are legally granted certain rights and powers in order to get rid of the accusations made against them by the state or individuals. The suspect's and the accused's ability to use these rights and powers granted to them is related to the right to defence. The right to defense is a fundamental human right and many of the principles or rights it contains are regulated in the Criminal Procedure Code No. 5271, the Constitution and the European Convention on Human Rights. When these regulations are examined, it can be seen that rights such as the right to learn the accusation and rights, the right to be present at the hearing, the right to hear and questions witnesses, the right to benefit from the assistance of a defense attorney are rights within the scope of the right to defense. Ensuring that a person accused of a crime can exercise these rights is among the positive obligations of the State. As a requirement of this obligation, individual application has been introduced by the Constitution. Thus, persons whose fundamental rights guaranteed in the Constitution have been violated by the public power are allowed to directly apply to the Constitutional Court to eliminate this contradiction, in cases where they no longer have to opportunity to resort to any other means to eliminate the unconstitutionality. In addition, the Constitutional Court also examines the issue of whether laws violate the Constitution through concrete norm control and abstract norm control. In this study, some Constitutional Court decisions regarding the right to defense are examined and the issues that the Constitutional Court considers as a violation of the right to defense are emphasized.

Keywords: Individual Application, the Right to Defense, the Right to Learn the Accusation, Legal Aid, the Right to Hear and Interrogate Witnesses.

GİRİŞ

Savunma hakkı, temel bir insan hakkıdır. Kendisine karşı yöneltilen bir suç isnadına karşı koyma faaliyeti olarak da ifade edilebilecek olan savunma hakkı hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hem de 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmıştır.

Savunma hakkı, temel bir hak olduğundan kanun ile düzenlenmelidir. Ayrıca uygulamada savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması da sağlanmalıdır. Aksi halde savunma hakkına yapılan bir müdahaleden bahsedilerek bu hakkın ihlali söz konusu olabilecektir.

Ceza yargılamasının yürütülmesi ile ilgili kurallar genel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile düzenlenmiştir. CMK’da şüpheli ve sanığa tanınan haklardan herhangi birinin etkin bir şekilde kullanılmasının engellenmesi halinde savunma hakkının sınırlandırılmış olduğu kabul edilerek mutlak bir bozma nedeni ihdas edilmiştir (CMK m.289/1-h).

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 148. maddesine 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile bireysel başvuru yolu eklenmiştir. Buna göre Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden AİHS kapsamında yer alan herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkes Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapabilecektir.

Bu çalışmada bireysel başvuru yapılarak veya soyut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne gelen savunma hakkının ihlal edildiğine yönelik uyuşmazlıklarla ilgili verilen kararlar incelenmek sureti ile Anayasa Mahkemesi’nin savunma hakkına bakışı incelenecektir. Bu amaçla öncelikle savunma hakkı ile ilgili literatür taraması yapılmış ve konu ile ilgili bazı Anayasa Mahkemesi kararları incelenmiştir.

Çalışma konusu, Anayasa Mahkemesi’nin savunma hakkı kapsamında verdiği kararlar ile sınırlandırılmıştır. Bu yüzden Yargıtay ve AİHM kararlarına sadece gerekli görülen kısımlarda sınırlı olarak yer verilmiştir.

Çalışmada kavramsal çerçeve ve konu ile ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemelere yüzeysel olarak değinilmiş, Anayasa Mahkemesi’nin kararları tasnif edilerek savunma hakkı ve bu hakka yönelik ihlaller üzerinde durulmuştur. Sonuç kısmında ise çalışmada değinilen hususlar ana hatları ile ifade edilmiş, uygulamada karşılaşılan sorunlar ile ilgili çözüm önerileri sunulmuştur.

1. Savunma Hakkı

1.1.Genel Olarak Savunma Hakkı

Ceza muhakemesi, bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmiş ise failin kim olduğu ve işlenen suça karşı öngörülen yaptırımın ne olacağı hususlarına çözüm bulmak amacıyla yapılan iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki faaliyetlerin bütünüdür¹.

Ceza muhakemesi hukuku ise ceza muhakemesinin nasıl yapılacağını düzenler. Ceza muhakemesi hukukunda, bir kişinin suça konu eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediği hususunun nasıl belirleneceği, yargılamanın nasıl yürütüleceği ve ceza verilip verilmeyeceği konuları ele alınır².

Ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılır. Bunun için öncelikle ceza hükmü içeren norma aykırı bir davranışın varlığını gösteren delil elde edilmesi durumunda kişinin suç işlediği düşüncesi ileri sürülür. Buna “iddia” denir. Ceza muhakemesinde iddia faaliyeti savcılık tarafından

¹ Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 29.

² Nur Centel – Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 3.

yürütülür ve bu faaliyete “soruşturma” adı verilir. Suç işlediği iddia olunan kişi ise karşı beyanda bulunarak “savunma” yapar. Hâkim ise iddia ve savunma makamlarının ileri sürmüş oldukları görüşleri değerlendirerek bir sonuca varır. Hâkim varmış olduğu sonuca göre “hüküm” kurar³.

Ceza muhakemesi hukuku ile amaçlanan, sırf maddi gerçeğe ulaşmak değildir. Ceza muhakemesi hukuku ile suç işleyen kişiler cezalandırılarak toplum düzeni korunmaya çalışılırken aynı zamanda masum kişilerin cezalandırılması önlenerek sanığın menfaatleri korunmaya çalışılır. Zira masum kişilerin cezalandırılmamasında sadece bireyin değil aynı zamanda toplumun da menfaati vardır. Çünkü masum kişilerin cezalandırıldığı bir toplumda hukuksal güven ve toplumsal huzurdan söz etmek imkânsızdır⁴.

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık konumunda olan kişiye haklar tanınmak sureti ile menfaatleri korunmaya çalışılmaktadır. Bu haklar genel olarak “savunma hakkı” üst başlığı altında ifade edilmektedir⁵.

1.2. Savunma Hakkı, Kapsamı ve Niteliği

Savunma, bir suçla itham edilen kişinin yararına gerçekleştirilen ve onu fiili ve hukuki açıdan korumak amacıyla yürütülen faaliyetlerdir⁶. Bu açıdan bakıldığında savunmanın dar ve geniş anlamları olduğu görülmektedir.

Dar anlamda savunma, kısaca suçlamaları karşılama, onlara cevap verebilme hakkıdır⁷. Buna göre dar anlamda savunma, bir suçla itham edilen kişinin yargılama makamları önünde kendisine isnat edilen eylemi işlemediğini ya da gerçekleştirilen eylemin suç olmadığını veya bazı şahsi cezasızlık sebepleri bulunduğu bahisle cezalandırılmaması gerektiğini ya da daha az ceza takdiri gerektiğini öne sürmesidir⁸. Kişinin, isnat edilen eylemin kendi malını almış olması nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturmayacağını öne sürmesi, kendisiyle aynı konutta oturmakta olan kardeşinin malını almış olması nedeniyle bir şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğunu öne sürmesi, kasten

³ Centel – Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3.

⁴ Nevzat Toroslu – Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 7.; Anayasa Mahkemesi de bir kararında “Yargılama sürecinde savunma hakkının sanık için yararı ve gereği tartışma götürmez. Ceza usulü öğretisinde de sıkça vurgulandığı üzere, her sanık mutlaka suçlu demek değildir. Suçlu olmayanlarda sanık durumuna düşebilir. Sanık suçlu olduğu henüz bilinmeyen, fakat suçlu olduğu sanılan yoğun kuşku altında kalan kimsedir. Bu kuşkunun giderilmesi ve sanığın gerçekten suçlu olup olmadığını belirleyecek sağlıklı bir karara varılabilmesi için savunma zorunludur. Bunun için savunmayı kolaylaştırmak gerekir. Sanık gerçekten suçlu da olsa hak ettiği kadar yani yasadaki gösterilenden fazla cezalandırılmamalıdır. Savunma bu bakımdan vazgeçilmez bir koşuldur. Yine öğretiye göre savunma, devlet bakımından da önemlidir. Gerçekten savunma, sonuçta kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkıyla gerçekleşmesine yardımcı olur. Adaletin devletin temeli olduğunu bir kez daha doğrular. Savunma bir başka açıdan da devletin yararına da yararlıdır. Çünkü devlet, hem suçtan zarar gören hem de sorumlu durumdadır. Devlete sorumluluğu yüzünden ayrıca ceza verilmemektedir. Ancak bireylerin cezası belirlenirken devletin sorumluluğu da göz önüne alınmalıdır. Bir bakıma sanıkla beraber devlet de yargılanmaktadır. Demek ki savunma devlet için de önemlidir.” şeklinde ifadelerle savunmanın bu önemini vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi (AYM), K.1977/84 (02 Haziran 1977)).

⁵ Yargıtay’a göre “Oldukça geniş bir kavram olan savunma hakkı, şüpheliyi ve sanığı ilgilendirdiği kadar bir gün şüpheli veya sanık konumuna düşebilecek toplumda yaşayan herhangi bir ferdi dolayısıyla da toplumu ve yine adaleti sağlama yükümlülüğü bulunan Devleti ilgilendirmektedir. Çünkü ceza yargılamasında savunma yargılamanın sonucunda verilen ve iddia ile savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan hükmün doğru olmasını sağlar. Bu yönüyle geniş bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken savunma hakkı susma, soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, kanıtların toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma gibi hakların yanında müdafiden yararlanma hakkını da içerir” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) K.2010/184 (05 Ekim 2010)).

⁶ Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 152.

⁷ Zeki Hafizoğulları, “Genel Çizgileri İle Savunma Hakkı”. Ankara Barosu Dergisi 1 (Mart 1994), 20.; Beytullah Çetin, *Savunma Hakkının Kısıtlanması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 45.

⁸ Hamide Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19/2 (2013), 509.; Centel – Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 172.; Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 243.

yaralama suçunun haksız tahrik altında işlendiğini iddia ederek daha az ceza ile cezalandırılması gerektiğini öne sürmesi halleri dar anlamda savunmaya örnek olarak verilebilir.

Geniş anlamda savunma ise, isnatları karşılamanın yanında şüpheli veya sanığın da iddia ve isnatta bulunabilmesidir⁹. Buna göre geniş anlamda savunma, bir ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın, devlet veya bireyler tarafından kendisine yöneltilen ithamlardan kurtulmak amacıyla yasal olarak kendisine tanınmış hak ve yetkileri kullanabilmesidir¹⁰. Şüpheli veya sanığın suçla itham edildiği ilk andan itibaren suçlamaları öğrenme, açıklamalar yapma, sorular sorma, yapılan işlemlerde hazır bulunma, tanık dinletme ve sorgulama, hükme karşı kanun yollarına başvurma gibi birçok hakka sahip olması geniş anlamda savunma ile ilgili hakları arasındadır¹¹.

Savunma, maddi (fiili) ve hukuki (teknik) savunma olarak ikiye ayrılır. Sanığın savunması olarak da adlandırılan maddi savunma, fiilin işlenip işlenmediğine yöneliktir. Maddi savunma sanık tarafından da yapılabilir. Hukuki savunma ise suç olduğu iddia edilen fiilin ceza hukuku kapsamındaki yerini tartışmaya açar. Eylemin hukuk normları karşısındaki durumuna ilişkin savunma yapılır¹². Hukuki savunma genel olarak müdafî tarafından yerine getirilir.

Hukuki savunmayı yapan müdafî, sanık tarafından yapılan savunma ile bağlı olmadığı gibi sanık tarafından belli bir yönde savunma yapmaya da zorlanamaz. Bu yönüyle maddi savunma ile hukuki savunma birbirinden ayrı kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır¹³.

Bir başka ayırım ise savunmanın kim tarafından gerçekleştirildiği noktasında yapılmaktadır. Buna göre suçla itham edilen kişinin savunmasının kendisi tarafından yapılmasına “bireysel savunma”, müdafî tarafından yapılmasına ise “kollektif (toplumsal) savunma” denilmektedir¹⁴.

Bireysel savunmada sanık kendisini savunmaktadır. Ceza yargılamasında kural şüpheli veya sanığın savunmasını bizzat kendisinin yapmasıdır. Bununla birlikte bireysel savunma, şüpheli veya sanığın, kanuni temsilcisi veya eşinin yardımından faydalanmak ya da bir avukatın hukuki bilgisine başvurmak suretiyle de yapılabilir¹⁵. Bireysel savunma, genel olarak, suçu işlemediği veya

⁹ Hafizoğulları, “Genel Çizgileri İle Savunma Hakkı”, 21.

¹⁰ Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, 509.; Centel – Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 172.

¹¹ Bu sonuca 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 36. maddesinin 1. fıkrasından da ulaşmak mümkündür Zira Anayasa’nın 36. maddesinin 1. fıkrasına göre “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Maddede geçen “Meşru vasıta ve yollar” ise ceza yargılamasını düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan şüpheli veya sanığa tanınan haklardır. Şüpheli veya sanığa tanınan bu hakların tamamı geniş anlamda savunma tanımı içinde yer almaktadır.

¹² Centel – Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 173.; Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, 510.; Kocaoğlu, *Müdafî*, 70.; Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:234, 1973), 165.; Öğretide bazı yazarlar “maddi savunma” yerine başka terimleri tercih etmektedir. Örneğin Öztürk vd. “öz savunma”, Erem, “sanığın savunması”, terimlerini kullanmaktadır. Centel ise atf yapılan eserinde maddi savunma terimi yerine “fiili savunma” terimini de kullanmaktadır.

¹³ Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 165.

¹⁴ Centel – Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 173.; Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 165.; Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020), 195.; Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, 510.; Ahmet Bozdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013), 10.; Kocaoğlu, *Müdafî*, 47-49.

¹⁵ Bozdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, 10.; Bireysel savunma 5271 sayılı CMK’nın 155. maddesine göre sanığın kanuni temsilcisi veya eşi tarafından da yapılabilir. Kanuni temsilciler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 342. maddesine göre veli, 403. maddesine göre vasi veya kayımlardır. Bu kişiler CMK’nın 149. maddesinin 1. fıkrasına göre şüpheli veya sanığa müdafî seçebilir, 155. maddesine göre isterlerse duruşmada dinlenir, 262. maddesine göre şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde başvurabilir, 317. maddesine göre yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilirler.

gerçekleştirmiş olduğu eylemde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir sebebin bulunduğunu öne sürmek şeklinde gerçekleşmektedir.

Bireysel savunmada sanık, hukuki bilgisi yeterli veya hiç olmadığından iddia makamı karşısında zayıf durumdadır¹⁶. Bu ise bireysel savunmanın yetersizliği sonucunu doğurmaktadır. Bireysel savunma aynı zamanda sanığın teknik bilgi ve tecrübesindeki eksiklik, savunma isteğindeki eksiklik, inandırıcılık eksikliği¹⁷, delillere ve dosya içeriğine ulaşma imkânının kısıtlı olması, şüpheli ve sanık olma psikolojisinin kişide oluşturduğu olumsuz etkiler¹⁸ gibi yönlerden sanığı iddia makamı karşısında dezavantajlı bir konuma sokmaktadır.

Kollektif savunma ise yeterli hukuk bilgisine sahip ve bazı ayrıcalıklarla donanmış bir müdafî tarafından yerine getirilmekte, iddia makamının karşısında müdafî eşit bir konumda bulunmaktadır. Müdafîye tanınan hak ve yetkilerden dolayı müdafî, iddia makamının veya mahkemenin bilerek veya bilmeyerek ihmal ettiği bir hususun yerine getirilmesini sağlamak, hukuki değerlendirmelerde bulunmak, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını sağlamak gibi ceza hukuku bilgisi gerektiren konularda sanığın haklarını korumuş olmaktadır.

Kollektif savunmada, yargılama konusunda deneyimli olan ve kendisine karşı bir suçlamada da bulunulmayan müdafî, soğukkanlı ve profesyonel bir tutumla, iddia makamı karşısında şüpheli ve sanığın hukuki konularda zayıflığından kaynaklanan dezavantajları giderebilmektedir¹⁹. Aynı zamanda gerek mahkemenin gerekse iddia makamının yapmış olduğu işlemleri hukuka uygunluk yönünden inceleyerek adeta bu makamları denetlemektedir²⁰.

Ceza yargılamasında bireysel savunma ile kollektif savunma; maddi savunma ile hukuki savunma birbirini takip etmektedir.

1.3. Savunma Hakkına İlişkin Düzenlemeler

1.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Savunma Hakkına İlişkin Düzenlemeler

AİHS'de savunma hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. AİHS'in 6. maddesinde "savunma hakkı" ibaresine özel olarak yer verilmemekle birlikte bir suç ile itham edilen kişilerin sahip olduğu asgari haklar sayılmıştır. AİHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasına göre herkes kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında anladığı dilde bilgilendirilmek, savunmasını yapmak için gerekli zaman ve kolaylığa sahip olmak, gerektiğinde ücretsiz de olsa avukat yardımından faydalanmak, iddia tanıklarının sorgulamak veya sorgulatmak, tanık dinletmek, bir tercüman yardımından ücretsiz faydalanmak hakkına sahiptir. AİHS'de sayılan bu haklar asgari olup dileyen her sözleşmeci devlet iç hukuklarında daha fazla hak tanıyan düzenlemeler yapabilecektir.

AİHS'de savunma hakkının öznesi "herkes" tir. Bu haktan dil, din, ırk, cinsiyet vs. ayırım yapılmaksızın herkes faydalanacaktır. Bu hakkın muhatabı veya yükümlüsü ise "yargılama makamları" dolayısı ile "devlet"tir²¹.

¹⁶ Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 168.

¹⁷ Kocaoğlu, *Müdafî*, 71.

¹⁸ Bozdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, 18.

¹⁹ İsa Başbüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Faydalanma Hakkı" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19/2 (2013), 1349.

²⁰ Başbüyük "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Faydalanma Hakkı", 1350.

²¹ Hüseyin Turan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 62.

1.3.2. Türkiye'nin İç Hukukunda Savunma Hakkına İlişkin Düzenlemeler

Savunma hakkı, Türkiye'nin iç hukukunda anayasal düzeyde düzenlenmiştir. Anayasa'da savunma hakkına "Temel Haklar ve Ödevler" kısmında yer verilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasına göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"²².

Savunma hakkının içerdiği birçok ilke veya hak, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir²³. Bu maddelere bakıldığında mahkemeye başvurma hakkı, kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmama hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı gibi savunma hakkı kapsamı içerisindeki haklar olduğu görülmektedir²⁴.

Savunma hakkına ilişkin yapılan bir diğer düzenleme ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'dur. CMK'da yer alan birçok maddede savunma hakkı düzenlenmiştir²⁵. Yüklenen suçun şüpheliye anlatılacağı, müdafii seçme hakkının bulunduğu, müdafinin ifade ve sorgu sırasında hazır bulunabileceği, müdafii seçebilecek durumda olmadığı takdirde baro tarafından bir müdafii görevlendirilebileceği, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmak zorunda olmadığı, şüpheden kurtulabilmesi için delil toplanmasını isteyebileceği gibi hususlar geniş bir şekilde CMK ile düzenlenmiştir. Ayrıca şüpheli ve sanığın savunmaya ilişkin haklarına riayet edilmeksizin yapılan yargılamaya da müsaade edilmemiştir. Buna göre CMK'nın 289. maddesinin 1. fıkrası ile hüküm için önem arz eden bir hususta savunma hakkının mahkeme tarafında sınırlandırılmış olması, kesin hukuka aykırılık hali olarak düzenlenmiş ve mutlak bir bozma nedeni sayılmıştır. Bu madde ile bir anlamda savunma hakkının kısıtlanması bir yaptırıma bağlanmıştır.

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Savunma Hakkı

2.1. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 146. maddesi ile kurulmuş yüksek dereceli bir mahkemedir. Görev ve yetkileri ise Anayasa'nın 148. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü'nün şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek ve bireysel başvuruları karara bağlamak Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasındadır.

Anayasa Mahkemesi, denetim görevini, Anayasa'nın 150. maddesine göre iptal davası veya 152. maddesinde düzenlenen Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi yolu ile yapar. Bunlardan ilki "soyut norm denetimi", ikincisi ise "somut norm denetimi" olarak adlandırılmaktadır.

²² Anayasa'nın 36. maddesinin 1.fıkrasının ilk hali "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir*" şeklinde idi. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişikliğe gidilerek "*savunma*" ibaresinden sonra gelmek üzere madde metnine "*ile adil yargılanma*" ibaresi eklenmiştir. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hazırlanırken Danışma Meclisi madde metnini hemen hemen şu an yürürlükte olan haliyle düzenlemişti. Ancak Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metinde "*adil yargılanma*" ibaresi; Anayasa'nın 9. maddesinde bulunan "*Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*" şeklindeki hüküm nedeniyle bağımsız mahkemelerin Türk Milleti adına hareket ettiği ve adil yargılama esaslarına zaten uyacaklarının bir gerçek olduğu gerekçesi ile "*adil yargılanma*" ifadesini madde metninden çıkarmıştır (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli) s.209-210, https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf Erişim tarihi: 25.11.2023)

²³ Örneğin Anayasa m.36-39, 125,138-142, 145.

²⁴ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: MRK Baskı, 2018), 14.

²⁵ 5271 sayılı CMK'da yapılan bu düzenlemelerden bazıları m.149, 150, 176, 181, 190, 191, 193, 195, 197, 201, 202, 207, 215, 216, 226, 297, 307 olarak sayılabilir.

Soyut norm denetimi (iptal davası), Anayasa’da belirtilen bazı organların²⁶ kanunun kabul edilmesinden sonra kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne yapmış oldukları başvuru üzerine yapılan denetimdir²⁷. Bu denetim yolunda kanun yeni kabul edilmiştir. Görülmekte olan herhangi bir davada uygulanmamıştır. Anayasa’ya aykırılık iddiası somut bir dava ile ilişkilendirilmediğinden bu yola “soyut norm denetimi” denilmektedir²⁸.

Somut norm denetimi (itiraz yolu) ise, görülmekte olan bir davada bu davaya uygulanacak kanun hükmünün veya CBK’nın Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasının taraflardan herhangi birinin talebi üzerine veya mahkemece resen ileri sürülmesi halinde Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetimdir²⁹. Ancak davaya bakan mahkeme, tarafların Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi bulduğu takdirde bu iddiayı Anayasa Mahkemesine taşıyacaktır. Aksi halde tarafların resen somut norm denetimi yoluna başvurması mümkün değildir³⁰.

Bireysel başvuru, “7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” un 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilmesi üzerine Türk hukuk sisteminde yerini almıştır.

Bireysel başvuru, Anayasa’da teminat altına alınmış temel haklarından herhangi biri kamu gücü tarafından ihlal edilen kişilerin, Anayasa’ya aykırılığın bir başka ifadeyle Anayasa’yı ihlalin ortadan kaldırılması için başkaca bir yola başvurma imkânları kalmadığı durumlarda, bu aykırılığın ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesine doğrudan başvurmasına imkân tanıyan bir hukuki yoldur. Bireysel başvuru yapabilmek için iç hukuk yollarının tamamının tüketilmesi gerekmektedir. Anayasa’nın 148. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa’da yer alan temel hakların ihlal edilmesini bireysel başvuru için yeterli görmemekte, aynı zamanda AİHS kapsamında da bu hak ve özgürlüğün güvence altına alınmış olmasını aramaktadır.

Bireysel başvuru ile ilgili usul ve esasların kanunla düzenleneceği Anayasa’da ifade edilmiştir (AY. m.148/4). Bu kanun, 30/03/2011 tarihli ve 6216 sayılı “Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun” dur. 6216 sayılı Kanun’a göre bireysel başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanmaktadır (AYMK. m.3/1-c).

Anayasa Mahkemesi, isnadı ve hakları öğrenme hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı, tanık dinletme ve sorgulatma hakkı, savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, delillerin toplanmasını isteme hakkı, müdafiden yararlanma hakkı, susma hakkı hususlarında yapılan ihlalleri savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmektedir.

²⁶ Anayasa’nın 150. maddesinde Anayasa Mahkemesi’nde doğrudan doğruya iptal davası açabilecek olan organlar; Cumhurbaşkanı, TBMM’de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler olarak sayılmıştır.

²⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş* (Ankara: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2022), 156.; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 368.

²⁸ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 157.

²⁹ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 157.

³⁰ Somut norm denetimi, Anayasa’nın 152. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmüyle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”

2.2. İsnadı ve Hakları Öğrenme Hakkı

Bir suç isnadına bağlı olarak yakalanan kişiye öncelikle suçlandığı konu hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Ceza hukukunda daha yakalanma anından başlamak üzere kişiye sahip olduğu kanuni hakların anlatılması gerektiği düzenlenmiştir³¹. Buna göre yakalanan kişi ile ilgili gerekli güvenlik önlemleri alındıktan sonra kişiye herhangi bir suç ayırımı yapılmaksızın neden yakalandığı, kendisine isnat edilen suçlamalar, susma, müdafiden yararlanma, yakalamaya itiraz etme ve bu hakları kullanma gibi kanuni hakları yazılı olarak derhal bildirilmeli, yazılı bildirimden hemen mümkün olmaması halinde ise hakları sözlü olarak bildirilmelidir (CMK m. 90/4, YGİAY m. 6/4).

CMK, şüphelinin ifadesine başlanmadan veya sanığın sorgusundan önce şüpheli veya sanığa yüklenen suçun anlatılacağı ve sahip olduğu hakların bildirileceği hususunu açıkça düzenlenmiştir. Örneğin şüpheli veya sanığa yüklenen suçun anlatılacağı (CMK m.147/b), müdafiden yararlanma hakkı (CMK m.147/c), isnat edilen suçlamalar hakkında beyanda bulunmama yani susma hakkı olduğu (CMK m.147/e), sanığın açıklamada bulunmak istediğine dair açık beyanının bulunması halinde sorgusunun yapılacağı (CMK m.191/2-d) hususları açıkça hüküm altına alınmıştır.

Şüpheli veya sanığa, hakkındaki suçlamaların anlatılmasının amacı, savunma hakkını ve bu kapsamda meramını anlatabilme hakkını esaslı bir şekilde kullanabilmesinin sağlanmasıdır. Şüpheli veya sanık ne ile suçlandığını açık bir şekilde bildiği takdirde kendisini savunabilecek ve haklarını kullanabilecektir³².

Şüpheli veya sanığın itham edildiği suçlamanın dayandığı maddi vakıalar hakkında bilgilendirilmesi öğretide yeterli kabul edilmektedir³³. Bununla birlikte zorunlu olmamakla birlikte suçun hukuki tavsifi hakkında da bilgilendirme yapılmasında fayda vardır³⁴.

Anayasa Mahkemesi ise suçla itham edilen kişiye savunma hakkının gerçek anlamda kullandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun için suçla itham edilen kişiye savunmasını hazırladıktan sonra mahkeme önünde bu savunmasını yapabilmesi ve yargılamanın sonucuna etki edebilmesi için hakkındaki suçlamalar bildirilmelidir. İsnat edilen suçlamalar hakkında bilgi sahibi olmayan kişinin savunma yapması imkânsızdır. Bu ise yargılamanın adil olmaması demektir. Bu nedenle isnadı öğrenme hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınmış bir haktır³⁵.

Anayasa Mahkemesi öğretideki suçun hukuki tavsifi hakkında şüpheli veya sanığa bilgilendirme yapılmasının gerekmediği yönündeki görüşlerin aksini düşünmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre sanık hem isnadın sebebi hem de niteliği hakkında bilgilendirilmelidir. Kişinin isnat edilen eylemi hangi zamanda ve nerede işlediği, başka bir ifade ile suç olarak değerlendirilen olaylar , “isnadın sebebi” dir. Kişiye savunmasını hazırlayabilmesi için isnadın sebebi “yeterli düzeyde” ve “ayrıntılı bir şekilde” açıklanmalıdır. “İsnadın niteliği” ise kişiye yüklenen suçla konu fiilin hukuki tavsifinin yapılmasıdır. İsnadın sebebinde olduğu gibi isnadın niteliği hakkında da “yeterli düzeyde” ve “ayrıntılı bir şekilde” açıklama yapılmalı, ayrıca sanığın eyleminin ihlal ettiği

³¹ Veli Özer Özbek vd., Ceza Muhakemesi Hukuku Bahri Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 220.

³² Cumhur Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 168.

³³ Yener Ünver – Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 234.; Şahin – Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 168.

³⁴ Ünver – Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 234.

³⁵ AYM, B.N.2014/875 (02 Şubat 2017), para.42; AYM, B.N.2015/13327 (17 Temmuz 2018), para.29.

norm açıkça gösterilmelidir. Yargılama sırasında eylemin hukuki niteliğinin değişmesi halinde sanığın bu durumdan haberdar edilmesi gerekmektedir³⁶.

Çalışma kapsamında incelenen Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu olayda; Cumhuriyet Başsavcılığı, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38/1. maddesinin yollaması ile 149/1-c,f,g maddesine göre "nitelikli yağmaya azmettirme" suçundan cezalandırılması için başvurucu hakkında iddianame düzenlemiştir. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda ise başvurucuya isnat edilen eylemin hukuki niteliğinin "nitelikli yağma" olduğu değerlendirilerek başvurucuya ek savunma hakkı tanınmadan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 149/1-c,d,f,g maddesi gereğince ceza verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun cezalandırıldığı TCK 149/1-d maddesinin iddianamede yer almadığı ve yargılama sırasında başvurucuya isnat edilen eylemin ve hukuki niteliğinin değişmiş olmasına rağmen başvurucunun bu durumdan haberdar edilmediği, ek savunmasının alınması için süre verilmediği gerekçesi ile isnadı öğrenme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından bir suçla itham edilen kişiye isnadın niteliğinin de her aşamada yeterli düzeyde anlatılması ve savunmasını hazırlayabilmesi için bir süre verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Şüpheli veya sanığa haklarının anlatılması, aynı zamanda bu hakların aktif olarak kullandırılmasını da gerektirmektedir. Sırf yasal bir yükümlülüğü yerine getirmiş olmak için hakların anlatılması ancak bu hakların kullandırılmaması savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir.

2.3. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Duruşmada hazır bulunma hakkı, yargılamanın kovuşturma aşamasında sanığın mahkemede bizzat hazır bulunarak gerek yargılama makamı gerekse muhakemenin diğer sùjeleri ve delillerle doğrudan temas kurarak yargılamanın sonucuna etkili olabilmesini sağlayan haktır³⁸. Bu hak sanığa yargılamanın her aşamasında kendini etkili bir şekilde savunabilmesi, ileri sürülen iddiaları çürütebilmesi, lehine deliller gösterebilmesi, tanıklara soru sorabilmesi, onları sorgulatabilmesi gibi savunmaya ilişkin haklarını kullanabilmesi ve sonuçta yargılamayı lehine sonuçlandırabilmesi için tanınmıştır. Bununla birlikte duruşmada hazır bulunmak, sanık için bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir yükümlülüktür³⁹.

Kural olarak hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacaktır (CMK m.193/1). Sanığın duruşmadan varestede tutulmayı istemesi (CMK m.196/1), istinabe yoluyla savunmasının alınması (CMK 196/2), zorunlu hallerde SEGBİS tekniğinin kullanılması suretiyle sanığın sorgusunun yapılması (CMK m.196/4, 5) sanığın duruşmada hazır bulunmasının istisna halleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre duruşmada hazır bulunma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmesi gereken bir haktır⁴⁰. Ceza

³⁶ AYM, B.N.2014/875 (02 Şubat 2017), para.43; AYM, B.N.2015/13327 (17 Temmuz 2018), para.30; AYM, B.N.2013/4784 (07 Mart 2014), para.36; AYM, B.N.2014/18932 (08 Eylül 2015), para.83; AYM, B.N.2012/1051 (20 Şubat 2014), para.86-87.

³⁷ AYM, B.N.2015/13327 (17 Temmuz 2018), para.29.

³⁸ İdris Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı* (Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023), 257.

³⁹ Erhan Günay, *Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016),183.

⁴⁰ AYM, B.N.2017/38372 (06 Şubat 2020), para.59.

adaletinin adil bir şekilde gerçekleşmesi için sanığın mahkemede bizzat hazır bulunması son derece önemlidir. Sanığın mahkeme huzurunda hazır olması, savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamanın yanında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine de işlerlik kazandırmaktadır⁴¹.

Duruşmada hazır bulunma hakkı, özellikle mahkemenin vereceği kararı önemli ölçüde etkileyecek değerlendirme veya esaslı işlemlerin yapıldığı kritik öneme sahip aşamalarda sanığın hazır bulundurulmasını gerektirmektedir. Zira sanık, ortaya konulan delillerin mahkeme huzurunda tartışılmasını sağlayarak bu delillerin güvenilir olmadığını, bu nedenle itibar edilmemesi gereken bir delil niteliğinde olduğunu ortaya koyarak yargılamanın kendi lehine sonuçlanmasını sağlayabilecektir⁴².

Sanığın SEGBİS yoluyla sorgusunun yapılabilmesi de Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, SEGBİS'in faydalı olduğunu kabul etmekle beraber sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sınırlama getiren bir uygulama olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte SEGBİS uygulaması kullanılarak sanığın duruşmaya katılımının sağlanmasını Anayasa'ya aykırı görmemektedir⁴³. SEGBİS uygulaması kullanılarak sanığın duruşmaya katılımının sağlanmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için "kanun tarafından öngörülme", "haklı bir sebebe dayanma" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" hususlarında bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrasına göre zorunlu görülen durumlarda SEGBİS kullanılarak sanığın sorgusu yapılabilir. SEGBİS uygulaması kullanılarak sanığın sorgusunun yapılabilmesi için öncelikle mahkemenin bu zorunlu gördüğü hususu yani haklı sebebi ortaya koyması gerekmektedir. Kişilerin duruşmalardan varestede tutulması yönünde bir taleplerinin olmaması hatta aksine duruşmada bizzat hazır bulunmak istediğini mahkemeye iletmesi durumunda mahkemenin SEGBİS uygulaması yolu ile sanığın duruşmaya katılmasını neden yeterli gördüğünü, sanığın duruşmada hazır bulunmasını engelleyen veya önemli derecede zorlaştıran hal ve şartların neler olduğunu da açık bir şekilde ortaya koyması gereklidir⁴⁴.

SEGBİS uygulamasının kullanılmasının gerekli olduğunun ortaya konulması halinde yargılamanın bir bütün halinde adil olduğunun tespiti için ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesi olan "orantılılık ilkesi" açısından da bir değerlendirme yapılmalıdır. Duruşmada hazır bulunmayan sanığın duruşmada ortaya konulan deliller ve görüşler hakkında bilgi sahibi olup olmadığı ve karşı yorumda bulunup bulunmadığı, sonuçta dezavantajlı bir duruma düşürülüp düşürülmediği ve davaya etkili bir katılımının sağlanmasında makul düzeyde bir imkâna sahip olup olmadığı hususları ayrıntılı bir şekilde incelenmelidir. Son olarak duruşmada hazır bulunmayan sanığın yokluğunda gerçekleştirilen işlemlerin sanığın fiziken duruşmada bulunmasını gerektiren esaslı nitelikte bir işlem olmaması da orantılılık açısından aranması gereken bir husustur⁴⁵.

Anayasa Mahkemesi kararına konu bir olayda⁴⁶; hakkında silahlı terör örgütü üyeliğinden yapılan yargılama sırasında başvuru, tutuklu bulunduğu cezaevinden başka bir ildeki cezaevine güvenlik gerekçesi ile nakledilmiştir. Yargılama sırasında bulunduğu cezaevine sanığın SEGBİS

⁴¹ AYM, B.N.2017/38372 (06 Şubat 2020), para.60.

⁴² AYM, B.N.2017/22672 (06 Şubat 2020), para.75.

⁴³ AYM, B.N.2017/38372 (06 Şubat 2020), para.72.

⁴⁴ AYM, B.N.2017/22672 (06 Şubat 2020), para.93.

⁴⁵ AYM, B.N.2017/38372 (06 Şubat 2020), para.74-75.

⁴⁶ AYM, B.N.2017/22672 (06 Şubat 2020).

uygulanması ile sorgusunun yapılacağı bildirilmiş ise de başvuru duruşmaya SEGBİS ile katılmayacağı, bizzat katılmak isteğini içeren talebini yazılı olarak mahkemeye iletmıştır. Duruşma sırasında başvuru bu dilekçesi okunmuş ancak yargılamaya devam edilerek başvuru üzerinde ele geçirilen mektubun tercümesine ilişkin bilirkişi raporu okunarak müdafiden bu belgeye karşı diyecekleri sorulmuştur. Müdafinin açıklamasında sonra savcılık iddianamedeki şekliyle mütalaasını sunmuştur. Müdafinin mütalaaya karşı beyanda bulunmak üzere süre istemesi üzerine duruşma ertelenmiştir.

Mahkeme, başvuru tutuklu bulunduğu cezaevine müzekkere yazarak başvuru SEGBİS odasında hazır edilmesini istemiş, cezaevi yönetimi ise bu hususta başvuru bilgilerini bilgilendirmiştir. Başvuru ise SEGBİS ile duruşmaya katılmak istemediğini ve bizzat duruşmada hazır bulunarak savunma yapacağını mahkemeye iletmıştır. Ancak mahkeme başvuru bu talebini başvuru savunmasının önemli kısmını sorgunun birinci celsesinde yaptığını, yargılamanın yapıldığı ilde terör olayları nedeniyle başvuru ve kamu görevlilerinin güvenliğinin tehlikeye düşebileceğini, transfer sürecinde güvenlik problemleri yaşanabileceği gerekçesi ile başvuru talebini reddetmiş ve duruşmaya devam edilerek başvuru hakkında mahkumiyet kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise özellikle duruşmanın başka bir güne ertelenmesi de dahil olmak üzere başvuru mahkemeye katılmasını sağlamak amacıyla herhangi bir alternatif metodun denenmediği ve bu yolda somut gerekçelere yer verilmediği, dolayısı ile SEGBİS uygulamasını kullanmanın zorunlu olduğunun derece mahkemelerince ortaya konulmadığı kanaatine vararak müdahalenin gerekli olmadığı yönünde karar vermiştir⁴⁷.

2.4. Tanık Dinletme ve Sorgulama Hakkı

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde tanık “*gördüğünü ve bildiğini anlatan, bilgi veren kimse, şahit*” olarak tanımlanmıştır⁴⁸. CMK’da ise tanığın tanımı yapılmamıştır. Öğretide ise tanık; kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza yargılamasına konu olay hakkında beş duyusu marifetiyle sahip olduğu bilgileri adli makamlar önünde anlatan kişidir⁴⁹. Tanık tarafından yapılan bu faaliyet ise tanıklık olarak adlandırılır.

Ceza muhakemesinde geçmişte olmuş bitmiş yargılama konusu olayın canlandırılmasında tanık delili büyük öneme sahiptir.

⁴⁷AYM, B.N.2017/22672 (06 Şubat 2020), para.101-102: “101. İlk oturumda bizzat hazır bulundurulmuş sonraki oturumlarda sesli ve görüntülü iletişim tekniği kullanılmak suretiyle duruşmaya katılımı sağlanmaya çalışılan, ancak değişik tarihlerde yazılı dilekçelerle duruşmalara bizzat katılmak istediğini ısrarla belirten başvuru yokluğunda Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü bildirmiş ve Mahkemece hüküm verilmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme esas hakkındaki mütalaanın okunduğu ve başvuru hakkında hüküm verildiği, yani esaslı işlemlerin yapıldığı oturumlara başvuru katılma taleplerini reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin güvenlik gerekçesi makul görülmeyle birlikte örneğin duruşmanın daha uygun başka bir günde yapılabilmesi önünde herhangi bir engel olup olmadığı araştırılmamıştır. Başvuru duruşmaya katılmasını mümkün kalmayan olaya özgü koşulların varlığı gösterilmemiş ve yeni bir duruşma günü verilmesi dâhil başka alternatiflerin de sonuçsuz kaldığı ortaya konulmamıştır. Başvuru anılan hakkından feragat de etmemiştir. Mahkemenin, başvuru duruşmaya katılmasını sağlamak için herhangi bir alternatif yöntemi denemeden ve bunun mümkün olmayıp SEGBİS yönteminin kullanılmasının zorunlu olduğunu göstermeden başvuru talebini reddettiği görülmektedir.102. Bu çerçevede derece mahkemelerince diğer alternatifler değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler sunulmadan doğrudan başvuru duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesi, en uygun aracın seçilmemesi sebebiyle müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna yol açmaktadır. Dolayısıyla başvuru esas hakkında işlemlerin yapıldığı duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesinin zorunlu olduğu derece mahkemelerince somut bir biçimde ortaya konulmadığı için müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.”

⁴⁸ TDK, Türk Dil Kurumu, “Türkçe Sözlük”, erişim: 15 Kasım 2023, <https://sozluk.gov.tr/>

⁴⁹ Centel – Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 242.; Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 294.; Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015),72.

Tanık dinletme hakkı ile sanığın lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla eşit şartlar altında duruşmaya davet edilmesi, dinlenmesi ve tanıklara soru sorması güvence altına alınmaktadır⁵⁰.

Ceza yargılaması sırasında sanık da tanık dinlenmesini isteme hakkına sahiptir. Sanık, duruşma sırasında sözlü beyanıyla veya duruşmadan önceki bir zamanda mahkemeye vereceği bir dilekçe ile tanıkların çağrılmasını isteyebilir (CMK m. 177). Mahkeme, sanığın bu istemini reddettiğinde tanıkların duruşmada hazır bulundurulması halinde tanıkların dinlenmesi gerekir. Bu konuda hakimnin aksi yönde davranması mümkün değildir (CMK m. 178). CMK'nın 178. maddesine eklenen son cümle ile bir kimsenin tanık olarak dinlenmesi talebinin davayı uzatmak amacı ile yapıldığına ilişkin bir kanaate sahip olunması halinde bu tanığın dinlenmesine dair talebin mahkeme tarafından reddedilebileceği belirtilmiştir⁵¹. Benzer şekilde bir düzenlemeye CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde de yer verilmiştir. Buna göre tanığın dinlenmesinin karara etkisinin olmaması veya istemin sırf davayı uzatmak maksadı ile yapılması durumlarında tanık dinlenmesi talebi reddedilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vermiş olduğu kararlarda, görülmekte olan bir davada savunma tanıklarının dinlenmesinin maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlamayacağına dair mahkemede oluşan kanaatin gerekçeli olarak ortaya konulması halinde, savunma tanıklarının dinlenmesi talebinin reddedilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁵². Anayasa Mahkemesi'ne göre "sanığın tanık dinletme hakkının ihlal edildiğine dair şikayetin kabul edilebilmesi için başvuru tarafından tanığın dinlenmesinin önemini izah edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkması için gerekli olduğuna dair yeterli açıklamalarla bu talebin desteklenmesi gerekir"⁵³.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir başvuruda, başvuru kullanmakta olduğu aracın polis noktasında durdurulması üzerine aracın kendisine tamir maksatlı olarak bırakıldığını ve çalıntı olduğunu bu esnada öğrendiğini mahkemede dile getirmiştir. Ayrıca aracı kendisine bırakan kişinin ismini de mahkemeye bildirmiştir. Başvuru, bunlara rağmen aracı kendisine bıraktığını öne sürdüğü kişinin tanık olarak dinlenmediği gerekçesi ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. İlk derece mahkemesi ise çalıntı olan aracın başvuru tarafından farklı bir plaka ile kullanılırken yakalandığı, evinde yapılan aramada sahte plaka ve ruhsatların ele geçirildiği, sanığın aracı teslim aldığı kişi ile ilgili farklı beyanlarda bulunduğu, ayrıca suçun hırsızlık olarak değil suç eşyasının kabul edilmesi suçunu oluşturduğu gerekçesi ile mahkumiyet hükmü kurmuştur. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede maddi gerçeğe ulaşmada herhangi bir katkı sağlamayacağı değerlendirilen bir tanığın davet edilmesine ilişkin talebin ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmeyebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında mahkumiyet kararının tek ve belirleyici delilinin davet edilmeyen tanık beyanı olmadığı, başka delillerin olduğuna vurgu yapmıştır⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, tanıkların çağrılması ile ilgilidir. Tanıkların duruşmada hazır edilmesi halinde ise tanıkların dinlenmesi gerekmektedir⁵⁵. Anayasa Mahkemesi'ne göre

⁵⁰ Akif Yıldırım, *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 399.

⁵¹ Fatih Birtek, *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 149.

⁵² AYM, B.N.2013/6461 (26 Şubat 2015), para.21.

⁵³ AYM, B.N.2013/6461 (26 Şubat 2015), para.22.

⁵⁴ AYM, B.N.2013/6461 (26 Şubat 2015).

⁵⁵ Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 04.06.2014 tarihli ve E.2009/5678, K:2009/11106 sayılı kararına göre "Sanığın gösterdiği

“tanıkların duruşmada hazır bulundurulmaması veya tanık beyanlarının önemli olduğu hususunun olgularla ortaya konulamaması durumunda eğer tek delil bu tanık delili değil ise⁵⁶ tanık dinletme isteminin reddedilmesi, bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkilememektedir⁵⁷.”

Anayasa Mahkemesi’nin bir tanığın dinlenmesine dair istemin reddedilmesinin ihlal teşkil edip etmediğine üç aşamalı bir test uygulayarak karar verdiğini söylemek mümkündür. Bunlar; bir tanığın dinlenmesine dair talebin gerekçesi ve yargılama konusu ile ilgisinin yeterli derecede ortaya konulup konulmadığı, mahkemenin tanık dinlenmesi hususunda bir değerlendirme yaparak tanığın dinlenmemesine dair yeterli gerekçeyi içeren bir karar alıp almadığı, son olarak da mahkemenin bu kararının bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği hususlarıdır.

Sanığın tanık dinletme hakkı yanında ayrıca tanıkları sorgulama hakkı da vardır. Anayasa’nın 36. maddesinin 1. fıkrasında tanık dinletme ve sorgulama hakkından açıkça bahsedilmemiş olsa da Anayasa Mahkemesi’ne göre bu haklar, adil yargılanma hakkının zımni unsurları arasında yer almaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi’ne göre tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler arasında yer alan AİHS ile AİHM uygulamalarında tanık dinletme ve sorgulama hakkı, adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer almaktadır⁵⁸.

Duruşma sırasında dinlenilmesinden sonra tanığa sanık müdafii doğrudan soru yöneltebilir. Sanık ise mahkeme başkanı veya hakim aracılığı ile soru yöneltebilme hakkına sahiptir. Anayasa Mahkemesi’ne göre tanık kavramı, özerk bir şekilde yorumlanmakta ve sanığa isnat edilen eylemle ilgili bilgi veren kişiler tanık olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle “mağdur” da tanık olarak kabul edilmektedir⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında sanığın aleyhine tanıklık yapan kişileri sorgulama ve sorgulatma hakkının bulunduğunu vurgulamaktadır. Bu hakkın etkin biçimde kullanıldığını söyleyebilmek için ise sanığa, tanıklara soru sorabilme, onlarla yüzleşebilme ve sözlerinin doğruluğunu test edebilme imkânı verilmelidir. Bu imkânların verilmesi adil bir yargılamanın

tanıkların reddedilmesi karşısında sanığa CMK 178. maddesindeki fırsat tanınmadan hüküm kurulması” ve Yargıtay 15.Ceza Dairesinin 24.06.2014 tarihli ve E.2012/20157, K:2014/12633 sayılı kararına göre de “Mahkemeye dilekçe ile bildirilen tanıkları hazır ettiğini belirtmesine ve tanıkların duruşma salonu dışında hazır olmasına rağmen dinlemeyerek, CMK’nın 178. maddesine aykırı uygulama yapılması” savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirilmektedir (Birtek, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 149).

⁵⁶ CMK’nın 210.maddesinin 1.fıkrasına göre “Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması, dinleme yerine geçemez”.

⁵⁷ AYM, B.N.2014/5170 (25 Haziran 2015), para.83-84: “83. Eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirli ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelerle dayandırılmış ise, sanığın hakları Sözleşme’nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur. Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise, bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez (Atila Oğuz Boyalı, B. No: 2013/99, 20/3/2014, § 46).84. Başvurucu, aracılık ettiği iddia edilen tanıklar N. Ü., H. Ş. ve İ. T.’nin tanık sıfatıyla dinlenilmesini talep etmiştir. Söz konusu yargılamada mahkeme, davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirerek, gösterilen tanıkların davayla ilgisini takdir etmiş, taleple ilgili olarak açık bir karar vermemiş, bu tanıkları dinlemeyerek talebi örtülü olarak reddetmiştir. Bu örtülü ret kararına rağmen başvuru gösterdiği tanıkları mahkemede de hazır etmemiştir. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvuru formunun ayrıca tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebinde bulunmadığı anlaşılmaktadır. Başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının tek tanık anlatımı üzerine inşa edilmediği; kararın sanık savunmalarına, diğer tanık anlatımlarına, arama tutanağına, aramada ele geçirilen delillere, kayda alınan iletişim içeriklerine, Adli Tıp Kurumu raporuna, ekspertiz raporlarına ve diğer delillere dayanılarak verildiği de gözetildiğinde, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ilişkin bir bulguya rastlanmamıştır”.

⁵⁸ AYM E:2014/122 para 194.

⁵⁹ AYM, B.N.2020/28006 (20 Temmuz 2023), para.16; AYM, B.N.2020/22865 (20 Eylül 2023), para.20.

olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa Mahkemesine göre mahkeme tarafından verilen mahkumiyete ilişkin bir hükmün, sanığın yargılamanın herhangi bir aşamasında sorgulamadığı veya sorgulatmadığı bir tanığın ifadesine dayanılarak verilmiş olması halinde eğer dengeleyici güvenceler sağlayan herhangi bir usul de öngörülmemiş ise sanığın savunma hakkı kısıtlanmış demektir⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi, sanığın sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir tanığın beyanlarının hükme esas alınmasının yargılamanın adilliğini olumsuz etkileyip etkilemediğine üç aşamalı bir test uygulayarak karar vermektedir. Buna göre ilk olarak sanık tarafından sorgulama veya sorgulatma imkânı bulunamayan tanığın neden mahkemede hazır bulundurulmadığı geçerli bir şekilde mahkeme tarafından ortaya konulmalıdır. İkinci olarak tanığın beyanları mahkumiyet hükmünün tek veya belirleyici delili olup olmadığı hususu tespit edilmelidir. Eğer bu beyanlar hükmün tek veya belirleyici delili ise son olarak savunma tarafına bu dezavantajlı durumu telafi edecek derecede karşı dengeleyici güvenceler içeren bir usulün uygulanıp uygulanmadığı araştırılmalıdır⁶¹. Anayasa Mahkemesi, sanık tarafından sorgulanmamış bir tanığın beyanlarını destekleyen başka delillerin olması, sanığın tanıklara soru sorabilmesini sağlayacak şekilde tanıkların SEGBİS aracılığıyla dinlenilmesi, sanığa olayı kendi bakış açısından anlatmasına ve delil sunmasına imkân tanınması hallerini telafi edici güvenceler olarak değerlendirmektedir⁶².

Anayasa Mahkemesi, Sedat Kaya kararında, tanıkların duruşmada dinlenilmesi için mahkemenin herhangi bir çaba göstermediği, sanığın tanıkları sorgulama imkânı bulamadığı, bu şekilde davranılarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvuruyu incelemiştir. Başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan dolayı hakkında yürütülen yargılama sırasında mahkeme, sanığın aleyhine tanıklık yapan kişiyi huzurda dinlememiş, beyanlarını istinabe yolu ile almıştır. Gizli tanığı ise dinlemekten vazgeçmiş, daha önceden alınan beyanlarını duruşmada okumuştur. Mahkeme, ayrıca Bank Asya'ya para yatırılması, EAGLE programının kullanılıyor olması, sanığın örgütle bağlantısı olan bir işyerinde çalışması gibi başka delillere de dayanmıştır. Anayasa Mahkemesi ise yapmış olduğu değerlendirmede mahkumiyet hükmüne ulaşılırken başka delillere dayanılmış olsa da mahkeme tarafından tanıkları dinlemek için herhangi bir çaba gösterilmediğini ve sorgulanamayan tanıkların beyanlarının hükmün tek olmasa da belirleyici delili olduğunu ifade ederek tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶³.

2.5. Savunma İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı

Anayasa'nın 36. maddesine göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Madde metninden ceza yargılamasında savunma hakkını mahkeme huzurunda kullanabilme imkânının da sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Anayasa'nın sağladığı bu güvencenin yerine getirildiğini söyleyebilmek için ise savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda kullandırılması gerekmektedir.

AIHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde bir suç ile itham edilen kişinin "savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylığa sahip olduğu" hususuna yer verilmiştir. Bu madde ile bir suçla itham edilen kişinin savunmasını planlayarak en etkili bir şekilde delilleri ile

⁶⁰ AYM, B.N.2020/22865 (20 Eylül 2023), para.21; AYM, B.N.2019/30221 (28 Aralık 2021), para.35.

⁶¹ AYM, B.N.2013/5467 (07 Ocak 2016), para.80; AYM, B.N.2014/6222 (06 Mart 2019), para.36-40; AYM, B.N.2018/18989 (16 Haziran 2021), para.44-51.

⁶² AYM, B.N.2019/30221 (28 Aralık 2021), para.39; AYM, B.N.2020/22865 (20 Eylül 2023), para.21-22.

⁶³ AYM, B.N.2020/22865 (20 Eylül 2023), para.21-22; AYM, B.N.2020/5651 (11 Mayıs 2023), para.21-22.

birlikte yargılama makamlarının önünde herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmadan savunmasını yapması amaçlanmıştır⁶⁴.

AİHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde suçla itham edilen kişinin "Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden ... ayrıntılı olarak haberdar edilmek" hakkı, (b) bendinde yer alan "savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylığa sahip olmak" hakkı ile bağlantılıdır. Zira kişinin savunmasını hazırlayabilmesi için öncelikle suçlamanın nedeni ve niteliği hakkında bilgilendirilmesi ön koşuldur⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi de savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan "meşru vasıta ve yollardan yararlanmak" kavramının kapsamında olduğunu değerlendirmektedir⁶⁶. Anayasa Mahkemesi'ne göre "gerekli zaman", suç isnadının öğrenilmesinden itibaren savunma hazırlamak için gerekli olan zorunlu süreyi ifade etmektedir⁶⁷.

Savunmanın hazırlanması için "gerekli kolaylık" kavramı ise şüpheli veya sanığa yapacağı savunmada fayda sağlayabilecek zorunlu tüm imkânları ifade etmektedir. Kişinin beraatine veya cezasının azaltılmasına yarayacak delillere erişebilmesi müdafii ile görüşmesine müsaade edilmesi, gerekçeli kararın tebliğ edilmesi, iddianamenin tebliğ edilmesi, isnat edilen suçlamalar hakkında bilgilendirilmesi, duruşma gününden haberdar edilmesi, sağlanması gereken kolaylıklar arasındadır. Bu kolaylıkların sağlanmasına rağmen yargılamanın herhangi bir aşamasında sanığın savunmasının alınmadan hakkında mahkumiyet hükmü kurulması adil yargılanma hakkını yine de ihlal edecektir⁶⁸.

İddianamenin çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ edilmesi (CMK m.176/1), duruşma günü ile çağrı kağıdının tebliği arasında en az bir hafta sürenin bulunmasının gerekmesi (CMK m.176/4), savunma delillerinin toplanmasını istemesi halinde duruşma gününden belli bir süre önce bunu mahkemeye iletmesi (CMK m.177/1), çağrılması reddedilen tanıkları duruşma gününde hazır etmesi halinde mahkemece bu tanıkların dinlenmek zorunda olması, duruşma günü ile çağrı kağıdının tebliği arasında en az bir haftalık sürenin bulunmaması halinde sanığın duruşmaya ara verilmesini isteme hakkının bulunması (CMK m.191/2), duruşma gününün sanıkla birlikte müdafiiye de tebliğ edilmesi (CMK m.176/3) savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının CMK'da yer alan görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi "suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirilen, duruşmada hazır bulunması sağlanan, kendisine ve müdafiiine verilen süre dışında ilave süre istemeyen, bir müdafiiin yardımından faydalanan kişinin savunma hakkının kısıtlanmadığı" görüşündedir⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi bir kararına konu olayda; başvuruçular hakkında hazırlanan iddianamede "1/4/2004, 1/4/2005, 1/4/2006, 1/4/2007, 1/4/2008" tarihlerinde işlenen suçlardan dolayı başvuruçuların cezalandırılması talep edilmiştir. Yapılan yargılama sonucunda bu tarihler esasa alınarak mahkumiyet hükmü kurulmuştur. Yargıtay ise suç tarihlerinin "31/12/2003, 31/12/2004, 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007" olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 102. ve 104. maddeleri uyarınca 2003 ve 2004 yılına ait suçlamaların zaman aşımı nedeniyle düşürülmesine karar vermiştir. Başvuruçuların, 2005

⁶⁴ Çetin, *Savunma Hakkının Kısıtlanması*, 86.

⁶⁵ AYM, B.N.2013/4784 (07 Mart 2014), para.32; AYM, B.N.2014/18932 (08 Eylül 2015), para.80.

⁶⁶ AYM, K.1992/39 (16 Mayıs 1992).

⁶⁷ AYM, B.N.2014/6971 (01 Şubat 2017), para.45

⁶⁸ AYM, B.N.2019/9769 (23 Kasım 2022), para.17.

⁶⁹ AYM, B.N.2013/4784 (07 Mart 2014), para.46.

ve 2006 yıllarına ilişkin suçlamalardan mahkûmiyetleri ise onanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre başvurucuların zaman aşımı veya başkaca yeni savunmalarda bulunabilmesi mümkün olduğundan Yargıtay'ın suç tarihlerini değiştirerek karar vermesi başvurucuların savunma hakkını kısıtlamıştır⁷⁰. Anayasa Mahkemesinin bu kararından başvurucuların bu yeni durumdan haberdar edilerek kendilerine süre verilmesi ve savunmalarının yeniden alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında ise “başvurucu silahlı terör örgütüne üye olma suçundan dolayı tutuklu olarak yargılanmakta iken savcılık tarafından verilen mütalaaya karşı beyanda bulunmak üzere süre istemiş, mütalaaya karşı beyanda bulunacağı duruşmada ise müdafii mazeret beyan ederek duruşmaya katılmamıştır. Başvurucu ise ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağını anlayamadığını ve bylock kullanımına ilişkin teknik veriler başta olmak üzere dosya içinde bulunan bilgi ve belgelerin kendisine verilmediğini mahkeme huzurunda dile getirmiştir. Ayrıca müdafii ile görüşemediğini, bu yüzden savunmasını hazırlayamadığını belirtmiş, yeniden süre istemiştir. Ancak mahkeme, bu isteği reddederek başvurucunun mahkûmiyetine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise yargılamayı bir bütün olarak değerlendirdiğinde başvurucunun savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir”⁷¹.

2.6. Delillerin Toplanması İsteme Hakkı

Delil, ceza muhakemesinde yargılama konusu olayın gerçekleşme şeklini mahkeme önünde açık bir şekilde ortaya koymaya, başka bir ifade ile yeniden canlandırmaya yarayan ispat araçlarıdır⁷². Deliller olmadan ceza yargılanmasına konu olayın kim tarafından ve ne şekilde gerçekleştirildiği açığa kavuşturulamayacaktır. Bu nedenle delillerin toplanması hem şüpheli ve sanık açısından hem de katılan açısından büyük bir öneme sahiptir.

Delillerin toplanmasını isteme hakkı CMK'da düzenlenmiştir. CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendine göre şüpheli ve sanığa “Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır”. Böylece suç isnat edilen şüpheli ve sanığa suçlamadan kurtulabilmek amacıyla hem somut delillerin toplanmasını isteme hem de lehine olan hususları ileri sürme hakkı düzenlenmiştir.

Ceza yargılaması iddia, savunma ve hüküm faaliyetlerinden oluşmaktadır. İddia makamının suç isnadı karşısında sanık, bu iddiaları çürütmeye çalışmaktadır. Sanığın tüm yargılama işlemlerinden haberdar olması halinde leh ve aleyhindeki hususları öğrenerek etkili bir savunma yapabilmesi mümkün olabilecektir. Sadece yargılama işlemlerinden haberdar edilmesi veya isnat edilen suç hakkında bilgi verilmesi, savunma makamına her zaman etkili bir savunma yapabilme imkânı vermez. Ayrıca iddia makamı tarafından ortaya konulan delilleri çürütebilmek için savunma makamının değerlendirilmesini istediği deliller, mahkeme tarafından toplatılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, delillerin toplanması ve mahkeme huzurunda tartışılmasını, “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkesi kapsamında değerlendirmektedir. “Silahların eşitliği ilkesi”, yargılamanın tarafları arasında adil bir denge sağlanmasını amaçlamaktadır. Ceza yargılamasında iddia ve savunma makamlarına tanınan haklar arasında eşitlik, yetkilerde ise denge sağlanmasını gerektiren bu ilke ile savunmanın aleyhine bir hukuki durumun oluşturulmaması ifade edilmektedir⁷³.

⁷⁰ AYM, B.N.2014/18932 (08 Eylül 2015), para.86-90.

⁷¹ AYM, B.N.2019/9769 (23 Kasım 2022), para.18; AYM, B.N.2012/1051 (20 Şubat 2014), para.88-89.

⁷² Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015), 87.

⁷³ Cumhuriyet Şahin, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli

Yine bu ilke ile yargılamanın tarafları arasında usuli haklar bakımından herhangi bir tarafa ayrıcalık veya üstünlük tanınmadan iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda yapabilmeleri sağlanmaktadır⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği ilkesi kapsamında tarafların sahip olduğu hak ve yükümlülükler açısından tam bir eşitliğin sağlanmasını ve sağlanan bu eşitliğin yargılama süresince de devam etmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yargılama boyunca her türlü usul işleminin gerçekleştirilmesinde, iddia ve karşı iddiada bulunulması, delil ve karşı delil sunulması sırasında silahların eşitliği ilkesine uygun davranılmalıdır⁷⁵.

“Çelişmeli yargılama ilkesi” ise ceza yargılamasında adil bir yargılama yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet eden önemli bir ilkedir⁷⁶. Bu ilke ile taraflara dava dosyasında yer alan tüm hususlardan bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkı tanınarak yargılamanın tüm aşamasına aktif bir şekilde katılması amaçlanmaktadır. Bu amaçla sanığın yargılama sonucunu lehine sonuçlandırabilmek için dosya kapsamındaki tüm delillerden bilgi sahibi olmasına ve bu delillere etkili bir şekilde karşı koyabilmesine imkân tanınması gerekir⁷⁷.

Çelişmeli yargılamanın amacı sadece bir görüş veya talebin dosyaya girmesi ile sınırlı değildir. Bunun yanında dosyaya giren her görüş veya talebin mahkemece değerlendirilmesini de gerektirmektedir. Sanığın aleyhine olarak dosyaya sunulan deliller, mutlaka çelişme usulüne uygun olarak mahkemeye sunulmalı⁷⁸, hem tanık beyanları hem de diğer tüm deliller mahkeme huzurunda tartışılmalıdır. Örneğin⁷⁹ sanığın telefonu dinlenmiş ve konuşmaları kayda alınmış ise buna ilişkin

Yargılama İlkeleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/Özel Sayı (2019), 3051.

⁷⁴ AYM, B.N.2021/2754 (07 Haziran 2023), para.24.

⁷⁵ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/temel-hak-ve-ozgurluklerin-ihlaline-dair-emsal-kararlar/adil-yargilanma-hakki-suc-isnadi/tum-liste#baslik10>

⁷⁶ AYM, B.N.2021/2754 (07 Haziran 2023), para.22.

⁷⁷ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/temel-hak-ve-ozgurluklerin-ihlaline-dair-emsal-kararlar/adil-yargilanma-hakki-suc-isnadi/tum-liste#baslik10>

⁷⁸ AYM, B.N.2020/5353 (19 Ocak 2023), para.31-32: “31. İstinaf talebi üzerine Daire, başvuruçunun teşhise elverişli fotoğraflarını hükümlü olarak bulunduğu ceza infaz kurumundan temin etmiş ve olay anına ilişkin kamera kayıtlarını içeren CD ile bu fotoğraflar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmıştır (bkz. § 15). Raporun dava dosyasına sunulması üzerine Daire, duruşma açmaksızın yaptığı istinaf incelemesi sonucunda bu rapordaki değerlendirmeler doğrultusunda başvuruçunun hırsızlık suçunu işlediğini değerlendirerek istinaf talebini esastan reddetmiştir (bkz. § 17). Bu durumda Mahkemece hükme esas alınan beyanların ötesinde bilirkişi raporu, Dairece mahkûmiyet için önemli ağırlıkta delil olarak kabul edilmiştir.32. Bununla birlikte Daire, esastan ret kararına dayanak olan bilirkişi raporuna gerekçeli kararda yer vermekle yetinmiştir. Hâlbuki mahkeme kararından sonra dosyaya giren bu raporun hükme esas alınabilmesi, Dairece açılacak duruşmada bu delillerin başvuruçuya okunarak söz konusu delile karşı itirazlarını etkili şekilde sunabilme olanağı sağlanması ile mümkündür. Bu durumda Dairenin istinaf incelemesi sırasında aldığı ve mahkûmiyet için önemli ağırlıkta delil kabul ettiği bilirkişi raporunu duruşma açıp başvuruçuya okuyarak bu delile karşı iddia ve itirazlarını etkili şekilde sunma olanağı tanımaksızın hükme esas alması, başvuruçuyu iddia makamı karşısında usule ilişkin imkânlardan yararlanma noktasında önemli ölçüde dezavantajlı konuma düşürmüştür. Bu koşullarda Dairece izlenen yöntemin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gereklerine uygun olmadığı ve başvuruçunun menfaatlerini koruyan güvenceler içermediği açıktır. Bu durum, yargılamanın bir bütün hâlinde adil olmaktan çıkmasına neden olmuştur.”

⁷⁹ AYM, B.N.201/10634 (26 Ekim 2016), para.33: “33. Çelişmeli yargılama ilkesinin yukarıda bahsedilen gerekleri ilgili usul kurallarında belirtilmiştir. Bu bağlamda 5271 sayılı Kanun’un 209. maddesinin (1) numaralı fıkrasında delil olarak kullanılacak belgelerin duruşmada okunması, bir belge veya yazının delil olarak kullanılabilmesi duruşmada okunmasına bağlı olduğu; 215. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, herhangi bir belgenin okunmasından sonra ilgililerden diyeceklerinin sorulması; 217. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise hâkimin kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği öngörülmüştür. Çelişmeli yargılama ilkesinin somut görünüşlerinden olan bu düzenlemelere göre sanığın telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınması konusunda verilmiş bir karar varsa getirilip telefon konuşmalarına ilişkin çözüm tutanakları ile birlikte duruşmada okunması ve ilgililerden diyeceklerinin sorulması gereklidir.”

karar getirilerek konuşma kayıtlarına ait çözüm tutanakları ile birlikte duruşmada okunmalı ve taraflara söz hakkı verilerek diyecekleri sorulmalıdır⁸⁰.

Sonuçta sanık, dosya kapsamındaki bir delil hakkında bilgi sahibi olacak ve bu delilin dava ile ilgili veya güvenilir olmadığı hususundaki savunmasını mahkemede dile getirerek davanın sonucunu lehine etkileyebilecektir⁸¹.

Anayasa Mahkemesi, görülmekte olan bir davada gösterilen delillerin dava konusu olay ile ilgili olup olmadığı veya delilleri değerlendirme konusunda kendisini yetkili görmemekte, bu yetkinin kural olarak yargılamayı yürüten mahkemede olduğunu ifade etmektedir⁸². Ancak silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırı davranılması halinde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi söz konusu olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri kapsamında yapacağı incelemede; delillerle ilgili olarak yargılamanın tarafları arasında oluşturulan dengesizlik halini yargılamanın genelini dikkate alarak değerlendirmektedir. Özellikle sanığa, kendi imkânları ile temin etme imkânı bulamadığı başka bir ifade ile kamu gücü kullanılarak dosyaya getirilebilecek delillerin gerçeği ifade etmediğini ortaya koyacak imkânların sunulduğuna ilişkin hususların varlığını aramaktadır. Aksi halde ihlal kararı vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, ceza davasının sonucunu etkileme ihtimali olan bir olgunun araştırılmasına ilişkin talebin reddedilmesinin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edilmesine yol açtığı iddiasını incelemiştir. İncelemeye konu olayda, kiralık ev arayan müşteki internet üzerinden verilen bir ilandaki telefon numarasını aramış, bu kişi ile anlaşarak 500 TL kaporayı başvuru bankasına göndermiş, ancak daha sonra aradığında bu kişi ile telefonla iletişim kuramamıştır. Müştekinin yatırmış olduğu para ise aynı gün yüzü görünmeyen bir kişi tarafından ATM'den çekilmiştir. Müştekinin başvurusu üzerine başvuru hakkında dolandırıcılık suçundan iddianame düzenlenmiştir.

Yargılama sırasında başvuru, akıl zayıflığı olduğundan bahisle kartın arkasına şifresini yazdığını, bu kartı kaybettiğini, bankadan para çekildiğine dair mesajların gelmesi üzerine kartı iptal ettirmek için üç dört defa bankanın müşteri hizmetlerini aradığını, bu hususun doğruluğunun anlaşılabilmesi için konuşma kayıtlarının, ATM'den parayı çeken kişinin kendisi olmadığını anlaşılabilmesi için de ATM'yi gören MOBESE kayıtlarının getirilmesini istemiş ancak bu talepleri mahkemece kabul edilmeyerek mahkumiyetine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise başvuru bu taleplerinin somut bir gerekçe gösterilmeden genel ve soyut ifadelerle reddedildiğini, başvuru toplanmasını istediği delillerin ancak devlet yardımıyla getirilebilecek nitelikte olduğunu, başvurucuya kendisinin ulaşma imkânı olmayan bir delilin aksini ispatlama hususunda herhangi bir imkânın sunulmadığını, böylece başvuru iddia makamı karşısında usule ilişkin bir konuda dezavantajlı konuma düşürüldüğünü, başvuru haklarını koruyan bir güvence sağlamayan yargılamanın bir bütün halinde silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığını ifade ederek bu ilkelerin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³.

⁸⁰ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/temel-hak-ve-ozgurluklerin-ihlaline-dair-emsal-kararlar/adil-yargilanma-hakki-suc-isnadi/tum-liste#baslik10>

⁸¹ AYM, B.N.2021/2754 (07 Haziran 2023), para.23.

⁸² AYM, B.N.2020/5353 (19 Ocak 2023), para.29.

⁸³ AYM, B.N.2021/2754 (07 Haziran 2023), para.27.

2.7. Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı

AİHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde suçla itham edilen kişinin seçeceği bir müdafinin yardımından faydalanabilme hakkı, eğer müdafî tutmak için maddi imkânları yoksa ya da adaletin yerine gelmesi için gerekliyse bir avukatın yardımından ücretsiz olarak faydalanabilme hakkı olduğu belirtilmiştir.

Adil yargılanma hakkının önemli bir sacayağı olarak değerlendirilen müdafî yardımından yararlanma hakkı Anayasa'da ayrı bir maddede açık bir şekilde düzenlenmemiştir⁸⁴. Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Müdafî yardımından faydalanma da Anayasa'nın 36.maddesinde geçen "meşru vasıta"lar kapsamındadır⁸⁵. Bu açıdan bakıldığında ceza yargılamasında meşru bir vasıta olan müdafiden yararlanma hakkının Anayasa'da kabul edildiği görülmektedir⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne göre müdafî yardımından faydalanma hakkı, savunma hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamanın yanında aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin de işlerlik kazanmasını sağlamaktadır⁸⁷.

Bir suçla itham edilen kişinin müdafî seçme ve hukuki yardımından faydalanma hakkı vardır. Bu hak ilk yakalama anında bildirilmesi gereken bir haktır. Şüpheli veya sanığın müdafî seçme imkânının olmaması ve bir müdafî yardımından faydalanmak istemesi halinde kendisine müdafî görevlendirilmesi zorunludur (CMK m. 150/1). Ayrıca alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar nedeniyle yapılan yargılamada, şüpheli veya sanığın çocuk olması veya kendisini savunamayacak derecede malul ya da sağır ve dilsiz olması hallerinde müdafî bulunmayan şüpheli veya sanığın istemi olmasa da kendisine bir müdafî atanması zorunludur (CMK m. 150/2, m. 150/3). Şüpheli veya sanığın istemi olmaksızın atanan bu müdafîye "zorunlu müdafî" denilmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek" ile yükümlüdür. Bu yükümlülükler; dosyayı inceleme, şüpheli ve sanıkla görüşme, duruşmada hazır bulunma gibi yükümlülüklerdir. CMK'nın 150. maddesine göre görevlendirilen müdafîin Avukatlık Kanunu kapsamında olan görevlerini yerine getirmekten kaçınması ya da duruşmaya katılmaması veya uygun olmayan bir vakitte duruşmadan çekilmesi halinde mahkeme yeni bir müdafî görevlendirilmesini sağlamak zorundadır⁸⁸. Bu zorunluluk sadece müdafî görevlendirilmesini değil aynı zamanda müdafî görevlendirildiğinde sanığın haberdar edilmesini de kapsamaktadır⁸⁹.

Bir suçla itham edilen kişilere tanınan müdafî yardımından faydalanma hakkı, sadece müdafîin görevlendirilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Şüpheli veya sanığın bu haktan gereği gibi faydalandırıldığından bahsedebilmek için bir müdafî ile istenilen her vakitte ve konuşulanları kimsenin duyamayacağı ortamda görüşebilme, yazışmaların gizliliğine karışmama, müdafîin görevini yapmama veya vakitsiz çekilme hallerinde yeni bir müdafî görevlendirme gibi hususların da yerine getirilmesi, başka bir ifadeyle gerçek anlamda hakkın kullanılmasının sağlanması

⁸⁴ Bozdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*,78.; Ergül Çeliksoy, "Polis Karakolunda Müdafî İle Görüşme Ve Müdafiden Yararlanma Hakkının AİHM'nin İbrahim Ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı Işığında Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 35 (Temmuz 2018), 672.

⁸⁵ AYM, B.N.2014/13081 (22 Mart 2018), para.38; AYM, B.N.2014/16277 (13 Eylül 2018), para.39.

⁸⁶ Bozdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*,79.

⁸⁷ AYM, B.N.2019/6722 (12 Nisan 2023), para.48.

⁸⁸ Bozdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*,168.

⁸⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), K.2012/1 (31 Ocak 2012).

gerekmektedir. Bu yönüyle müdafî yardımından faydalanma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında Devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer almaktadır⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi'ne göre görevlendirilen müdafînin etkin bir şekilde hukuki yardımda bulunmadığı hususunun yetkili olan adli makamlar tarafından tespit edilmesi halinde bu makamların, özen yükümlülüğünün gereği olarak, hemen müdahalede bulunması gerekir⁹¹.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu bir olayda; başvuru, baro tarafından atanan zorunlu müdafiden kendisine haber verilmediğini, kendisinin yokluğunda atanan müdafînin katıldığı duruşmada ilk derece mahkemesinin karar verdiğini, verilen bu kararın kendisine tebliğ edilmediğini, ayrıca baro tarafından atanan müdafîin yaptığı temyiz başvurusu üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin de kendisine tebliğ edilmeyerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Başvurucuya isnat edilen suç için öngörülen cezanın alt sınırının beş yıldan fazla olması ve başvuru da bir müdafî seçmemiş olması nedeniyle baro tarafından bir müdafî görevlendirilmiştir. Baro tarafından atanan müdafîin mazeretsiz olarak duruşmalara gelmemesi üzerine yeni bir müdafî görevlendirilmiştir. Ancak bu durumdan başvuru bilgi sahibi olamamıştır. Yeni müdafîin katıldığı duruşmada mütalaa verilmiş, yeni müdafî savunmasını yapmış ve aynı gün mahkeme tarafından başvuru cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu olayda müdafî yardımından faydalanma hakkının ihlal edilip edilmediği hususunda Yargıtay tarafından verilen kararlardan faydalanmıştır. Yargıtay'a göre zorunlu müdafî atanması durumunda sanığın bu durumdan haberdar edilmesi gerekmektedir. Sanığın da atanan zorunlu müdafîin değiştirilmesini isteme hakkı vardır. Eğer sanık, kendisine zorunlu müdafî atandığından haberdar ise ve bu konuda sessiz kalmış ise zorunlu müdafîin yapmış olduğu ve kendisi tarafından karşı çıkılmayan tasarruflardan doğacak sonuçlara katlanmak zorundadır. Sanığın zorunlu müdafî atandığından haberdar edilmemesi hallerinde ise zorunlu müdafîye yapılan tefhim ve tebliğler herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Zorunlu müdafî tarafından yapılan işlemlerin sanığın yararına olması da bu hususu değiştirmeyecektir⁹².

Anayasa Mahkemesi, bu kararında iki hususu vurgulayarak ihlalin varlığını tespit etmiştir. İlki zorunlu müdafî atandığından başvuru bilgi verilmemesidir. Bu yüzden zorunlu müdafîin yüzüne karşı yapılan bildirim herhangi bir sonuç doğurmayacaktır⁹³.

İkincisi ise zorunlu müdafî ile başvuru yargılama sırasında hiçbir zaman bir araya gelmemişlerdir. Bu ise müdafîin dosyayı çalışması, gerektiğinde başvuruyla görüşmek suretiyle savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli olan zaman ve kolaylığın tanınmadığını göstermektedir. Bu yüzden sanığın müdafiden etkin bir şekilde yararlanma hakkı ihlal edilmiştir⁹⁴.

Şüpheli veya sanığın müdafî seçme hakkı bulunmaktadır. Bu hak, ifade ve sorgudan önce bildirilmek zorundadır. (CMK m. 147/1-c, CMK m. 150/1). Müdafî seçme hakkı, şüpheli veya sanığa veya varsa kanuni temsilcisine aittir. Şüpheli veya sanığın müdafî seçmesi durumunda müdafî atanması mümkün değildir.

⁹⁰ AYM, B.N.2018/5640 (12 Nisan 2023), para.51; AYM, B.N.2014/16277 (13 Eylül 2018), para.52.

⁹¹ AYM, B.N.2014/13081 (22 Mart 2018), para.39.

⁹² YCGK, K.2012/1 (31 Ocak 2012); YCGK, K.2010/41 (02 Mart 2010).

⁹³ AYM, B.N.2013/5957 (30 Aralık 2012), para.52; AYM, B.N.2014/13081 (22 Mart 2018), para.43

⁹⁴ AYM, B.N.2013/5957 (30 Aralık 2012), para.54; AYM, B.N.2014/13081 (22 Mart 2018), para.43.

Anayasa Mahkemesi, şüpheli veya sanığın kendi seçtiği bir müdafinin hukuki yardımından faydalandırılmamasının öncelikle geçerli bir sebebinin varlığını aramaktadır. Bu yükümlülük derece mahkemelerine aittir. Derece mahkemeleri tarafından geçerli bir sebebin gösterilememesi tek başına bu hakkın ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda bu durumun bir bütün halinde yargılamanın adilliğine zarar verip vermediği de araştırılmalıdır⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına konu olayda⁹⁶; başvuru gözümlü alınmış, ailesi ise hemen bir müdafii seçmiştir. Kolluk ise zorunlu müdafii talep ederek barodan bir müdafii görevlendirilmesini sağlamış, başvuruçunun seçtiği müdafii ile görüşmesine de izin vermemiştir. Başvuruçunun, kollukta alınan ifadesinde suçlamayı kabul etmiş, savcılıkta verdiği ifadede ise kolluktaki ifadesini baskı altında verdiğini beyan ederek suçlamaları kabul etmemiştir. Yapılan yargılama sonucunda başvuruçunun hakkında bir kısım suçlardan beraat bir kısım suçlardan ise mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Temyiz incelemesi sonucunda başvuruçunun hazırlık aşamasında avukat eşliğinde alınan beyanlarında olaya ilişkin ikrarda bulunduğu bahisle beraatine karar verilen suç nedeniyle de mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği belirtilerek bozma kararı verilmiştir. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi bozmaya uyarak başvuruçunun bu suçtan dolayı da mahkûmiyetine karar vermiştir.

Başvuruçunun iki konudan yakınarak bireysel başvuruda bulunmuştur. Bunlardan ilki kendi seçtiği müdafinin yardımından faydalandırılmaması, ikincisi ise baro tarafından görevlendirilen müdafinin etkili yardımda bulunmamasıdır.

Anayasa Mahkemesi ise başvuruçunun kendi seçtiği müdafinin yardımından faydalandırılmaması konusunda yaptığı değerlendirmede, derece mahkemesinin gerekçeli kararında başvuruçunun seçilen müdafii ile görüştürülmemesinin geçerli bir nedenine yer verilmediğini tespit etmiştir. Ancak seçilmiş bir müdafinin bulunduğu yerde baro tarafından görevlendirilen müdafinin görevli olup olmadığı sorununa değinmemiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında başvuruçunun yakındığı baro tarafından görevlendirilen müdafinin etkili yardımda bulunmaması konusunun bir bütün halinde yargılamanın adilliğine zarar verip vermediğini hususunu incelemiştir.

Sonuçta başvuruçunun kollukta baro tarafından görevlendirilen müdafii eşliğinde verdiği ifadeler, mahkûmiyet kararına esas alınmıştır. Derece mahkemesi, baro tarafından görevlendirilen müdafiden yeterli yardımı alamadığına dair başvuruçunun yakınması hakkında bir değerlendirme yapmamıştır. Anayasa Mahkemesi de tüm bu hususların yargılamayı bir bütün halinde adil olmaktan çıkardığını belirterek müdafii yardımından faydalanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹⁷.

Şüphelinin kollukta müdafii hazır bulunmadan alınan ifadesinin aleyhine kullanılması da ihlale neden olabilmektedir. Ceza yargılamasında iddia makamı, isnat edilen suçun şüpheli veya sanık tarafından işlendiğini ortaya koymak zorundadır. Soruşturma aşamasında gerek kolluğun gerekse savcılık makamının şüpheli veya sanıktan kendisi aleyhine beyanda bulunmasını veya delil göstermesini istemesi, özellikle susma hakkını ihlal edecektir. Bir müdafii yardımından faydalandırılmayan şüphelinin kollukta verdiği ifadenin yasak usuller kullanmak suretiyle özellikle baskı altında alındığı iddiasının söz konusu olduğu durumlarda ikrar içeren bu beyanın mahkûmiyet kararına esas alınması, savunma hakkını ağır derecede zedelemiş olacaktır. Özellikle ikrar içeren beyanların, kolluk tarafından kötü muamele veya işkence edilerek elde edildiği gerekçesi ile

⁹⁵ AYM, B.N.2018/5640 (12 Nisan 2023), para.51; AYM, B.N.2014/16277 (13 Eylül 2018), para.56.

⁹⁶ AYM, B.N.2018/5640 (12 Nisan 2023).

⁹⁷ AYM, B.N.2018/5640 (12 Nisan 2023), para.56.

reddedilmesi halinde bu iddianın derece mahkemesince araştırılmadan mahkûmiyet hükmüne esas alınması, mahkemenin özensiz davrandığını göstermektedir⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına konu olayda; başvuru, kollukta müdafî bulunmaksızın vermiş olduğu ifadede suçlamaları kabul etmiş, ancak savcılıkta ve sorgu aşamasında suçlamaları reddetmiştir. Yargılama sırasında mahkeme ikrar içeren beyanlara dayanarak başvuru mahkûmiyetine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise başvuru mahkûmiyetine karar vermiş, ancak kollukta alınan ifadelerinin mahkûmiyete esas alındığını, sonraki aşamalarda da müdafî yardımının sağlanması da dahil olmak üzere diğer usuli güvencelerin de soruşturmanın başında gerçekleşen başvuru mahkûmiyetine savunma hakkına yönelik ihlalin neticelerini ortadan kaldıramadığını tespit etmiştir⁹⁹.

Müdafiden faydalanma hakkı, yargılamanın istinaf ve temyiz aşamalarını da kapsamaktadır (CMK m149/3).

Bir suçla itham edilen kişi, bir müdafî ile istenilen her vakitte ve konuşulanları kimsenin duyamayacağı ortamda görüşebilme ve yazışmaların gizliliğine karışılmama hakkına sahiptir (CMK m.154/1).

Anayasa Mahkemesine göre müdafî yardımından etkili bir şekilde faydalanabilmesi belli şartlara tabi tutulsa da şüpheli veya sanığın bir avukat ile görüşmesinin kaydedilmesi, görüşme sırasında bir görevlinin hazır bulunması ya da bilgi ve belgelere el konulması şeklindeki düzenlemeler, avukat-müvekkil mahremiyetini kısıtlayan müdahalelerdir. Bu tür durumlarda şüpheli veya sanık ile müdafî arasında özel nitelikli bilgilerin paylaşımı mümkün olamamaktadır. Bu ise etkili bir savunma yapılabilmesinin önünde ciddi bir engeldir¹⁰⁰.

⁹⁸ AYM, B.N.2014/16277 (13 Eylül 2018), para.55.

⁹⁹ AYM, B.N.2014/16277 (13 Eylül 2018), para.60.

¹⁰⁰ 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin KHK'nın 6.maddesinin 1.fıkrası ile bazı suçlarla ilgili yürütülen soruşturmalarda tutuklu olan kişilerin avukatları ile yapacakları görüşmelerin kayda alınabileceği, görüşme sırasında bir görevlinin bulundurulabileceği veya avukat ile tutuklu arasındaki bilgi ve belgeler ile yazışmalara el konulabileceği düzenlemesine yer verilmişti. 676 sayılı KHK'nın 3.maddesi ile de benzer bir düzenleme 5275 sayılı Kanun'un 5.maddesi ile getirilmişti. 1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkındaki Kanun ile 5275 sayılı CGTİHK'nın 59.maddesinin 5. ve 10.maddelerindeki bu düzenlemeler aynen kabul edilerek yasalaşmıştı. Bu düzenlemelerin iptalini istemini görüşen Anayasa Mahkemesi 24.07.2019 tarihli ve E.2018/73, K:2019/65 sayılı kararı ile bu düzenlemeleri şu gerekçelerle iptal etmiştir: "122. Öte yandan şüpheli veya sanık ile avukatın görüşmesinin kaydedilmesi, görüşmede görevlinin hazır bulundurulması ile bilgi ve belgelere elkonulması şeklindeki kısıtlamaların anayasal bakımdan meşru bir amacının bulunduğu ve yapılan sınırlamanın anılan amaca ulaşma bakımından gerekli ve elverişli olduğu söylenebilir. Ancak getirilen sınırlamanın ölçülü olduğunun kabul edilebilmesi için elverişli ve gerekli olması yeterli olmayıp orantılı da olması da gerekmektedir.123. Belli koşullara bağlı da olsa şüpheli veya sanık ile avukatın görüşmesinin kaydedilmesi, görüşmede görevlinin hazır bulundurulması ile bilgi ve belgelere elkonulması şeklindeki kısıtlamalar doğrudan avukat ve müvekkil arasındaki mahremiyeti ortadan kaldıracak niteliktedir. Belirtilen durumlarda şüpheli veya sanığın avukatı ile mahrem bilgileri paylaşması, bilgi alışverişinde bulunması mümkün olmadığından avukatla görüşme hakkının bu şekilde sınırlandırılması özellikle savunma makamının özel olarak desteklenmesinin gerektiği hâllerde etkili bir savunma yapılabilmesi imkânını önemli ölçüde azaltabilir. Ayrıca kuralda avukat-müvekkil görüşmesinin gizliliği ortadan kaldırılırken şüpheli veya sanığın etkili bir hukuki yardım alabilmesi ve savunma hakkını etkili bir şekilde kullanması yönünde gerekli olan güvencelerin de öngörülmediği anlaşılmaktadır. Müdafî yardımından yararlanma, dolayısıyla savunma ve adil yargılanma hakkının hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında kuralla getirilen sınırlamanın kişiye yüklediği külfetin aşırı ve orantısız olduğu, böylelikle şüpheli ve sanığın müdafî ile görüşmesinin kaydedilmesi, izlenmesi veya bilgi ve belgelere el konulmasının müdafî yardımından yararlanma hakkına ölçsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır."

SONUÇ

Ceza muhakemesinin sjelerinden biri de sanıktır. Ancak her sanığın suçlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zaman zaman üzerinde Őüphelerin yođunlaŐması üzerine suç iŐlemeyen kişiler de sanık durumuna düşebilir. Böyle bir durumda masum kişilerin cezalandırılmaması gerekmektedir. Masum kişilerin cezalandırılmasını engellemek adına savunma; zorunlu ve kolaylaŐtırılması gereken bir haktır.

Savunma hakkı Anayasa Mahkemesi kararlarında adil yargılanma hakkı kapsamında bir hak olarak değerlendirilmektedir. Savunma hakkı kapsamına isnadı ve hakları öğrenme hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı, tanık dinletme ve sorgulatma hakkı, mdafı yardımından faydalanma hakkı gibi haklar girmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu hakların ihlal edilip edilmediğini kendine özgü birtakım Şartlara tabi tutsa da son aşamada yargılamanın bütünlüğünün adilliliğine bir zarar gelip gelmediği hususunu değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi, eğer yargılama süreci içerisinde ihlal olarak değerlendirilen durumun, daha sonraki süreçte sanığın savunma hakkı kapsamında telafi edilmiş olması halinde savunma hakkının ihlal edilmediğini kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından çıkan bir diğer sonuç ise savunma hakkı kapsamına giren bu hakların Şeklen tanınmasının yeterli olmadığıdır. Savunma hakkının Şeklen tanınmasının yanında aynı zamanda etkili bir Şekilde kullanılmasının da sağlanması gerekmektedir. Savunma hakkının etkili bir Şekilde kullanılmasının sağlanması, devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığından yükümlüsü yargılama makamları dolayısı ile devlettir. Savunma hakkının yükümlüsünün devlet olması, savunma hakkına yapılacak olan müdahaleye devletin aktif bir Şekilde müdahale etmesini de gerektirmektedir.

Savunma hakkı kapsamında yer alan haklar arasında önemli önemsiz ayrımı yapmak her bir hakkın koruduğu değerin bir insan hakkı olduğu ve masumiyet ilkesi açısından değerlendirildiğinde doğru bir yaklaŐım olmayacaktır.

Bununla birlikte isnadı ve hakları öğrenme hakkının, savunmaya ilişkin diğer hakları kullanabilmek için bilinmesi gereken ilk hak olduğunu söylemek de yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Diğer hakların kullanılabilmesi için öncelikle bu hakların öğretilmesi gerekmektedir.

Uygulamada bazı durumlarda bir suçla itham edilen kişiye savunmaya ilişkin haklarının yeterli derecede, hatta hiç hatırlatılmadığı Şeklinde yakınmalara rastlanmaktadır. Örneğin suç isnat edilen kişi ile ilk olarak kolluk muhatap olduğundan, kolluğun ceza muhakemesi bilgisindeki eksiklik, suç tipine veya suçlunun kişiliğine karşı önyargılı olması veya suçlu olduğunu düŐündükleri kişi ve durumun ortaya çıkarılması için harcadıkları emeklerin boŐa gitmesi endiŐesi ile kolluğun Şüpheliye haklarını yeterli derecede anlatmadığı görülebilmektedir. Bu ise Şüphelinin haklarını kullanamamasına ve sonuçta mağduriyetine yol açabilmektedir.

Yukarıda belirtilen olumsuz durumların yaŐanmasının önüne geçilebilmesi, Şüpheliye isnat edilen suçlamaların mahiyetinin ve Şüphelinin haklarının, mdafı tarafından temsil edilmesinin faydalarının, idareden bağımsız ve tarafsız olan bir kurum tarafından, örneğin barolara bağlı serbest avukat olarak çalışan kişilerce, Şüpheliye anlatılması ile mümkündür.

Aynı Şekilde Şüphelinin mdafı yardımından faydalanmak istemediğine dair tespitinin de bu kurum tarafından yapılması ile; kolluğun eksik bilgilendirmesi veya yasak yöntemler kullanarak

soruşturmanın başlangıç aşamasında gerçekleşmesi muhtemel hak ihlallerinin önüne geçilebilecek, ayrıca şüpheli, konusunda uzman ve tarafsız kişilerce detaylı bir şekilde bilgilendirildiği için savunmaya ilişkin haklarının tamamını etkili bir şekilde kullanma imkânına sahip olabilecektir.

KAYNAKÇA

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2012/1051 (20 Şubat 2014).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2012&BasvuruNoSayi=1051>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2013/4784 (07 Mart 2014).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/4784>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2013/4784 (07 Mart 2014).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=4784>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2013/5467 (07 Ocak 2016).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=5467>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2013/6461 (26 Şubat 2015).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=6461>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/10634 (26 Ekim 2016).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=10634>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/13081 (22 Mart 2018).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=13081>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/16277 (13 Eylül 2018).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=16277>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/18932 (08 Eylül 2015).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=18932>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/5170 (25 Haziran 2015).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=5170>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/6222 (06 Mart 2019).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=6222>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/6971 (01 Şubat 2017).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6971>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2014/875 (02 Şubat 2017).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=875>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2015/13327 (17 Temmuz 2018).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2015&BasvuruNoSayi=13327>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2017/22672 (06 Şubat 2020).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2017&BasvuruNoSayi=22672>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2017/38372 (06 Şubat 2020).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2017&BasvuruNoSayi=38372>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2018/18989 (16 Haziran 2021).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2018&BasvuruNoSayi=18989>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2018/5640 (12 Nisan 2023).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2018&BasvuruNoSayi=5640>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2019/30221 (28 Aralık 2021).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2019&BasvuruNoSayi=30221>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2019/6722 (12 Nisan 2023).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2019&BasvuruNoSayi=6722>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2019/9769 (23 Kasım 2022).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2019&BasvuruNoSayi=9769>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2020/22865 (20 Eylül 2023).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2020&BasvuruNoSayi=22865>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2020/28006 (20 Temmuz 2023).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2020&BasvuruNoSayi=28006>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2020/5353 (19 Ocak 2023).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2020&BasvuruNoSayi=5353>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2020/5651 (11 Mayıs 2023).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2020&BasvuruNoSayi=5651>

AYM, Anayasa Mahkemesi. B.N.2021/2754 (07 Haziran 2023).
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2021&BasvuruNoSayi=2754>

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2019/65 (24 Temmuz 2019).
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KararNo=2019%2F65>

AYM, Anayasa Mahkemesi. K.1977/84 (02 Haziran 1977).
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1977/84?KararNo=1977%2F84>

AYM, Anayasa Mahkemesi. K.1992/39 (16 Mayıs 1992).
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/39?KararNo=1992%2F39>

Başbüyük, İsa. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Faydalanma Hakkı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19/2 (2013), 1332-1372.

Birtek, Fatih. *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Bozdağ, Ahmet. (2013). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.

Centel, Nur – Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Beta Yayıncılık, 2023.

Çeliksoy, Ergül. “Polis Karakolunda Müdafî İle Görüşme Ve Müdafiden Yararlanma Hakkının AİHM’nin İbrahim Ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı Işığında Değerlendirilmesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 35 (Temmuz 2018), 665-687.

Çetin, Beytullah. *Savunma Hakkının Kısıtlanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Doğan, İdris. (2023). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı*. Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.

Erem, Faruk. *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş*. Ankara: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2022.

Günay, Erhan. *Ceza Hükmünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Hafizoğulları, Zeki. “Genel Çizgileri İle Savunma Hakkı”. *Ankara Barosu Dergisi* 1 (Mart 1994), 20-40.

İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: MRK Baskı, 2018.

Kocaoğlu, Serhat Sinan. *Müdafi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Nevzat Toroslu – Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.

Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.

Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Şahin, Cumhur – Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Şahin, Cumhur. “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/Özel Sayı (2019), 3051-3065.

TDK, Türk Dil Kurumu, “Türkçe Sözlük”, Erişim: 15 Kasım 2023, <https://sozluk.gov.tr/>

Turan, Hüseyin. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli). https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf

Ünver, Yener – Hakeri, Hakan. *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

YCGK, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K.2010/184 (05 Ekim 2010). <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

YCGK, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K.2010/41 (02 Mart 2010). <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

YCGK, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K.2012/1 (31 Ocak 2012). <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Yenisey, Feridun – Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Yıldırım, Akif. *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Zafer, Hamide. “Savunma Hakkı ve Sınırları”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19/2 (2013), 507-540.

Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015.

ÇEVİRİ
TRANSLATIONS

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ GLUKHİN/RUSYA KARARI
(BAŞVURU NO: 11519/20), 2023
GLUKHIN/RUSSIA DECISION (APPLICATION NO: 11519/20), 2023 OF
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS



Buğra PAKBEŞE^{1*}

¹ Araştırma Görevlisi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep, Türkiye, av.bugrapakbese@gmail.com.

*Sorumlu Yazar/Corresponding Author

Öz: Rusya Federasyonu aleyhine, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. ve 10. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Rus vatandaşı olan Bay Nikolay Sergeevich Glukhin tarafından 31 Ocak 2020 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Mahkeme başvuruyu inceledikten sonra 11519/20 Başvuru Numaralı ve 04 Temmuz 2023 karar tarihli kararında hükümetin yüz tanıma teknolojilerini kullanarak başvuranın Sözleşme'nin 8. ve 10. maddesinde yer alan özel hayata saygı ilkesi ve ifade hürriyetini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Yüz Tanıma Teknolojileri, Özel Hayata Saygı İlkesi

Geliş Tarihi/Received:
30.04.2024

Kabul Tarihi/Accepted:
07.06.2024

Yayımlanma Tarihi/
Available Online:
30.06.2024

Abstract: An application was lodged with the European Court of Human Rights on 31 January 2020 by Mr Nikolay Sergeevich Glukhin, a Russian national, against the Russian Federation alleging violations of Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights. After examining the application, the Court, in its judgment dated 04 July 2023 and bearing Application No. 11519/20, held that the government had violated the applicant's right to respect for private life and freedom of expression under Articles 8 and 10 of the Convention by using facial recognition technologies.

Keywords: Human Rights, European Court of Human Rights, Facial Recognition Technologies, Right to Private Life.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ GLUKHIN/RUSYA KARARI

(Başvuru No: 11519/20)

(Karar Tarihi: 04 Temmuz 2023)*

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

Glukhin / Rusya davasında,

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Üçüncü Bölüm), aşağıdaki üyelerden oluşan bir Daire olarak görev yapmaktadır:

Pere Pastor Vilanova, *Başkan,*

Jolien Schukking,

Yonko Grozev,

Georgios A. Serghides,

Peeter Roosma,

Andreas Zünd,

Oddný Mjöll Arnardóttir, *yargıçlar,*

ve Milan Blaško, *Bölüm Yazı İşleri Müdürü,*

Aşağıdaki hususları dikkate alarak:

Başvuru (no. 11519/20) Rusya Federasyonu aleyhine, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Rus vatandaşı olan Bay Nikolay Sergeyevich Glukhin ("başvuran") tarafından 31 Ocak 2020 tarihinde Mahkeme'ye sunulmuştur;

Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ile 8. ve 10. maddelerine ilişkin şikâyetlerin Rusya Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesine ve başvurunun geri kalanının kabul edilemez ilan edilmesine ilişkin karar;

Davalı Hükümet tarafından sunulan görüşler ve başvuran tarafından sunulan cevap niteliğindeki görüşler;

Bölüm Başkanı tarafından müdahil olmasına izin verilen 19. Madde tarafından sunulan görüşler;

Davalı Hükümetin üçüncü taraf görüşlerine cevaben görüş sunmaması ve Mart 2022'den bu yana davalı Hükümet tarafından herhangi bir bildirimde bulunulmaması;

Bölüm Başkanının, Mahkeme İçtüzüğü'nün 29 § 2 maddesini kıyasen uygulayarak, Mahkeme'nin görevdeki yargıçlarından birini *ad hoc* yargıç olarak atama kararı (bunun arka planına ilişkin bir açıklama için bkz. *Kutayev v. Rusya*, no. 17912/15, §§ 5-8, 24 Ocak 2023);

* İlgili karar İngilizce metin üzerinden çevrilmiştir. İngilizce metin için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-225655>.

23 Mayıs ve 13 Haziran 2023 tarihlerinde özel olarak görüşükten sonra,

Son belirtilen tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Dava, başvuranın “hızlı bir şekilde (de)monte edilmiş bir nesne” kullanarak tek başına bir gösteri yapma niyetini yetkililere bildirmemesi nedeniyle idari cezaya çarptırılmasıyla ilgilidir. Soruşturma sırasında polis, başvuranın kişisel verilerini işlemek için yüz tanıma teknolojisini kullanmıştır.

OLAYLAR

2. Başvuran 1985 doğumludur ve Moskova’da yaşamaktadır. Moskova’da avukatlık yapan Bay N. Zboroshenko ve Bayan A. Rossius tarafından temsil edilmiştir.
3. Hükümet, başlangıçta Rusya Federasyonu’nun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki eski temsilcisi A. Fedorov ve daha sonra bu görevdeki halefi M. Vinogradov tarafından temsil edilmiştir.
4. Davanın olayları şu şekilde özetlenebilir.
5. Mayıs 2017’de Moskova Belediye Başkanı’nın resmi internet sitesinde Moskova’da 3,500’den fazla CCTV kamerasının kurulduğu bildirilmiştir. Aynı yılın Eylül ayında 3.000’den fazla CCTV kamerası canlı yüz tanıma sistemi (*facial recognition system*) ile donatılmıştır. 2018 baharında Moskova metrosuna yüz tanıma CCTV kameraları yerleştirilmiştir. Moskova Belediye Başkanına göre, canlı yüz tanıma sistemi 2019 yılında test edilmişti. 1 Eylül 2020 itibarıyla, -o zamana kadar yaklaşık 175.000 ve 2022’de 220.000’den fazla olmak üzere- Moskova’daki tüm CCTV kameraları canlı yüz tanıma teknolojisi ile donatılmıştır.
6. 12 Ağustos 2019 tarihinde siyasi aktivist olan Bay Konstantin Kotov tutuklanmış ve Rus Ceza Kanunu’nun 212/1 maddesi uyarınca “kamuya açık etkinlikler” ile ilgili kuralları birden fazla kez ihlal etmekle suçlanmıştır. Bay Kotov’un gözaltına alınması ve aleyhindeki cezai kovuşturmalar medyanın ve kamuoyunun büyük ilgisini çekmiş ve halkın tepkisine neden olmuştur.
7. Başvuran, 23 Ağustos 2019 tarihinde, elinde Bay Kotov’un gerçek boyutlu bir karton figürü ve üzerinde şu ifadelerin yer aldığı bir pankartla Moskova metrosunda seyahat etmiştir: “Benimle dalga mı geçiyorsunuz ulan? Ben Konstantin Kotov. Barışçıl protestolar nedeniyle [Madde] 212.1 uyarınca beş yıla kadar [hapis cezasıyla] karşı karşıyayım.”
8. 24 Ağustos 2019 tarihli bir polis raporunda, Moskova yeraltı polisinin aşırıcılıkla mücadele birimi (“polis aşırıcılıkla mücadele birimi”, “*the police anti-extremism unit*”) tarafından yürütülen “internetin izlenmesi” tedbiri sonucunda, bir metro istasyonunda elinde pankart tutan bir insan figürü ile duran bir adamın fotoğrafının ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.
9. Daha sonra Polis aşırıcılıkla mücadele birimi, başvuranın bir metro istasyonunda ve bir yeraltı treninin içinde Bay Kotov’un karton figürünü tutarken çekilmiş fotoğraflarını ve bir videosunu içeren herkese açık bir Telegram kanalından ekran görüntüleri almıştır. Paragraf

- 7’de belirtilen afişte yazılı metin ekran görüntülerinde açıkça okunabilmektedir. Ekran görüntüleri, “İdari Suçlar Kanunu'nun 26. Bölümü uyarınca” (“İSK”; bkz. aşağıdaki 26-27. paragraflar) polis aşırıcılıkla mücadele birimi tarafından basılmış ve saklanmıştır.
10. Polisin 24 Ağustos 2019 tarihli bir başka raporundan, polis aşırıcılıkla mücadele biriminin Chistye Prudy ve Sretenskiy Bulvar metro istasyonlarına yerleştirilen CCTV kameralarından video kayıtları elde ettiği anlaşılmaktadır. Polis aşırıcılıkla mücadele birimi bu kayıtları 27 Ağustos 2019 tarihinde izlemiş, başvuranın görüntüsünün ekran görüntülerini almış, bunların çıktısını almış ve dava dosyasına kaydetmiştir.
 11. 26 Ağustos 2019 tarihli polis raporuna göre, polis aşırıcılıkla mücadele birimi, Telegram’da yayınlanan fotoğraf ve videodaki kişinin kimliğini tespit etmek için “operasyonel arama faaliyetleri” yürütmüş, bu kişinin başvuran olduğunu başarıyla tespit etmiş ve ev adresini belirlemiştir.
 12. Başvuranın iddiasına göre, 30 Ağustos 2019 tarihinde sabah saat 10 sularında polis aşırıcılıkla mücadele birimi, kendisi evde yokken evine gitmiştir. Başvuran aynı gün saat 11.00 sularında bir metro istasyonunda gözaltına alınmıştır. İddiaya göre polis, başvurana, kendisinin Moskova metrosuna yerleştirilen yüz tanıma CCTV kameraları tarafından tespit edildiğini söylemiştir.
 13. Başvuran daha sonra bir polis karakoluna götürülmüş ve burada İSK’nin 20.2 § 5 maddesi uyarınca kamuya açık etkinliklerin yürütülmesi için belirlenen prosedürü ihlal etmekle suçlanmıştır. Suçlamalar, başvuranın 23 Ağustos 2019 tarihinde Chistye Prudy Metro İstasyonu’nda ve metro treninde “hızlı bir şekilde (de)monte edilmiş bir nesne” kullanarak tek başına bir gösteri düzenlediğini ve bunu yapmak için yerel makamlara önceden bildirimde bulunması gerektiğini belirtmiştir.
 14. 2 Eylül 2019 tarihli bir mektupta, polis aşırıcılıkla mücadele birimi başkan vekili, Moskova yeraltı güvenlik başkanından, Okruzhnaya Metro İstasyonu’nda kurulu yirmi iki CCTV kamerasından 23 Ağustos 2019 tarihinde saat 8.15 ile 8.35 arasında alınan video kayıtlarının kopyalarını sağlamasını talep etmiştir. Operasyonel Arama Faaliyetleri Yasası’nın (*Operational-Search Activities Act*) 6-3, 7-2(1) ve 15-1. maddelerine (bkz. aşağıdaki 22-23 ve 25. paragraflar) ve Polis Yasası’nın (*Police Act*) 13-1(4). maddesine (bkz. aşağıdaki 29. paragraf) dayanmıştır. Ayrıca, talebin Moskova’da onaylanmış kitlesel halk etkinlikleri sırasında aşırıcılıkla mücadele amacıyla yürütülen bir soruşturma çerçevesinde yapıldığını belirtmiştir. Polisin aşırıcılıkla mücadele birimi, 5 Eylül 2019 tarihinde bu kayıtları izlemiş, başvuranın görüntüsünün ekran görüntülerini almış, bunların çıktısını almış ve dava dosyasında saklamıştır.
 15. 23 Eylül 2019 tarihinde, Moskova Meshchanskiy Bölge Mahkemesi tarafından, başvuranın işlediği iddia edilen suçtan suçlu bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın sözlü beyanda bulunduğu ve suçsuz olduğunu iddia ettiğini kaydetmiştir. Ardından, diğerlerinin yanı sıra, Telegram kanalının ekran görüntülerine ve yeraltı güvenlik kameralarından alınan video kayıtlarının ekran görüntülerine dayanarak, başvuranın “hızlı bir şekilde (de)monte edilmiş bir nesne” kullanarak tek başına bir gösteri düzenlediği bulgusunu desteklemiştir. Başvuranın iddiasının aksine, Bay Kotov’un karton figürü “hızlı bir şekilde (de)monte edilmiş bir nesne” olarak kabul edilebilir çünkü bir pervanesi vardır. Mahkeme, başvuranı 20.000 Rus Rublesi ((RUB), yaklaşık 283 Euro) para cezasına çarptırmıştır.

16. Başvuran temyiz yoluna gitmiştir. Başvuran, özellikle, Operasyonel Arama Faaliyetleri Yasası'nın idari suçları soruşturmak için bu tür faaliyetlerin yapılmasına izin vermediğinden kimliğini tespit etmek için yapılan operasyonel arama faaliyetlerinin hukuka aykırı olması nedeniyle şikayetçi olmuştur. Bu nedenle bu şekilde elde edilen deliller kabul edilemez. Ayrıca, dava açan tarafın bulunmamasından dolayı bu durumun tarafsızlık ilkesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Son olarak, tek başına barışçıl bir gösteri yaptığı için mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Gösterinin kamu düzeni veya başkalarının hayatı veya sağlığı için herhangi bir risk oluşturduğu hiçbir zaman iddia edilmemiştir.
17. 30 Ekim 2019 tarihinde Moskova Şehir Mahkemesi, temyiz üzerine, mahkûmiyet kararını onamıştır. Başvuran duruşmaya katılmış ve sözlü beyanlarda bulunmuştur. Mahkeme, gösterinin barışçıl niteliğinin önemsiz olduğunu, çünkü başvuranın kamuya açık etkinliklerin yürütülmesine ilişkin yerleşik prosedürü ihlal etmekten, yani önceden bildirimde bulunmaktan mahkûm edildiğini tespit etmiştir. Başvuranın karakola götürülmesi ve idari olarak tutuklanması hukuka uygundur. Suç tespit edilmiş ve deliller Polis Kanunu'na uygun olarak polis tarafından toplanmıştır.

İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE

I. KAMUYA AÇIK ETKİNLİKLERİN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN PROSEDÜR

18. Kamusal Etkinlikler Yasası (*The Public Events Act*, 19 Haziran 2004 tarihli ve FZ-54 sayılı), göstericinin “hızlı bir şekilde (de)monte edilmiş bir nesne” (“быстровозводимая сборно-разборная конструкция”) kullanmayı planladığı durumlar haricinde (bölüm 7(1.1)), tek başına yapılan gösteriler için bildirim gerekmediğini öngörmektedir. Yoldan geçenleri veya trafiği engelleyen böyle bir nesneyi içeren tek başına bir gösterinin bildirimini üç ila dört gün önceden yapılmalıdır (bölüm 7(1)).
19. Yasa tarafından belirlenen süre içinde bildirimde bulunulmaması halinde kamuya açık bir etkinlik düzenlemek yasaktır (bölüm 5(5)).
20. İdari Suçlar Kanunu'nun (“İSK”) 20.2 § 5 maddesi, bir katılımcının, herhangi birinin sağlığına veya malına zarar vermeyen kamuya açık etkinliklerin yürütülmesi için belirlenmiş prosedürü ihlal etmesinin 10.000 ila 20.000 RUB para cezası veya kırk saate kadar kamu hizmeti ile cezalandırılmasını öngörmektedir.

II. OPERASYONEL ARAMA FAALİYETLERİ

21. Operasyonel Arama Faaliyetleri Yasası (no. 12 Ağustos 1995 tarihli 144-FZ – “OAFY”), operasyonel arama faaliyetlerinin amaçlarını (a) suçların tespiti, önlenmesi, bastırılması ve soruşturulması ve suç işlemek için komplo kuran, suç işleyen veya işlemiş olan kişilerin kimliklerinin belirlenmesi; (b) adaletten kaçanların ve kayıp kişilerin izinin sürülmesi; (c) Rusya Federasyonu'nun ulusal, askeri, ekonomik veya ekolojik güvenliğini tehlikeye atan olaylar veya faaliyetler hakkında bilgi edinilmesi; ve (d) müsadereye tabi mülkler hakkında bilgi edinilmesi olarak belirlemektedir (OAFY'nin 2. bölümü).

22. Operasyonel arama faaliyetleri sırasında, ilgili kişilerin yaşamına veya sağlığına ya da çevreye zarar vermemek kaydıyla, ses ve görüntü kaydı, fotoğraf, film ve diğer teknik araçlar kullanılabilir (OAFY Bölüm 6-3).
23. Operasyonel arama faaliyetleri, bir suçun işlendiğine, işlenmekte olduğuna veya planlandığına ya da bir suçu işlemek için komplo kuran, işleyen veya işlemiş olan kişiler hakkında bilgi alınmasını takiben, ceza davası açmak için yeterli gerekçe yoksa yürütülebilir (OAFY bölüm 7-2(1)).
24. Anayasa Mahkemesi 14 Temmuz 1998 86-O sayılı kararında, OAFY'nin 7-2(1) bölümünün OAFY'nin 2. bölümüyle birlikte okunması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle bölüm 7-2(1)'de geçen "suç" terimi "ceza gerektiren suç" anlamına gelecek şekilde yorumlanmalıdır. Operasyonel arama faaliyetleri sırasında soruşturulan suçun ceza gerektiren bir suç olarak sınıflandırılmadığı anlaşılırsa, operasyonel arama faaliyetleri derhal durdurulmalıdır.
25. Operasyonel arama faaliyetleri yürüten birimler belgelere, nesnelere, materyallere ve haberleşmelere el koyabilir (OAFY'nin 15-1. bölümü).

III. İDARİ CEZA DAVALARINDA DELİL TOPLANMASI

26. İSK'nin 26. Bölümüne göre, belgeler, fotoğraflar, ses ve görüntü kayıtları, veri tabanları ve diğer veri türleri, davayla ilgili bilgiler içeriyorsa, idari ceza davalarında delil olarak kullanılabilir. Davadan sorumlu kişi ister hâkim ister başka bir görevli olsun, dava sonuçlanana kadar delilleri korumak için gerekli tüm adımları atmalı ve daha sonra akıbeti hakkında bir karar vermelidir (Madde 26.7).
27. Bir idari ceza davasına bakan hâkim veya başka bir resmi görevli, davayı çözmek için gerekli her türlü bilgiyi talep edebilir. Bu bilgiler, talebin alınmasından itibaren üç gün içinde sunulmalıdır. Bilgi sağlanamazsa, kurum talepte bulunan hâkim veya diğer yetkiliyi üç gün içinde yazılı olarak bilgilendirmelidir (Madde 26.10).

IV. POLİSİN YETKİLERİ

28. Polis Kanunu (07 Şubat 2011 tarihli ve 3-FZ sayılı) polisin yetkisi dahilindeki idari suçları tespit etmek, bastırmak ve soruşturmak için tedbirler almasını öngörmektedir (bölüm 12-1(11)). Ayrıca aşırılık yanlısı faaliyetleri önlemek, ortaya çıkarmak ve bastırmak için de tedbirler almalıdır (bölüm 12-1(16)).
29. Polis, cezai veya idari suçları soruştururken ya da cezai veya idari suçlar veya kazalarla ilgili kayıtlı şikayetleri incelerken, federal yasanın özel bir erişim prosedürü belirlediği bilgiler hariç olmak üzere, Devlet ve belediye makamlarından, kamu derneklerinden, kuruluşlarından, yetkililerinden ve vatandaşlardan, kişisel veriler de dâhil olmak üzere, bilgi, belge veya bunların kopyalarını veya diğer gerekli verileri gerekçeli olarak talep etme ve ücretsiz olarak alma hakkına sahiptir (madde 13-1(4)).

V. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

30. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (*The Personal Data Protection Act*, 27 Temmuz 2006 tarihli ve 152-FZ sayılı, söz konusu tarihte yürürlükte olan), kişisel verilerin, diğerlerinin yanı sıra, bir kişinin idari adli işlemlere dâhil olmasıyla bağlantılı olarak ve ayrıca kişisel verilerin bu verilerin öznesi tarafından kamuya açık hale getirilmesi durumunda işlenebileceğini öngörmektedir (madde 6(1)(3) ve (10)).
31. Biyometrik kişisel veriler, bir kişiyi tanımlamak için kullanılabilir fizyolojik ve biyolojik özelliklerini ortaya koyan bilgiler olarak tanımlanmıştır. Bu veriler, söz konusu bölümde aksi belirtilmedikçe, yalnızca ilgili bireyin yazılı rızası ile işlenebilir (bölüm 11(1)). Biyometrik kişisel veriler, diğer durumların yanı sıra, adaletin idaresi ile bağlantılı olarak ve savunma, güvenlik, terörle mücadele, ulaşım güvenliği, yolsuzlukla mücadele ve operasyonel arama faaliyetleri ile ilgili mevzuatta öngörülen durumlarda veri sahibinin rızası olmaksızın işlenebilir (bölüm 11(2)).
32. Irk, milliyet, siyasi görüş, dini veya felsefi inanç, sağlık durumu veya mahrem hayatı ortaya koyan özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi, söz konusu bölüm tarafından izin verilen haller dışında, genel olarak yasaklanmıştır (bölüm 10(1)). Özel kategorilerdeki kişisel veriler, diğerlerinin aksine, bu verilerin öznesi tarafından kamuya açıklanmış olması halinde; adaletin idaresi ile bağlantılı olarak ve savunma, güvenlik, terörle mücadele, ulaşım güvenliği, yolsuzlukla mücadele, operasyonel arama faaliyetleri ve sivil ve cezai adli yaptırımlara ilişkin mevzuatta öngörülen durumlarda işlenebilmektedir (bölüm 10(2)(2), (6) ve (7)).

VI. MOSKOVA YERALTINDA VİDEO GÖZETİMİ

33. Söz konusu tarihte yürürlükte olan, ulaşım güvenliği gerekliliklerine ilişkin 5 Nisan 2017 tarihli ve 410 sayılı Hükümet Kararnamesi, güvenlik profillerine bağlı olarak metro istasyonlarına teknik ekipman yerleştirilmesi gerekliliğini öngörmektedir. Özellikle, birinci kategorideki (en yüksek güvenlik) yeraltı istasyonlarının, ulaşım güvenliğini sağlayan sistemlerle donatılması gerekmektedir:

- güvenlik bölgesinin ve alt bölgelerinin sınırlarındaki kontrol noktalarında ve yeraltının işleyişi için gerekli olan kısımlarda hedef kişilerin ve araçların video-gözetim sistemleri tarafından tespit edilmesi;

- sınırsız erişimli alt bölgeler, biletli erişimli alt bölgeler ve yeraltının işleyişi için gerekli olan kısımları dâhil olmak üzere yeraltının içinde herhangi bir zamanda ve yerde video-gözetim sistemleri tarafından hedef olayların tespit edilmesi ve tanımlanması;

- yeraltının “sadece personel için” alt bölgelerinde herhangi bir zamanda ve yerde video-gözetim sistemleri tarafından hedef kişilerin ve araçların tespit edilmesi;

- hedef kişilerin ve araçların güvenlik bölgesinin çevresinde belirli bir zamanda ve yerde video-gözetim sistemleri tarafından tespit edilmesi;

- verilerin gerçek zamanlı iletimi;

- verilerin elektronik cihazlarda en az otuz gün süreyle saklanması;

- güvenlik bölgesinin çevresindeki kontrol noktalarının dışında ve yeraltının işleyişi için gerekli kısımlarında yeraltına girmeye çalışan bir suçlunun gerçek zamanlı tespiti;

- biletle girilen alt bölgelerin, “sadece personel için” alt bölgelerin sınırlarını geçen ve yeraltının işleyişi için gerekli kısımlarına erişen personel ve yolcular hakkındaki verilerin kaydedilmesi ve gerçek zamanlı olarak iletilmesi (Madde 6 § 1).

34. Federal Güvenlik Servisi, polis ve Federal Ulaşım Denetleme Servisi'nin yetkili kurumları, ulaşım güvenlik sistemleri tarafından elde edilen verilere erişim hakkına sahip olacaktır (Madde § 5 (10)).

İLGİLİ ULUSLARARASI KAYNAKLAR

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

35. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin 24 Haziran 2020 tarihli “Barışçıl protestolar da dâhil olmak üzere toplantı ve gösteri yürüyüşleri bağlamında yeni teknolojilerin insan haklarının geliştirilmesi ve korunması üzerindeki etkisi” başlıklı raporunun (UN Doc. A/HRC/44/24) ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

“33. Toplantılar bağlamında kişilerin kimliklerini tespit etmek için yüz tanıma teknolojisinin kullanılması, etkili güvenceler olmadığı takdirde, özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü ve barışçıl toplanma hakları üzerinde önemli olumsuz etkilere sahiptir. Bir kişinin görüntüsü, onu diğer kişilerden ayıran benzersiz özellikleri ortaya çıkardığı için kişiliğinin temel niteliklerinden birini oluşturur. Bir kişinin rızası olmaksızın yüz görüntülerinin kaydedilmesi, analiz edilmesi ve saklanması, kişinin özel hayatının gizliliği hakkına müdahale teşkil eder. Toplantılarda yüz tanıma teknolojisinin kullanılmasıyla, bu müdahaleler kitlesel ve ayırım gözetmeyen bir ölçekte gerçekleşir, çünkü bu, yüz tanıma teknolojisi sistemi ile donatılmış veya bu sisteme bağlı kamera tarafından yakalanan tüm kişilerin yüz görüntülerinin toplanmasını ve işlenmesini gerektirir.

34. Toplantılar geleneksel olarak katılımcılara tekillendirilmeye veya teşhis edilmeye karşı belirli bir düzeyde koruma sağlamıştır. Bu koruma, toplantı katılımcılarının rutin olarak görsel-işitsel kayıtlarını yapan birçok Devlet tarafından zaten önemli ölçüde zayıflatılmıştır. Yüz tanıma teknolojisinin yükselişi, görsel-işitsel kayıt uygulamalarına kıyasla bir paradigma değişikliğine yol açmıştır; zira bu teknoloji, bir toplantıdaki tüm veya birçok katılımcıyı otomatik bir şekilde tanımlama kapasitesini önemli ölçüde artırmaktadır. Bu durum özellikle canlı yüz tanıma teknolojisi kullanıldığında, gerçek zamanlı tanımlamanın yanı sıra katılımcıların hedefli gözetim ve takibine de izin verdiğinden sorun yaratmaktadır. Hatalı canlı kimlik tespiti, güvenlik güçlerinin barışçıl toplantılara usulsüz müdahalelerine de yol açabilir. Birleşmiş Milletler insan hakları uzmanlarının da belirttiği gibi, yüz tanıma teknolojisinin barışçıl toplanma hakkı üzerindeki olumsuz etkileri geniş kapsamlı olabilir. Kimliklerinin tespit edilip olumsuz sonuçlara maruz kalabileceklerinden korkan pek çok kişi kamuya açık alanlarda gösteri yapmaktan ve görüşlerini özgürce ifade etmekten çekinmektedir.

35. Görsel-işitsel kayıt ve yüz tanıma teknikleri yalnızca bu tür tedbirlerin yasallık, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç bölümden oluşan testi karşılaması halinde kullanılmalıdır. Barışçıl protestolar sırasında yüz tanıma teknolojisine başvurulmasının, müdahaleciliği ve ciddi caydırıcı etkileri göz önüne alındığında, gereklilik ve orantılılık testini karşılama olasılığı sorgulanmaktadır. Yetkililer genel olarak gösteriye katılanları kaydetmekten kaçınmalıdır. Orantılılık gerekliliğinin bir gereği olarak, istisnalar sadece ciddi suçların işlendiğine dair somut göstergeler olduğunda ya da şiddet veya ateşli silah kullanımı gibi yakın ve ciddi suç teşkil eden davranışlardan şüphelenmek için bir neden olduğunda değerlendirilmelidir. Mevcut kayıtlar sadece ciddi suç şüphelisi olan toplantı katılımcılarının tespiti için kullanılmalıdır.

36. Yüz tanıma teknolojisinin barışçıl toplantılar bağlamında kullanılması tavsiye edilmemekle birlikte, bu teknolojiyi kullanmaya devam eden hükümetler, bunu etkin bir şekilde çalışan insan haklarına uygun bir düzenleyici çerçeve de dâhil olmak üzere açık bir yasal zeminde yaptıklarından emin olmalıdır. Buna ek olarak, görsel-işitsel kayıt ve yüz tanıma tekniklerini kullanmaya devam eden yetkililer, yüz görüntüleri ve bunlardan elde edilen veriler de dâhil olmak üzere kişisel verileri etkili bir şekilde

koruyan hükümler içeren bir düzenleyici çerçeveyi uygulamaya koymalıdır. Tedbirler, cezai soruşturmanın yürütülmesi ve şiddet içeren suçların kovuşturulması için gerekli olabilecek belirli bölümler hariç olmak üzere, tüm verilerin derhal silinmesini sağlamalıdır. İlgili tüm kişiler, meşru bir amaç ve yasal bir dayanak olmaksızın saklanan bu tür bilgilere, bu verilerin gerekli olduğu cezai soruşturmaları veya kovuşturmaları engelleyeceği durumlar haricinde, erişme ve bu bilgilerin düzeltilmesini ve silinmesini talep etme hakkına sahip olmalıdır.

37. Bunun yanında, görsel-işitsel kayıt ve yüz tanıma teknolojisinin her türlü kullanımı etkin bir şekilde çalışan ve iyi kaynaklara sahip gözetim mekanizmalarına tabi olmalıdır. Gözetimin bir kısmı bağımsız ve tarafsız veri koruma makamları tarafından gerçekleştirilebilirken, Devletler, yüz tanıma teknolojisi önlemlerinin bir montaj bağlamında kullanılmasına izin vermekten sorumlu, tercihen adli nitelikte bağımsız bir organın katılımı da dâhil olmak üzere ek önlemleri değerlendirmelidir. Her durumda, kayıt ve yüz tanıma teknolojisinin her türlü kullanımı yargı denetimine açık olmalıdır. Her koşulda, yetkililer kayıt ve yüz tanıma teknolojisinin kullanımı konusunda şeffaf olmalı ve halkı, kayıt altına alındıklarında veya alınabileceklerinde ve/veya görüntüleri bir yüz tanıma sisteminde işlenebileceğinde her zaman bilgilendirmelidir.

...

53. Bu bağlamda, Yüksek Komiser Devletlere şu tavsiyelerde bulunur:

...

(h) Devletler, bir toplantıya barışçıl bir şekilde katılanları tespit etmek için asla yüz tanıma teknolojisini kullanmamalıdır;

(i) Katılımcıların ciddi suç faaliyetlerinde bulduklarına veya bulunacaklarına dair somut belirtiler olmadıkça ve bu tür kayıtlar gerekli sağlam güvencelerle birlikte kanunla sağlanmadıkça, toplantı katılımcılarının görüntülerini kaydetmekten kaçınılmalıdır;"

II. AVRUPA KONSEYİ

36. Bakanlar Komitesi'nin polis teşkilatında kişisel verilerin kullanımını düzenleyen R (87) 15 sayılı Tavsiye Kararı (17 Eylül 1987 tarihinde kabul edilmiştir), *diğer hususların yanı sıra*, aşağıdaki hususları belirtmektedir:

"İlke 2- Verilerin toplanması

2.1. Kişisel verilerin polis amaçları doğrultusunda toplanması, gerçek bir tehlikenin önlenmesi veya belirli bir suçun bastırılması için gerekli olanlarla sınırlı olmalıdır. Bu hükme getirilecek her türlü istisna, özel ulusal mevzuatın konusu olmalıdır.

...

2.4. Bireyler hakkında yalnızca belirli bir ırksal kökene, belirli dini inançlara, cinsel davranışlara veya siyasi görüşlere sahip oldukları ya da yasalarca yasaklanmamış belirli hareketlere veya örgütlere mensup oldukları gerekçesiyle veri toplanması yasaklanmalıdır. Bu faktörlere ilişkin verilerin toplanması ancak belirli bir soruşturmanın amaçları doğrultusunda kesinlikle gerekli olması halinde gerçekleştirilebilir."

37. Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (ETS 108) Danışma Komitesi tarafından hazırlanan Yüz Tanıma Kılavuz İlkeleri (2021) aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

"Yüz tanıma, bireylerin yüzlerini içeren dijital görüntülerin, yüz şablonları kullanılarak bu bireylerin tanımlanması veya doğrulanması amacıyla otomatik olarak işlenmesidir. Biyometrik nitelikteki bilgilerin hassasiyeti, çağdaştırılmış Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin (bundan böyle "108+ sayılı Sözleşme" olarak anılacaktır) 6. maddesinde özel veri kategorileri kapsamına bir kişiyi benzersiz şekilde tanımlayan verilerin dâhil edilmesiyle açıkça kabul edilmiştir. Görüntülerin işlenmesinin bağlamı verilerin hassas niteliğinin belirlenmesi ile ilgilidir; çünkü görüntülerin işlenmesinin tamamı hassas verilerin işlenmesini

içermemektedir. Görüntüler yalnızca bir bireyin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına veya kimlik doğrulamasına izin veren belirli bir teknik araçla işlendiğinde biyometrik veri tanımı kapsamına girecektir. Bu kılavuz ilkeler, canlı yüz tanıma teknolojileri de dâhil olmak üzere yüz tanıma teknolojilerinin kullanımını kapsamaktadır. ...

Yüz tanıma teknolojilerinin mevcut gözetim sistemlerine entegre edilmesi, bu teknolojilerin kullanımı her zaman biyometrik verileri bu şekilde işlenen bireylerin farkındalığını veya iş birliğini gerektirmediğinden, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının yanı sıra diğer temel haklar açısından da ciddi bir risk oluşturmaktadır. Örneğin, bireylerin dijital görüntülerine internet üzerinden erişme imkânı için durum böyledir. Bu tür ihlalleri önlemek amacıyla, 108+ sayılı Sözleşme'nin tarafları, yüz tanıma teknolojilerinin geliştirilmesi ve kullanımında özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına saygı gösterilmesini sağlayacak ve böylece Sözleşme'de yer alan ilkeleri yüz tanıma teknolojileri özelinde uygulayarak insan hakları ve temel özgürlükleri güçlendirecektir.

...

Kanunilik

108+ sayılı Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörüldüğü üzere, biyometrik veriler gibi özel kategorilerdeki verilerin işlenmesine ancak söz konusu işlemin uygun bir yasal temele dayanması ve tamamlayıcı ve uygun güvencelerin iç hukukta yer alması halinde izin verilir. Bu güvenceler, ilgili risklere ve korunacak menfaatlere, haklara ve özgürlüklere uyarlanmalıdır. Bazı mevzuatlarda, bu tür işlemlerin yasaklanması bir kuraldır ve uygulanmasına yalnızca istisnai olarak, belirli özel durumlarda (örneğin, bireylerin açık rızası ile, hayati çıkarlarını korumak için veya işlemin ağır basan kamu yararı nedenleriyle gerekli olduğu durumlarda) ve ilgili risklere uygun güvencelere tabi olarak izin verilir. Yüz tanıma teknolojilerinin kullanımının gerekliliği, amaçla orantılılık ve veri sahiplerinin hakları üzerindeki etki ile birlikte değerlendirilmelidir. Farklı kullanım durumları kategorize edilmeli ve yüz tanıma yoluyla biyometrik verilerin işlenmesine uygulanabilir bir yasal çerçeve mevcut olmalıdır. Bu yasal çerçeve, her bir farklı kullanım için özellikle aşağıdakileri ele almalıdır:

- özel kullanım ve öngörülen amaca ilişkin ayrıntılı bir açıklama;
- kullanılan algoritmanın asgari güvenilirliği ve doğruluğu;
- kullanılan fotoğrafların saklama süresi;
- bu kriterlerin denetlenebilme imkânı;
- sürecin izlenebilirliği;
- güvenlik önlemleri.

...

Belirli kullanımların kanunla kesin olarak sınırlandırılması

Yüz tanımanın müdahalecilik düzeyi ve buna bağlı olarak mahremiyet ve veri koruma haklarının ihlali özel kullanıma göre değişecektir ve iç hukukun, demokratik süreç yoluyla bu karara varıldığı durumlarda kullanımını katı bir şekilde sınırlayacağı veya hatta tamamen yasaklayacağı durumlar olacaktır. Canlı yüz tanıma teknolojilerinin kontrolsüz ortamlarda [kontrolsüz ortam kavramı, alışveriş merkezleri, hastaneler veya okullar gibi kamusal ve yarı kamusal alanlar da dâhil olmak üzere bireylerin serbestçe erişebildiği ve içinden geçebildiği yerleri kapsamaktadır] kullanımı, özel hayatın gizliliği ve bireylerin onuru üzerindeki müdahaleciliği ve diğer insan hakları ve temel özgürlükler üzerindeki olumsuz etki riski ışığında, demokratik bir tartışmaya ve tam bir analiz yapılabildiği kadar bir askıya alma (*moratorium*) olasılığına tabi olmalıdır.

...

Dijital görüntülerin yüz tanıma teknolojilerine entegre edilmesi

Yasa koyucular ve karar alıcılar, dijital formatta mevcut görüntülerin, bu görüntüler başlangıçta başka amaçlarla (örneğin sosyal medyadan) çekilmişse, yeni işleme için belirli bir yasal dayanak olmaksızın

biyometrik şablonları çıkarmak veya biyometrik sistemlere entegre etmek için işlenmemesini sağlamalıdır. Dijital görüntülerden biyometrik şablonların çıkarılması hassas verilerin işlenmesini içerdiğinden, aşağıda ele alınan ve farklı sektörlerde ve kullanımlara göre değişen olası yasal dayanağın sağlanması gerekmektedir. Özellikle, sosyal medya veya çevrimiçi fotoğraf yönetimi web siteleri de dâhil olmak üzere internete yüklenen veya video gözetim kameraları tarafından çekilen dijital görüntülerin kullanılması, yalnızca kişisel verilerin veri sahipleri tarafından açıkça erişilebilir hale getirilmiş olması temelinde yasal kabul edilemez.

...

Yüz tanıma teknolojilerinin kamu sektöründe kullanımı

İlgili kişiler ile bu makamlar arasındaki güç dengesizliği göz önünde bulundurulduğunda, kamu makamları tarafından gerçekleştirilen yüz tanıma işlemleri için kullanılan yasal zemin kural olarak rıza olmamalıdır.

...

Yasa koyucular ve karar alıcılar, kolluk kuvvetleri amacıyla yüz tanıma teknolojilerinin kullanıldığı biyometrik işlemler için belirli kurallar koymalıdır. Bu kurallar, bu tür kullanımların kesinlikle gerekli ve bu amaçlarla orantılı olmasını sağlayacak ve sağlanması gereken güvenceleri belirleyecektir.

Kolluk kuvvetleri

Kontrollü veya kontrolsüz bir ortamda kimlik belirleme amacıyla yüz tanıma teknolojileri kullanılarak biyometrik veri işleme genel olarak kolluk kuvvetleri amaçlarıyla sınırlandırılmalıdır. Bu işlem yalnızca güvenlik alanında yetkili makamlar tarafından gerçekleştirilmelidir.

Yasalar, temel haklara yönelik potansiyel riskleri dikkate alarak ve bireylerin görüntüleri yasal olarak toplandığı sürece, amacın doğrulama veya kimlik tespiti olmasına bağlı olarak farklı gereklilik ve orantılılık testleri öngörebilir.

Kimlik tespiti amacıyla, hem veri tabanının (izleme listesi) oluşturulmasında hem de (canlı) yüz tanıma teknolojilerinin kontrolsüz bir ortamda kullanılmasında katı gereklilik ve orantılılık gözetilmelidir.

Yasalar, kolluk kuvvetlerinin belirli, meşru ve açık kolluk kuvveti amaçları (örneğin, ağır suç şüphesi veya kamu güvenliği riski) için veri tabanları (izleme listeleri) oluştururken uyması gereken açık parametreler ve kriterler sağlamalıdır.

Bu teknolojilerin müdahaleciliği göz önünde bulundurularak, canlı yüz tanıma teknolojilerinin kontrolsüz ortamlarda konuşlandırılması aşamasında, kanun uygulayıcı makamların bu teknolojilerin konuşlandırılacağı yer ve zamanlama da dâhil olmak üzere çeşitli faktörlerin kullanımların kesin gerekliliğini ve orantılılığını haklı çıkardığını göstermesini sağlamalıdır.

...”

III. AVRUPA BİRLİĞİ

38. Suçların önlenmesi, soruşturulması, ortaya çıkarılması veya kovuşturulması ya da cezaların infazı amacıyla yetkili makamlarca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili 27 Nisan 2016 tarihli ve 2016/680 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (AB):

“Madde 10 Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi

İrk veya etnik kökeni, siyasi görüşleri, dini veya felsefi inançları veya sendika üyeliğini ortaya koyan kişisel verilerin işlenmesine ve genetik verilerin, gerçek bir kişiyi benzersiz bir şekilde tanımlamak amacıyla biyometrik verilerin, sağlıkla ilgili verilerin veya gerçek bir kişinin cinsel yaşamı veya cinsel yönelimi ile ilgili verilerin işlenmesine, yalnızca veri sahibinin hakları ve özgürlükleri için uygun güvencelere tabi olarak kesinlikle gerekli olduğu durumlarda ve yalnızca aşağıdaki hususların gerçekleşmesi halinde izin verilir:

- (a) Birlik veya Üye Devlet hukuku tarafından yetkilendirildiği hallerde;
- (b) veri sahibinin veya başka bir gerçek kişinin hayati çıkarlarını korumak için; veya
- (c) söz konusu işlemin veri sahibi tarafından açıkça kamuya açıklanan verilerle ilgili olduğu hallerde.”

39. Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun 26 Nisan 2023 tarihli kolluk kuvvetleri alanında yüz tanıma teknolojisinin kullanımına ilişkin 05/2022 sayılı Kılavuz İlkeleri aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

“36. Biyometrik verilerin her koşulda işlenmesi başlı başına ciddi bir müdahale teşkil eder. Bu, örneğin pozitif eşleşme gibi bir sonuca bağlı değildir. İşleme, biyometrik şablonun polis veritabanında eşleşme sonucu olumsuz çıktıktan hemen sonra silinse bile bir müdahale oluşturur...”

43. Şart'ın 52(1) maddesi belirli bir yasal dayanak şartı getirmektedir. Bu yasal dayanak, vatandaşlara, yetkililerin veri toplama ve gizli izleme tedbirlerine başvurma yetkisine sahip olduğu koşullar ve durumlar hakkında yeterli bir fikir verecek şekilde yeterince açık olmalıdır. Demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü çerçevesinde bireylere hak ettikleri asgari koruma derecesini sağlamak için kamu makamlarına verilen ilgili takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma şeklini makul bir açıklıkla belirtmelidir. Ayrıca, kanunilik, özellikle bireyin Şart'ın 8. maddesi kapsamındaki haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için yeterli güvenceler gerektirir. Bu ilkeler, YTT [yüz tanıma teknolojisi] sistemlerinin değerlendirilmesi, eğitimi ve daha da geliştirilmesi amacıyla kişisel verilerin işlenmesi için de geçerlidir.

44. Gerçek kişiyi benzersiz olarak tanımlama amacıyla işlenen biyometrik verilerin, LED Madde 10'da (yukarıda 38. paragrafta atıfta bulunulan Veri Koruma Kolluk Kuvvetleri Direktifi) listelenen özel veri kategorilerini oluşturduğu göz önüne alındığında, YTT'nin farklı uygulamaları çoğu durumda, uygulamayı ve kullanım koşullarını açıkça tanımlayan özel bir yasa gerektirecektir. Bu, özellikle suç türlerini ve uygulanabilir olduğu hallerde, diğer hususların yanı sıra, küçük suçları etkin bir şekilde hariç tutmak amacıyla, bu suçların uygun ağırlık eşliğini kapsar ...

51. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) yerleşik içtihadına göre, kişisel verilerin korunmasına ilişkin istisnalar ve sınırlamalar yalnızca kesinlikle gerekli olduğu ölçüde uygulanmalıdır. Bu aynı zamanda, amaca ulaşmak için daha az müdahaleci araçların mevcut olmadığı anlamına gelir. Verilen amaca bağlı olarak ek personel, daha sık polis kontrolü veya ek sokak aydınlatması gibi olası alternatifler dikkatlice belirlenmeli ve değerlendirilmelidir. Yasama tedbirleri, örneğin ciddi suçlarla mücadele gibi amaçlar ışığında, kapsadığı kişileri ayırt etmeli ve belirlemelidir. Böyle bir farklılaştırma, sınırlama veya istisna olmaksızın tüm kişileri genel bir şekilde kapsıyorsa, müdahaleyi yoğunlaştırır. Veri işleminin nüfusun önemli bir bölümünü kapsamaması da müdahaleyi yoğunlaştırır.

52. Şart'ın 8(1) maddesinde yer alan açık yükümlülükten kaynaklanan kişisel verilerin korunması, Şart'ın 7. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkı açısından özellikle önemlidir. Mevzuat, söz konusu tedbirin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen açık ve kesin kurallar koymalı ve verileri işlenen kişilerin kişisel verilerini istismar riskine ve bu verilere yasadışı erişim veya kullanımına karşı etkili bir şekilde korumak için yeterli güvencelere sahip olmalarını sağlayacak güvenceler öngörmelidir. Bu tür güvencelere duyulan ihtiyaç, kişisel verilerin otomatik işlemeye tabi olduğu ve verilere yasa dışı erişim riskinin önemli olduğu durumlarda daha da artmaktadır. Ayrıca, YTT'nin kullanılmasına ilişkin dâhili veya harici -örneğin adli-yetkilendirme de güvence olarak katkıda bulunabilir ve ciddi müdahalelerin söz konusu olduğu bazı durumlarda gerekli olabilir.

53. Belirlenen kurallar, örneğin işlenen veri miktarı, verilerin niteliği ve verilere yasadışı erişim riski gibi özel durumlara uyarlanmalıdır. Bu durum, özellikle söz konusu verilerin bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamak amacıyla bunların korunmasını ve güvenliğini açık ve katı bir şekilde düzenlemeye hizmet edecek kurallar gerektirmektedir.

54. Kontrolör ve işleyici arasındaki ilişkiye yönelik, işleyicilerin kişisel verilere uyguladıkları güvenlik düzeyini belirlerken sadece ekonomik mülhazaları dikkate almalarına izin verilmemelidir; bu durum yeterli düzeyde yüksek korumayı tehlikeye atabilir.

55. Bir kanun, yetkili makamların verilere erişiminin ve bunların daha sonra kullanımının sınırlarını belirlemek için maddi ve usule ilişkin koşullar ve objektif kriterler ortaya koymalıdır. Önleme, tespit veya cezai kovuşturma amacıyla, ilgili suçların, örneğin Şart'ın 7. ve 8. maddelerinde yer alan temel haklara yapılan bu müdahalelerin kapsamını ve ciddiyetini haklı çıkaracak kadar ciddi kabul edilmesi gerekir.

56. Veriler, özellikle de koruma ve güvenlik gerekliliklerine uygunluğun bağımsız bir makamın denetimine tabi olacağını belirten Şart'ın 8. maddesinde öngörülenler, AB veri koruma kurallarının uygulanabilirliğini ve etkisini sağlayacak şekilde işlenmelidir. Böyle bir durumda, işlemenin gerçekleştiği coğrafi yer önemli olabilir.

57. Kişisel verilerin işlenmesinin farklı aşamaları ile ilgili olarak, izlenen amacın amaçları için olası yararlılıkları temelinde veya ilgili kişilere göre veri kategorileri arasında bir ayırım yapılmalıdır. İşleme koşullarının belirlenmesi, örneğin saklama süresinin belirlenmesi, müdahalenin kesinlikle gerekli olanla sınırlı olmasını sağlamak için objektif kriterlere dayanmalıdır.

58. Her duruma göre, gereklilik ve orantılılık değerlendirmesinde, Şart'ın 1. maddesi kapsamındaki insan onuru, Şart'ın 10. maddesi kapsamındaki düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Şart'ın 11. maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü ve Şart'ın 12. maddesi kapsamındaki toplanma ve örgütlenme özgürlüğü gibi diğer temel hakların kapsamına giren tüm sonuçlar belirlenmeli ve dikkate alınmalıdır.

59. Ayrıca, verilerin veri sahiplerinin bilgisi olmaksızın sistematik olarak işlenmesi halinde, genel bir sürekli gözetim anlayışının ortaya çıkmasının muhtemel olduğu ciddi bir husus olarak değerlendirilmelidir. Bu durum, ilgili temel hakların bir kısmı veya tamamı bakımından caydırıcı etkilere yol açabilir ...

73. İşleme faaliyeti kişisel verilerin korunmasına yönelik müdahale ve kısıtlamaların mutlak gereklilikle sınırlı olması halinde ancak "kesinlikle gerekli" olarak kabul edilebilir. "Kesinlikle" teriminin eklenmesi, yasa koyucunun özel kategorilerdeki verilerin işlenmesinin yalnızca gereklilik koşullarından daha katı koşullar altında gerçekleşmesini amaçladığı anlamına gelmektedir. Bu gereklilik vazgeçilmez olarak yorumlanmalıdır. Bu, gereklilik testinde kolluk kuvvetlerine tanınan takdir marjını mutlak bir minimumla sınırlandırmaktadır. ABAD'ın yerleşik içtihadına uygun olarak, "kesin gereklilik" şartı, işleme faaliyetinin gerçekleştirilebileceği durum ve koşulları tanımlamak için objektif kriterlerin gerekliliği ile de yakından bağlantılıdır, böylece genel veya sistematik nitelikteki herhangi bir işleme faaliyeti hariç tutulur ...

104. Yüz tanıma teknolojilerinin kullanımı, özel veri kategorileri de dâhil olmak üzere önemli miktarda kişisel verinin işlenmesiyle özünde bağlantılıdır. Yüz ve daha genel olarak biyometrik veriler, bir kişinin kimliğiyle kalıcı ve geri alınamaz bir şekilde bağlantılıdır. Bu nedenle, yüz tanımanın kullanımı, AB Temel Haklar Şartında yer alan ve gizlilik ve veri korumanın ötesine geçebilen insan onuru, hareket özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve diğerleri gibi bir dizi temel hak ve özgürlük üzerinde doğrudan veya dolaylı etkiye sahiptir. Bu durum özellikle kolluk kuvvetleri ve ceza adaleti alanında geçerlidir.

105. Avrupa Veri Koruma Kurulu ("EDPB"), kolluk kuvvetlerinin terör eylemleri ve diğer ciddi suçların faillerini hızlı bir şekilde tespit etmek için mümkün olan en iyi araçlardan yararlanma ihtiyacını anlamaktadır. Ancak, bu tür araçlar yürürlükteki yasal çerçeveye sıkı sıkıya bağlı kalınarak ve sadece Şart'ın 52(1) maddesinde belirtildiği üzere gereklilik ve orantılılık gerekliliklerini karşıladıkları durumlarda kullanılmalıdır. Ayrıca, modern teknolojiler çözümün bir parçası olabilirken, hiçbir şekilde "sihirli değnek" değildir.

106. Yüz tanıma teknolojilerinin bireyler ve toplum için kabul edilemez derecede yüksek riskler ("kırmızı çizgiler") oluşturan belirli kullanım durumları vardır. Bu nedenlerle EDPB ve Avrupa Veri Koruma Denetçisi ("EDPS") bunların genel olarak yasaklanması çağrısında bulunmuştur.

107. Özellikle, kamuya açık alanlarda bireylerin uzaktan biyometrik olarak tanımlanması, bireylerin özel hayatlarına müdahale açısından yüksek risk teşkil etmektedir ve doğası gereği kitlesel gözetimi gerektirdiğinden demokratik bir toplumda yeri yoktur. Aynı şekilde EDPB, bireyleri biyometrik özelliklerine göre etnik köken, cinsiyet, siyasi veya cinsel yönelimlerine göre kümelerle ayıran yapay zekâ destekli yüz tanıma sistemlerinin de Şart ile uyumlu olmadığını düşünmektedir. Ayrıca EDPB, gerçek kişinin duygularını tespit edebilmek için yüz tanıma veya benzer teknolojilerin kullanılmasının

son derece istenmeyen bir durum olduğuna ve muhtemelen usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş birkaç istisna dışında yasaklanması gerektiğine inanmaktadır. Buna ek olarak EDPB, kişisel verilerin kitlesel ölçekte ve gelişigüzel bir şekilde toplanmasıyla oluşturulan veri tabanına dayanan kolluk kuvveti uygulaması bağlamında kişisel verilerin işlenmesinin, örneğin çevrimiçi olarak erişilebilen fotoğrafların ve yüz resimlerinin, özellikle de sosyal ağlar aracılığıyla erişilebilir olanların “kazınması” yoluyla, Birlik hukuku tarafından öngörülen katı gereklilik şartını karşılamayacağı görüşündedir.”

IV. DİĞER İLGİLİ BULGULAR

40. Bağımsız bir insan hakları medya projesi olan OVD-Info tarafından hazırlanan 17 Ocak 2022 tarihli “Rus devleti protestoculara karşı kameraları nasıl kullanıyor” başlıklı raporun ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

“Protestocuların olay bittikten sonra gözaltına alınması ya da bizim deyimimizle “*post factum* gözaltılar” 2021’den önce de gerçekleşmiştir. OVD-Info 2018’de Rusya’nın 39 bölgesinde bu tür 219 vaka tespit etti; bunlar çoğunlukla münferit nitelikteydi: bir olayla bağlantılı olarak bir veya iki kişi gözaltına alındı, istisnai durumlarda gözaltına alınanların sayısı ona ulaştı. 2020’de yaygın olarak kullanılmaya başlandı ...

Olay sonrası (*post factum*) gözaltıların sayısındaki artışın, sosyal ağları izleme ve yüz tanıma teknolojilerinin gelişmesine dayandığına inanıyoruz ...

Raporumuz, toplanma özgürlüğünü kısıtlamak için yüz tanıma sistemlerinin kullanımına ayrılmıştır. Araştırmamız Moskova’ya odaklanmış olsa da, verilerimize göre bu olgunun coğrafyası başkentin çok ötesine geçmektedir ...

Yüz tanıma teknolojisinin kullanımı, her şeyden önce, geniş çaplı gözaltılar ve kamuya mal olmamış kişilerin yargılanması ve polis memurlarının sözleri ile kanıtlanmaktadır ...

Protestocuları tespit etmek için yüz tanıma sisteminin kullanılması Ocak 2021 protestolarından sonra medyada geniş yer bulmuş olsa da bu teknolojiden resmi belgelerde nadiren bahsedilmektedir ...

Polis raporlarında, dava dosyalarında ve mahkeme kararlarında yüz tanıma teknolojisinin kullanımına ilişkin doğrudan kanıtların azlığı, polisin ve mahkemelerin bu bilgileri resmi olarak belgelemeyi tercih ettiğini gösteriyor olabilir. Bununla birlikte, bazı belgelerde teknolojinin kullanımına dair dolaylı işaretler bulunmaktadır ...

Polisin protesto olaylarına katıldığından şüphelendiği kişiler işyerinde gözaltına alınmış, üniversite derslerinden çıkarılmış, bir kişi okulda dersten alınmıştır. Kafelerde, sokakta, metroda, tren peronunda ve trende gözaltı vakaları yaşanmıştır...

Peronlarda, kafelerde ve kiralık dairelerde yapılan gözaltılar, protestolara katılanlara karşı şehirdeki hareket takip sistemlerinin kullanıldığına işaret ediyor olabilir. Konut girişlerindeki CCTV kayıtları bu arama için kullanılabilir ...

Bir kişiye karşı işlenen bir suçla ilgili rapor, kişinin bir olayda gözaltına alınmasıyla değil de olaydan sonra düzenlenmişse, bu genellikle kişinin kimliğinin olay yerinde tespit edilmediği anlamına gelir ...Bu nedenle, kolluk kuvvetlerinin videoda yakalanan kişi ile izinsiz bir etkinliğe katıldığı için sorumlu tutmaya çalıştıkları kişi arasındaki kimlik karşılaştırmasının arkasındaki süreci açıklamaları gerekir. Mevcut materyalleri inceleyen OVD-Info, polisin bunu yapmasının iki ana yolu olduğu sonucuna varmıştır:

1. Kişilerin kimlik tespitinin “operasyonel arama faaliyetleri” sırasında gerçekleştiğine dair bir gösterge;

2. Bir polis memurunun daha fazla açıklama yapmadan fotoğraf ve videolarda belirli bir vatandaşın “tespit ettiklerini” belirttikleri bir rapor.

Bu vakaların hiçbirinde polis, yüz tanıma teknolojisinin bir kişinin kimliğini belirlemek için herhangi bir şekilde kullanıldığını “kâğıt üzerinde” kabul etmemektedir. Kolluk kuvvetlerinin, Rus mevzuatının

“gri bölgesinde” yer aldığı için yüz tanıma teknolojisinin kullanımını belgelememeyi tercih ediyor olması mümkündür...

Aynı zamanda, bu tür vakalarda soruşturma faaliyetlerine atıfta bulunulmamakta ve belirli bir kişinin kimliğinin tam olarak nasıl tespit edilebildiği sorusuna da cevap verilmemektedir ...

Protestocuların kimliklerini tespit etmek için güvenlik kameralarından alınan kayıtlar ..., kolluk kuvvetleri tarafından sahada yapılan kayıtlar, internetten alınan fotoğraflar ve videolar (Telegram kanalları, sohbetler, sosyal ağlardaki kişisel sayfalar, YouTube) kullanılmıştır.

Kameraların -örneğin konutların girişlerine veya metroya yerleştirilmiş- bir kişinin idari olarak sorumlu tutulması adına yerini belirlemek için de kullanıldığı durumlar mevcuttur.

Kimlik tespiti için polis, belgelerdeki (iç ve dış pasaportlar, sosyal kartlar) ve sosyal ağlardaki fotoğrafları içeren veri tabanlarını kullanmaktadır ...

Protestolara katılım nedeniyle açılan davalar, gecikmeli olarak, olay sırasında gözaltına alınmaya kıyasla ek zorluklarla ve büyük olumsuz sonuçlarla ilişkilidir. Diğer şeylerin yanı sıra, mahremiyetin ciddi bir şekilde ihlal edilmesi ve insan hayatının diğer alanlarının etkilenmesiyle ilgilidir.

Olay sonrası gözaltı uygulamasında açık bir cezalandırma eğilimi vardır ve toplantıların potansiyel katılımcıları üzerinde korkutucu ve marjinalleştirici bir etkisi bulunmaktadır. İdari Suçlar Kanunu'nun 20.2. maddesinde yer alan en yaygın “miting” suçunun zaman aşımı süresinin bir yıla çıkarıldığı göz önünde bulundurulduğunda, protesto katılımcıları uzun süre olası bir gözaltı için beklemektedir. Olaydan altı aydan fazla bir süre sonra tutanak tutulduğu bilinen vakalar vardır. Son olarak, post factum idari sorumluluk, kolluk kuvvetlerine duruşma zamanlarını manipüle etme fırsatı vererek, ağır yaptırımlarla dolu “tekrarlanan” ve “çoklu” ihlal suçlamalarının (İdari Suçlar Kanunu madde 20.2 Bölüm 8 ve Ceza Kanunu madde 212.1) kullanılmasına zemin oluşturmaktadır ...

Bazı durumlarda mahkemeler, kamu menfaatlerinin korunması bahanesiyle göstericilerin yüz tanıma yöntemiyle tespit edilmesini onaylamaktadır. Öte yandan, bu teknolojinin diğer birçok suç türü için (yanlış yerde karşıdan karşıya geçmek veya kaçak yolcu gibi) kitlesel olarak kullanılmaması, asıl amacın kamu çıkarlarını korumak değil, yetkililerin siyasi muhaliflerine zulmetmek olduğunu göstermektedir.

Protestoları sınırlandırmak için yüz tanıma sisteminin kullanılması için gerekli altyapının oluşturulması ve işleyişi (sokak fotoğrafçılığı ve video kaydı, alınan verilerin depolanması, kişisel kimlik bilgileriyle fotoğrafların veri tabanlarının oluşturulması), polis memurlarının veri tabanlarına erişimi, kişisel verilerin korunması ile ilgili bir dizi konu yeterince düzenlenmemiştir. Kullanımın şeffaf olmaması ve kamu denetiminin eksikliği ile birlikte, bu teknolojinin siyasi amaçlı bir zulüm aracına dönüşmesi mümkündür.”

HUKUK

I. YARGI YETKİSİ VE DAVALI HÜKÜMET İLE YAZIŞMALAR

41. Mahkeme, Sözleşme'nin iddia edilen ihlallerine yol açan olayların, Rusya Federasyonu'nun Sözleşme'ye Taraf olmaktan çıktığı tarih olan 16 Eylül 2022'den önce meydana geldiğini gözlemlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, mevcut başvuruyu inceleme yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir (bkz. *Fedotova ve Diğerleri / Rusya [BD]*, no. 40792/10 ve 2 diğerleri, §§ 68-73, 17 Ocak 2023).
42. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 58. maddesi uyarınca devam eden yargı yetkisi göz önünde bulundurulduğunda, özellikle 38, 41 ve 46. maddeler ile Mahkeme İç Tüzüğü'nün ilgili hükümleri 16 Eylül 2022 tarihinden sonra da uygulanmaya devam edecektir. Davalı Hükümet'in yargılamalara daha fazla katılmaktan kaçınması, onları Mahkeme ile iş birliği yapma yükümlülüğünden kurtarmaz ve Mahkeme'nin yargı yetkisini sürdürdüğü başvuruları incelemeye devam etmesini engellemez (bkz. *Ukrayna ve Hollanda / Rusya ((dec.) [GC]*, no.

8019/16 ve 2 diğerleri, §§ 435-39, 30 Kasım 2022, ve *Svetova ve Diğerleri / Rusya*, no. 54714/17, §§ 29-31, 24 Ocak 2023). Mahkeme, bir tarafın yargılamalara etkin bir şekilde katılmaması veya katılmayı reddetmesinden uygun gördüğü çıkarımları yapabilir (Mahkeme İçtüzüğü'nün 44C maddesi).

43. Mahkeme, Rusya Federasyonu yetkilileriyle iletişim aracı olarak ve önündeki yargılamanın çekişmeli yapısına saygı göstermek amacıyla elektronik güvenli Hükümet web sitesini kullanmaya devam ettiğini gözlemlemektedir (Mahkeme Başkanı tarafından 22 Eylül 2008 tarihinde Mahkeme İçtüzüğü'nün 32. maddesi uyarınca yayınlanan ve 29 Eylül 2014 ve 5 Temmuz 2018 tarihlerinde değiştirilen Hükümetler tarafından güvenli elektronik dosyalamaya ilişkin Uygulama Talimatına bakınız). Site güvenli ve davalı Devlet yetkilileri tarafından erişilebilir olmaya devam etmektedir.

II. İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ

44. Hükümet, *Chigirinova / Rusya* ((dec.), no. 28448/16, 13 Aralık 2016) kararına dayanarak, başvuranın Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmadığı için iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür.
45. Mahkeme, *Chigirinova*'nın (yukarıda atıfta bulunulan) İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamındaki yargılamalarla ilgili olduğunu, mevcut davanın ise İdari Suçlar Kanunu ("İSK") kapsamındaki yargılamalarla ilgili olduğunu belirtmektedir. İSK'de öngörülen inceleme/temyiz prosedürü, tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu değildir (bkz. *Smadikov / Rusya* (dec.), no. 10810/15, § 49, 31 Ocak 2017, ve *Ecodefence ve Diğerleri / Rusya*, no. 9988/13 ve 60 diğerleri, § 75, 14 Haziran 2022).
46. Dolayısıyla, Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazı reddedilmelidir.

III. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

47. Başvuran, kendisine karşı yürütülen idari ceza yargılamasının Sözleşme'nin 10. ve 11. maddeleri kapsamındaki haklarını ihlal ettiğinden şikayetçi olmuştur. Mahkeme, 11. madde bağlamında ortaya konan genel ilkeleri dikkate alarak, bu şikâyeti Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında inceleyecektir (bkz. *Novikova ve Diğerleri / Rusya*, no. 25501/07 ve 4 diğerleri, § 91, 26 Nisan 2016). Sözleşme'nin 10. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

A. Kabul Edilebilirlik

48. Mahkeme, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını veya Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen diğer gerekçelerden dolayı kabul edilemez olmadığını kaydeder. Bu nedenle kabul edilebilir ilan edilmelidir.

B. Esaslar

49. Başvuran, tek başına yaptığı gösteri için önceden bildirimde bulunmaması nedeniyle mahkûm edilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bay Kotov'un karton figürü tek bir karton parçasından oluşmaktaydı ve bu nedenle "hızlı bir şekilde (de)monte edilmiş bir nesne" olarak kabul edilemezdi; bu nedenle, solo gösterisini yetkililere bildirmesi gerekmiyordu. Her durumda, yürürlükteki yasal hükümler "hukukun niteliği" şartını karşılamıyordu. Ayrıca, yerel makamlar başvuranın barışçıl tek başına yaptığı gösteriye karşı sıfır tolerans göstermiştir. Gösteriden birkaç gün sonra tutuklanması, herhangi bir acil toplumsal ihtiyaçla gerekçelendirilmemiştir. Yerel makamlar, bireysel gösterinin yarattığı risklere ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamış veya tutuklanmasının ve mahkûm edilmesinin gerekli olup olmadığını doğrulamamıştır.
50. Hükümet, iç hukukun kamuya açık etkinliklerin önceden bildirilmesini gerektirdiğini ileri sürmüştür. Başvuran, bu gerekliliğe uymadığı için yasal olarak mahkûm edilmiştir. Polis karakoluna götürülmesi ve tutuklanması da hukuka uygun olmuştur.
51. Mahkeme, 10. maddenin korumasının sözlü veya yazılı sözlerle sınırlı olmadığını, fikir ve görüşlerin sözlü olmayan ifade araçlarıyla veya bir kişinin davranışlarıyla da iletilebileceğini yineler (bkz. *Karuyev / Rusya*, no. 4161/13, § 18, 18 Ocak 2022). Başvuranın davranışının niteliği ve bağlamı göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, başvuranın eylemleriyle, 10 § 2 maddesi kapsamında kısıtlamalar için çok az kapsam bulunan, kamu yararına ilişkin bir konuda görüşlerini ifade etmeye çalıştığı kanaatindedir.
52. Başvuranın polis karakoluna götürülmesi, idari olarak tutuklanması ve idari bir suçtan mahkûm edilmesi, ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale teşkil etmiştir (bkz. *Novikova ve Diğerleri*, yukarıda anılan § 106).
53. İlgili genel ilkeler *Novikova ve Diğerleri* (yukarıda anılan, §§ 190-201) ve *Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya* ([GC], no. 37553/05, §§ 108-10, 150-51 ve 155, İHAM 2015) kararlarında özetlenmiştir.
54. "Kanunla öngörülme" kriterine ilişkin olarak, "hızlı bir şekilde (de)monte edilen nesnelere" hükmü, bir kişinin ne tür nesnelere bu hükmün kapsamına girebileceğini öngörmesine olanak tanıyan hiçbir kriter içermemektedir. Başvuranın tek başına yaptığı gösterinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda ve ilgili hükümlerin kapsamı ve uygulanma şekline ilişkin olarak yüksek Rus mahkemeleri tarafından daha fazla açıklama yapılmadığı veya başvuranın özel davasında yerel mahkemeler tarafından ayrıntılı bir analiz yapılmadığı göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, itiraz edilen yasal hükümlerin uygulanma şeklinin söz konusu davadaki nitelik şartını karşılamak için yeterince öngörülebilir olduğundan şüphe etmek için nedenler olduğunu tespit etmiştir (bkz. *Navalnyy / Rusya* [BD], no. 29580/12 ve 4 diğerleri, § 118, 15 Kasım 2018).

55. Bununla birlikte, müdahalenin hukuka uygun olduğu ve “düzensizliğin önlenmesi” ile “başkalarının haklarının korunması” meşru amaçlarını güttüğü varsayılsa bile, aşağıdaki nedenden dolayı “demokratik bir toplumda gerekli” değildir.
56. Başvuranın tek başına yaptığı gösteri, tartışmasız bir şekilde barışçıl ve yıkıcı olmayan bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Başvuranın mahkûm edildiği suç, yalnızca tek başına yaptığı gösteriyi yetkililere bildirmemekten ibarettir ve trafiğin engellenmesi, mala zarar verilmesi veya şiddet eylemleri gibi kınanacak herhangi bir eylemle ilgili suçlayıcı başka bir unsur içermemektedir (yukarıda anılan *Kudrevičius ve Diğerleri*, §§ 164-75). Başvuranın eylemlerinin, olağan yaşamda ve diğer faaliyetlerde normal veya kaçınılmaz olanı aşan ölçüde büyük bir aksamaya neden olduğu tespit edilmemiştir. Eylemlerinin kamu düzeni veya ulaşım güvenliği için herhangi bir tehlike arz ettiği de iddia edilmemiştir. Bununla birlikte, yetkililer, başvuranın barışçıl bireysel gösterisine karşı gerekli hoşgörü derecesini göstermemiştir. Yukarıda belirtilen ilgili unsurları dikkate almamışlar ve başvuranın elinde pankart tutan karton bir figür kullanmasının görüşlerinin bir ifadesi olup olmadığını değerlendirmemişlerdir. Konuyla ilgili tek değerlendirme, yasa dışı davranışların cezalandırılması ihtiyacı olmuştur. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesi açısından, herhangi bir ağırlaştırıcı unsurun bulunmaması yeterli bir değerlendirme değildir (bkz. *Novikova ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 199). Dolayısıyla, mahkemeler, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahaleyi haklı çıkarmak için ilgili ve yeterli gerekçeler sunamamıştır.
57. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

58. Başvuran, yüz tanıma teknolojisinin kullanımı da dâhil olmak üzere, idari suç işlemleri çerçevesinde kişisel verilerinin işlenmesinin özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran, Sözleşme'nin aşağıda belirtilen 8. maddesine dayanmıştır:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

A. Kabul Edilebilirlik

59. Mahkeme, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını veya Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen diğer gerekçelerden dolayı kabul edilemez olmadığını kaydeder. Bu nedenle kabul edilebilir ilan edilmelidir.

B. Esas

1. Tarafların beyanları Tarafların beyanları

60. Başvuran, Moskova metrosuna yerleştirilen CCTV kameraları tarafından filme alındığını, yüz tanıma teknolojisi ile tespit edildiğini ve daha sonra bu şekilde elde edilen kanıtlara dayanarak

idari bir suçtan mahkûm edildiğini ileri sürmüştür. Kendisine ait video görüntülerinin toplanması, saklanması ve kullanılmasına izin veren herhangi bir yargı kararı bulunmamaktadır. Polis Kanunu ve Kararnamesi no. 410 sayılı Kararname, müdahalenin yasal dayanağı olarak “kanun kalitesi” şartını karşılamamıştır. İlgili düzenlemeler çok muğlaktı ve ne önceden bir yargı izni ne de sonradan herhangi bir yargı denetimi öngörüyordu.

61. Başvuran ayrıca, özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin herhangi bir meşru amaç gütmemediğini ve “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığını ileri sürmüştür. Başvuranın özel hayatına sadece barışçıl bir gösteri düzenlediği için müdahale edilmiştir.
62. Hükümet, başvuranın idari bir suç işlediğini ve polis tarafından kendisine karşı alınan tüm tedbirlerin yasal ve haklı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuranın adı herhangi bir aranan kişiler listesinde yer almamaktadır. Başvurana karşı alınan tedbirlerin yasal bir dayanağı vardır (bkz. yukarıdaki 33-34. paragraflarda atıfta bulunulan mevzuatın özeti).
63. Üçüncü taraf müdahil Madde 19’un, yüz tanıma teknolojisinin azami dikkatle kullanılması ve yeterli yasal güvencelerle desteklenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Özellikle yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığı biyometrik kitlesel gözetimin, dijital çağda temel haklara yönelik en büyük tehditlerden birini temsil ettiğini savunmuştur. Bu durum, mahremiyet ve anonimlik hakkını tehdit etmekte ve ifade ve toplanma özgürlüğü hakları üzerinde güçlü bir caydırıcı etkiye sahiptir. İnsanların izlendikleri ve takip edildikleri bilinci, insanları protesto haklarını kullanmaktan ve kamusal alanlarda fikirlerini özgürce ifade etmekten caydırabilir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Bir müdahalenin varlığı

(i) Genel ilkeler

64. Mahkeme, “özel hayat” kavramının kapsamlı bir tanıma elverişli olmayan geniş bir terim olduğunu yineler. Bu kavram, kişinin fiziksel ve sosyal kimliğinin birçok yönünü kapsayabilir. Bireyin dışarıdan müdahale olmaksızın kendi kişisel hayatını yaşayabileceği bir “yakın çevre” ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda “özel bir sosyal yaşam” sürme hakkını, yani başkalarıyla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme imkanını da kapsar. Kamusal bağlamda gerçekleşen faaliyetleri dışlamaz. Dolayısıyla, kamusal bağlamda bile olsa, bir kişinin başkalarıyla “özel yaşam” kapsamına girebilecek bir etkileşim alanı vardır (bkz. *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya* [BD], no. 1874/13 ve 8567/13, §§ 87-88, 17 Ekim 2019).
65. Bir bireyin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca saklanması, 8. madde anlamında bir müdahale teşkil etmektedir. Saklanan bilgilerin daha sonra kullanılmasının bu bulgu üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Bununla birlikte, yetkililer tarafından saklanan kişisel bilgilerin yukarıda belirtilen özel hayata ilişkin hususlardan herhangi birini içerip içermediğini belirlerken Mahkeme, söz konusu bilgilerin kaydedildiği ve saklandığı özel bağlamı, kayıtların niteliğini, bu kayıtların kullanılma ve işlenme şeklini ve elde edilebilecek sonuçları dikkate alacaktır (bkz. *S. ve Marper/Birleşik Krallık* [BD], no. 30562/04 ve 30566/04, § 67, AİHM 2008).
66. İnsanların bilerek veya isteyerek kamuya açık bir şekilde kaydedilen, rapor edilen veya edilebilecek faaliyetlere dâhil oldukları durumlar olduğundan, bir kişinin mahremiyete ilişkin makul beklentileri bu değerlendirmede kesin olmasa da önemli bir faktör olabilir. Bir bireyin eylemlerinin fotoğraf veya video cihazları kullanılarak izlenmesine ilişkin olarak, Sözleşme

kurumları, bir bireyin kamuya açık bir yerdeki eylem ve hareketlerinin görsel verileri kaydetmeyen bir kamera kullanılarak izlenmesinin kendi başına özel hayata müdahale teşkil etmediği görüşünü benimsemiştir. Bununla birlikte, bu tür kişisel verilerin, özellikle de kimliği belirlenmiş bir kişinin resimlerinin sistematik veya kalıcı bir kaydı ortaya çıktığında, özel hayata ilişkin hususlar ortaya çıkabilir. Bir kişinin görüntüsü, kişinin benzersiz özelliklerini ortaya koyduğu ve kişiyi benzerlerinden ayırdığı için kişiliğinin başlıca niteliklerinden birini oluşturur. Dolayısıyla, her bir kişinin imajını koruma hakkı, kişisel gelişimin temel bileşenlerinden biridir ve bu imajın kullanımını kontrol etme hakkını gerektirir. Çoğu durumda, bu tür bir kullanımı kontrol etme hakkı, bireyin görüntüsünün yayınlanmasını reddetme olasılığını içermekle birlikte, bireyin görüntüsünün başka bir kişi tarafından kaydedilmesine, muhafaza edilmesine ve çoğaltılmasına itiraz etme hakkını da kapsar (bkz. López Ribalda ve Diğerleri, yukarıda anılan, § 89, daha fazla referansla birlikte).

67. Mahkeme daha önce, yetkililer tarafından belirli kişiler hakkında veri toplanmasının ve depolanmasının, bu veriler yalnızca kişinin kamusal faaliyetleriyle ilgili olsa bile, örneğin hükümet karşıtı gösterilere katılım (bkz. *Association “21 December 1989” and Others/Romania*, no. 33810/07 ve 18817/08, § 170, 24 Mayıs 2011, ve *Catt/Birleşik Krallık*, no. 43514/15, § 93, 24 Ocak 2019), bu kişilerin özel hayatlarına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir (bkz. *Amann/İsviçre* [BD], no. 27798/95, §§ 65-67, AİHM 2000-II, ve *Rotaru/Romanya* [BD], no. 28341/95, §§ 43-44, AİHM 2000-V). Mahkeme ayrıca, kamuya açık bir yerde veri toplanmasına ilişkin aşağıdaki örneklerin kişilerin özel hayatlarına müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir: bir polis karakolunun kamuya açık bir alanında bir sorgunun kaydedilmesi (*P.G. ve J.H. / Birleşik Krallık*, no. 44787/98, §§ 56-60, AİHM 2001-IX); halka açık bir yerde CCTV kameraları tarafından kayıt yapılması ve daha sonra video görüntülerinin medyaya ifşa edilmesi (bkz. *Peck/Birleşik Krallık*, no. 44647/98, §§ 57-63, AİHM 2003-I); bir polis karakolunda video görüntülerinin kaydedilmesi ve daha sonra ceza yargılamalarında kullanılması (bkz. *Birleşik Krallık*, no. 63737/00, §§ 36-43, AİHM 2003-IX (alıntılar)); bir kişinin arabasına takılan GPS cihazı aracılığıyla o kişinin kamusal alanda bulunduğu yer ve hareketlerine ilişkin verilerin toplanması ve depolanması (bkz. 35623/05, §§ 51-53, AİHM 2010 (alıntılar), ve *Ben Faiza/Fransa*, no. 31446/12, §§ 53-55, 8 Şubat 2018); bir kişinin adının, o kişinin tren veya hava yoluyla yaptığı hareketlere ilişkin bilgileri otomatik olarak toplayan ve işleyen bir polis veri tabanına kaydedilmesi (bkz. *Shimovolos/Rusya*, no. 30194/09, § 66, 21 Haziran 2011); ve bir devlet üniversitesindeki üniversite amfiyatrolarının video ile gözetlenmesi (bkz. *Antović ve Mirković/Karadağ*, no. 70838/13, §§ 40-45 ve 55, 28 Kasım 2017).

(ii) Mevcut davaya uygulanması

68. Mevcut davada, internetin rutin olarak izlenmesi sırasında polis, başvuranın herkese açık bir Telegram kanalında yayınlanan tek başına bir gösteri düzenlerken çekilmiş fotoğraflarını ve bir videosunu keşfetmiştir. Polis, Telegram kanalının ekran görüntülerini almış, bunları saklamış ve iddiaya göre başvuranın kimliğini tespit etmek için bunlara yüz tanıma teknolojisi uygulamıştır. Videodaki yerin Moskova metrosunun istasyonlarından biri olduğunu tespit eden polis, bu istasyonda ve başvuranın geçiş yaptığı diğer iki istasyonda bulunan CCTV güvenlik kameralarından da video kayıtları toplamıştır. Bu video kayıtlarının ekran görüntülerini almışlar ve bunları saklamışlardır. Ayrıca, iddiaya göre, Moskova metrosuna yerleştirilen canlı yüz tanıma CCTV kameralarını, birkaç gün sonra başvuranı idari bir suçla

suçlamak amacıyla yerini tespit etmek ve tutuklamak için kullanmışlardır. Telegram kanalının ve CCTV güvenlik kameralarından alınan video kayıtlarının ekran görüntüleri daha sonra başvuran aleyhindeki idari suç yargılamalarında delil olarak kullanılmıştır (bkz. yukarıdaki 7-15. paragraflar).

69. Hükümet, yukarıda açıklanan olgusal koşulların, başvuranın Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına bir "müdahale" teşkil ettiğine itiraz etmemiştir. Özellikle, Mahkeme'nin konuyla ilgili özel sorusuna rağmen, başvuranın yüz tanıma teknolojisinin, ilk olarak, Telegram'da yayınlanan fotoğraflardan ve videodan kimliğini tespit etmek ve ikinci olarak, Moskova metrosunda seyahat ederken yerini tespit etmek ve tutuklamak için kullanıldığına dair iddiaları hakkında yorum yapmamıştır. Mahkeme, başvuranın iddialarını kanıtlamakta karşılaştığı zorlukların farkındadır. Gerçekten de Mahkeme'nin elindeki iç mevzuat, polisin yüz tanıma teknolojisini kullanırken bir kayıt tutmasını ya da ilgili kişiye otomatik olarak ya da talep üzerine böyle bir kayda erişim hakkı vermesini gerektirmemektedir (bkz. herhangi bir resmi kayıt tutmadan yüz tanıma teknolojisini kullanma uygulamasını anlatan yukarıdaki 40. paragraf).
70. Başvuranın kimliğinin Telegram'da yayınlanan fotoğraf ve videodan tespit edilmesine ilişkin olarak, Mahkeme, söz konusu fotoğraf ve videonun başvuranın kimliğinin tespit edilmesine izin veren herhangi bir bilgi içermemesine rağmen, başvuranın kimliğinin iki günden kısa bir süre içinde tespit edildiğini kaydetmektedir. Polis raporu (bkz. yukarıdaki 11. paragraf), başvuranın kimliğini tespit etmek için hangi operasyonel arama tedbirlerinin alındığını açıklamamıştır. Başvuranın bu tedbirlerin hukuka uygunluğuna itiraz etme girişimi, mahkemelerin özetle şikâyetlerini reddetmesi nedeniyle başarısız olmuştur (bkz. yukarıdaki 16-17. paragraflar). Bu koşullar altında, başvuranın, davasında yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığını varsayması mantıksız değildir. Hükümet bunu açıkça reddetmemiş veya başvuranın kimliğini tespit etmek için kullanılan önlemlere ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır. Son olarak, Mahkeme, Rusya'daki protesto etkinliklerine katılanların kimliklerinin belirlenmesi için yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığı çok sayıda vakaya ilişkin kamuya açık bilgileri dikkate almaktadır (bkz. yukarıdaki 40. paragraf).
71. Ayrıca, başvurana göre, polis, Moskova metrosunda seyahat ederken kendisini tutuklamak için canlı yüz tanıma CCTV kameralarını kullandığını kabul etmiştir (bkz. yukarıdaki 12. paragraf). Hükümetin, Moskova metrosuna hedef kişilerin video-gözetim sistemleri tarafından tespit ve teşhis edilmesini sağlayan CCTV kameralarının yerleştirilmesini öngören kararname de dâhil olmak üzere geçerli yasal dayanağa atıfta bulunması, mevcut davada canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığının zımni bir kabulü olarak yorumlanabilir (bkz. yukarıdaki 33. paragraf).
72. Bu arka plan karşısında ve iç hukukun yüz tanıma teknolojisinin kullanımına ilişkin resmi bir kayıt veya bildirim öngörmemesi nedeniyle başvuranın iddialarını kanıtlamasının zorluğunu, başvuranın kimliğinin hızlı bir şekilde tespit edilmesine ilişkin başka bir açıklama bulunmamasını ve Hükümet tarafından canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığının zımnen kabul edilmesini göz önünde bulundurarak Mahkeme, davanın özel koşullarında yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığını kabul etmektedir. Mahkeme daha önce, fotoğrafların polis tarafından saklanması ve bu fotoğraflara yüz tanıma teknikleri uygulanmasının özel yaşam hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir (bkz. *Gaughran / Birleşik Krallık*, no. 45245/15, §§ 69-70, 13 Şubat 2020).

73. Mahkeme, başvuranın kişisel verilerinin, yüz tanıma teknolojisinin kullanılması da dâhil olmak üzere -ilk olarak, Telegram’da yayınlanan fotoğraflardan ve videodan kimliğini belirlemek ve ikinci olarak, daha sonra Moskova metrosunda seyahat ederken yerini tespit etmek ve tutuklamak için- aleyhindeki idari suç işlemleri çerçevesinde işlenmesinin, Sözleşme'nin 8 § 1 maddesi anlamında özel hayatına saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

(b) Müdahalenin gerekçelendirilmesi

(i) Genel ilkeler

74. Mahkeme, herhangi bir müdahalenin hukuka uygun olması, ancak 8. maddenin 2. paragrafının atıfta bulunduğu meşru amaçlardan bir veya daha fazlasını izlemesi ve demokratik bir toplumda bu tür bir amaca ulaşmak için gerekli olması halinde müdahalenin 8 § 2 maddesi kapsamında haklı görülebileceğini yineler (bkz. *Roman Zakharov / Rusya* [BD], no. 47143/06, § 227, AİHM 2015).

75. Kişisel verilerin korunması, Sözleşme’nin 8. maddesi ile güvence altına alındığı üzere, bir kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından yararlanması bakımından temel öneme sahiptir. İç hukuk, kişisel verilerin bu maddenin güvencelerine aykırı olabilecek şekilde kullanılmasını önlemek için uygun güvenceler sağlamalıdır. Bu tür güvencelere duyulan ihtiyaç, otomatik işleme tabi tutulan kişisel verilerin korunması söz konusu olduğunda, özellikle de bu tür veriler polisiye amaçlarla kullanıldığında (bkz. yukarıda anılan *S. ve Marper*, § 103) ve özellikle de mevcut teknolojinin sürekli olarak daha sofistike hale geldiği durumlarda (bkz. yukarıda anılan *Catt*, § 114; yukarıda anılan *Gaughran*, § 86; ve yukarıda anılan *Uzun*, § 61) daha da artmaktadır. Modern bilimsel tekniklerin ceza adaleti sisteminde kullanılmasına ne pahasına olursa olsun ve bu tür tekniklerin yaygın kullanımının potansiyel faydalarını özel hayatın önemli menfaatleri karşısında dikkatli bir şekilde dengelemeden izin verilmesi halinde, Sözleşme’nin 8. maddesinin sağladığı koruma kabul edilemez bir şekilde zayıflayacaktır (bkz. yukarıda anılan *S. ve Marper*, § 112).

76. Barışçıl protestolara katılımı ilgili bilgiler gibi siyasi görüşleri ortaya koyan kişisel veriler, yüksek düzeyde korumadan yararlanan özel hassas veri kategorilerine girmektedir (bkz. *Catt*, yukarıda anılan, §§ 112 ve 123).

77. Bu nedenle, kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi bağlamında, tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen açık ve ayrıntılı kuralların dışında, diğerlerinin yanı sıra, süre, saklama, kullanım, üçüncü tarafların erişimi, verilerin bütünlüğünü ve gizliliğini koruma usulleri ve imha usullerine ilişkin asgari güvencelerin bulunması ve böylece kötüye kullanım ve keyfilik riskine karşı yeterli güvencelerin sağlanması esastır (bkz. yukarıda anılan *S. ve Marper*, § 99, ve P.N. / Almanya, no. 74440/17, § 62, 11 Haziran 2020).

(ii) Mevcut davaya uygulanması

78. Mahkeme, mevcut davada, kanunilik ve meşru bir amacın varlığı sorularının, müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusundan ayrı tutulamayacağı kanaatinde (bkz. yukarıda anılan *S. ve Marper*, § 99; *Nemtsov / Rusya*, no. 1774/11, § 75, 31 Temmuz 2014; ve *Elvira Dmitriyeva / Rusya*, no. 60921/17 ve 7202/18, § 77, 30 Nisan 2019). Bu nedenle, aşağıda bunları birlikte inceleyecektir.

79. Yerel makamlara ve Hükümete göre, başvuran aleyhinde alınan tedbirlerin İSK, OAFY, Polis Yasası ve 410 sayılı Kararname’de yasal dayanağı bulunmaktadır.
80. Mahkeme, operasyonel arama faaliyetlerinin yalnızca iç hukukta “suç” olarak sınıflandırılan bir suçla bağlantılı olarak gerçekleştirilebileceğini belirterek başlayacaktır (bkz. yukarıdaki 24. paragraf). Dolayısıyla, OAFY, idari bir suçla ilgili olan mevcut davada alınan tedbirler için yasal dayanak teşkil edemez.
81. Hem İSK hem de Polis Kanunu polise idari suçları soruşturma ve kişisel verileri içeren deliller de dâhil olmak üzere delil toplama yetkisi vermiştir (bkz. yukarıdaki 26-29. paragraflar). 410 sayılı Kararname, Moskova metrosuna polisin erişebileceği canlı yüz tanıma CCTV kameralarının yerleştirilmesini sağlamıştır (bkz. yukarıdaki 33-34. paragraflar). Dolayısıyla Mahkeme, başvurana karşı alınan tedbirlerin iç hukukta yasal bir dayanağı olduğunu kabul etmektedir.
82. Başvuranın, iç hukukun “hukuk kalitesi” gerekliliğini karşılamadığını iddia ettiği ölçüde, Mahkeme, yüz tanıma teknolojisinin uygulanması bağlamında, tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ayrıntılı kuralların yanı sıra kötüye kullanım ve keyfilik riskine karşı güçlü güvencelere sahip olmanın gerekli olduğunu düşünmektedir. Canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanımı söz konusu olduğunda, güvencelere duyulan ihtiyaç daha da artacaktır.
83. Mahkeme, iç hukuk hükümlerinin “kanun kalitesi” şartını karşıladığına dair güçlü şüphelere sahiptir. Mahkeme, özellikle, iç hukukun biyometrik kişisel verilerin “adaletin idaresi ile bağlantılı olarak” işlenmesine izin verdiğine dikkat çekmektedir (bkz. yukarıdaki 31. paragraf). Bu yasal hüküm geniş bir şekilde formüle edilmiştir. Hükümetin, bu hükmün Yüksek Mahkemeler veya Anayasa Mahkemeleri tarafından yapılan herhangi bir yetkili yorumuna atıfta bulunmadığı veya idari ve adli uygulamada kısıtlayıcı yorum ve uygulamasına ilişkin herhangi bir örnek sunmadığı dikkate alındığında, herhangi bir adli işlemle bağlantılı olarak biyometrik kişisel verilerin- yüz tanıma teknolojisi yardımıyla da dâhil olmak üzere- işlenmesine izin verdiği görülmektedir. İç hukuk, yüz tanıma teknolojisinin kullanımına yol açabilecek durumların niteliği, amaçlanan hedefler, hedef alınabilecek kişi kategorileri veya hassas kişisel verilerin işlenmesine ilişkin herhangi bir sınırlama içermemektedir. Ayrıca, Hükümet, Rusya’da yüz tanıma teknolojisinin kullanımına eşlik eden yetkilendirme prosedürleri, elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve saklanması için izlenecek prosedürler, denetim kontrol mekanizmaları ve mevcut çözüm yolları gibi herhangi bir usuli güvenceye atıfta bulunmamıştır.
84. Mahkeme ayrıca, itiraz edilen tedbirlerin suçun önlenmesi gibi meşru bir amaç güttüğü varsayımından hareket edecektir.
85. Mahkeme, günümüz Avrupa toplumlarının karşılaştığı zorluklardan biri olan suçla ve özellikle de organize suç ve terörizmle mücadelenin, büyük ölçüde modern bilimsel soruşturma ve kimlik belirleme tekniklerinin kullanımına bağlı olduğunu tartışmasız bulmaktadır. Ancak, suçun tespiti ve soruşturulmasında bu tür tekniklerin önemini kabul etmekle birlikte, Mahkeme, incelemesinin kapsamını sınırlandırmalıdır. Sorun, biyometrik kişisel verilerin yüz tanıma teknolojisi ile işlenmesinin genel olarak Sözleşme kapsamında haklı görülüp görülemeyeceği değildir. Mahkeme tarafından değerlendirilmesi gereken tek

- konu, mevcut davada başvuranın kişisel verilerinin işlenmesinin Sözleşme'nin 8 § 2 maddesi kapsamında haklı olup olmadığıdır (karşılaştırınız *S. ve Marper*, yukarıda anılan, §§ 105-06).
86. Mahkeme, başvuranın kişisel verilerinin işlenmesinin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlerken, öncelikle özel hayata saygı hakkına yapılan fiili müdahalenin düzeyini değerlendirecektir (bkz. yukarıda anılan *P.N. / Almanya*, §§ 73 ve 84). Mahkeme, polisin başvuranın dijital görüntülerini toplayıp sakladığını ve bunları yüz tanıma teknolojisi yardımıyla başvuranın biyometrik kişisel verilerini çıkarmak ve işlemek için kullandığını kaydeder: ilk olarak, Telegram’da yayınlanan fotoğraflardan ve videodan kimliğini tespit etmek ve ikinci olarak, Moskova metrosunda seyahat ederken yerini tespit etmek ve tutuklamak. Mahkeme, özellikle canlı yüz tanıma teknolojisi söz konusu olduğunda, bu tedbirlerin bilhassa müdahaleci olduğunu düşünmektedir (bkz. yukarıdaki 37. paragraf). Bu nedenle, bu tedbirlerin “demokratik bir toplumda gerekli” olarak kabul edilebilmesi için yüksek düzeyde bir gerekçe gerekmektedir; canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanımı için ise en yüksek düzeyde gerekçe gerekmektedir. Ayrıca, işlenen kişisel veriler, başvuranın barışçıl bir protestoya katılımı hakkında bilgi içermekte ve dolayısıyla siyasi görüşünü ortaya koymaktadır. Bu veriler, yüksek seviyede koruma gerektiren özel hassas veri kategorilerine girmektedir (bkz. yukarıdaki 76. paragraf).
87. Soruşturmalar bağlamında kişisel verilerin işlenmesinin “demokratik bir toplumda gerekliliği” değerlendirilirken, söz konusu suçların niteliği ve ağırlığı dikkate alınması gereken unsurlardan biridir (bkz. *mutatis mutandis*, *P.N. / Almanya*, yukarıda anılan, § 72). İç hukuk, niteliğine ve ağırlığına bakılmaksızın, herhangi bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasıyla bağlantılı olarak biyometrik kişisel verilerin işlenmesine izin vermektedir.
88. Mahkeme, başvuranın önceden bildirimde bulunmadan tek başına gösteri düzenlemekten ibaret küçük bir suçtan -iç hukukta cezai değil idari suç olarak sınıflandırılan bir suçtan-yargılandığını gözlemlemektedir. Başvuran, gösteri sırasında trafiğin engellenmesi, mülke zarar verilmesi veya şiddet eylemleri gibi kınanacak herhangi bir eylemde bulunmakla suçlanmamıştır. Eylemlerinin kamu düzeni veya ulaşım güvenliği için herhangi bir tehlike oluşturduğu da iddia edilmemiştir. Mahkeme, başvuran aleyhindeki idari ceza yargılamasının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir (bkz. yukarıdaki 57. paragraf). Mahkeme, barışçıl protesto eylemlerine katılanları tespit etmek ve tutuklamak için son derece müdahaleci yüz tanıma teknolojisinin kullanılmasının, ifade ve toplanma özgürlüğü hakları açısından caydırıcı bir etkiye sahip olabileceğini düşünmektedir.
89. Bu koşullar altında, Telegram’da yayınlanan fotoğraf ve videolardan başvuranın kimliğini tespit etmek için yüz tanıma teknolojisinin kullanılması -*a fortiori* (dolayısıyla) Moskova metrosunda seyahat ederken yerini tespit etmek ve tutuklamak için canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanılması- “acil bir sosyal ihtiyaca” karşılık gelmemiştir.
90. Yukarıdaki tüm değerlendirmeler ışığında Mahkeme, başvuranın Sözleşme’deki ifade özgürlüğü hakkını kullanması bağlamında son derece müdahaleci yüz tanıma teknolojisinin kullanılmasının, Sözleşme’nin korumak ve geliştirmek için tasarlandığı hukukun üstünlüğü ile yönetilen demokratik bir toplumun idealleri ve değerleri ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Başvuranın kişisel verilerinin idari suç yargılamaları çerçevesinde yüz tanıma teknolojisi kullanılarak işlenmesi -ilk olarak, Telegram’da yayınlanan fotoğraflardan ve videodan kimliğini tespit etmek ve ikinci olarak, Moskova metrosunda seyahat ederken yerini tespit etmek ve tutuklamak- “demokratik bir toplumda gerekli” olarak kabul edilemez.

91. Bütün bu gerekçelerle, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

V. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

92. Başvuran, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, aleyhindeki idari ceza yargılamasının, davacı taraf olmaması nedeniyle adil olmadığından şikâyetçi olmuştur. Davanın olaylarını, tarafların beyanlarını ve 8. ve 10. maddeler uyarınca yaptığı tespitleri göz önünde bulunduran Mahkeme, 6. madde kapsamındaki şikâyetin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir karar vermeye gerek olmadığı kanaatindedir (bakınız *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC], no. 47848/08, § 156, ECHR 2014).

VI. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

93. Sözleşme'nin 41. maddesi şu şekildedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

94. Başvuran, manevi tazminat olarak 15,000 Euro (EUR) talep etmiştir.

95. Hükümet, talebin aşırı olduğunu ileri sürmüştür.

96. Mahkeme, başvurana manevi tazminat olarak 9,800 Euro (EUR) ve buna eklenebilecek her türlü verginin ödenmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve harcamalar

97. Başvuran, avukatlık ücret sözleşmelerine ve avukatları tarafından sunulan zaman çizelgelerine dayanarak, yerel mahkemeler ve Mahkeme önünde yapılan avukatlık ücretlerine ilişkin olarak 6,400 Euro talep etmiştir.

98. Hükümet, şarta bağlı ücret sözleşmelerinin icra edilemez olması nedeniyle, başvuranın avukatlık ücretlerine ilişkin talebinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

99. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir başvuran, masraf ve harcamaların geri ödenmesine ancak bunların gerçekten ve zorunlu olarak yapıldığı ve miktar bakımından makul olduğu gösterildiği ölçüde hak kazanır. Mahkeme, başvuran tarafından imzalanan avukatlık ücret sözleşmelerinin şarta bağlı olmadığını kaydeder. Elindeki belgeleri ve yukarıdaki kriterleri göz önünde bulunduran Mahkeme, tüm başlıklar altındaki masrafları ve başvurana yüklenebilecek her türlü vergiyi kapsayan 6,400 Euro'ya hükmetmeyi makul bulmaktadır.

BU NEDENLERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. 16 Eylül 2022 tarihinden önce meydana gelen olaylarla ilgili oldukları için başvuranın şikâyetlerini ele almaya yetkili olduğuna karar verir;

2. Özel hayata saygı ve ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna karar verir;

3. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verir;

4. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verir;

5. Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir;

6. Mahkeme;

(a) Davalı Devlet'in, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde başvurana, karar tarihinde geçerli olan kur üzerinden davalı Devlet'in para birimine çevrilmek üzere aşağıdaki tutarları ödemesine,

(i) Manevi tazminat olarak 9,800 Euro (dokuz bin sekiz yüz Euro), artı uygulanabilecek her türlü verginin;

(ii) masraf ve harcamalar için 6,400 Euro (altı bin dört yüz Euro) artı başvuru sahibinden talep edilebilecek her türlü verginin;

(b) yukarıda belirtilen üç aylık sürenin bitiminden uzlaşmaya kadar, yukarıda belirtilen tutarlar üzerinden, temerrüt süresi boyunca Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme oranına eşit bir oranda artı yüzde üç puan basit faiz ödenmesine;

Karar verir.

7. Başvuranın adil tazmin talebinin geri kalanını *reddeder*.

İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 4 Temmuz 2023 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Milan Blaško

Yazı İşleri Müdürü

Pere Pastor Vilanova

Başkan

MAHKEME
KARARLARI

COURT DECISIONS

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI
CONSTITUTIONAL COURT DECISION

Esas Sayısı : 2022/155

Karar Sayısı : 2023/38

Karar Tarihi :22/2/2023

R.G. Tarih - Sayı : 28/4/2023 – 32174

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 8. Aile Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 17., 20., 90. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Evlenmeden önceki soyadının kullanılmasına izin verilmesi talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu 187. maddesi şöyledir:

“III. Kadının soyadı

Madde 187- Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN, Kenan YAŞAR ve Muhterem İNCE'nin katılımlarıyla 29/12/2022 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde

ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. 4721 sayılı Kanun'un itiraz konusu 187. maddesinin birinci cümlesinde kadının, evlenmekle kocasının soyadını alacağı ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadının önünde, önceki soyadını da kullanabileceği öngörülmüş; anılan maddenin ikinci cümlesinde ise daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği hükme bağlanmıştır. Bakılmakta olan davanın konusu ise daha önce iki soyadını kullanan davacının bu haktan bir kez daha yararlanma talebine yönelik olmayıp davacının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmasına izin verilmesi talebine ilişkindir. Bu itibarla söz konusu ikinci cümlede bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

4. Açıklanan nedenle 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin;

A. Birinci cümlesinin esasının incelenmesine,

B. İkinci cümlesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

5. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Onur MERCAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Genel Açıklama

6. 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde her Türk'ün öz adından başka soyadını da taşımak zorunda olduğu, 2. maddesinde söyleyişte, yazıda ve imzada öz adın önde, soyadın sonda kullanılacağı, 3. maddesinde ise rütbe, memuriyet, aşiret, yabancı ırk ve millet isimleriyle genel ahlaka uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadlarının kullanılmayacağı öngörülmüştür.

7. Anılan Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında mümeyyiz olan reşit kişilerin soyadını seçmekte serbest oldukları, 7. maddesinin birinci cümlesinde Kanun'un yayımlandığı tarihten itibaren iki yıl içinde soyadı olmayanlar ile soyadlarını değiştirmek isteyenlerin taşıyacakları adı nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirecekleri, 8. maddesinde soyadı seçme işlerinde çıkacak uyuşmazlıkları çözme, soyadını kendisi seçmeyenler ile anası ve babası belli olmayan çocuklara ad takma ve bir adın kanunun öngördüğü şekle uygun olup olmadığı hakkında karar verme yetkisinin ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülkiye memuruna ait olduğu, 10. maddesinde ise Kanun'un belirlendiği süre geçtikten sonra soyadlarını değiştirmek isteyenlerin 4721 sayılı Kanun'un bu konudaki hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir.

8. 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde soyadı ile evli kadınların önceki soyadları aile kütüğünde yer alması gereken bilgiler arasında sayılmıştır.

9. 4721 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasında kişisel durumun bu amaçla tutulan resmî sicille belirleneceği, 39. maddesinde ise mahkeme kararı olmadıkça kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamayacağı belirtilmiştir. 5490 sayılı Kanun'un 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydının düzeltilemeyeceği, kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamayacağı ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddi hataların nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltileceği belirtilmiştir.

10. 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasında haklı nedenlerin varlığı hâlinde adın değiştirilmesinin hâkimden istenebileceği öngörülmüştür. 5490 sayılı Kanun'un 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de haklı sebeplerin bulunması durumunda nüfus kaydında düzeltme yapılmasının hâkimden istenebileceği belirtilmiş; ayrıca nüfus müdürlüğünün ad değişikliği hâlinde adı değişen kişinin çocuklarının baba veya ana adını, soyadı değişikliğinde ise soyadı değiştirilen kişinin eşinin ve ergin olmayan çocuklarının soyadını da düzelterek öngörülmüştür.

11. Anılan Kanun'un ek 3. maddesinde boşandığı eşinin soyadını kullanmasına izin verilen kadının evlenmeden önceki soyadını taşımak istemesi, eşinin soyadıyla birlikte önceki soyadını taşıyan kadının ise sadece eşinin soyadını kullanmak istemesi hâlinde yazılı talepte bulunulması şartıyla nüfus müdürlüğünce gerekli işlemin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

12. 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesinin birinci cümlesinde çocuğun ana ve babası evli ise ailenin soyadını taşıyacağı, 314. maddesinin üçüncü fıkrasında ise evlatlığın küçük ise evlat edinene soyadını alacağı, evlat edinene isterse çocuğa yeni bir ad verebileceği, ergin olan evlatlığın evlat edinilme sırasında dilerse evlat edinene soyadını alabileceği öngörülmüştür.

B. Anlam ve Kapsam

13. 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin itiraz konusu birinci cümlesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadının önünde önceki soyadını da kullanabileceği belirtilmiştir.

14. Kural uyarınca kadın, evlenmenin gerçekleşmesiyle birlikte kocasının soyadını alacak ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını da kullanmaya yönelik talepte bulunabilecektir. Başka bir deyişle kadının evlenmeden önceki soyadını kullanabilmesi bu yönde talepte bulunması ve anılan soyadını kocasının soyadının önünde kullanması şartlarına bağlanmıştır.

15. Bu itibarla kurala göre kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra tek başına kullanabilmesi mümkün değildir.

C. İtirazın Gerekçesi

16. Başvuru kararında özetle; soyadının kadının kimliği ile kişiliğinin bir parçasını

oluşturduğu, itiraz konusu kuralla kadının evlenmeden önceki soyadını kullanma hakkına getirilen sınırlamanın meşru bir amacının bulunmadığı, erkeğin doğumla kazandığı soyadını ömrü boyunca kullanması mümkün iken aynı hakkın kadına tanınmamasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) söz konusu farklı muamele nedeniyle ihlal kararları verdiği, ayrıca bireysel başvuru alanında Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarının da bulunduğu ancak değiştirilmeyen kuralın idare tarafından uygulanmaya devam edildiği, bu durumun ise Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesini ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 17., 20., 90. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Ç. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

18. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesini amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AYM, E.2017/47, K.2017/84, 29/3/2017, § 18; E.2020/95, K.2022/3, 26/01/2022, § 25).

19. Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Bundan sonra farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı, nihayetinde nesnel ve makul bir temele dayanıyorsa söz konusu farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Diğer bir ifadeyle bu ilke, farklı muamelenin öngörülen nesnel amaç ile orantılı olmasını gerektirmektedir (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 65; E.2021/1, K.2021/32, 29/4/2021, § 32).

20. Kuralda, evlenen kadının kocasının soyadını alacağı ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadının önünde, önceki soyadını da kullanabileceği öngörülmüştür. Kural kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra tek başına kullanabilmesine imkân tanımamaktadır.

21. 4721 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde eşlerin evlilik birliğindeki konumlarının her yönden eşit şekilde düzenlendiğini söylemek oldukça güçtür. Nitekim mülga 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 152. maddesinde "*Koca birliğin reisi dir./Evin intihabı karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi, ona aittir.*", 153. maddesinin ikinci fıkrasında "*Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve, kadın bakar.*", 154. maddesinin birinci cümlesinde "*Birliğin koca temsil eder.*" denilmekteydi. Ayrıca mülga Kanun'un 21. maddesinde erkek eşin ikamet adresinin kadın eşin ikamet adresi sayılacağı, 98. maddesinde evlenme başvurusunun erkeğin ikametinin bulunduğu yerdeki idareye yapılacağı, 263. maddesinin ikinci cümlesinde ise evlilik birliğinin devam ettiği süre içinde ana ve babanın velayete ilişkin hususlarda anlaşamamaları durumunda babanın oyunun geçerli olacağı belirtilmişti.

22. Diğer yandan mülga Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasında 14/5/1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılan değişiklikten önce kadının kocasının aile ismini taşıyacağı öngörülmüştü. Anılan fıkrada yapılan değişiklikte ise kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde, önceki soyadını da kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği belirtilmişti. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde ise kadının evlenmeden önce mesleki yaşamda tanınmış olması hâlinde veya bazı düşüncelerle eski soyadını kaybetmek istememesi durumunda kocasının soyadı ile bekârlık soyadını da kullanabilmesine imkân tanınmasının bir ihtiyaç olarak ortaya çıktığı ifade edilmişti.

23. Sosyal, ekonomik, demografik ve teknolojik gelişmeler gibi nedenler zaman içinde belirli yasal değişikliklerin gerçekleştirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarabilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen *insan haklarına saygılı devlet ilkesi* de insan hakları alanında yaşanan gelişim ve dönüşüm dikkate alınmak suretiyle belirli yasal düzenlemelerin değiştirilmesini veya yürürlükten kaldırılmasını gerektirebilmektedir. Başka bir ifadeyle yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla toplumsal hayatta olumlu etkiler yaratan ve belirli bir alanda düzenin sağlanmasını mümkün kılan hükümler zamanla toplumsal gereksinimlere cevap vermede yetersiz kalabilmekte, ayrıca insan hakları bağlamında kabul gören evrensel değerlerin yeterli ölçüde hayata geçirilebilmesini temin etmekten uzaklaşabilmektedir. Nitekim 4721 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde canlı varlıklar gibi kanunların da zamanla yaşlandığı, günün ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermede zorlandığı vurgulanmış ve 1028. maddesiyle 743 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

24. 4721 sayılı Kanun ile eşlerin evlilik birliğindeki konumu eşitlik ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un genel gerekçesinde Kanun ile evlilik hukukuna ilişkin yapılan değişikliklerin modern hukuk sistemlerinde temel ilke olarak kabul edilen kadın-erkek eşitliği ilkesinin sürdürülmesi, bu eşitliğe ters düşen hükümlerin Kanun'dan çıkarılması veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmesi düşüncesine dayandığı, ayrıca Kanun'un "*EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİ*" başlıklı Üçüncü Bölümü'nde yapılan değişikliklerin büyük çoğunluğunun da kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla yönelik olduğu ifade edilmiştir.

25. Bu kapsamda Kanun'un 186. maddesinde eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri, evlilik birliğini beraberce yönetecekleri, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları öngörülmüştür. Anılan maddenin gerekçesinde konutun seçimini kocaya tanıyan hükmün değiştirildiği, kadın-erkek eşitliğini sağlamak üzere kocanın evlilik birliğinin reisi olduğunu öngören hükmün kaldırıldığı, evlilik birliğinin yönetiminde

eşlere eşit söz hakkının tanındığı, ayrıca eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılmasının da eşitlik ilkesi gözetilmek suretiyle düzenlendiği belirtilmiştir.

26. Diğer yandan mülga 743 sayılı Kanun'un erkek eşin açık olarak veya zımnen izin vermesi şartıyla kadın eşin bir iş veya sanat yapabileceğini öngören hükmün de yer aldığı 159. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 29/11/1990 tarihli ve E.1990/30, K.1900/31 sayılı kararıyla iptal edilmesinin ardından 4721 sayılı Kanun'un aynı konuyu düzenleyen ve gerekçesinde anılan karara atıf yapılan 192. maddesinde eşlerden her birinin meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda olmadığı ancak meslek ve iş seçimi ile bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararının göz önünde bulundurulacağı hükmüne bağlanmıştır.

27. Ayrıca 4721 sayılı Kanun'un 134. maddesinin birinci fıkrasında birbiriyle evlenecek erkek ve kadının içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvuracakları belirtilmek suretiyle evlenme başvurusunun yapılacağı yerin tespitinde erkeğin ikamet adresine üstünlük tanıyan mülga 743 sayılı Kanun'un 98. maddesindeki yaklaşımdan da vazgeçilmiştir.

28. Öte yandan 4721 sayılı Kanun'un 336. maddesinin birinci fıkrasında evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacakları belirtilmiş, anılan maddede mülga 743 sayılı Kanun'un 263. maddesindeki erkeğin oyuna üstünlük tanıyan hükme ise yer verilmemiştir. Ayrıca evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde çocuğun anasına verilmiş olması durumunda dahi babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağını öngören 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi de eşitlik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

29. Bu itibarla tarihsel süreç içinde kadın-erkek eşitliğini hayata geçirmeye yönelik hukuki gelişmelerin yaşandığı, bu kapsamda eşitlik ilkesine aykırı olduğu değerlendirilen bazı hükümlerin iptal edildiği, ayrıca mülga 743. sayılı Kanun'un eşitlik ilkesine aykırı olduğu değerlendirilen hükümlerine 4721 sayılı Kanun'da yer verilmediği ve evlilik hukukunun eşitlik ilkesi bağlamında büyük ölçüde yeniden düzenlendiği anlaşılmıştır. Buna karşılık 4721 sayılı Kanun'da kadının soyadı konusu yeniden düzenlenmemiş, mülga 743 sayılı Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasındaki hükme 4721 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 187. maddesinde aynen yer verilmiştir.

30. 2525 sayılı Kanun'un 1. maddesinde soyadını taşımak bir *yükümlülük* olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri, vazgeçilmez, devredilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan isim hakkının da kişinin özel hayatının bir unsuru olduğu açıktır. Dolayısıyla cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim ve soyadı hakkı da Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hacı Ahmet Eskikanbur*, B. No: 2015/2944, 9/1/2019, § 27; *Turgay Karaca*, B. No: 2018/34343, 27/1/2021, § 29).

31. *Bu itibarla kişiliğin bir parçası olan soyadını taşımak yalnızca bir yükümlülük* değil aynı zamanda Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında bir *hak* niteliğindedir. Nitekim AİHM de anılan hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi

kapsamında yer aldığını kabul etmiştir (Ünal Tekeli/Türkiye, B. No:29865/96, 16/11/2004, § 42).

32. Anayasa'nın 41. maddesinin ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu öngören hükmün yer aldığı birinci fıkrasına 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle "ve eşler arasında eşitliğe dayanır." ibaresi eklenmiştir. Anılan Kanun'un genel gerekçesinde Anayasa'nın uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gerekliliğinin ortaya çıktığı, ayrıca Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılanması ile bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasa'da bazı değişikliklerin yapılmasının da kaçınılmaz olduğu, teklif ile toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun olan, insan hakları ile hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliğinin hedeflendiği belirtilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde ise kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenlemenin öngörüldüğü ifade edilmiştir.

33. Diğer yandan Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin cinsiyet nedeniyle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmekteyken anılan maddeye 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ikinci fıkrada kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliğin yaşama geçirilmesiyle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu Kanun'un genel gerekçesinde dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması, bu açılımlara uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarda düzenlemeler yapılması ihtiyacının Anayasa'da da değişiklikler yapma zorunluluğunu doğurduğu ifade edilmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde ise cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan uluslararası sözleşmelere işaret edilmiş ve söz konusu değişiklikte yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyet lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağına öngörüldüğü belirtilmiştir.

34. Anılan anayasal değişikliklerle hem kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirildiğinden söz edilebilmesi için kadın ve erkek eşitliğinin tam anlamıyla sağlanması gerektiği güçlü bir biçimde vurgulanmış hem de anayasa koyucunun eşitlik ilkesinin eşler arasındaki görünümüne verdiği önem açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

35. Öte yandan Sözleşme'ye Ek (7) Numaralı Protokol'ün 5. maddesinde de "Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez." denilmek suretiyle eşler arasında eşitlik ilkesi özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu Ek Protokol, 10/3/2016 tarihli ve 6684 sayılı Kanun'la onaylanmasının uygun bulunması üzerine 8/4/2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 28/3/2016 tarihli ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

36. Bu itibarla evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra da kullanılması yönünden kadın ile erkeğin karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda buldukları sonucuna ulaşılmıştır. Erkek evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da tek başına kullanabildiği hâlde kuralla kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra ancak kocasının soyadının önünde kullanabileceği öngörüldüğünden karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda olan eşler arasında cinsiyet temelinde farklı muamelenin yapıldığı açıktır.

37. Kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da kullanmasına izin verilmemesinin hak ihlaline yol açtığı ileri sürülmek suretiyle AİHM ve Anayasa Mahkemesine birçok bireysel başvuru yapılmıştır. Bu kapsamda AİHM kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmasına izin verilmemesinin Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir (*Ünal Tekeli/Türkiye*).

38. Anayasa Mahkemesi ise uluslararası sözleşmelerin erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınmasının gerektiğini, bu itibarla başvurucular hakkında 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin uygulanmasının kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığını ve ihlale yol açtığını belirtmiştir (bu yöndeki kararlar için bkz. *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsüm Genç*, B. No: 2013/4439, 6/3/2014; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16/4/2015).

39. Öte yandan kadının soyadına ilişkin davalarda önemli bir içtihat geliştiren Yargıtay da Anayasa Mahkemesi gibi kadının evlenmeden önceki soyadının kullanmasına izin verilmemesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası gereğince uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu bağlamda Yargıtay, kadının evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra tek başına kullanmasına izin verilmemesinin Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmış; kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra tek başına kullanabilmesi için haklı bir nedenin bulunmasına gerek olmadığını da ayrıca vurgulamıştır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2014/889, K.2015/2011, 30/9/2015).

40. Bununla birlikte anılan yargısal içtihatların kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi için tek başına yeterli olduğu söylenemez. Söz konusu ilkenin hukuk düzenine egemen olabilmesi için yasama ve yürütme organları ile idare makamlarının da belirli yükümlülükleri mevcuttur. Başka bir ifadeyle *insan haklarına saygılı devlet ilkesinin* bir gereği olarak kadın haklarıyla ilgili eşitlik ilkesi bağlamında tartışma ve uyuşmazlık yaşanmayan bir düzenin gerçekleştirilmesinde devletin tüm organları ve idare makamlarının görevi bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde devletin kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesini sağlamakla yükümlü olduğunu, beşinci fıkrasında ise devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda olduklarını öngören hükümlerde anılan göreve işaret edilmektedir.

41. Diğer yandan Anayasa'nın Başlangıç kısmında kuvvetler ayrılığının devlet organları arasında medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğu belirtilmektedir. Buna göre eşler arasında eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi yönünden de devlet organları ve idare makamlarının iş birliği içinde bulunmaları anayasal bir zorunluluktur. Bu iş birliği bağlamında yasal düzenlemelerin ve idari uygulamaların büyük önem taşıdığı açıktır. Zira eşler arasında eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde esas olan kadının yargı yoluna başvurmaksızın erkek ile eşit haklardan yararlanabilmesidir. Başka bir deyişle kadının erkekle eşit haklardan yararlanmasının öncelikle hukukun asli kaynağı olan kanunla güvence altına alınması ve bu güvenceyi hayata geçirebilecek idari uygulamaların geliştirilmesinin gerektiği, bu bağlamdaki yargısal içtihatların tek başına yeterli güvenceyi sağladığının kabul edilemeyeceği açıktır.

42. Söz konusu AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra tek başına kullanabilmesine sınırlı bir imkân tanımıştır. Zira kadın-erkek eşitliğine ilişkin yapılan anayasal değişiklikler ile yargısal içtihatlardaki tüm gelişmelere rağmen varlığı korunan ve idare makamlarınca uygulanmaya devam edilen kural nedeniyle kadının herhangi bir külfete katlanmak zorunda kalmaksızın evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmesi mümkün olmamıştır.

43. Benzer durumda olanlara farklı muamele yapılmasının nesnel ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığının veya farklı muamele öngörülebilmesinin hangi dereceye kadar mümkün olacağına değerlendirilmesinde kamu otoritelerinin belirli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte bu takdir yetkisinin kapsamı farklı muameleye konu hakkın niteliğine göre değişebilmektedir (*Nuriye Arpa*, B. No: 2018/18505, 16/6/2021, § 59). Diğer yandan cinsiyet temelli farklı muamele söz konusu olduğunda kamu makamlarının takdir yetkisi daralmaktadır (*Ayşe Tezel ve diğerleri [GK]*, B. No: 2018/14186, 20/10/2022, § 91). Ayrıca anayasa koyucunun eşitlik ilkesinin eşler arasındaki görünümüne verdiği önem gözetildiğinde eşler arasında cinsiyet temelli farklı muamele bağlamında kanun koyucunun son derece sınırlı bir takdir yetkisinin bulunduğu da açıktır.

44. Nüfus kayıtlarındaki karışıklığın önlenmesi ve soy bağının sağlıklı bir şekilde tespit edilmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Bununla birlikte bireylerin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralarının bulunması ve nüfus hizmetlerinin bilişim teknolojilerinden faydalanılmak suretiyle sunulduğu gözetildiğinde söz konusu kamu yararının sağlanmasının yegâne yolunun kadının evlendikten sonra kendi soyadını ancak eşinin soyadının önünde kullanması olduğu söylenemez. Bu nedenle nüfus kayıtlarının düzeninin sağlanması amacının kuralla öngörülen farklı muamelenin makul nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

45. Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasında Türk toplumunun temeli olduğu belirtilen ailenin toplumsal değerlerin sonraki nesillere aktarılması gibi önemli işlevleri bulunmaktadır. Ailenin bir isimle anılmasının, başka bir ifadeyle aile bireylerinin aynı soyadına sahip olmalarının aile bağlarını koruyacağı, bu sayede ailenin toplumsal işlevini yerine getirmesine katkı sağlayacağı söylenebilir. Bununla birlikte kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasının ailenin ortak bir soyadına sahip olmasını mümkün kılan tek seçenek olmadığı açıktır. Bu bağlamda eşlere içlerinden birinin soyadını veya bunun dışında bir adı ortak soyadı olarak belirleme imkânının tanınması ya da ortak soyadının eşlerin evlenmeden önceki soyadlarının birleşiminden oluşacağının öngörülmesi de mümkündür.

46. Kaldı ki ortak soyadının aile bağlarını korumanın zorunlu unsuru olduğunun, bu manada eşlerin ortak soyadı taşımamaları hâlinde aile bağlarının hiçbir şekilde korunamayacağına söylenmesi de zordur.

47. Buna göre aile bağlarının korunup güçlendirilmesi amacının da kuralla öngörülen farklı muamelenin makul nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra ancak eşinin soyadının önünde kullanabileceğinin öngörülmesinin başka bir nedeni ise tespit edilememiştir.

48. Bu itibarla evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra da tek başına kullanılması bağlamında kadın ve erkek arasında kuralla öngörülen farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanmaması sebebiyle eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

49. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 17., 20., 90. ve 153. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

50. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

51. 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan maddenin ikinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

52. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmak suretiyle Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

53. 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin birinci ve ikinci cümlelerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince anılan cümlelerin iptallerine ilişkin hükümlerin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI. HÜKÜM

22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin;

A. Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. İkinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

22/2/2023 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Kenan YAŞAR

Üye
Muhterem İNCE

KARŞI OY

1. H.O.G.S. tarafından evlenmeden önceki soyadının kullanılmasına izin verilmesi istemiyle açılan davada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilerek iptaline karar verilmesi talebiyle İstanbul 8. Aile Mahkemesi'nce yapılan itiraz başvurusunda Mahkememiz çoğunluğunca anılan maddenin birinci cümlesinin iptaline karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan gerekçelerle tarafımızca karara iştirak edilmemiştir.

2. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu 187. maddesinin birinci cümlesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadının önünde önceki soyadını da kullanabileceği belirtilmiştir. Maddenin somut başvuruya konu olayda uygulanma imkânı olmadığı için anayasal değerlendirmeye tabi tutulmayan ikinci cümlesinde ise daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece, kadın, evlenmenin gerçekleşmesiyle birlikte ilkece kocasının soyadını alacak ancak dilerse evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını da kullanmaya yönelik talepte bulunabilecek, bu suretle de evlenmeden önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabilecektir. Kural uyarınca kadın, evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra kocasının soyadı olmaksızın tek başına kullanamayacaktır.

3. Mahkememiz çoğunluğunca, tarihsel süreç içinde kadın-erkek eşitliğini hayata geçirmeye yönelik olarak yaşanan hukuki gelişmelere değinildikten ve bu kapsamda evlilik hukukunun eşitlik ilkesi bağlamında büyük ölçüde yeniden düzenlendiği tespiti yapıldıktan sonra, 4721 sayılı Kanun'da kadının soyadı konusunun yeniden düzenlenmediği, mülga 743 sayılı Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasındaki hükme 4721 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 187. maddesinde aynen yer verildiğinin anlaşıldığı açıklanmıştır.

4. Yapılan tespit ve değerlendirmelerin ardından da, evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra da kullanılması yönünden kadın ile erkeğin karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda buldukları sonucuna ulaşılmış; ulaşılan bu sonuca göre de kuralla karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda olan eşler arasında cinsiyet temelinde farklı muamelenin yapıldığı belirtilmiştir.

5. Daha sonra ise nüfus kayıtlarındaki karışıklığın önlenmesi ve soy bağının sağlıklı bir şekilde tespit edilmesinde kamu yararının bulunduğu kabul edilmiş, ancak söz konusu kamu yararının sağlanmasının tek yolunun kadının evlendikten sonra kendi soyadını ancak eşinin soyadının önünde kullanması olmadığı, aynı kamu yararını sağlayan başka önlemlerin de alınabileceği ifade edilmiştir.

6. Bu bağlamda ailenin toplumsal değerlerin sonraki nesillere aktarılması gibi önemli işlevlerinin bulunduğu ve aile bireylerinin aynı soyadına sahip olmalarının aile bağlarını korumak suretiyle ailenin toplumsal işlevini yerine getirmesine katkı sağlayacağı kabul edilmekle birlikte kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasının ailenin ortak bir soyadına sahip olmasını mümkün kılan tek seçenek olmadığı bir kez daha vurgulanmış ve ayrıca ortak soyadının aile bağlarını korumanın zorunlu unsuru olduğunun söylenmesinin de güç olduğu belirtilmiş ve kuralla öngörülen farklı muamelenin eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

7. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Maddede belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

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

9. Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çığnemiş olmaz. (AYM, E.2020/95, K.2022/3, 26/1/2022, § 25).

10. Anayasa'nın 12. maddesinde, '*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*' hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasa koyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülmemeyeceği vurgulanmış; 17. maddesinde '*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*'; 41. maddesinde de '*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*' denilmiştir.

11. Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Ayrıca 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan '*Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur*' hükmü gereğince, soyadı kullanmak kişilere yüklenmiş bir yükümlülüktür. Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasa koyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. (AYM, E.2009/85, K.2011/49, 21/10/2011).

12. İtiraz konusu '*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*' kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

13. Milletlerin ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur. (AYM, E.2009/85, K.2011/49, 21/10/2011).

14. Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir.

15. Öte yandan Uluslararası hukukun temel belgelerinden olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddelerinde de ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerektiği belirtilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

16. İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesi, böylece de Türk toplumunun temeli olan ailenin birlik ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır.

17. Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.

18. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan 'özel hayatın ve aile hayatının korunması' ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasa koyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir. (AYM, E.2009/85, K.2011/49, 21/10/2011).

19. Dolayısıyla, yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine ve eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması da sağlanmıştır. (AYM, E.2009/85, K.2011/49, 21/10/2011).

20. Ayrıca belirtmek gerekir ki kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Zira yasa koyucu bir soyadı kullanılmasını gerekli görmüş, bu bağlamda da takdir hakkını itiraz konusu kuralda belirtilen yöntem yönünde ve kocadan yana kullanmıştır. Kaldı ki çoğunlukça da kabul edildiği üzere durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Hal böyle olunca yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesinin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu söylenemez.

21. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Muhterem İNCE

KARŞI OY

4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin birinci cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle çoğunluğun kararıyla iptal edilmesine, aşağıdaki gerekçelerle karşıyım.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun'la eklenen fıkroda, "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*" hükmüne yer verilmiştir.

İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Devletin organları ve idari makamları bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadır.

Anayasa'nın 12. maddesinde, "*Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*" hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasa koyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülemediği vurgulanmış; 17. maddesinde "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*"; 41. maddesinde de "*Aile; Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*" hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 12. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin niteliği belirlenmekle, bu maddenin ilk fıkrasında, bunların bir devlet "lütfü" olmadığı; kişiliğin, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurunu oluşturduğu vurgulanmıştır. Devlet, kişiye ayrılmış bu alana ilke olarak hiçbir müdahalede bulunmamak, bu özel alan sınırları içine girmemekle yükümlüdür.

Anayasa'nın 17. maddesi ile kişinin sahip bulunduğu hak ve hürriyetler kapsamında yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır.

Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı hükmüne yer verilmiştir. Bunun bir uzantısı olarak ülkemizde bu yönde politikalar geliştirilmiş, kadına yönelik pozitif ayrımcılık söylemleriyle önemli adımlar atılmıştır

Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Ayrıca 2525 sayılı

Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan “*Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur.*” hükmü gereğince, soyadı kullanmak kişilere yüklenmiş bir yükümlülüktür. Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasa koyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır.

İtiraz konusu “*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Milletlerin ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur.

Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Uluslararası hukukun temel belgelerinden olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddelerinde de ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerektiği belirtilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır.

Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan “*özel hayatın ve aile hayatının korunması*” ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği, ulusal yasa koyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda, yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek

kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır.

Devletin Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitliği, iptal edilen Kanun çerçevesinde yerine getirebilmesi için, "soyadı"nın toplumdaki karşılığını tam anlamıyla belirlemesi; kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkı ile, Türk toplumunun temeli sayılan ailenin birliğinin sağlanması arasındaki dengeyi de gözetmesi gerekir. Bu bağlamda 41. maddede yer alan "...eşler arasında eşitliğe dayanır." ibaresinin toplumdaki karşılığı üzerinde durmak gerekir.

İnsan olarak kadın ve erkek eşdeğer olsa da cinsiyetin yol açtığı farklılıklar açısından aynı olduklarını iddia etmek mümkün değildir. Bu konuda modern dünyanın öne çıkardığı ana unsur eşitliktir. Türk kültüründe ise bunun karşılığı eşdeğerlilik ve tamamlayıcılıktır. Kadın ve erkek hem biyolojik açıdan hem de sosyokültürel konumları/rolleri açısından eşdeğerdirler.

Modern dünyada, toplumda ve ailede erkek egemenliğine dayalı eşitsiz bir yapının bulunduğu, erkeklik gücünün kadın aleyhine bir sömürü ve şiddet aracı olarak kullanıldığı, erkeğin kadını ezdiği, değersizleştirdiği, eve mahkûm ettiği, tarihi süreçte erkeğe hizmet eden kadın tipi geliştirildiği ve köleliğe dönüşen klasik itaat kültürünün de bunu geliştirdiği, cinsiyetçi ve biyolojik ayrımcılığın öne çıktığı, kadın emeğinin sömürüldüğü savunulmuştur. Bu tezlerin canlı tuttuğu ve motive ettiği başkaldırı tüm dünyada etkisini göstermiş, anılan sorunlara "kadın erkek eşitliği" fikri bir çözüm olarak üretilmiş; bu yönde yapılan yasal düzenlemelerle anılan fikre daha da güç kazandırılmıştır. Anayasa'nın 41. maddesindeki anılan hükmün uzantısı olarak ülkemizde bu yönde politikalar geliştirilmiş; kadına yönelik pozitif ayrımcılık söylemleriyle önemli adımlar atılmıştır.

Modern dünyada, ailede iyi bir ilişkinin, taraflardan her birinin eşit haklarının ve yükümlülüklerinin olduğu eşitler ilişkisiyle mümkün olabileceği tezi benimsenmiştir. Bu düşüncenin oluşmasında, eşitliğin tarafların birbirlerine saygılı davranmasında etkili olacağı ve onun iyiliğini isteyeceğine olan inanç vardır.

Yukarıda belirtilen tezlere paralel bir biçimde bir sorun olarak kadın-erkek eşitsizliğinin temelinde, erkeğin evin geçiminden, kadının ev işinden sorumlu olduğuna dair klasik görev dağılımının bulunduğu böyle bir vazife paylaşımının eşitsiz olduğu, bunun altında kadın ve erkeklerin farklı alanlardan sorumlu olmalarının gerekli olduğuna dair ortak anlayışın yattığı ileri sürülebilir.

Sonuç itibarıyla kadın ve erkeğin anatomik, fizyolojik, psikolojik ve cinsiyet farklılıkları sosyal anlamda da eşitliği imkânsız kalan bir özelliğe sahiptir. Kısacası kadın- erkek arasında yaratılış gerçekliği olarak yapısal eşitsizlik vardır. Bu durum, genel olarak toplumda konumları itibarıyla kadın ve erkeğin eşitliğine engel olarak görülmektedir. Dolayısıyla üzerinde söz söylemeye fırsat bile verilmeden kabullenilmesi gereken dogmatik bir değer olarak öne sürülse de ailede kadın/erkek eşitliği, modern hurafelerden birisidir ve ne ailede ne de toplumda huzuru, adaleti ve mutluluğu sağlayabilecek bir özelliğe sahiptir.

O halde kadın ve erkeğin konumunu belirleyen değer, eşdeğerlilik ve tamamlayıcılık olduğu söylenebilir. Bunu sağlayan ise, kadın ve erkeğin birbirlerine karşı bir takım üstünlüklere sahip olmalarıdır.

Eşdeğerlilik, iki varlığın mevcut farklılıkları ve özellikleriyle diğeri nezdindeki değerini, ağırlığını ifade eder. Kadın ve erkeğin birbirleri karşısında bu şekilde konumlandırılması hem fitrat

gerçekliğine daha uygun, hem de modern dünyanın dayattığı eşitlik fikrine göre daha anlamlı ve tutarlıdır. Çünkü eşitlikte iki şey bir bütünün iki yarısıdır, aynı özelliklere sahiptir. Ve birisi diğerinin yerine konulabilir. Bu yönleriyle eşdeğerlilik eşitlikten farklıdır. Bir insan, kendisi açısından ne kadar kıymetli ve önemli olursa olsun onun esas değerini, ne kadar anlamlı olduğunu, farklılığı ve bu doğrultuda çevresiyle etkileşimi, ilişkisi, kendisine duyulan ihtiyaç ve onun dışındakilerin ona olan ilgisi belirler.

Sonuç itibarıyla, “kadın mı daha önemlidir, yoksa erkek mi?” ya da “kadın mı daha üstündür, yoksa erkek mi?” gibi sorular son derece anlamsız, sanal ve yapaydır. Kadın ve erkek genel olarak kanunlar karşısında eşittirler, ancak toplumdaki rolleri itibarıyla eşdeğer olmaları ön plana çıkar.

Kadın ve erkekte hangisinin soyadının aile soyadı olarak kullanılacağı meselesi de tarafların toplumdaki rollerine bağlı olarak taraflarca belirlenebilir. Çoğunluk kararında da belirtildiği gibi kadının evlendikten sonra kocasının soyadını alması, ailenin ortak bir soyadına sahip olmasını mümkün kılan tek seçenek değildir. Bu bağlamda taraflara içlerinden birinin soyadını veya bunun dışında bir adı ortak soyadı olarak belirleme imkânının tanınması ya da ortak soyadının eşlerin evlenmeden önceki soyadlarının birleşiminden oluşacağına öngörülmesi de mümkündür. Ancak buna, toplumdan gelecek taleplere göre (buna bireysel başvuruda “soyadı” konusunda verilecek ihlal kararları da dahil) yasama organınca karar verilmelidir. Toplumsal taleplerin yargı kararlarıyla yönlendirilmesi doğru değildir. Toplumsal talepler, toplumun gelişmesi ve değişmesi doğrultusunda doğal ortamı içinde ortaya çıkmalıdır.

Değilmesi gereken bir diğer husus da bireysel başvurularda, “soyadı” konusunda verilen ihlal kararlarıdır. Bu konuda verilen ihlal kararlarının, kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkının, toplum karşısında öne çıkarılması bakımından, Anayasa’ya uygun olduğu düşünülmektedir.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 10. maddesine aykırı olmadığı düşüncesiyle çoğunluğun iptal yönündeki görüşüne katılmadım.

Üye
Muammer TOPAL

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARI
COUNCIL OF STATE PLENARY SESSION OF THE CHAMBERS FOR
ADMINISTRATIVE CASES DECISION

Esas No : 2015/2493

Karar No : 2018/250

Karar Tarihi : 7.2.2018

İstemin Özeti: Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 26/02/2015 günlü, E:2015/84, K:2015/156 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması, taraflarca karşılıklı olarak istenilmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; davacıların murisi olan A. T'nin 19/07/2005 tarihinde Diyarbakır Adliyesi'nin 3. katında adam öldürmeye teşebbüs suçlamasıyla tutuklanma istemiyle mevcutlu olarak gönderildiği Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi'nin önünde bulunan banklarda oturduğu sırada A.U. isimli kişi tarafından öldürülmesi nedeniyle, idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle eşi için 34.000 TL, çocuklar için ayrı ayrı 25.000 TL olmak üzere toplam 134.000 TL maddi; eş, çocuklar ve anne-baba için ayrı ayrı 3.000 TL, kardeşler için de ayrı ayrı 2.000 TL olmak üzere toplam 37.000 TL manevi tazminatın faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 20/11/2008 günlü, E: 2005/..., K: 2008/... sayılı kararıyla; adliye binasında giriş ve çıkış olmak üzere iki adet kapı bulunmasına rağmen çıkış kapısında x-ray cihazı bulunmaması ve adliyeye gıda, kırtasiye v.b malzemeler getirilmesinde herhangi bir kayıt ve kontrolün yapılmaması, adliye girişinde görevli polis memurlarının gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri nedeniyle silahın adliye içerisine sokulduğu, yine davacılar murisini korumak ve gözetmekle görevli olan polis memurlarının bu görevlerini yerine getirmemeleri nedeniyle ölüm olayının gerçekleştiği, polis memurlarına verilen disiplin cezalarının da görevlerini gereği gibi yapmadığının göstergesi olduğu, bu haliyle adliye binasının güvenlik ve asayişinden sorumlu olan davalı idarelerin dava konusu olayın gerçekleşmesinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu, güvenlik hizmetlerinin kötü işlediği açık olduğundan, davacıların bu olay nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararların idarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğu çerçevesinde davalı idarelerce müştereken ve müteselsilen tazmin edilmesi gerektiği belirtilerek, maddi tazminat miktarının belirlenmesi amacıyla yaptırılan bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle, 10.531,03 TL maddi tazminat, anne, baba, eş ve çocuklar için ayrı ayrı 3.000 TL, kardeşler için ayrı ayrı 1.000 TL olmak üzere toplam 29.000 TL manevi tazminat ödenmesine, fazlaya ilişkin istemlerin reddine karar verilmiştir.

Anılan kararın **maddi tazminat** isteminin kısmen kabulüne yönelik kısmı, Danıştay Onuncu Dairesinin 16/12/2013 günlü, E: 2009/5838; K: 2013/9042 sayılı kararıyla; davacıların, yakınlarının ölümü nedeniyle mahrum kalacakları maddi tazminat hesaplanırken, davacının eşinin, **yaşamış olsaydı, kendisine isnat edilen suçtan yargılanması sonucunda alacağı cezanın dikkate alınmadığı, bu durumda, davacılar yakını yönünden ceza davasının yürütülmesine hukuki olanak bulunmamakla birlikte, adam öldürmeye teşebbüs suçundan gözaltına alınan ve yargılaması devam eden davacılar murisinin ölmemiş olması halinde, ceza davasına ilişkin dosyada yer alan bilgi, belge ve alınan ifadelerle göre alması muhtemel hapis cezası da dikkate alınarak, ceza hukuku konusunda uzman bir bilirkişiye incelettirilip alacağı muhtemel ceza göz önünde bulundurularak, maddi tazminatın hesaplanması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu düzenlenen bilirkişi raporu uyarınca hükmedilen maddi tazminat tutarında hukuki isabet bulunmadığı; öte yandan; prim ödemek suretiyle kapsamında bulunulan sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu olarak ilgililere bağlanan aylıklar ve yapılan ödemelerin, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olay nedeniyle sağlanan yarar niteliğinde bulunmadığından, prim karşılığında ilgililere bağlanan aylıklar ile yapılan her türlü ödemenin, hesaplanacak maddi tazminat tutarından hiçbir şekilde yarar olarak indirilmemesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir.**

Davalılar, Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 26/02/2015 günlü, E:2015/..., K:2015/... sayılı ısrar kararını esas yönünden, davacı ise aleyhine hükmedilen vekalet ücreti yönünden temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

Davalıların temyiz istemi yönünden;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin, eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır.

İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kuramlardan birisi hizmet kusurudur. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş olması halinde mümkündür. Kişinin isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksiklikler ile çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır.

Bakılan davada istenilen maddi tazminat, adam öldürmeye teşebbüs suçundan tutuklama istemiyle Mahkemeye gönderilen davacılar yakınının Adliyede bulunan başka bir kişi tarafından öldürülmesi sonucu desteğinden yoksun kalınması nedeniyle uğranılan zararın karşılığı olarak tanımlanmıştır.

Destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin gelecekte elde etmesi muhtemel gelirinin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır.

Davacılar murisinin idarenin gözetim ve denetiminde olan Adliyede tutuklanma istemiyle bulunduğu sırada öldürülmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, İdare Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesinde, davacılar murisinin ölüm tarihi dikkate alınarak destekten yoksun

kalma tazminatının hesaplandığı, bilirkişi raporuna göre destekten yoksun kalma tazminatı isteminin kısmen kabulüne karar verildiği görülmektedir.

Bu durumda, davacılar murisi yönünden ceza davasının yürütülmesine hukuki olanak bulunmamakla birlikte, adam öldürmeye teşebbüs suçundan yargılanan davacılar murisinin, öldürülmemiş olması halinde, ceza davasına ilişkin dosyada yer alan bilgi, belge ve alınan ifadelerle göre (varsa aynı olaydan dolayı yargılanan diğer sanıkların ceza davasındaki bilgi ve belgelerden de yararlanmak suretiyle) alması muhtemel hapis cezası da dikkate alınarak davacıların destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Davacının temyiz istemine gelince;

Davalı idarelerin temyiz istemi kabul edilerek Mahkeme kararı bozulduğundan ve İdare Mahkemesince yeniden hüküm kurulacağından bu aşamada, davacının vekalet ücretine yönelik temyiz isteminin incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 27/02/2017 günlü, E:2017/4, K:2017/848 sayılı kararıyla; "kısmen kabul, kısmen ret ile sonuçlanan maddi tazminat davalarında, taraflar lehine hükmedilecek vekalet ücretinin, kişilerin hak arama özgürlüğü kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeden ne şekilde hesaplanacağı konusundaki eksik düzenleme nedeniyle Tarifenin ilgili kısmında hukuka uygunluk bulunmadığından ihmali gerektiği, sonuç olarak, davalı idare lehine, Tarifenin manevi tazminat davalarına ilişkin 10. maddesi kıyasen uygulanarak reddedilen miktar üzerinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin üçüncü kısmına göre nispi vekalet ücretine hükmedileceğinin, ancak bu ücretin kabul edilen miktar üzerinden davacı lehine hükmedilen nispi vekalet ücreti miktarını geçemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğine" karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalıların temyiz istemlerinin kabulüne, Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 26/02/.... günlü, E:2015/..., K:2015/..... sayılı ısrar kararının BOZULMASINA, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 07/02/2018 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI
COURT OF APPEAL ASSEMBLY OF CRIMINAL CHAMBERS DECISION

Esas No : 2017/701
Karar No : 2019/6
Karar Tarihi : 15.01.2019

Sanık ... hakkında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan açılan kamu davasında sanığın eyleminin bilinçli taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu oluşturduğu kabul edilerek sanığın TCK'nın 85/1, 22/3, 53/6 ve 63. maddeleri uyarınca 9 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, sürücü belgesinin 3 yıl süre ile geri alınmasına ve mahsuba ilişkin Ankara 15. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 04.02.2014 tarihli ve 601-43 sayılı hükmün, sanık müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesince 02.05.2014 tarih ve 8899-10724 sayı ile;

"1- Sanığın, ışık kontrollü kavşakta, kırmızı ışık ihlali ile yaya geçidi üzerinde yolun sağından soluna bisikleti ile geçmekte olan ölene, sol şerit üzerinde 30 metre fren izi bırakarak çarptığı ve fren izinin bitiminden itibaren 17 metre sonra durduğu olayda, iki sınır arasında temel ceza belirlenirken cezanın alt ve üst sınırını oluşturan ceza miktarları, suçun işleniş şekli, meydana gelen zararın ağırlığı, failin taksire dayalı kusurunun yoğunluğu nazara alınarak, sanığın tam kusurlu olarak neden olduğu ölümle sonuçlanan olayda, adalet, hakkaniyet ve nesafet kurallarına uygun makul bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden, teşdidin derecesinde yanılığa düşülerek azami haddenden ceza tayini,

2- Sanık hakkında tayin edilen temel cezanın bilinçli taksirle artırılması sırasında, bilinçli taksir oluşturan ihlalin yalnızca kırmızı ışık ihlalinin ibaret bulunduğu gözetilerek, TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca temel cezanın 1/3 oranı yerine, 1/2 oranında artırılarak fazla ceza tayini," nedenlerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Ankara 15. Asliye Ceza Mahkemesi ise 28.08.2014 tarih ve 494-416 sayı ile;

"...Olayın oluş şekli, ölen kişinin çok genç yaşta olması dikkate alınarak cezanın teşdiden en üst haddenden tayin edilmesi, en üst haddenden bilinçli taksirde artırım yapılması ve en üst haddenden sürücü belgesinin geri alınması uygulamasının adalet ilkelerine uygun olacağı," gerekçesiyle bozma kararına direnerek sanığın önceki hüküm gibi cezalandırılmasına karar vermiştir.

Direnme kararına konu bu hükmün de sanık müdafileri ve katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 17.04.2015 tarihli ve 347188 sayılı "onama" istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gelen dosya, Ceza Genel Kurulunca 14.12.2016 tarih ve 383-1839 sayı ile; 6763 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. madde uyarınca kararına direnilen Daireye gönderilmiş, aynı madde uyarınca inceleme yapan Yargıtay 12. Ceza Dairesince 19.04.2017 tarih ve 593-3337 sayı ile direnme kararının yerinde

görülmemesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına iade edilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Katılan vekilinin 29.05.2015 havale tarihli dilekçesi içeriğine göre temyiz isteminden vazgeçip vazgeçmediği,

2- Katılan vekilinin temyizden vazgeçtiği sonucuna ulaşırsa, sanık müdafilerinin temyiz taleplerine, temyizden vazgeçmediği kabul edilirse katılan vekilinin ve sanık müdafilerinin temyiz taleplerine istinaden; kırmızı ışık ihlali yapmak suretiyle bilinçli taksirle bir kişinin ölümüne neden olan sanık hakkında;

a) TCK'nın 85/1. maddesi gereğince 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçta temel cezanın 6 yıl olarak tayin edilmesinin,

b) Bilinçli taksir hâlinde, taksirli suçla ilişkin cezada üçte birden yarıya kadar artırım öngören TCK'nın 22/3. maddesi gereğince cezanın yarı oranda artırılmasının,

İsabetli olup olmadığı,

Hususlarının belirlenmesine ilişkindir.

1- Katılan vekilinin 29.05.2015 tarihli dilekçesi içeriğine göre temyiz isteminden vazgeçip vazgeçmediği;

İncelenen dosya kapsamından;

Katılan vekilinin 28.09.2014 havale tarihli dilekçe ile bozulması talebiyle hükmü temyiz ettiği, gerekçeli temyiz dilekçesi olarak verdiği 29.05.2015 havale tarihli dilekçede ise “...Bozma istemlerinin reddi ile direnme kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun reddi ve kararın onanması gerekmektedir.”, “...Sanığın cezasının TCK madde 22/3 gereğince yarı oranında arttırılması hakkaniyet doğrultusunda usul ve yasaya uygun olup yerel mahkemenin direnme kararının onanması gerekmektedir”, “...direnme kararının onanmasını vekaleten arz ve talep ederiz” şeklinde açıklamaların yer aldığı anlaşılmaktadır.

Olağan kanun yollarından olan temyiz incelemesinin yapılabilmesi için bir temyiz davası açılmış olmalıdır. Temyiz davasının açılabilmesi için de, 1412 sayılı CMUK'nın 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 310. maddesine göre iki şartın varlığı gereklidir.

Bunlardan ilki süre şartıdır. CMUK'nın 310. maddesinde, genel kural olarak tarafların temyiz isteğinde bulunabilecekleri süreyi hükmün tefhiminden, tefhim edilmemişse tebliğinden başlamak üzere bir hafta olarak belirlenmiştir. Temyiz süresi bahse konu maddenin 3. fıkrasındaki istisnai durum hariç olmak üzere, hükmün açıklanması sırasında hazır bulunanlar yönünden bu tarihte, yokluklarında hüküm verilenler yönünden ise gerekçeli kararın tebliği tarihinde başlar.

Temyiz davasının açılabilmesi için gerekli ikinci şart ise istek şartıdır. Yargılama hukukunun temel prensiplerinden olan "Davasız yargılama olmaz" ilkesine uygun olarak temyiz davası kendiliğinden açılmaz, bu konuda bir isteğin bulunması gereklidir. CMUK'nın 305. maddesinin 1. fıkrası ile bu kuraldan uzaklaşmış ve bazı ağır mahkûmiyetlerde istek şartından sanık lehine vazgeçilerek, temyiz incelemesinin kendiliğinden yapılması kabul edilmiş ise de, on beş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin hükümler dışında kalan kararlarda, süre ve istek şartlarına uygun temyiz davası açılmamışsa hükmün Yargıtayca incelenmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, 5271 sayılı CMK'nın kanun yollarına ilişkin genel hükümlerin düzenlendiği bölümde yer alan "Başvurudan vazgeçilmesi ve etkisi" başlıklı 266. maddesinde;

"(1) Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir. Ancak, Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez.

(2) Müdafinin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır.

(3) 150 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafî atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafîin iradesi çelişirse müdafîin iradesi geçerli sayılır" şeklindeki düzenleme ile kanun yoluna başvurulduktan sonra mercisi tarafından karar verilinceye kadar başvurudan vazgeçilebileceği, diğer bir deyişle kanun yolu başvurusunun geri alınabileceği kabul edilmiştir.

CMK'da, kanun yolu başvurusunda bulunulduktan sonra bundan vazgeçme (kanun yolu başvurusunun geri alınması) düzenlenmiş fakat kanun yolundan feragat (kanun yoluna başvurma hakkı doğduktan sonra bu hakkın kullanılmayacağına açıklanması) düzenlenmemiştir. Hukukun genel ilkeleri uyarınca hak sahibi, hakkı doğduktan sonra özgür iradesiyle bu hakkını kullanmayacağını diğer bir deyişle hakkından feragat ettiğini açıklayabilir, bu durumda kanun yoluna başvurma hakkından feragat ilişkin açıklamanın ilgili makama ulaştırılmasıyla birlikte karar kesinleşir. Kanun yolundan daha doğru bir ifadeyle kanun yoluna başvurma hakkından feragatin, kararın ilgiliye bildiriminden itibaren kanun yolu için öngörülen sürenin bitimine kadar yapılması gerekmektedir. Kanun yoluna başvurulduktan sonra başvurudan vazgeçme ise mercisi tarafından talep konusunda bir karar verilinceye kadar geçerlidir. (Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 15. Baskı, İstanbul, 2018, s.844.)

Temyiz kanun yolu başvurusunda bulunulduktan sonra, ilgililerin temyiz başvurusundan "feragat" ya da "vazgeçme" vb. içerikli taleplerinin, kanun yoluna başvurma hakkından feragat kapsamında değil yapılan kanun yolu başvurusunun geri alınmasını düzenleyen CMK'nın 266. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve talep içeriğinin açıkça temyiz başvurusunun geri alınması diğer bir deyişle yapılan temyiz başvurusundan vazgeçme iradesini yansıtmadığına bakılması gerekir. İradenin açıkça yapılan temyiz başvurusundan vazgeçmeye yönelik olması hâlinde, temyiz davasının açılabilmesi için gerekli olan "istek" de ortadan kalkmış olduğundan vazgeçilen bu temyiz davasından dolayı Yargıtayca temyiz incelemesi yapılamayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Direnme kararına konu hükmü süresinde temyiz eden katılan vekilinin daha sonra verdiği 29.05.2015 havale tarihli dilekçede "...Bozma istemlerinin reddi ile direnme kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun reddi ve kararın onanması gerekmektedir.", "...Sanığın cezasının TCK madde 22/3 gereğince yarı oranında arttırılması hakkaniyet doğrultusunda usul ve yasaya uygun olup Yerel

Mahkemenin direnme kararının onanması gerekmektedir”, “...Direnme kararının onanmasını vekaleten arz ve talep ederiz” şeklindeki beyanları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, dilekçede geçen beyanların açıkça temyiz başvurusundan vazgeçme iradesini yansıtmayıp daha ziyade sanık müdafilerinin temyiz istemlerine cevap niteliğinde olduğu, katılan vekilinin iradesinin yapmış olduğu temyiz başvurusundan açıkça vazgeçmeye yönelik olmaması nedeniyle de 29.05.2015 havale tarihli dilekçesi içeriğine göre temyiz talebinden vazgeçmediği kabul edilmelidir.

Bu itibarla, sanık hakkındaki mahkûmiyet hükmüne yönelik temyiz incelemesinin, sanık müdafileri ile katılan vekilinin temyiz istemlerine istinaden yapılması gerekmektedir.

Nitelikleri itibarıyla benzeyen (2-a) ve (2-b) numaralı uyuşmazlık konularının aynı başlık altında incelenmesi faydalı olacaktır.

2- Kırmızı ışık ihlali yapmak suretiyle bilinçli taksirle bir kişinin ölümüne neden olan sanık hakkında, TCK'nın 85/1. maddesi gereğince 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçta temel cezanın 6 yıl olarak tayin edilmesinin ve bilinçli taksir hâlinde, taksirli suça ilişkin cezada üçte birden yarıya kadar artırım öngören TCK'nın 22/3. maddesi gereğince cezanın yarı oranda artırılmasının isabetli olup olmadığı;

İncelenen dosya kapsamından;

08.07.2013 tarihli trafik kazası tespit tutanağına göre; aynı tarihte saat 17.30 sıralarında, azami hız limitinin 50 km/saat olduğu yerleşim yeri içerisinde, Angora Bulvarı, Dicle Caddesi karşısı, Hacettepe Üniversitesi Kampüsü yanında, 3 şeritli, 11 metre genişliğindeki yolun sol şeridinde meydana gelen olayda, sanık ...'ın sevk ve idaresindeki araç ile yaya bandı üzerinde bisiklete çarparak ileriye fırlattığı, çarpma noktası ile ölenin düştüğü yer arasında fren izinin de bulunduğu ve bu mesafenin 30 metre olduğu, sanığın aracının ölenin bulunduğu yerden 17 metre ileride durduğu,

Sanık hakkında Etimesgut İlçe Devlet Hastanesince 08.07.2013 tarihinde saat 19.05'te yapılan muayeneye istinaden düzenlenen aynı tarihli raporda; sanıkta alkole rastlanmadığının bildirildiği, 08.07.2013 tarihli ölü muayene tutanağında; Angora Bulvarı, Beysukent Kavşağı girişinde bir aracın çarpması sonucu vefat ettiği bildirilen ...'un cenazesinin Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesine kaldırılması talimatı verildiği, hastanede yapılan ölü muayenesi esnasında ölenin başındaki kaskın kırık vaziyette çıkarıldığı, kafada oksipital parietal bölgede minimal deplase fraktür hatlarının mevcut olduğu, her iki kulak, burun ve ağızda aktif kanama görüldüğü, boyunda c3-c4 vertebralarda krepitasyon, fraktür tespit edildiği, vücudun muhtelif bölgelerinde çok sayıda sıyrık, çizik, laserasyon ve ekimotik lezyonlar bulunduğu belirtilerek kişinin ölümünün geçirdiği araç dışı trafik kazası sonucu meydana gelen kafa ve boyun travmasına bağlı gelişen intrakranial kanama neticesi meydana geldiğinin belirtildiği,

Ankara Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesi Başkanlığınca düzenlenen 05.09.2013 tarihli raporda; trafik kazası tespit tutanağı ve dosya içeriğine göre kazanın, gündüz vakti, açık havada, meskûn mahalde, 11 metre genişliğinde, refüjle bölünmüş, tek yönlü, eğimli, düz, kuru, asfalt kaplamalı yolda, ışık kontrollü kavşakta meydana geldiği, aracın bulunduğu sol şerit üzerinde 30 metre fren izi tespit edildiği, çarpma noktasının yaya şeridi üzerinde olduğu, mevcut verilere göre, kazanın, kavşakta sanığın kırmızı ışık ihlali yaptığı esnada, yaya geçidi üzerinden karşı tarafa geçiş yapan bisikletli sürücü ile çarpışması şeklinde meydana geldiği kabul edilirse, sanığın sevk ve idaresindeki otomobil ile seyir hâlinde iken, kaplama üzerindeki fren izlerine ve CD görüntülerine göre, kavşağa yaklaşırken hızını azaltmayıp seyir hızıyla geldiği, kavşakta kırmızı ışık ihlali yaptığı esnada yolun sağından soluna geçen sürücünün sevk ve idaresindeki bisiklete çarpması sonucu meydana gelen

olayda dikkat ve özen yükümlülüklerine aykırı hareketiyle asli kusurlu olduğu, bisiklet sürücüsünün kusurunun olmadığı yönünde kanaat bildirildiği,

Anlaşılmaktadır.

Ölenin annesi ...; 08.07.2013 tarihinde kızı ...'un trafik kazası geçirdiğini haber alınca kızının kaldırıldığı Atatürk Hastanesine gittiğini, burada kendisine saat 17.30 sıralarında kullandığı bisiklete bir otomobil çarpan kızının olay yerinde öldüğünün söylendiğini,

Katılan ...; kızı M. Ç'nin ölümüne neden olan sanık hakkında şikâyetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini,

Tanık ... kollukta; olay tarihinde saat 17.15 sıralarında sanık ...'ın sevk ve idaresindeki otomobil ile Kızılay'a gitmek için yola çıktıklarını, saat 17.30 sıralarında Angora Bulvarı üzerinden yolun orta şeridinden seyir hâlinde olduklarını, kavşağa geldiklerinde sarı ışığın yandığını hatırladığını, yolun sağında ve solunda araç olmadığını, sanığın sağına ve soluna bakmadan göbeği geçerken kornaya, akabinde frene bastığını, çarpmamak için direksiyonu sola kırdığını ancak bisikletli ile arasındaki kazaya mani olamadığını, kovuşturma aşamasında istinabe olunan mahkemede; sanığın eniştesinin şoförü olduğunu, şoförün yanında oturduğunu, sarı ışıkta geçtiklerini, kırmızıya yakalanmamak için sanığın hızını arttırdığını, o anda ışıktan hemen sonra bir bayanın bisikletle karşıdan karşıya geçtiğini, arkasına bakmadığını, kendilerinin de bisikletli bayanı son anda fark ettiklerini, bayanı gördükten yaklaşık 10-15 metre önce fren tutmaya başladığını,

Tanık Z. S. kollukta; sanığın sevk ve idaresindeki araçla seyir hâlinde oldukları sırada aracın sağ tarafından bisiklet kullanan bir çocuğun aniden yola çıktığını, sanığın çarpmamak için direksiyonu kırdığını ancak refüje çarpma tehlikesi olduğu için çok fazla da direksiyonu kıramadığını ve bisikletle çarpıştığını, Mahkemede; normal süratte gittiklerini, yolun ortasında olduklarını, kavşağa yaklaştıklarının farkında olmadığını, sağ taraftan bir bisikletlinin önlerine çıktığını, sanığın sola doğru direksiyonu kırdığını, frene bastığını, kornaya da bastığını, arabanın sağ tarafından bisikletliye çarptıklarını,

Tanık M. Y. K. kollukta; kavşağa geldiğinde kendisine kırmızı ışık yandığını, muhtemelen karşı şeritten gelen araçlara da kırmızı yandığını, bu esnada şiddetli bir çarpma sesi duyduğunu, sol tarafına baktığında refüjün diğer kısmında Hacettepe Üniversitesine gidiş yolunda bir kişinin havalandığını gördüğünü, kendisine hâlâ kırmızı ışığın yandığını, yardım etmek amacıyla karşı refüje gittiğini, aracın çarpmış olduğu bisikletlinin ilerisinde olduğunu, bisikletli bir sürücünün yerde olduğunu, çarpan sürücünün kırmızı ışıkta geçtiğini düşündüğünü, Mahkemede; kendisinin kırmızı ışığı görünce yavaşlayıp durduğunu ve beklemeye başladığını, ışıkta beklediği sırada birden sol tarafından şiddetli bir çarpma sesi duyduğunu, aynı anda havaya yükselen bir kişi gördüğünü, sonra yere düştüğünü, karşı istikametten gelen sanığın kırmızı ışıkta durması gerekirken durmayıp geçtiğini düşündüğünü,

Beyan etmişlerdir.

Sanık kollukta; L. Holding'te özel şoför olarak çalıştığını, çalıştığı firma adına kayıtlı otomobil ile saat 17.30 sıralarında Angora Bulvarından Hacettepe Üniversitesi istikametine orta şeritte seyir hâlinde iken hızının 50-60 km/saat civarında olduğunu, tahminine göre ışıkların yeşilden sarıya yeni geçtiğini, yoluna düz devam ettiği sırada yolun sağında bisiklet kullanan bir şahsın sola dönmek için aniden bisikletini kullandığı otonun önüne kırdığını, bu arada ölenin elinin kulağında olduğunu ve tahminine göre telefonla görüşüğünü, önce birkaç kez kornaya bastığını, fakat kendisini duymadığını, frene bastığını, çarpmamak için direksiyonu sola kırdığını ancak kullandığı otonun sağ

tamponuyla çarpması neticesi kazanın meydana geldiğini, sulh ceza mahkemesindeki sorgusunda; yolun en sağından gittiğini, trafik lambalarına geldiğinde kendisine yeşil yanıp söndüğünü, kavşağı geçtiğini, yolun sağ tarafından bir bisikletlinin aniden aracının önüne kırdığını, fren yapıp direksiyonu sola kırdığını, korna çalmasına rağmen çarpışmayı önleyemediğini, 60-70 km/saat hızla gittiğini, hızlı olmadığını, Mahkemede; tahminen 60-70 km/saat hızla gittiğini, ışıkların yeşilden sarıya döndüğünü, sağ tarafında bisikletli bir kişinin önünden geçtiğini, sola kaçıp frene bastığını, sonrasında da çarptığını savunmuştur.

Yerel Mahkemece, sanık hakkında TCK'nın 85/1. maddesi uyarınca temel cezanın 6 yıl olarak belirlendiği, buna ilişkin gerekçenin hüküm fıkrasında “suçun işleniş şekli, yeri, zamanı, ağırlığı, önemi dikkate alınarak takdiren, teşdiden” şeklinde gösterildiği, bilinçli taksir nedeniyle TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca yarı oranında artırım yapıldığı ve buna ilişkin gerekçenin hüküm fıkrasında “takdiren, teşdiden” şeklinde gösterildiği, gerekçeli kararda ise her iki uygulamaya ilişkin olarak “Olayın oluş şekli, ölen kişinin çok genç yaşta olması dikkate alınarak cezanın teşdiden en üst haddeden tayin edilmesi, en üst haddeden bilinçli taksirde artırım yapılması ... uygulamasının adalet ilkelerine uygun olacağı kanaatine varılmıştır” şeklinde gerekçeye yer verildiği,

Karayolları Genel Müdürlüğünün <http://www.kgm.gov.tr> adresinde yer alan "eğimsiz ve kuru asfalt yolda araçların hızlarına göre durma mesafeleri"ni gösterir çizelgede; araç hızının 70 km/saat olması durumunda fren mesafesinin 32,1 metre, durma mesafesinin 46,7 metre olacağını belirtildiği,

Görülmektedir.

Taksirle öldürme suçu 5237 sayılı TCK'nın 85. maddesinin 1. fıkrasında; “Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlemiş, aynı Kanun'un “taksiri” düzenleyen 22. maddesinin 3. fıkrasında; “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suçla ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır”, 4. fıkrasında da; “Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir” hükümlerine yer verilmiştir.

Temel cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler ise, 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasında;

“(1) Hâkim, somut olayda;

- a) Suçun işleniş biçimini,
- b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
- c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
- d) Suçun konusunun önem ve değerini,
- e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
- f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,
- g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler” şeklinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nın “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasındaki; “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik

tedbirine hükmolunur” biçimindeki hüküm ile de, işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında “orantı” bulunması gerektiği vurgulanmıştır.

Kanun koyucu, cezaların kişiselleştirilmesinin sağlanması bakımından hâkime, olayın özelliği ve işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde gerekçesini göstererek iki sınır arasında temel cezayı belirleme yetki ve görevi yüklemiştir. Buna göre; 01.06.2005 tarihinden sonra işlenmiş olan herhangi bir suç nedeniyle alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirlenmesi gerektiğinde, kural olarak göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, 5237 sayılı TCK’nın 61. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemedir. Ancak taksirle işlenen suçlar açısından kanun koyucu, aynı Kanun’un 22. maddenin 4. fıkrası ile bir ölçüt daha eklemiştir. Bu durumda, taksirle işlenen suçlarda alt ve üst sınır arasında ceza belirlenirken, TCK’nın 61/1 ile 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerin birlikte göz önüne alınması gerekmektedir.

Ancak, TCK’nın 61/1. maddesindeki bu ölçütler genel nitelikli olup her suça uymayabileceğinden, her suç için tüm ölçütlerin değil sadece ilgili suça uyan kısımların nazara alınması gerekir. Bu açıdan taksirli suçlarda ancak kasıtlı suçlarda uygulanması mümkün olan 61/1. maddenin (b) bendinde yer alan "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar", (f) bendinde yer alan "failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı" ve (g) bendinde yer alan “failin güttüğü amaç ve saik” ölçütleri uygulanamayacaktır.

Tüm bu kanuni düzenlemeler karşısında taksirli suçlarda temel cezanın belirlenmesinde öncelikle failin kusurunun değerlendirilmesinin zorunlu olduğu, ancak kusurluluğun yanında "suçun işleniş biçimi", "suçun işlendiği zaman ve yer", "suç konusunun önem ve değeri" ile "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" ölçütlerinin de dikkate alınacağı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, 5237 sayılı TCK’nın 3. maddesi uyarınca işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında “orantı” bulunması, böylelikle suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak yaptırımın haklı ve ölçülü olması gerektiği de göz önünde bulundurulacaktır.

Bu nedenlerle taksire dayalı kusurun ağır olduğu durumlarda, alt sınırdan uzaklaşarak, hafif olduğu durumlarda ise alt sınırdan veya alt sınıra yaklaşarak temel ceza tayin edilmesi isabetli bir uygulama olacak ise de, bundan her hâlde ağır kusurlu fail hakkında en üst hadden, hafif kusurlu fail hakkında ise alt hadden ceza tayin edilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalı, TCK’nun 61/1. maddesindeki olaya uyan diğer ölçütler ve TCK’nın 3. maddesinde düzenlenen "orantılılık" ilkesi bir bütün hâlinde değerlendirilerek haklı ve ölçülü bir ceza belirlenmeli, somut olayın özellikleri itibarıyla bazı hâllerde alt hadden bazı hâllerde de üst hadden tayin edilecek cezanın haklı ve ölçülü bir ceza olacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.

Bilinçli taksirin söz konusu olduğu durumlarda ise TCK’nın 22/3. maddesi uyarınca hükmedilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılacak olup, hâkim somut olayın özelliklerini de gözetererek bilinçli taksir oluşturan hâlin, niteliği, gerçekleştirilme şekli ve sayısı gibi kriterlere göre bir değerlendirme yaparak TCK’nın 3. maddesindeki "orantılılık" ilkesine de aykırı düşmeyecek şekilde artırım oranını belirlemelidir.

Öğretide de bu konuda “...TCK’nın 3/1. maddesi, 61. maddeden çok daha geniş bir anlamı barındırmakta, fail hakkında takdiri indirim nedeni de dahil olmak üzere, tüm indirim ve artırım maddelerinin uygulanmasında, daha açık bir deyişle bütüncül açıdan, failin eylemi ile cezanın ağırlığı arasında bir orantı denge olması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca TCK’nın 3. maddesi hükmü sadece

temel cezanın belirlenmesinde değil, aynı zamanda her türlü indirim ve artırımın uygulanmasında, kesinleşen cezalar için uyarılama yargılamasında göz önünde tutulması gereken bir düzenlemedir. ... TCK'nın 3/1. maddesindeki adalet ve orantılılık ilkesi gereği, özellikle işlenen eylem ile verilecek cezanın orantısız olduğu durumlarda, uygulayıcı mümkün olduğu oranda, temel cezanın belirlenmesi, indirim ve artırım maddelerinin uygulanması ve cezanın şahsileştirme kurumunu gözeterek, adaleti sağlamaya çalışacaktır." (Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 57-58.) şeklinde görüşler mevcuttur.

Bu aşamada, ilgili trafik mevzuatına da değinilmelidir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Hız sınırları" başlıklı 50. maddesinin birinci fıkrasında, motorlu araçların cins ve kullanma amaçlarına göre sürülebileceği en çok ve en az hız sınırlarının, şehirlerarası çift yönlü karayollarında 90 km/saat, bölünmüş yollarda 110 km/saat, otoyollarda 120 km/saat hızını geçmemek üzere yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiş, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 100. maddesinde de otomobiller için yerleşim yeri içindeki saatteki azami hız sınırının 50 km/saat olduğu hüküm altına alınmıştır.

2918 sayılı Kanun'un "Hızın gerekli şartlara uygunluğunu sağlamak" başlıklı 52. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi;

"Sürücüler:

a) Kavşaklara yaklaşırken, dönemeçlere girerken, tepe üstlerine yaklaşırken, dönemeçli yollarda ilerlerken, yaya geçitlerine, hemzemin geçitlere, tünellere, dar köprü ve menfezlere yaklaşırken, yapım ve onarım alanlarına girerken, hızlarını azaltmak,

...

Zorundadırlar" şeklinde düzenlenmiş olup,

"Trafik kazalarında sürücü kusurlarının tespiti ve asli kusur sayılan haller" başlıklı 84. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde de;

"Araç sürücüleri trafik kazalarında;

a) Kırmızı ışıklı trafik işaretinde veya yetkili memurun dur işaretinde geçme,

...

Hallerinde asli kusurlu sayılırlar." düzenlemelerine yer verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında (2-a) ve (2-b) numaralı uyuşmazlık konuları birlikte değerlendirildiğinde;

Sanık ...'ın 08.07.2013 tarihinde saat 17.30 sıralarında, yerleşim yeri içerisinde, 3 şeritli, 11 metre genişliğindeki, azami hız limitinin 50 km/saat olduğu yolda sevk ve idaresindeki otomobil ile seyir hâlinde iken, trafik ışığı bulunan kavşakta kırmızı ışık ihlali yapmak suretiyle kavşaktan geçtiği sırada, yaya bandı üzerinden yolun sağ tarafından sol tarafına geçmekte olan ...'un kullandığı bisiklete sol şeritte çarptığı, çarpmanın etkisiyle M. Ç.'nin 30 metre ileriye fırladığı, çarpma noktasıyla müteveffanın düştüğü yer arasında 30 metre fren izi bırakan aracın çarpma noktasından itibaren 47 metre sonra durabildiği, müteveffanın maruz kaldığı kafa ve boyun travmasına bağlı gelişen intrakranial (kafa içi) kanama sonucunda olay yerinde hayatını kaybettiği, kovuşturma aşamasında olay sırasında 60-70 km/saat hızla gittiğini savunan sanığın olay anındaki hızının fren ve durma mesafelerine göre yaklaşık 70 km/saat olduğu, tanık ...'ın sarı ışığın yandığını gören sanığın kırmızı

ışığa yakalanmamak için hızını artırdığını beyan ettiği, sanığın kırmızı ışık ihlali yapmak suretiyle bilinçli taksirle hareket ettiği ve asli-tam kusurlu olduğu, müteveffanın kusurunun bulunmadığı, Yerel Mahkemece "suçun işleniş şekli, yeri, zamanı, ağırlığı, önemi ... olayın oluş şekli, ölen kişinin çok genç yaşta olması" şeklindeki gerekçelerle TCK'nın 85/1. maddesi uyarınca temel cezanın 6 yıl hapis cezası olarak belirlendiği, "olayın oluş şekli, ölen kişinin çok genç yaşta olması" şeklindeki gerekçelerle de bilinçli taksir nedeniyle TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca temel cezanın yarı oranında artırıldığı olayda; her ne kadar Yerel Mahkemece gerek temel cezanın gerekse artırım oranının belirlenmesi sırasında gösterilen "ölen kişinin çok genç yaşta olması" şeklindeki gerekçe yasal bir gerekçe değil ise de sanığın, hız sınırınının 50 km/saat olduğu yerleşim yerinde hız limitinin yaklaşık %40 üzerinde bir hızla seyretmesi, kavşağa yaklaşırken hızını azaltıp yavaşlaması ve kırmızı ışıkta durması gerekirken aksine hızını artırması ve asli-tam kusurlu olarak kırmızı ışık ihlaliyle bir kişinin ölümüyle neticelenen söz konusu olaya sebebiyet vermesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği yer, meydana gelen zararın ve sanığın taksire dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alındığında TCK'nın 85/1. maddesi uyarınca temel cezanın 6 yıl hapis cezası olarak üst haddten belirlenmesinin, yine kırmızı ışıkta geçmek şeklinde tek bir bilinçli taksir oluşturan hâl söz konusu olmakla birlikte, yasal hız limitinin oldukça üzerinde seyreden sanığın kavşağa yaklaştığı sırada hızını azaltması gerekirken hızını artırarak kavşağa girmek suretiyle mezkûr olaya sebebiyet vermesi karşısında bilinçli taksir oluşturan hâlin gerçekleştirilme şekline göre temel cezada üçte birden yarıya kadar artırım öngören TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca yarı oranında artırım yapılmasının isabetli olduğu, TCK'nın 3. maddesindeki "orantılılık" ilkesinin ihlal edilmediği kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yerel Mahkemenin usul ve kanuna uygun bulunan direnme kararına konu hükmünün onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan beş Ceza Genel Kurulu Üyesi; TCK'nın 85/1. maddesi gereğince tayin olunan temel cezanın 6 yıl olarak belirlenmesinin, sekiz Ceza Genel Kurulu Üyesi de; TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca temel cezanın yarı oranında artırılmasının isabetli olmadığı düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1- Katılan vekilinin TEMYİZ İSTEMİNDEN VAZGEÇMEDİĞİNE,

2- Usul ve kanuna uygun bulunan Ankara 15. Asliye Ceza Mahkemesinin 28.08.2014 tarihli ve 494-416 sayılı direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünün ONANMASINA,

3- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 25.12.2018 tarihinde yapılan ilk müzakerede katılan vekilinin temyiz isteminden vazgeçip vazgeçmediğine ilişkin birinci uyuşmazlık yönünden oy birliğiyle, temel cezanın 6 yıl olarak belirlenmesinin isabetli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık açısından oy çokluğuyla, 25.12.2018 tarihinde yapılan ilk müzakerede yasal çoğunluk sağlanamayan bilinçli taksir nedeniyle temel cezanın yarı oranında artırılmasının isabetli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık bakımından 15.01.2019 tarihinde yapılan ikinci müzakerede oy çokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ KARARI
COURT OF APPEAL 9TH CIVIL CHAMBER DECISION

Esas No : 2022/436
Karar No : 2022/1380
Karar Tarihi : 07.02.2022

Karar Özeti:

Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420, maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkânsız hale gelir. Nitekim 6325 sayılı Kanunun 18/5 madde hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez.

Her ne kadar Dairemizin 11.09.2019 tarihli ve 3694-13040 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma tutanağı ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ise de, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesinin kapatılması ve tüm işlerinin Dairemize devredilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede yukarıda belirtilen sonuca varılmıştır.

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacı ile davalı işveren arasında davaya konu ihtiyari arabuluculuk sözleşmesi 20/03/2019 tarihinde imzalandığını, davacının çalıştığı bir dönemde 02/12/2010 tarihi ile 21/01/2019 tarihinde bir dönemi kapsayacak şekilde bir kısım işçilik alacakları, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, maaş prim alacağı, fazla mesai ücret alacağı, genel tatil ücret alacağı, hafta sonu tatil ücreti alacağı, milli ve dini bayram ücreti alacağı, yıllık izin ücreti alacağı gibi kalemler belirtilip alacak miktarının tespiti dahi yapılmadan toplam 30.000,00 TL karşılığı anlaşma yapıldığı şeklinde tutanak davacıya imzalatıldığına, tutanaktaki yazılanlar hiçbirisi davacı iradesi ile oluşturmadığı gibi tutanakta yapılanlarla ilgili davacı bilgisi bulunmadığını, davalı şirketin tamamen kötü niyetli olarak davacının 10 seneyi aşkın çalışmalarının karşılıklarını almasını engellemek için davacı iradesi ve bilgisi dışında kendi tanıdıkları arabulucuyu ayarlayarak 4 ile 5 katı alacağını vermemek için davacıyı yanıltarak ihtiyari arabuluculuk sözleşmesini imza ettirdiklerini, davacının bilgisiz ve tecrübesizliğinden faydalandıklarını, davacının 10 yıllık emeğine karşılık ödenmesi taahhüt edilen miktar gerçek alacağının çok altında olduğunu iddia ederek ihtiyari arabuluculuk tutanağının iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 02/12/2010-21/01/2019 tarihleri arasında şoför olarak çalıştığını, davalı ile davacı arasında iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar hakkında ihtiyari arabuluculuğa başvurduğunu, tarafların 20/03/2019 tarihli arabuluculuk tutanağını imzalayarak karşılıklı anlaşmaya

vardıklarını, davacının müvekkilinin bilgisizliğinden ve tecrübesizliğinden faydalandığından bahisle sözleşmenin iptalini istediğini ancak iddiasının ispatlayacak hiçbir delil sunmadığını, bir işçinin kıdem tazminatı konusunda bilgisiz olması hayatın olağan akışı içerisinde mümkün olmadığını, davacının eğitilmiş okuma yazma bilen 10 yılı aşkın iş tecrübesinin olduğunu, bu sebeple davanın bilgisizliğinden ve tecrübesizliğinden yararlanması gibi bir durum söz konusu olmadığını, davaya konu arabuluculuk tutanağının müzakere edilerek sözleşme hazırlandığını, sözleşmede yazılan bu hususun davacı tarafından bilinmediğinin iddia edilmesinin tamamen kötü niyetli olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, davacının brüt ücretinin 7.273,64 TL olduğu ve tanık beyanlarına göre davacının haftanın 33 saat fazla çalışma yapıp: dini ve resmi bayramlarda çalıştığı göz önünde bulundurularak hazırlanan bilirkişi hesap raporu ile tespit edilen toplam işçilik alacağı tutarı ile dava konusu ihtiyari arabuluculuk tutanağında belirtilen tutar arasında oransızlık bulunduğu ve gabinin objektif şartlarının mevcut olduğu; ancak davacının tecrübesizliğinden ve bilgisizliğinden yararlandığına ilişkin dosyada delil bulunmadığı, dava konusu olayda gabinin subjektif şartlarının mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince, "Dosyada bulunan arabuluculuk tutanağına göre, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücret alacağı, hafta tatili ücret alacağı, yıllık izin ücreti karşılığı olarak net 30.000,00 TL ödenmesi ve kararlaştırılan ödemenin bunların tam karşılığı olduğu konusunda anlaşıldığı, davacıya ödeme yapıldığı, davacının yaşı, hayat tecrübesi, kıdem süresi ve eğitim durumu itibari ile imzaladığı sözleşmenin sonuçlarını bilebilecek durumda olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca davacı davalı tarafça kandırıldığını belirtmişse de, ne şekilde kandırıldığına dair somut bir açıklamada bulunmadığı, arabuluculuğa gitmesi için bir neden bulunmadığını ifade etmişse de, gerek davacı, gerekse davalı tanık beyanlarında davacı ile davalının ihtiyari arabuluculuk görüşmesi yaptığı ve anlaşmaya vardıklarını, davacıya bu konuda baskı yapıldığını görmediklerinin, davacının belirli bir para karşılığında işe devam etmesi hususunda anlaşmalarının ve davacı ve davalı ortak tanığının beyanında da arabuluculuk tutanağının imzalanmasından sonra davacının bir ay kadar çalıştığının ve davalının başka bir şoför aldığı duyması üzerine işi bıraktığının ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Arbuluculuk son tutanağı sahteliği ispatlanıncaya kadar geçerli ilam niteliğindeki belgelerdir. Sahteliği konusunda bir iddia olmadığı gibi, fiil ehliyetsizliği, kısıtlılık halleri dışında irade fesadına dayalı iddiaların somut ve kesin delillerle ortaya konulması gerekmektedir.

Bu kapsamda, dosyadaki bilgi ve belgeler, tanık anlatımları bir arada değerlendirildiğinde, davacının iradesinin fesada uğratıldığı ve kandırıldığı hususunun somut olarak ortaya konmadığı, dosyada tanık anlatımları ile davacının aylık brüt ücreti ve haftada 33 saat fazla mesai yaptığı ve dini ve milli bayramlarda çalıştığı belirlenerek bilirkişi raporunda tespit edilen toplam işçilik alacağı ile ihtiyari arabuluculuk tutanağında belirtilen tutar arasında oransızlık bulunduğu belirtilmişse de, kesin kayıtlara dayalı olarak bir hesaplama yapılmadığı gibi, davacının tecrübesizliğinden ve bilgisizliğinden yararlandığına dair de dosyada somut delil bulunmadığı, davacı tarafça ileri sürülen iddiaların ispatlanamadığı, mahkemenin bu yöndeki tespit ve değerlendirmelerinin dosya içeriğine

uygun olduğu, davacı vekilinin istinaf itirazının yerinde olmadığı anlaşılmıştır" gerekçesiyle davacının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz Başvurusu:

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Davacı işçi, davalı işveren tarafından başlatılan arabuluculuk görüşmelerinin kanuna uygun yürütülmediğini, hakları konusunda yeterince aydınlatılmadığını ve usulüne uygun bir müzakere ortamı oluşturulmadan tarafların anlaşmalarına ilişkin tutanak düzenlendiğini, düzenlenen tutanağın hangi amaçla oluşturulduğunu ve mahiyetini bilmediğini, bu konuda kendisine herhangi bir bilgi verilmediğini, iş sözleşmesi devam ederken düzenlenen bu tutanağın geçersiz olması gerektiğini iddia ederek anlaşma tutanağının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren, arabuluculuk tutanağının usule uygun olarak düzenlendiğini, iptalini gerektiren bir husus bulunmadığını savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesince gabinin objektif şartlarının bulunduğu ancak davacının iradesinin fesada uğratıldığını gösteren bir delil olmadığı kabul edilerek gabinin subjektif şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Somut olayda, davacı işçinin davalıya ait işyerinde 01/01/2010- 26/04/2019 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından ihtiyari arabuluculuk süreci başlatılarak düzenlenen anlaşma tutanağında davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai, ulusal bayram genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarına karşılık toplam 30.000,00 TL ödeneceği kararlaştırılmıştır. Tutanağın düzenlendiği 20/03/2019 tarihi itibarıyla iş sözleşmesi devam eden davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti gibi iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı tazminat ve alacakların ödeneceğinden söz edilmesi çelişki oluşturmaktadır. Gerçekten tutanakta belirtildiği üzere 21.01.2019 günü davacının işten çıkışının, 23.01.2019 günü ise tekrar işe girişinin yapılması, bu şekilde gerçekte bir fesih işlemi olmadığı halde avans niteliğinde ödemelerin kıdem ve ihbar tazminatı olarak gösterilmesi, ayrıca iş sözleşmesi sona ermediği halde kullandırılmayan yıllık izin hakkının parasal alacağa dönüştürülmesi kanuna uygun görülemez. Belirtmek gerekir ki, gerçekte bir fesih söz konusu olmadığı halde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı adı altında bir ödemenin arabulucu önünde yapılan anlaşma ile kararlaştırılmış olması ödemenin avans niteliğini ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde iş sözleşmesi sona ermediği halde yıllık ücretli izin hakkının arabulucu anlaşma tutanağı ile paraya tahvil edilmesi de kabul edilemez. Bu nedenle arabuluculuk tutanağının geçersiz olduğunun tespitine karar verilmelidir. Her ne kadar davacı tarafından harca esas değer gösterilerek dava açılmış ise de dava dilekçesinin sonuç kısmında sadece arabuluculuk tutanağının iptaline karar verilmesi talep edildiğinden dava niteliği itibarıyla tespit davası olup kısmi ıslah suretiyle davanın alacak davasına dönüştürülmesi mümkün değildir. Bu nedenle davanın tespit davası olarak görülüp sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi ve davacının istinaf talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan İlk Derece Mahkemesi kararının ve bu karara karşı istinaf başvurusunu esastan reddeden Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin ise Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07/02/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.