



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 9 Sayı 1 -Haziran 2023
Volume 9 Issue 1-June 2023

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018
Cilt 9 Sayı 1 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2023.901

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN : 2149-5890 / E-ISSN 2757-5209

Sahibi

Doç. Dr. Mustafa AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Zeynep AKYAR

Editör/Editor

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

Editör Yardımcıları/Associate Editor

Arş. Gör. Cansu BAŞARAN

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör/Administrative Coordinator

Dr. Öğr. Üyesi Burak SÖNMEZER

Türkçe Redaksiyon/Turkish Proofreading

Süheyla AĞAN

İngilizce Redaksiyon/English Proofreading

Behcet Özgür ÇALIŞKAN

Grafik Tasarım/Graphic Desing

Başak GÜNDÜZ

Dil/Language

Türkçe

Yayın Periyodu/Publication Period

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yıl 9 Sayı 1 - Haziran 2023

Volume 9 Issue 1 - June 2023

Yazışma Adresi/Correspondence Address

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı/Printed by

Levent Baskı Merkezi - Sertifika No: 35983

Adres: Emniyetevler Mahallesi Yeniçeri Sokak No:6/A

4. Levent / İstanbul, Türkiye

Tel: 0212.270.80.70

E-mail: info@leventbaskimerkezi.com

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yadiğâr İZMİRLİ, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Şahin AKINCI, İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Kadir ARICI, Ankara Bilim Üniversitesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Erciyes Üniversitesi

Bilimsel Danışma Kurulu

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Berrin AKBULUT, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ebru CEYLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem KURT, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emre ESEN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin BAĞCI, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İpek SAĞLAM, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Prof. Dr. İsmail KAYAR**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Tefvik GÜLSOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat ATALI, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Musa AYGÜL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel ÖZEL, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ufuk AYDIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Umur YENİOCAK, İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Doç. Dr. Aysun BEYDOLA, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gizem PERÇİN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN, Konya Bölge İdare Mahkemesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Muhammed DEMİREL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nuri ERDEM, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslı TOPUKÇU İDUĞ, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşen ÇİLENTİ KONURALP, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Buket ABANOZ ÖZTÜRK, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Büşra ERDEM, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN BOYNUEĞRİ, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Emrah ÇETİN, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Evrim KERMAN, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İclal DAĞLIOĞLU ŞANLI, Süleyman Demirel Üniversitesi İkt. ve İdari Bilimler Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İlhan YİĞİT, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla BİNGÖL, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Orhan Emre KONURALP, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Özge KURU, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul Bilgi Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Şaban Cankat TAŞKIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Nurcan DEMİRTAŞ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, özgün bilimsel araştırmalar ile uygulama çalışmalarına yer veren ve bu niteliği ile hem araştırmacılara hem de uygulamadaki akademisyenlere seslenmeyi amaçlayan hakem sistemini kullanan bir dergidir.

İçindekiler

Araştırma Makalesi

A General And Limited Overview Of The Concept Of Judicial Documents And The Use Of Electronic Instruments In Electronic Judicial Process

Elektronik Yargı Faaliyetinde Adli Belge Anlayışı ile Elektronik Araçların Kullanılması Meselesine Genel ve Sınırlı Bir Bakış
Arş. Gör. Dr. Nurcan DEMİRTAŞ.....1

CMK M. 139 VE M. 140 Hükümleri Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı İle Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Birlikte Uygulanabilirliği Sorunu

Evaluation Of The Additional Sentence Introduced To The Criminal Procedure Law No 5271 By The Law Dated 28.03.2023 And Numbered 7445 Within The Framework Of Art. 139 And Art. 140 Of The Criminal Procedure Law
Öğr. Gör. İmge KUZGUN.....23

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna Göre Açılan Tasarrufun İptali Davasının Tarafları: Davacı Ve Davalı

Parties of the Case for Cancellation of Disposition Filed According to the Law No. 6183 on the Collection Procedure of Public Receivables: Claimant and Defendant
Av. Mahir AKBABA.....63

Kambiyo Senedi Borçlusunun Bir Def'i Hakkına Dayanarak Menfi Tespit Davası Açması

A negative determination lawsuit based on a single defense right of the promissory note debtor
Elif DAMA.....83

What Is A Disability – Limitation Of Physical And Mental Capabilities Or The Stigma Of Society ?

Engellilik Nedir - Fiziksel ve Zihinsel Yeteneklerin Sınırlandırılması mı Yoksa Toplumun Damgası mı?
Tahira GARABEYLİ.....131

Doi Listeleri - DOI Numbers

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 9 Sayı 1 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2023.901

A General And Limited Overview Of The Concept Of Judicial Documents And The Use Of Electronic Instruments In Electronic Judicial Process

Elektronik Yargı Faaliyetinde Adli Belge Anlayışı ile Elektronik Araçların Kullanılması Meselesine Genel ve Sınırlı Bir Bakış

Arş. Gör. Dr. Nurcan DEMİRTAŞ

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1001

CMK M. 139 VE M. 140 Hükümleri Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı İle Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Birlikte Uygulanabilirliği Sorunu

Evaluation Of The Additional Sentence Introduced To The Criminal Procedure Law No 5271 By The Law Dated 28.03.2023 And Numbered 7445 Within The Framework Of Art. 139 And Art. 140 Of The Criminal Procedure Law

Öğr. Gör. İmge KUZGUN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1002

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna Göre Açılan Tasarrufun İptali Davasının Tarafları: Davacı Ve Davalı

Parties of the Case for Cancellation of Disposition Filed According to the Law No. 6183 on the Collection Procedure of Public Receivables: Claimant and Defendant

Av. Mahir AKBABA

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1003

Kambiyo Senedi Borçlusunun Bir Def'i Hakkına Dayanarak Menfi Tespit Davası Açması

A negative determination lawsuit based on a single defense right of the promissory note debtor

Elif DAMA

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1004

What Is A Disability – Limitation Of Physical And Mental Capabilities Or The Stigma Of Society ?

Engellilik Nedir - Fiziksel ve Zihinsel Yeteneklerin Sınırlandırılması mı Yoksa Toplumun Damgası mı?

Tahira GARABEYLİ

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1005

Editörden

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, on altıncı sayısı ile akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının, hukuki görüşlerini bildirdikleri değerli eserlerini yayınlamaya devam etmektedir. Derginin bu sayısında; Arş. Gör. Dr. Nurcan Demirtaş'ın "A General and Limited Overview of The Concept of Judicial Documents and The Use of Electronic Instruments In Electronic Judicial Process" başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. İmge Kuzgun'un "CMK m. 139 ve m. 140 Hükümleri Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Birlikte Uygulanabilirliği Sorunu" başlıklı araştırma makalesi, Av. Mahir Akbaba'nın "6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna Göre Açılan Tasarrufun İptali Davasının Tarafları: Davacı ve Davalı" başlıklı araştırma makalesi, Elif Dama'nın "Kambiyo Senedi Borçlusunun Bir Def'i Hakkına Dayanarak Menfi Tespit Davası Açması" başlıklı araştırma makalesi, Tahira Garabeyli'nin "What is a Disability – Limitation of Physical and Mental Capabilities or the Stigma of Society?" başlıklı araştırma makalesi bulunmaktadır. Derginin bilim dünyasına kazandırılmasında katkısı olan kıymetli yazarlara teşekkür ederim.

Editör

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

A GENERAL AND LIMITED OVERVIEW OF THE CONCEPT OF JUDICIAL DOCUMENTS AND THE USE OF ELECTRONIC INSTRUMENTS IN ELECTRONIC JUDICIAL PROCESS*

Arş. Gör. Dr. Nurcan DEMİRTAŞ**

Abstract

This study provides a very general and limited overview of the understanding of judicial electronic documents in electronic judicial proceedings in general and the steps of electronification of the judiciary that are currently taking place from the perspective of traditional civil procedural law. How judicial electronic documents, electronic data, electronic media and electronic tools are constructed and what kind of position they can occupy in electronic judicial process is briefly scrutinised with a few examples. In this context, electronic substantive/formal judicial activities and electronic judicial systems where judicial electronic documents are created or stored are briefly mentioned through examples. Issues such as the use of artificial intelligence tools, virtual hearing and the principles of use of secure electronic signature are not directly included in the scope of this study, as they expand the scope of the subject matter excessively and are also debatable areas.

Key Words: *Electronic judiciary, judicial electronic document, electronic document, electronic judicial system, judicial electronic transactions*

*Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.01.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 01.02.2024

** Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Insolvency Law, nircandemirtas@aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5215-6945
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1001

Elektronik Yargı Faaliyetinde Adli Belge Anlayışı ile Elektronik Araçların Kullanılması Meselesine Genel ve Sınırlı Bir Bakış

Öz

Bu çalışmada elektronik yargı faaliyetinde genel anlamda adli elektronik belge anlayışına ve geleneksel medenî usûl hukuku bakış açısıyla halihazırda gerçekleşmekte olan yargıda elektronikleşme adımlarına son derece genel ve sınırlı bir bakış sunulmaktadır. Elektronik yargı faaliyetinde adli elektronik belge, elektronik veri, elektronik ortam ve elektronik araçların ne şekilde kurgulanmış olduğu ve nasıl bir yer tutabileceği birkaç örnekle kısaca mercek altına alınmaktadır. Bu bağlamda, elektronik maddi/şekli yargı faaliyetlerinden ve adli elektronik belgelerin oluşturulduğu ya da saklandığı elektronik adli sistemlerden örnekler üzerinden kısaca söz edilmektedir. Yapay zeka araçlarının kullanımı, elektronik duruşma ve güvenli elektronik imzanın esasları gibi meseleler, konuyu fazlaca genişlettiğinden ve ayrıca tartışılabilir genişlikte alanlar olduğundan bu çalışmanın doğrudan kapsamına alınmamıştır.

Anahtar Kelimeler: *Elektronik yargı, adli elektronik belge, elektronik belge, elektronik yargı ağı, adli elektronik işlemler*

INTRODUCTION

Similar to the fact that classical documents are generally embodied on paper, recorded in the physical filing environment with traditional filing methods and archived in archive rooms; electronic documents are also embodied by occupying a virtual space and are recorded and stored in the electronic storage, which is also its own natural environment¹.

It is recognized that there are basically two types of electronic media. These are online and off-line electronic environments². It should be noted that it has become extremely rare to come across an electronic environment that is not online, especially today, when concepts such as

¹ Alexander Roßnagel/ Maxi Nebel; “Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente”, NJW, 2014, p. 886-891, p. 886, available on beck-online.de, accessed 21.05.2022.

² Franz Hasenböhler, *Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 1 Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte*, Schulthess Verlag, Zurich, 2015, p. 185, para. 5.38, 5.39; Billur Yaltı, *E-İmza ve E-Belge: Kağıtsız ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk-I, Vergi Sorunları*, Nisan 2001, V. 151, p. 127-135, p. 131; Mine Erturgut, “Elektronik İmza Bakımından E-Belge ve E-İmza”, *Bankacılar Dergisi*, V. 48, 2004, p. 66-79, p. 66 etc.

the Internet of Things are widely discussed and used. Today, electronic transactions, especially in terms of being the subject of legal disputes, are mostly carried out in online electronic environments.

In order to talk about and define an activity called electronic judgement, it is necessary to first understand the concept of electronic data as a meta-concept. However, it is also necessary to understand the concept of electronic media as a meta-concept. For example, considering that the majority of judicial proceedings in Turkish Law today are carried out through the National Judicial Network Project Informatics System, it does not seem possible to perform judicial activities without understanding the use of the National Judicial Network Project Informatics System³. Understanding their working system in general and how they should be used seems to be an important step in actively using electronic judicial activity.

In this study, although only general explanations are given, it has been tried to include general and selective information that a jurist may need to be aware of, especially in terms of electronic judgement, from a very narrow perspective. The aim of this study is to classify and understand electronic data which are possible judicial documents. For this reason, some concepts are explained only in general terms, but deep discussions are not included in order not to get away far from the subject.

I. The Importance and Necessity of Understanding the Concepts of Electronic Data and Electronic Environment as Meta Concepts

The concepts of electronic media, data carriers and digital data are discussed here as meta-concepts. In order to understand electronic documents, it is first of all very important to categorise them accurately⁴. Just like a promissory note, an electronic document also has elements. According to these elements, the nature and examination procedure of the

³ For further information see <https://www.uyap.gov.tr/Hizmetler>; <https://www.uyap.gov.tr/Projeler>; <https://www.uyap.gov.tr/Altyapi>, accessed 21.09.2022.

⁴ For difficulties of understanding the difference of various electronic documents and evidence based discussions see Helmut Rüssmann, "Moderne Technologien im Zivilverfahren", 53 *Annales U. Sci. Budapestinensis Rolando Eotvos Nominatae*, 2012, available on (HeinOnline) accessed 21.09.2022, p. 418, 419; fn. 111; Richard Zöller, *Zivilprozessordnung*, 33. A., Otto Schmidt, 2020, § 371 para. 1; Arnd Becker, *Elektronische Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess*, Peter Lang, 2004, p. 10; Ignacio Czeguñ, "Beweiswert und Beweiskraft digitaler Dokumente im Zivilprozess", *JuS*, 2004, p. 124-126, p. 126. Also see Margarethe Bergman/ Sirgfried Streitz, "Beweisführung durch EDV-gestützte Dokumentation", *CR*, 1994, p. 77-83, p. 78; Henning von Sponeck, "Beweiswert von Computerausdrucken", *CR*, 1991, p. 269-273, p. 270, 272.

electronic document may change. For this reason, first the characteristics such as the type of electronic data, how it is recorded and how it is classified in terms of its technical elements are important.

As stated above, it has become the new normal to keep files in electronic media rather than physical media. Just as a paper document needs a physical medium, an electronic document also needs an electronic medium. In other words, just as classical documents are generally embodied on paper, recorded in the physical filing environment with traditional filing methods and archived in archive rooms, electronic documents are also embodied by occupying a virtual space in the electronic environment, which is its natural environment, and are recorded and stored in the electronic environment, which is also its own habitat.

Moreover, as pointed out above, concepts such as the Internet of Things have been widely discussed recently⁵. Therefore, considering the widespread use of electronic devices, it should be noted that it has become extremely rare to come across an electronic environment that is not online. Today, electronic transactions, especially in terms of being the subject of legal disputes, are mostly carried out in online electronic environments.

Online electronic environment is divided into two main sub-headings. These are the general network, i.e. the internet environment and the relatively newer cloud computing environment. In particular, cloud computing environment is a highly innovative electronic data storage environment and is nowadays being widely discussed⁶. Especially following the emergence and widespread use of cloud computing, the tradition of data immigration is being abandoned. This means that even the devices where the data is physically stored need to be recorded and transferred to the devices that physically carry them. The cloud computing system can even eliminate this need. Thus, an application that supports the concept that can be defined as the statelessness of electronic data has also emerged.

The importance of these concepts ultimately hits two important

⁵ Armağan Bozkurt-Yüksel; “Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönünden İncelenmesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, V. 2, (Aralık 2015), p. 113-140, p. 116 etc.

⁶ Kutan Koruyan/Fatma İtır Bingöl, “Bulut Bilişim Hizmet Sağlayıcılarının Veriyi Koruyamamaları Durumuyla İlgili Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukundaki Düzenlemeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, 17(3), 367-388, p. 370 etc., available on <https://Doi.Org/10.16953/Deusbed.67150> accessed 21.09.2022.

points. The first of these is the electronic transactions and documents corresponding to the procedural proceedings, which can be regarded as the formal proceedings of the judgement. For example, a hearing transcript kept in an electronic environment, the electronic transmission of a party's procedural action to the court and its recording in an electronic environment, etc.⁷. On the other hand, there are transactions that may be referred to as the material transactions of the proceedings, especially those related to the law of evidence. An important point that should be known about the transactions related to the law of evidence is that when the proof activity is carried out on the electronic document, the physical environment almost loses its importance. The real meaning of this is as follows: For example, in a traditional judicial activity, the place where all kinds of procedural procedures or proof activities are carried out is usually the courtroom. Naturally, there may be exceptions to this, such as discovery and the authority of the expert to examine on site. However, when an electronically stored data is analysed, the environment of that data will be none other than an electronic environment.

II. Electronic Signature as an Important Element of Transactions Performed Electronically

The most important element of the electronic document is undoubtedly the electronic signature. For this reason, the definition of electronic signature, its types and its place in the legislation are extremely important in electronic judicial activity⁸. An electronic signature, depending on the type of signature, will indicate the value of an electronic document in two aspects. The first of these is the place and reliability of that electronic document in the electronic case file. The second is that the signature is an important element that reveals the strength of proof of that document. This means that, depending on the nature of the signature, that document may turn into a means of proof that binds the judge in the proof activity. The most important example of this is that the deed evidence, which is accepted

⁷ Mustafa Serdar Özbek/Mehmet Ertan Yardım, "Elektronik Noterlik İşlemleri", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, B. 3, V. 1, Ocak 2016, p. 3-118. p. 10 etc.; Mustafa Serdar Özbek, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", *Cevdet Yavuz'a Armağan*, 2016, p. 2213-2282, p. 2215 etc.; Alexander Roßnagel, "Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen – Die EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste", *NJF*, 2014, p. 3686-3692., p. 3690; Roßnagel/Nebel, *Gescannter Dokumente*, p. 886 et seq.

⁸ Özbek/Yardım, *Elektronik Noterlik*, p. 13.

as conclusive evidence in the Turkish Code of Civil Procedure, is a type of evidence that binds even the judge themselves⁹. If there is a fact that needs to be proved by absolute evidence, the judge will be bound by that absolute evidence according to the circumstances¹⁰.

After the importance of the signature element in the electronic document and the types of electronic signature are discussed in general terms, it is necessary to examine the most common types of electronic documents in the courts. It would be useful to provide a non-limited number of examples and explanations, especially the types of electronic documents that are most frequently encountered in court files, in order to illustrate which types of electronic documents may be in need of the judge's direct perception in a civil proceeding. In addition, it is likely that new documents that have never been mentioned here will be brought in front of the judges in a short period of time, depending on the use of new types of electronic documents.

III. An Overview of Electronic Judiciary and Digitalisation of Judicial Activities of Courts

A. In General

Electronic judiciary refers to the execution of judicial activities in electronic environment as a whole. The concept of electronic judiciary is a broad concept that covers the virtual hearing and all other judicial

⁹ Evidence is the instrument used for the proof of a fact, which enables the judge to perceive the events that took place outside the court in order to transfer them to the proceedings. In this context, see Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, B. I-VI, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, B. II, p. 1966; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. E., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, p. 484; Oğuz Atalay, *Pekcanutez Usûl – Medenî Usûl Hukuku (3 Cilt)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, p. 1731; Necmettin Berkin, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, İstanbul, 1969, p. 169; İlhan Postacıoğlu, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 3. E., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, 1975, p. 527; Baki Kuru/Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, İkinci Baskı, B. I-II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, p. 616; Serdar Nart, "Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat", *DEÜHFD*, B. 9, V. 1, 2007, p. 207-232, p. 208; Oğuz Atalay, "Emare İspatı", *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 18, V. 70, 1999, p. 7-22, p. 7-8.

¹⁰ In German law, the law gives the judge discretionary authority in terms of evidence, but it is stated that the evidence of the promissory note gains extra strength with certain presumptions. In this direction, see Dieter Leipold, "Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess", *Festschrift für Walter Gerhardt*, Köln 2004, p. 563-585, p. 570; Eberhard Schilken, "Gedanken zum Anwendungsbereich von Strengbeweis und Freibeweis im Zivilverfahrensrecht", *Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag Band II Zivilrecht*, Karlsruhe, 2004, p. 649-662, p. 655.

proceedings included in the judicial activity. This may include the collection of judicial documents by the courts, preparation of minutes, filing, collection of evidence and all other proceedings related to the judgement.

B. Formal and Substantive Judicial Activities

1. In General

As it is known, courts fulfil their judicial activities through the clerical office of the court. It is a rule that each court has a court clerk's office and clerks. They assist the judge in the administrative and judicial organisation of the courts. Accordingly, the judicial activity of the courts is divided into two. These are formal judicial activities, including the internal affairs of the courts, and substantive judicial activities, which are the main task of the courts ¹¹.

The closer the decision is to the material truth in a trial, the better the substantive judicial activity is carried out. In other words, the substantive judicial activity rather refers to the procedures that touch the core or substance of the proceedings. For example, the examination of the evidence by the judge is a substantive judgement activity. Similarly, the substantive judicial activity in a broad sense is identified with the investigative phase, which is the phase where the evidence is evaluated in Turkish law. In this context, although the judicial activity in the literal sense refers to the judicial activities in the substantive sense, it is necessary to examine which transactions can be carried out by the courts under the name of electronic judgement, especially within the scope of the evidence activity. The first step of electronic judgement is for the courts to obtain the electronic data related to the case file through an electronic environment. The second step is to receive, evaluate and store the electronic data duly delivered to the courts as a means of evidence or as a judicial document, depending on its nature.

It is possible to divide the electronic judicial activity into two as formal and substantive electronic judicial activity, just as the basic judicial activity is divided into two. Accordingly, the second step mentioned above is within the scope of electronic judicial activity in the substantive sense. In particular, it is stated that if the examination of evidence can be carried out in a healthier way in the electronic environment, they should be examined

¹¹ Richard Susskind, *Online Courts and Future of Justice*, Oxford University Press, 2019, p. 197, 198; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özokes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. E., On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, p. 25 et seq.

in their own environment by means of appropriate tools¹². For example, a document that is traditionally submitted to the court file printed on paper can be scanned and transferred from paper to electronic media in accordance with the digitalisation practices in the judiciary¹³.

Thus, in the electronic environment, the courts first receive the electronic data duly transmitted to them and then examine these data in the electronic environment. This activity of obtaining and examining evidence refers to electronic judgement in a material sense. The procedures such as conducting discovery on electronic data, conducting expert examination, hearing witnesses electronically, sending and receiving various judicial documents electronically, and making electronic notification are examples of electronic judicial proceedings. In addition, holding a virtual hearing is also within the scope of electronic judicial activity.

2. Necessity of Legal Arrangements for the Implementation of Electronic Judiciary and Judicial Electronic Document Transactions

In this context, legal regulations are needed in order to realise electronic judicial activities. Special attention is paid to issues such as whether a judicial document has been received by the court or not, and on which dates it has been received. This is because time periods are of particular importance in terms of civil procedural law. For this reason, it is necessary to look at the provisions regulating electronic judiciary in a broad sense. In German Law, some regulations have been made in order to realise electronic judiciary. Firstly, a draft law called “Elektronischer Rechtsverkehr Gesetz” (ERGV) was prepared. However, the name of this draft law was later changed to “Justizkommunikationsgesetz” (JKomG). The Justizkommunikationsgesetz became applicable on 1 April 2005¹⁴.

The JKomG (Justizkommunikationsgesetz) amended some articles of the German Code of Civil Procedure and made some additions to it¹⁵.

¹² . Roßnagel/Nebel, *Gescannter Dokumente*, p. 886 et seq.

¹³ Roßnagel/Nebel, *Gescannter Dokumente*, p. 886 et seq.

¹⁴ Susanne Hähnchen, “Elektronische Akten bei Gericht - Chancen und Hindernisse”, *NJW*, 2005, p. 2257-2259, p. 2257; Henning Müller, “eJustice – Die Justiz wird Digital”, *JuS*, 2015, p. 609-613, p. 609; Hans Michael Malzer, “Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz”, *DNotZ*, 2006, p. 9-32, p. 9; Onur Oğlakçıoğlu, “Medenî Usûl Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim” *Aydın*, 2008, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

¹⁵ Hähnchen, *Elektronische Akten bei Gericht*, p. 2257; Müller, *eJustice*, p. 609; Malzer,

The JKomG or the Law on Judicial Communications has introduced regulations on the principles of electronic form in legal proceedings. However, important amendments have also been made regarding the place and effect of electronic documents in terms of the law of evidence. Accordingly, documents signed with a qualified electronic signature are no longer the subject of judicial inspection evidence and are now recognised as the subject of documentary evidence¹⁶.

In addition, there are various regulations in Swiss law that can support electronic judicial activities and provide the opportunity to issue judicial electronic documents. Some of the main electronic media and electronic data regulations concerning the Swiss Law can be listed by giving examples as follows: Qualified electronic signature as a substitute for handwritten signature (OR Art. 14, 2), storage of electronic data by the auditor (OR Art. 730c, 1), management and keeping of the commercial register by using information technologies (OR Art. 929a), electronic storage of commercial documents (OR Art. 957 and 963), regulation of prohibited contact by electronic methods (ZGB Art. 28b, 1 and 2), electronic certification of civil status (Art. 39 and Art. 48, 5 ZGB), maintenance of the land registry using information technologies (Art. 942 ZGB), electronic communication with the land registry offices (Art. 949a, 2 and 3 ZGB), electronic administrative communication pursuant to the Trademark Protection Act, Design Act and Patent Act (Art. 40 MSchG, Art. 26a DesG, Art. 65a PatG)¹⁷. As can be seen, there are many adaptation regulations in Swiss law for the use of electronic data in daily life and its incorporation into the jurisdictional law. It is seen that information technologies are tried to be used as much as possible in the field of civil procedure law and civil law. In terms of electronic data, a distinction is made in terms of being signed and unsigned. Electronic data is a data subject to the free evaluation of evidence by the court¹⁸.

Elektronische Beglaubigung und Medientransfer, p. 9.

¹⁶ Hähnchen, *Elektronische Akten bei Gericht*, p. 2257; H. Müller, *eJustice*, p. 609; Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

¹⁷ For further information, see Heinrich Andreas Müller, *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar*, 2.A., Dike Verlag AG, 2016, p. 1442.

¹⁸ Müller, *ZPO*, p. 1422, para. 17-20.

3. The Importance of the Signature Once Again Reveals Itself: Equating Electronic and Handwritten Signature

With the Justizkommunikationsgesetz, it is expressed that in German law it is desired that the electronic signature has the same value as a handwritten signature¹⁹.

This idea in German law is parallel to the value attributed to secure electronic signature in Turkish law, and constitutes one of the most important manifestations of the effect of electronification on proof activities in the judiciary.

It is stated that the German legislator, by attaching a consequence to the signing of electronic documents with an electronic signature, foresees that they can be used in court and thus, a validity condition is imposed on electronic documents²⁰. For this reason, while mentioning electronic judiciary, it is thought that it will be guiding for this study to take a general look at and include the legal regulations made in this regard in German Law.

It is also necessary to briefly mention once again the regulation referred to as the Reform Law on Notification, which was introduced in 2001, in parallel with the important regulations mentioned above. The Law on the Reform of Notification was adopted on 25 June 2001 and, as its name suggests, it is a reform regulation considering the year of its adoption and the fact that it was enacted more than twenty years ago²¹. In order to understand the true spirit of these and similar reforming regulations, it may be useful to look at the other regulations introduced in 2001. After the Notification Reform Law, the “Law on the Adaptation of the Provisions of Private Law on Form and other Provisions to Modern Legal Relations” was adopted²². Adopted on 13 July 2001, this Law complements other electronic

¹⁹ Müller, *eJustice*, p. 609; Alexander Roßnagel/Stefanie Fischer-Dieskau, “Elektronische Dokumente als Beweismittel - Neufassung der Beweisregelungen durch das Justizkommunikationsgesetz”, *NJW* 2006, p. 806-808, p. 808. Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on oglakcioglu.av.tr accessed 20.12.2021.

²⁰ Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

²¹ Giesela Rühl, “Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure” *6 German Law Journal*, Vol. 06 No. 06, 2005, p. 910-942, p. 912 et seq.; Roßnagel/Fischer-Dieskau, *Elektronische Dokumente*, p. 808.

²² For further information about the Code, see “Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr”, *BGBI* 2001 I, S. 1542. Also see <http://www.egvp.de/software/dokumente/ZustellungsreformG.pdf>; Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

reform laws and shows how digitalisation can be concretely applied to the judiciary. In this context, a number of amendments to the Law have been enacted, introducing fundamental regulations on electronic filing, the acceptance of electronic documents in courts, the evidentiary nature of electronic documents and electronic notification²³.

This Code (FormVAnpG), which is briefly referred to as the Code on Harmonisation of Forms in the doctrine, has amended various laws and introduced form regulations that, as its name reflects, endeavour to make electronic documents and physical documents equivalent to each other in terms of form. For example, Article 126 of the German Civil Code (Bundesgesetzbuch - BGB) is a formal regulation. Furthermore, Article 126a was added to the German Civil Code by the Harmonisation of Forms Act (FormVAnpG). Accordingly, the first paragraph of Article 126a is as follows: “Unless otherwise provided by law, adding the name to the electronic form and signing it with a qualified electronic signature is sufficient to substitute the written form with the electronic form²⁴. ”

In the doctrine, along with this article, there is a point that is particularly emphasised due to its importance²⁵. This is the equivalence recognised in terms of electronic form. This step was taken for the first time with the Harmonisation of Forms Act mentioned here, which was followed by other regulations. Considering that it was adopted twenty-two years ago as of the writing of this research, it is obvious that it is a real reform and it is a regulation that supports the digitalisation movement, which started in many countries in the same years, in a very positive way.

In addition to the above-mentioned provision on form in Article 126a of the German Civil Code, Article 130a of the German Code of Civil Procedure should also be mentioned²⁶. Similar to Article 130a of the German Code of Civil Procedure, Article 130b regulates judicial electronic documents and the electronic form for judicial electronic documents²⁷.

²³ Rühl, *21st Century: The Reform*, p. 912 et seq.; Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

²⁴ Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021; Rühl, *21st Century: The Reform*, p. 912 et seq.

²⁵ Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021; Rühl, *21st Century: The Reform*, p. 912 et seq.

²⁶ Walter Zimmermann, *Zivilprozessordnung, 10.A., Bonn, 2016, §130a; Zöller, ZPO, § 130a.*

²⁷ Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021; Zimmermann, *ZPO, §130a; Zöller, ZPO, § 130a.*

Article 130b was added to the German Code of Civil Procedure by the German Code of Judicial Communications. Article 130b of the German Code of Civil Procedure, entitled “Judicial Electronic Documents”, reads as follows “Where the original signatures of judges, trustees, registrars, registry clerks or bailiffs are prescribed, it shall be sufficient for the document to be registered as an electronic document if the person concerned adds his name to the end of the document and signs the document with a “qualified electronic signature²⁸. ”

4. Two Reasons for Giving Examples from German Law: German Legislative Tradition and European Union Regulations

The most important reason why there is a tendency to focus on the German Code of Civil Procedure while providing explanations on electronic judgement is the detailed regulations in the German Code of Civil Procedure. The tradition of introducing detailed rules, which is accepted to be dominant in German law as a whole, has also manifested itself here. It can even be said that the German law-making tradition is elaborative and this can be seen as a positive feature that enables the utilisation of German law in comparative law. Namely, Articles 130a and 130b separately regulate the meeting of electronic documents with the court and the filing processes. The importance of Articles 130a and 130b for this study lies in the procedure in which electronic documents, which are intended to be submitted as electronic legal documents or electronic evidence, will be presented to the court and the method/tool by which they will be examined by the judge. In order to explain all these, it is necessary to first understand Articles 130a and 130b, which stipulate the principles of submission of electronic documents to the court. In summary, it is possible to state the following: Article 130a regulates the procedure for the actors of the proceedings other than the judge to submit electronic documents to the court²⁹. Article 130b, on the other hand, is more related to the internal functioning of the court³⁰.

Another important reason is the endeavour in German law to follow the European Union rules in a rigorous and comprehensive manner. While describing the steps taken in Germany with regard to electronic judiciary, the issue of how to start implementation in connection with the reforms is

²⁸ . Zimmermann, ZPO, §130b; Zöller, ZPO, § 130b.

²⁹ Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung, 20. Auflage, 2023*, § 130a.

³⁰ Musielak/Voit, ZPO, § 130b.

discussed as an example³¹. Indeed, the judicial reform efforts in German law are shown as an example of the steps taken in terms of digitalisation in the judiciary³². Pilot courts were selected as the first step for the implementation of these new reforming regulations. In this context, it is emphasised that the pilot application was implemented in the Hamburg Tax Court in 1999 and that this was a first in history³³. The practice at the Hamburg Tax Court continued as a pilot application for approximately two years. It is important to emphasise in this respect that the Hamburg Tax Court was the first judicial authority to accept applications by electronic mail³⁴. In connection with all these developments, the importance of the electronic signature supporting the concept of electronic judgement is once again emerging. Article 2, paragraph 3 of the German Electronic Signature Act of 2001 regulates the nature, format and encryption of electronic documents.

The above-mentioned Judicial Communication Act has also amended the German Code of Civil Procedure. Accordingly, Article 299 of the German Code of Civil Procedure has been amended, and the features that bind all statements together and reveal their importance in terms of civil procedural law have been emphasised. Thus, the issues concerning the electronic judgement, which are important for the subject matter of this study, have been placed on a relatively more solid legal basis. In particular, the electronic examination of the judicial file and the creation of copies of the originals in the electronic environment are now included in the German Code of Civil Procedure³⁵.

In German law, an important issue regarding the sending of electronic documents to the court via electronic mail is the issue of signature. Accordingly, in order for the court to accept and examine the electronic document sent to it, the document must be signed with an

³¹ Musielak/Voit, ZPO, § 130b. Also see Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

³² Michael Huber; “Verfahren und Urteil erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil. Weitere besonders wichtige Änderungen im Verfahrensrecht erster Instanz”, *JuS*, 2002, p. 690-693, p. 690 et seq.; Rühl, *21st Century: The Reform*, p. 912 et seq.

³³ Huber; *wichtige Änderungen im Verfahrensrecht*, p. 690 et seq.; Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

³⁴ Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021; (<http://fhh.hamburg.de/stadt/Aktuell/justiz/gerichte/finanzgericht/elektronischer-rechtsverkehr/start.html>).

³⁵ Oğlakçioğlu, *Elektronik Adli İletişim*, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

electronic signature. However, the signature in question should not be an ordinary signature, but a qualified electronic signature. In fact, it is specifically emphasised that the fact that this document is signed with a qualified electronic signature is a matter that fulfils the requirement of form³⁶. As can be seen, the institution of signature once again emerges as an important and distinctive element for all kinds of electronic documents. For this reason, the issue of signature and electronic signature has been the subject of a separate chapter in this research.

In the context of this strict rule regarding the existence of a qualified electronic signature, an opinion has been expressed in the doctrine in order to soften the losses caused by this strictness³⁷. As a rule, for documents sent to the court via electronic mail, each document must be signed separately with a qualified electronic signature. However, according to this opinion, it should not be expected that each of the documents sent to the court electronically should be signed with a qualified electronic signature separately. In other words, it is stated that the fact that only one of the electronic documents submitted to the court by electronic procedure is signed with a qualified electronic signature should be sufficient for the accompanying documents to be accepted as signed by the person who has the qualified electronic signature. As a rule, for documents sent to the court via electronic mail, each document must be signed separately with a qualified electronic signature. However, according to this opinion, it should not be expected that each of the documents sent to the court electronically should be signed with a qualified electronic signature separately. In other words, it is stated that the fact that only one of the electronic documents submitted to the court by electronic procedure is signed with a qualified electronic signature should be sufficient for the accompanying documents to be accepted as signed by the person who has the qualified electronic signature³⁸.

However, in order for this to be accepted, it is expected that the party submitting the electronic documents must at least undertake that they are in conformity with the original. This commitment and the expectation of declaration of conformity to the original can be likened to the “‘as original’

³⁶ See Leyla Keser Berber, *İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza*, Ankara, 2002, p. 203.

³⁷ Musielak/Voit, ZPO, § 130a; Zimmermann, ZPO, §130a; Zöllner, ZPO, § 130a et seq.; Keser Berber, *Elektronik Para ve Dijital İmza*, s. 203.

³⁸ Keser Berber, *Elektronik Para ve Dijital İmza*, s. 203.

records” that are frequently used in practice and used when submitting copies of documents to the court. Thus, it may be possible to overcome the formal barriers constructed by the strictness of the qualified electronic signature that the Law insists on. Because the purpose of introducing the acceptance of documents through electronic environment into the law is basically to make the proceedings faster, cheaper and effortless. In addition, the maxim of procedural economy, one of the basic principles, also supports this approach.

5. The Issue of Submission Date as an Example of a Problem That May Arise

An important issue here is the date of submission if the electronic document is submitted to the court electronically. In this respect, the third paragraph of Article 130a of the German Code of Civil Procedure provides guidance. Accordingly, the time of submission of an electronic document shall be deemed to be the moment at which the electronic document is stored in the court’s system³⁹.

In other words, the moment the sent electronic document leaves the possession of the sender is not accepted as the date of submission. However, technically, sending and receiving operations can take place within seconds. Therefore, the sending and receiving times of a document transmitted to the court electronically will mostly have the same sending and receiving dates. However, if there is a dispute regarding such a fact, i.e. the sending and receiving times, this may need to be investigated by the court within the framework of the judge’s duty to enlighten the case.

An important point to be noted here is that the date when the electronic document is printed out and physically placed in the court file cannot be accepted as the date of submission. In this respect, the fact that the electronic document is printed out to be placed in the physical court file does not lead to a change in the dates.

In terms of electronic documents, the concepts of printout and copy are of additional importance⁴⁰. Two important features stand out in terms of copies of electronic documents. The first one, as mentioned above⁴¹, is

³⁹ See Musielak/Voit, ZPO, § 130a; Zimmermann, ZPO, §130a; Zöller, ZPO, § 130a et seq.

⁴⁰ Johann Bizer/Volker Hammer, “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel”, DuD, 11/1993, p. 622; Erturgut, Elektronik İmza, p. 67.

⁴¹ Bizer/ Hammer “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel”, DuD, 11/1993, p. 622; Erturgut, Elektronik İmza, p. 67.

that the date on which the electronic document is printed out cannot be accepted as the date on which the document was delivered to the court. The second feature is that the printout obtained from the printer is not the original document, but only a copy of it.

C. A few examples of Auxiliary Systems in Electronic Judiciary

Electronic judiciary means not only electronic judicial communication, but also a wider range of judicial activities carried out by means of electronic judicial assistants⁴². In order to carry out such an activity in a secure manner, various systems and software are needed. For example, the audio and video information system in Turkish law is an important part of this. This system is generally designed for judicial proceedings that need to be carried out through audio and video transmission⁴³. Today, in Turkish law, it is generally used in the criminal procedure rather than in the civil procedure.

In addition to the audio and video information system, another example is the virtual hearing system. This system, the electronic hearing platform, which allows the hearings to be held virtually, is also an important example of a system for conducting the judiciary electronically. Especially during the pandemic, in Turkish law, with an amendment made to the Code of Civil Procedure, if a virtual hearing is held, which can now be accepted by the judge even upon the request of one of the parties, the transactions in electronic environment are carried out through this virtual hearing platform. The proper functioning of such systems depends on the provision of appropriate and advanced infrastructure. In other words, it requires serious work and preparation in the background.

An important example in this context is Justitia 4.0, which is considered as the digitalisation and evolution of the judiciary in Switzerland⁴⁴. The project aims to involve more than 15.000 staff of courts and prosecutor's offices at all federal levels, as well as approximately 12.000 lawyers and staff in the processes of digitalisation in the judiciary⁴⁵. It is stated that the project is currently at the beginning of the realisation

⁴² Kevin D. Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2017, p. 122 et seq.

⁴³ Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, p. 225 etc.

⁴⁴ In this context, see [Justitia40.ch/de](https://www.justitia.ch/de), accessed 24.04.2023.

⁴⁵ In this context, see [Justitia40.ch/de](https://www.justitia.ch/de), accessed 24.04.2023.

phase after a long conceptual phase and the project processes to be realised until 2027 are planned⁴⁶.

Another example in Turkish law is electronic auction sale procedures. Such a system has been adopted in respect of movable goods and immovables that need to be sold through enforcement and are foreseen to be sold by auction procedure. The sale of seized goods through electronic auction is carried out with the security elements provided by the system. Thus, risks such as bid rigging, bid manipulation, informality, favouritism or special treatment are intended to be eliminated. Electronic sales and electronic auction information systems can be somewhat forcibly likened to the use of electronic commerce platforms, which are becoming increasingly widespread in the world today. Just as it is possible to shop regardless of time and place, it is now possible to carry out judicial electronic sales, seizure and restriction procedures electronically. Transactions such as payment of fees, costs and charges can be made through credit cards, debit cards, electronic letters of guarantee or electronic fund transfer, just like electronic commerce sites.

Considering the high number of case files especially in Turkish Law, it can be assumed that the number of users entering the system will also be extremely high. The high number of users requires a high capacity of the elements supporting the system. For example, the performance of an electronic information platform may be continuous depending on the number of visitors being within a predicted range. For example, an information platform that is planned for 1,000,000 user visits in a day may not function properly if 5,000,000 visitors demand service at the same time within an hour. In such an example, problems may occur in terms of servers and other systems supporting the platform. In order to overcome these problems, these support systems should be put into service by carrying out the necessary infrastructure works. Otherwise, there will be an indirect risk that access to justice cannot be provided due to technical reasons.

CONCLUSION

The first of the many important conclusions that can be reached in terms of this research is that the replacement of the traditional document approach with the electronic document is no longer a surprise for jurists. The point to be considered here is that in order for the electronic document

⁴⁶ *In this context, for further information see Justitia40.ch/de, accessed 24.04.2023.*

to find its proper place in the electronic judicial activity, it must first be defined correctly.

For this reason, as stated in this study, the technical concepts that may constitute the elements of electronic judgement should be drawn correctly at least to the extent that their framework can be understood. Electronic data is one of the most important of these concepts. Electronic data refers to a broad meta-concept that includes concepts such as electronic document and electronic promissory note, just as document is a broad concept that includes the concept of promissory note in Turkish law. In order to understand electronic judicial instruments correctly, electronic data and electronic environment must first be understood.

Understanding these concepts also brings the electronic signature to the forefront as an important element of the transactions carried out in the electronic environment. Since electronic signature is a wide research area in itself, it is not directly included in this study. However, conducting judicial electronic transactions, even in electronic environment, requires the evaluation of the electronic versions of the signature, which provides identification and security functions in terms of all kinds of legal transactions. The use of auxiliary tools related to signature in all kinds of electronic judicial systems regulating forensic electronic communication systems and judicial document exchange is an important aspect of this.

It would not be wrong to say that electronic judiciary refers to the execution of judicial activities in electronic environment as a whole. In this context, it is possible to divide judicial activities into two as formal and substantive judicial activities. As a result of this study, it can be concluded that it is also possible to classify judicial activities as electronic formal judicial activities and electronic substantive judicial activities.

A final conclusion to be reached here is that it may be more appropriate to bring the digitalisation of judicial activity to a general application area by first launching various pilot applications and going through certain trial periods. In addition, such change studies aiming at digitalisation must be carried out on a legal basis. Otherwise, there is a risk of damaging the deep-rooted principles of civil procedure law. In order to take steps in the name of modernisation, it should be ensured that the essence of long- and well- established principles that have been applied for centuries is not harmed and that the practitioners adapt to the practice over time in a way that will not alienate them.

Bibliography

- [1] Ashley, Kevin D.; Artificial Intelligence and Legal Analytics New Tools for Law Practice in the Digital Age, Cambridge University Press, 2017.
- [2] Atalay, Oğuz; “Emare İspatı”, Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, V. 70, 1999, p. 7-22.
- [3] Atalay, Oğuz; Pekcanitez Usûl – Medenî Usûl Hukuku (3 Cilt), 15. E., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- [4] Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin; Medenî Usûl Hukuku, 5. E., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- [5] Becker, Arnd; Elektronische Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, Peter Lang, 2004.
- [6] Bergman, Margarethe/ Streitz, Sirgfried; “Beweisführung durch EDV-gestützte Dokumentation“, CR, 1994, p. 77-83.
- [7] Berkin, Necmettin; Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.
- [8] Bizer, Johann/ Hammer, Volker; “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel”, DuD, 11/1993, p. 619-625.
- [9] Bozkurt-Yüksel, Armağan; “Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, V. 2 (Aralık 2015): p. 113-40.
- [10] Czeguhn, Ignacio; “Beweiswert und Beweiskraft digitaler Dokumente im Zivilprozess”, JuS, 2004, p. 124-126.
- [11] Erturgut, Mine; “Elektronik İmza Bakımından E-Belge ve E-İmza”, Bankacılar Dergisi, V. 48, 2004, p. 66-79.
- [12] Hähnchen, Susanne; “Elektronische Akten bei Gericht - Chancen und Hindernisse”, NJW, 2005, p. 2257-2259.
- [13] Hasenböhler, Franz; Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 1 Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrecht, Schultess Verlag, Zurich, 2015.
- [14] Huber, Michael; “Verfahren und Urteil erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil. Weitere besonders wichtige Änderungen im Verfahrensrecht erster Instanz”, JuS, 2002, p. 690-693.
- [15] Keser Berber, Leyla; İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik

Para ve Dijital İmza, Ankara, 2002.

[16] Koruyan, Kutan/ Bingöl, Fatma İtir; “Bulut Bilişim Hizmet Sağlayıcılarının Veriyi Koruyamamaları Durumuyla İlgili Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukundaki Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2016, 17(3), p. 367-388, p. 370 etc., available on <https://doi.org/10.16953/Deusbed.67150>, accessed 21.09.2022.

[17] Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü, B. I-VI, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001.

[18] Kuru, Baki/Aydın, Burak; Medenî Usul Hukuku El Kitabı, 2. E., B. I-II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

[19] Leipold, Dieter; “Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess”, Festschrift für Walter Gerhardt, Köln, 2004, p. 563-585.

[20] Malzer, Hans Michael; “Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz”, DNotZ, 2006, p. 9-32.

[21] Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang; Zivilprozessordnung, 20. Auflage, 2023.

[22] Müller, Henning; “eJustice – Die Justiz wird digital”, JuS, 2015, p. 609-613.

[23] Müller, Heinrich Andreas; Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2.A., Dike Verlag AG, 2016.

[24] Nart, Serdar; “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”, DEÜHFD, B. 9, V. 1, 2007, p. 207-232.

[25] Oğlakçioğlu, Onur; “Medenî Usûl Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim” Aydın, 2008, available on <https://oglakcioglu.av.tr/> accessed 20.12.2021.

[26] Oğurlu, Yücel; İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

[27] Özbek, Mustafa Serdar/ Yardım, Mehmet Ertan; ”Elektronik Noterlik İşlemleri“, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, B. 3, V. 1, Ocak 2016, p. 3-118.

- [28] Özbek, Mustafa Serdar; "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, p. 2213-2282.
- [29] Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11. E., On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- [30] Postacıoğlu, İlhan; Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 3. E., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, 1975.
- [31] Roßnagel, Alexander/ Fischer-Dieskau, Stefanie; "Elektronische Dokumente als Beweismittel - Neufassung der Beweisregelungen durch das Justizkommunikationsgesetz", NJW 2006, p. 806-808.
- [32] Roßnagel, Alexander/Nebel, Maxi; "Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente", NJW, 2014, p. 886-891.
- [33] Roßnagel, Alexander; "Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen – Die EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste", NJF, 2014, p. 3686-3692.
- [34] Rühl, Giesela; "Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure" 6 German Law Journal, Vol. 06 No. 06, 2005, p. 910-942.
- [35] Rüssmann, Helmut; "Moderne Technologien im Zivilverfahren", 53 Annales U. Sci. Budapestinensis Rolando Eotvos Nominatae, 2012, available on (HeinOnline) accessed 21.09.2022.
- [36] Schilken, Eberhard; "Gedanken zum Anwendungsbereich von Strengbeweis und Freibeweis im Zivilverfahrensrecht", Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag Band II Zivilrecht, Karlsruhe, 2004, p. 649-662.
- [37] Susskind, Richard; Online Courts and Future of Justice, Oxford University Press, 2019.
- [38] von Sponeck, Henning; "Beweiswert von Computerausdrucken", CR, 1991, p. 269-273.
- [39] Yaltı, Billur; E-İmza ve E-Belge: Kağıtsız ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk-I, Vergi Sorunları Dergisi, Nisan 2001, V. 151, p. 127-135.
- [40] Zimmerman, Walter; Zivilprozessordnung, 10.A., Bonn, 2016.
- [41] Zöller, Richard; Zivilprozessordnung, 33. A., Otto Schmidt, 2020.

CMK M. 139 VE M. 140 HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE GİZLİ SORUŞTURMACI İLE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME TEDBİRLERİNİN BİRLİKTE UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU *

Öğr. Gör. İmge KUZGUN**

Öz

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirleri arasında yer almaktadır. Her iki koruma tedbiri de kendilerine ilişkin maddelerde yer alan katalog suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığı ve başka şekilde delil elde edilememesi durumunda diğer şartların da sağlanması halinde uygulanabilecektir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin kanuni düzenlemeye 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile “*Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir.*” cümlesi eklenmiştir. Kanun koyucu günümüzde geline nokta klasik koruma tedbirlerinin suçla mücadelede ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında istenen faydayı sağlayamaması sebebiyle teknolojik imkanlardan yararlanmak ve özellikle örgüt çerçevesinde işlenen suçların aydınlatılması amacıyla gizli soruşturma tedbirlerini düzenlemiştir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı kanun ile getirilen söz konusu ek cümle her iki tedbirin özelliklerini barındıran ayrı bir düzenleme olmuştur. Bu çalışmada teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri genel bir değerlendirmeye tabi tutulmuş, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı kanun ile getirilen ek cümle kapsamında her iki tedbirin bir arada uygulanabilirliği ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, koruma tedbiri, örgüt, örgütlü suç*

*Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.08.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 21.11.2023

** İzmir Kavram Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Adalet Programı, imge.kuzgun@kavram.edu.tr,

ORCID : 0000-0002-6184-881X

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1002

Evaluation Of The Additional Sentence Introduced To The Criminal Procedure Law No 5271 By The Law Dated 28.03.2023 And Numbered 7445 Within The Framework Of Art. 139 And Art. 140 Of The Criminal Procedure Law

Abstract

The appointment of a secret investigator and monitoring with technical means are among the protection measures regulated in the Criminal Procedure Law No. 5271. Both protection measures can be applied in the event that there is a strong reason for suspicion based on concrete evidence that the catalog crimes in their respective articles have been committed and other conditions are met in the event that they cannot be obtained in any other way. With the Law dated 28.03.2023 and numbered 7445, the sentence “*The judge may allow the investigator to make audio or video recordings for the purpose of collecting evidence in public places and workplaces in terms of the offence specified in subparagraph (1) of paragraph (a) of the seventh paragraph.*” was added to the measure of appointing a Secret Investigator. Since the classical protection measures cannot provide the desired benefit in combating crime and revealing the material truth at the point reached today, the legislator has regulated secret investigation measures in order to benefit from technological opportunities and to illuminate the crimes committed within the framework of the organization. The additional sentence brought to the measure of assigning a secret investigator with the law dated 28.03.2023 and numbered 7445 It has been a separate regulation that contains the characteristics of both measures. In this study, surveillance with technical means and the measure of assigning a secret investigator are subjected to a general evaluation, the applicability of both measures together within the scope of the additional sentence brought to the Criminal Procedure Law No. 5271 with the Law No. 7445 dated 28.03.2023 is discussed.

Keywords: *The observation with technical tools, undercover investigator, protective measures, organized crime*

Giriş

Gizli soruşturma tedbirleri, kanun koyucunun suçlarla etkin mücadelenin gerçekleştirilmesi gayesi ile düzenleme altına aldığı tedbirlerdir. Teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesi gizli tedbirler arasında yer almaktadır. Gizli olmaları sebebi ile muhatabın haberinin olmaması temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ağırlığını arttırmaktadır. Bu nedenle kanunla düzenlenmesinde hassasiyetle davranılması gerekir.

Teknik araçlarla izleme 140. madde ile, gizli soruşturmacının görevlendirilmesi 139. madde ile birbirinden bağımsız halde ayrıntılı şekilde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Her bir tedbirin uygulanma yerleri, süreleri ve hakkında başvurulacak suçlar farklılık gösterse de, bazı şartlar bakımından ortak özellikleri bulunmaktadır. Hangi tedbirin uygulanması gerektiğine somut olayda karar verilecektir.

7. Yargı Paketi olarak kamuoyunda duyulan ve 139. maddeye 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile getirilen ek cümle, her iki tedbirin bir arada uygulanabilirliğinde tartışılması gereken bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Dikkat edilmesi gereken, anılan bu ek cümle ile hakim gizli soruşturmacıya belli suçlar bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses ve görüntü kaydı yapmasına izin verebilir. Söz konusu ek cümle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbir şartlarına ilave kaideler getirdiği gibi, ilave cümle kapsamında tedbirin uygulanması için m.140 kapsamında değerlendirilebilecek teknik araçlarla izleme tedbirindeki şartların tamamının da aranmadığı görülmektedir.

Bu çalışmada teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerin genel değerlendirilmeleri ışığında 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile getirilen “*Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir.*” hükmünün meydana getirdiği değişiklikler nezdinde CMK m. 139, m.140’ın birlikte icra edilebilirliği, tartışmalı yönleriyle birlikte değerlendirilmiş, bazı önerilerde bulunulmuştur.

I. Teknik Araçlarla İzleme

Teknik araçlarla izleme ceza muhakemesi koruma tedbirlerinden biridir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Altıncı Bölümü'nde “Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” başlığı altında teknik araçlarla izleme tedbiri hüküm altına alınmıştır (m. 140).

Bu tedbire ilk olarak mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde “gizli izleme” olarak yer verilmişti. Söz konusu tedbirin adı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda teknik araçlarla izleme olarak düzenlenmiştir. Mülga düzenlemeye kıyasla tedbirin başvurulabileceği katalog suçların kapsamı genişletilmiş iken, yer bakımından uygulanması daraltılmıştır. Şöyle ki, mevcut düzenleme uyarınca kamuya açık yerlerde ve işyerinde teknik araçlarla izleme gerçekleştirilebilecek olup, kişinin konutunda bu tedbirin uygulanması mümkün değildir.

Konutun eş anlamlısı olarak ifade olunan mesken, insanların içinde yaşamlarını sürdürdükleri, ev, apartman, ikametgah anlamına gelmektedir¹.

A. Kavram

Kanun koyucu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde teknik araçlarla izleme koruma tedbirine yer vermiş, fakat tanımından bahsetmemiştir. Kanun koyucu maddedeki düzenleme ile teknolojik imkanlardan faydalanmak suretiyle izlemeyi kastetmektedir. Bu itibarla teknik kelimesi aslında teknolojik yerine kullanılmaktadır. Teknik araç teknolojik araçları ifade etmektedir. Dolayısıyla insan duyu organları ile algılanmasının mümkün olmadığı takip işlemleri teknolojik imkanlardan faydalanılarak gerçekleştirilecektir.

Ceza Hukuku Uzmanları ve Organize Suçların Kriminolojik Görünümleri Komitesi tarafından 15 Mart 2000 tarihinde Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporunda² “teknik araçlarla izleme” yerine “gizli izleme” ifadesi kullanılmıştır. Komite'ye göre, gizli izleme kavramı şüphelilerin iştirak ettikleri suçla alakalı delil veya istihbaratlara erişebilmek amacıyla özel elektronik ekipmanlarla ya da bir kişi aracılığıyla onların hareketlerinin gizli bir şekilde görüntülenmesi olarak tanımlanmıştır³.

B. Amaç

Arama, el koyma, yakalama gibi klasik tedbirlerin örgütlü suçların faaliyetlerinin tespit edilmesinde yetersiz kalması, teknik araçlarla izleme

¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, (<https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 30.16.2023).

² Komite hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/cdpc>, erişim tarihi 29.06.2023.

³ BİRTEK, Fatih (Çev.), “Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporu (En İyi Uygulama Mütalaası 3)”, TBB Dergisi, 2011 (94), s. 393-428, s. 411 ve 423.

tedbirinin uygulanmasına neden olmuştur⁴. Teknik araçlarla izlemeye kişiler bulduğu ortama teknolojik cihazların yerleştirilmesi ile ortam dinlemesi, görüntü alınması yapılarak suç aydınlatılmaya çalışılmaktadır. Bazı durumlarda teknik araçlarla izlemenin, suçun işlendiğine dair delil elde etmek için tek yöntem olduğu belirtilir⁵.

C. Hukuki Niteliği

Koruma tedbirleri, kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merci kararıyla verilen ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden, hüküm verilmeden önce başvuru, ceza yargılamasını kolaylaştırmak ve maddi gerçeğe ulaşmayı engelleyecek halleri engelleme amacı taşıyan işlemlerdir⁶.

Doktrinde teknik araçlarla izlemenin niteliğine ilişkin tartışma mevcuttur. Bir görüş, teknik araçlarla izlemenin koruma tedbiri olduğunu savunurken⁷, diğer görüş aksi yöndedir. İkinci görüşe göre teknik araçlarla izleme bir araştırma vasıtası olarak kabul edilmektedir⁸. Amaçsal yorumla hareket edildiğinde ve sistematik açıdan teknik araçlarla izlemenin diğer koruma tedbirleri arasında düzenlenmiş olması göz önüne alındığında, hukuki nitelik bakımından koruma tedbiri olduğu sonucu çıkmaktadır. Teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin de düzenleniş şekline baktığımızda düzenleme içerisinde tedbirin süreye bağlandığı sürenin sonlanmasıyla elde edilen delillerin de imha edileceği vurgusu yapılmıştır.

D. Şartları

1. Kişi Bakımından

Kanun koyucu, kararın verilmesinde yetkili mercii olarak soruşturma aşamasına işaret ediyor görünse de⁹ madde devamında açıkça

⁴ ÇOLAK, Haluk/ TAŞKIN, Mustafa *Ceza Muhakemesi Kanunu: Açıklamalı - Karşılaştırmalı - Uygulamalı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005. s. 474*

⁵ ŞERB, Stancu, UNGUREANU, Petre, "Considerations on The Use of Technical Surveillance In Criminal Proceedings", *Acta Universitatis George Bacovia. Juridica - Volume 5. Issue 2/2016, s. 2.*

⁶ ŞAHİN, İlyas, *Teknik Araçlarla İzleme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 s. 18*; ÖZTÜRK, Bahri/ DURMUŞ, Tezcan/ ERDEM, Mustafa, Ruhan/ GEZER, Sırma, Özge/ KIRIT, SAYGILAR, Yasemin, F./ ÖZAYDIN Özdem/ AKCAN ALAN Esra/ TÜTÜNCÜ Erden Efser/ TOK Mehmet Can, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2023, s.434.*

⁷ ÖZGÜVEN, A. Duygu, "Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde "Adli Kontrol", *TBB Dergisi, S. 81, Mart 2009, s. 314-315.*

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku. 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022, s. 483.*

⁹ TURİNAY, Y. Faruk, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme", *TAAD, Y. 2, S. 46 (Nisan 2021), s. 427-428.*

sanıktan da bahsediliyor olması tedbirin hem şüpheli hem de sanık hakkında uygulanabileceğini göstermektedir. İzlemeye takılan üçüncü kişilerin ses ve görüntü kayıtlarının karar kapsamında olmamasına karşın delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorun teşkil eder. Örneğin; teknik araçlarla izleme tedbiri şüpheli/sanığın işyerinde uygulanıyordur fakat tedbirin uygulanmasında şüpheli/sanık ile birlikte 3. kişilerin konuşma ve/veya görüntüleri de dahil olmuştur. Bu sorunlar çalışmamız kapsamında yer almadığından incelenmeyecektir.

2. Yer Bakımından

Teknik araçlarla izleme tedbiri kamuya açık yerlerde ve iş yerlerinde uygulanabilir. Dolayısıyla kişinin konutunda teknik araçlarla izleme yapılamaz. Kanun koyucu konutta tedbirin uygulanmasına imkan vermeyerek kişilerin mahrem alanına müdahaleyi engellemek istemiştir.

Kamuya açık yerler, alan olarak açık ya da kapalı olması fark etmeksizin kişilerin girip çıkabileceği, dolaşabileceği meydan, cadde gibi yerlerdir¹⁰. Dolayısıyla terminaller, toplu taşıma araçları, ibadethaneler, iş yerleri de kamuya açık yer olarak sayılabilir¹¹.

Yargıtay' a göre kamuya açık alan, orada bulunan kişilerin makul bir gizlilik beklentisi içinde bulunmadığı, kişilerin özel ilişkide bulunma olasılığının olmadığı yerlerdir¹². Kamuya açık alanda kişi, faaliyetlerinde başkasının haberdar olmasında bir sakınca görmez. Zira bu alanlarda gerçekleştirilen faaliyetler 3. kişi tarafından bilinmesinde sakınca görünmeyen özelliكتedir. Günümüzde iş yeri ver konutun bir arada özellik gösterdiği taşınmazlara rastlandığı gibi, teknolojiden yararlanılarak suçların faillerin yaşam alanlarını terke etmeden işlendiği görülmektedir. Bu sebeple söz konusu tedbirin yer bakımından uygulandığı mekanların tanımlarını önem arz eder.

İşyeri tanımına 4857 sayılı Kanun'da yer verilmiştir. Buna göre işyeri, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı

¹⁰ SOYASLAN, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 284.*

¹¹ TAMÖZ, Mehmet/ KOCABEY Hüseyin, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 168.*

¹² Yargıtay 5. C.D. 26.12.2006. E. 2006/ 9880, K. 2006/10661, (<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=16831> , erişim tarihi, 30.06.2023).

yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlardan oluşur (m. 2).

Kanun koyucu tedbirin konutta uygulanmasını yasaklamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre konut, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturdukları yer olarak tanımlanmaktadır¹³. Özel hayatın gizliliğine verdiği ehemmiyet bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesi gereğince konutta yapılan teknik araçlarla izlemeye dair elde edilen kayıtlar derhal yok edilir. Tedbirin yer bakımından uygulama yasağı kapsamındaki konutun şüpheli/sanığa ya da üçüncü bir kişiye ait olması önem arz etmemektedir¹⁴.

Ceza hukukunda bir yerin konut sayılabilmesi için sürekli kalmak gerekmez¹⁵. Sürekli oturma niyeti olmasa da kişilerin mahremiyetinin, özel hayatlarının, hüznün ve sükûnlarının sürdürüldüğü yerler konut olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir otel odası, yurt gibi yerler de ceza hukuku açısından konut olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple bu gibi yerlerde de teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamaz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesindeki tedbirin konutta uygulanamayacağı hükme öncesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinin ve Terörle Mücadele Kanunu 10. maddesini pozitif hukukta yer aldığı dönemde Polis Vazifeleri ve Salahiyet Kanunu ek madde 7'nin 6. fıkrası hükmü gereği önlem amaçlı teknik araçlarla izleme konutta da gerçekleştirilebiliyordu¹⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesince konutta önleme amaçlı dahi olsa teknik araçlarla izlemeye müsaade edilmemesi ile artık bu uygulamanın da önüne geçmiş bulunmaktadır.

Özellikle örgütlü suçlarda ve kazanç elde edilen suçlar bakımından şüpheli/sanık konutunu işleyeceği suçların organizasyon merkezi hâline getirebilir. Bir görüşe göre konut iş yeri gibi kullanıldığı için artık bu alanda iş yeri olarak kabul edilmeli dolayısıyla tedbirin uygulanmasına karar verilmelidir¹⁷. Bu şekilde bir izlemenin yapılabilmesi kişinin suç işlemek

¹³ OKUYUCU, Ergün, Güneş, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 52

¹⁴ SOYASLAN, s. 280.

¹⁵ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 447.

¹⁶ YENİSEY, Feridun, *Kolluk Hukuku*, 3. Baskı, Beta Basım Yayım, Ankara, 2023, s. 363.

¹⁷ TAMÖZ / KOCABEY, s. 16; ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 686.

için konutunu merkez haline getirdiğinin önceden saptanmış olmasını gerektirir¹⁸. Kanaatimizce burada komuta merkezi olarak kullanılan yer, failin konutu niteliğini taşımaya devam eder. Fakat burada failin giz alanını sürdürdüğü söylenemez. Hakkın kötüye kullanımı söz konusu olduğundan aslen komuta merkezi olan konutta teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanabilmelidir. Zira 140. maddede yer alan katalog suçlardan bazılarının işlenmesi komut merkezli bir yeri ihtiyaç duyulmasına sebep olur. Kaldı ki şüpheli ya da sanığın özellikle göçmen kaçakçılığı, fuhuş gibi suçların işlenmesinde kendi konutunu komuta merkezi haline getirerek işyeri olarak kullanılması kuvvetle muhtemeldir. Diğer bir görüşe göre katalog suçların işlenmesinde dahi kanunda bir değişiklik yapılmadığı müddetçe kişinin konutunda teknik araçlarla izleme yapılamaz¹⁹.

Tedbirin uygulanması bakımından göz önünde bulundurulması gereken diğer husus, ekonomik sebepler ve özellikle pandemi sürecinin getirdiği bir alışkanlıkla “home-office” şeklinde kullanımlardır. Burada üzerinde durulması gereken konu “home-office”te teknik araçlarla izleme yapılıp yapılamayacağıdır. Kullanım özelliği itibariyle birkaç odadan oluşan yarı konut yarı işyeri mekanlarında, işyeri olarak kullanılan odaların ayrı, barınma, özel hayatın sürdürülmesi gibi olan alanın ise ayrı olduğu gözlenmektedir. Dolayısıyla” home-office”lerde işyeri olarak kullanılan odalarda teknik araçlarla izleme yapılabilecekken, konut olarak kullanılan odalarda teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanmamalıdır. İş yeri olarak kullanılan, fakat banyo tuvalet gibi alanların da olduğu yerlerde tedbirin mahrem alanları ihlal edilecek şekilde uygulanmaması gerekir²⁰.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanma yeri bakımından müdafinin bürosu ve yerleşim yerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysaki aynı kanunun 136. maddesinde şüpheli veya sanığa yüklenen suçla ilgili olarak müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri uygulanamaz. Anılan düzenlemenin kıyasen 140. maddeye de uygulanması gerektiği, böylelikle müdafinin bürosu ve yerleşim yerinde teknik araçlarla izlemenin gerçekleştirilemeyeceği

¹⁸ DONAY, Süheyl, *Ceza Yargılama Hukuku*, Beta Yayın, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 178.

¹⁹ ŞAHİN, s. 30-32.

²⁰ SILVA, Juan Carlos Da/ STANGE, Albrecht/ ÖZBEK, Veli Özer, *Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, Eğitim Modülü, Matbam Ajans & Reklam & Tanıtım, Ankara, 2014, s. 121.*

savunulmaktadır²¹.

3. Karar Bakımından

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 21.12.2014 yılı ve 6526 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik ile bu tedbire ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile karar verilebilmekteydi. 6526 Kanunla yapılan değişiklikten önce suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde Cumhuriyet savcısı doğrudan karar verme yetkisine sahipti. 6526 sayılı Kanunla ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi aranmış, sonrasında 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile hakim kararı yeterli hale getirilmiştir. Öyle ki son halde, savcı gecikmesinde sakınca bulunan hallerde teknik araçlarla izleme kararı verebilecektir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur. Hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Yirmi dört saat içinde karar verilmediği takdirde kayıtlar derhal imha edilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde teknik araçlarla izleme kararında hangi hususların yer alacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Kıyasın ceza muhakemesi hukukunda uygulanabilirliğinden bahisle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin kıyasen 140. maddeye uygulanabilmesi mümkündür²². Söz konusu hükmün madde 140' a uyarlanması neticesinde, teknik araçlarla izleme kararında yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir. Ayrıca kararda teknik araçlarla izleme tedbirine de kullanılan cihazı ayırt etmeye yarayan özellikte kodlar da yer almalıdır. Her ne kadar kıyasen uygulanan 135. maddede yer almasa da, tedbire başvurmaya sebep olan suçla ilişkin kuvvetli şüphe sebebinin dayandığı somut deliller, ve başka suretlerde delil elde edemediği hususundaki karar gerekçesi de kararı eklenmelidir²³. Şayet kararı Cumhuriyet savcısı vermiş ise, kararda gecikmesinde sakınca olan haller, tedbirin başlama ve sona erme zamanının gün ve saat belirtilmek suretiyle gösterilmesi gerekir²⁴.

²¹ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ: s. 474.

²² ÖZTÜRK/ DURMUŞ/ ERDEM / GEZER/ KIRIT, SAYGILA/, ÖZAYDIN/ AKCAN ALAN/ TÜTÜNCÜ/ TOK: s. 483-484; YENİSEY/ NUHOĞLU: s. 540.

²³ TAMÖZ/ KOCABEY, s. 175.

²⁴ ÖZTÜRK/ DURMUŞ/ ERDEM / GEZER/ KIRIT, SAYGILA/, ÖZAYDIN/ AKCAN ALAN/ TÜTÜNCÜ/ TOK: s. 362

4. Süre Bakımından

Genel olarak koruma tedbirleri mahiyeti gereği, uygulanma amacının gerçekleşmesiyle son bulur. Dolayısıyla koruma tedbirleri yapı itibariyle geçici niteliktedir. Teknik araçlarla izleme koruma tedbiri de doğal olarak belirli süreli olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesindeki 2014 yılı değişikliğiyle üçüncü fıkrada tedbir kararının üç haftalık süre için verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca gerekli görüldüğü takdirde bir hafta daha süre uzatılabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili gerekli görülmesi halinde sürele ek olarak hakim tarafından her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplamda dört haftayı geçmemek üzere sürelerinin uzatılmasına karar verilebilir. Karara konu tedbir kararda belirtilen sürenin dolmasıyla başkaca bir karar alınmasına gerek kalmaksızın son bulacaktır²⁵. Teknik araçlarla izleme tedbiri amacına hizmet ettiği takdirde sürelerin dolup dolmadığına bakılmaksızın kendiliğinden ortadan kalkar. 140. maddenin üçüncü fıkrası gereği teknik araçlarla izleme tedbiriyle birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde süreler bir kat artırılarak uygulanır.

Teknik araçlarla izleme tedbirine başlangıçta hakim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilirken, sürenin uzatılması kararı sadece hakim tarafından verilebilir. Bu sebeple soruşturma evresinde tedbire ilişkin olarak kararda belirtilen sürenin uzatılması gerekliliği hasıl olduğunda, sulh ceza hakimi tarafından verilen kararlar mümkün olabilecektir²⁶.

5. Şüphe bakımından

Teknik araçlarla izleme koruma tedbirine somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi ve başka suretle delil elde edilememesi halinde başvurulabilir (CMK m. 140). Ayrıca madde metninde belirtilen katalog suçlardan birisinin işlenmesi gerekir. Kanun koyucu kuvvetli suç şüphesini varlığının belirlenmesi için üç kriter belirlemiştir. Buna göre kuvvetli suç şüphesini somut delillere dayanması, başka surette delil elde edilememesi ve katalog suçlarda yer alan suçlardan birinin işlenmiş olması gerekir. Teknik

²⁵ MALKOÇ, İsmail / YÜKSEKTEPE, Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Batman, 2005, s. 389.

²⁶ TAMÖZ / KOCABEY, s. 177; YAŞAR, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1426.

araçlarla izleme tedbirine genel olarak örgütlü suçlar için başvurulabilecek olup bu suçların hangileri olduğu katalog halinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tek tek belirtilmiştir.

Kanun hükmünde başka suretle delil elde edilememesi şartı teknik araçlarla izleme tedbirinin ikincil nitelikte olduğunun bir göstergesidir²⁷. Teknik araçlarla izleme tedbirine karar verecek makamın genel bir değerlendirmeye başka bir ceza muhakemesi tedbiriyle delili elde edemeyeceği kanaatine varması yeterli olacaktır. Diğer bir deyişle teknik araçlarla izleme tedbirlerinin soruşturma veya kovuşturma evrelerinde uygulanabilmesi için somut olayda diğer tedbirlere başvurulması ve onlardan netice alınmaması gerekmez²⁸.

II. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

A. Kavram

İşlenmiş suçların aydınlatılması, halihazırda işlenmekte olan suçların sonlandırılması ve işlenmesi kuvvetle muhtemel olan suçluların ise önlenmesi, organize suçluluğun yapısının bozulmasıyla mümkün olabilecektir. Diğer bir deyişle örgütlü suçlarla mücadele için gizli soruşturma tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır.

Suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinde süreklilik ve kazanç sağlama gayesi bulunmaktadır. Bununla birlikte örgütün hiyerarşik bir yapılanma ve kendisini koruma sistemi geliştirdiği görülmektedir²⁹. Örgütün içinde hiyerarşik yapılanmadan ve üyelerin birbirini her koşulda koruması ve gizlilik esaslarından dolayı soruşturma ve kovuşturma makamları örgüt kapsamında işlenen suçların aydınlatılabilmesi için, üyelerle irtibatla bulunma ihtiyacı hissetmektedir. Bu suretle örgüt içine, soruşturma ve kovuşturma makamlarının kendi görevlileri yerleştirilerek örgüt faaliyetlerinden haberdar olunacak ve deliller elde edilecektir. Bu kapsamda kanun koyucu gizli soruşturmacı görevlendirilmesini yürürlüğe koymuştur.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbiri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gizli soruşturmacı terimini tercih etmek suretiyle 139. maddesinde düzenlemiştir. Maddede gizli soruşturmacı

²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ: s. 283.

²⁸ TAMÖZ / KOCABEY: s. 175.

²⁹ ERDEM, Mustafa, Ruhan, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 38-48.*

kavramına ilişkin açıklama bulunmamaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerine İlişkin Talepte Bulunulması, Kararların Alınması ve Uygulanmasında Uyulacak Usul ve Esasları Belirlenmesi Amacıyla Düzenlenmiş Olan Uygulamaya Dair Yönetmelik Taslağının³⁰ tanımlarını düzenleyen 4. maddesinde gizli soruşturmacı, gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi” olarak tanımlanmıştır.

Gizli soruşturmacı terimi esasında Alman hukukundan gelmektedir. Bu terim gerçek bilgilere yansıtmayan sürekli bir kimliği taşıyarak, uzun süreli soruşturma gerçekleştiren kolluk memuru olarak tanımlanmaktadır³¹. Gizli soruşturmacı terimi Alman hukukunda “*Verdecter Ermitler*” olarak karşılığını bulmaktadır³².

B. Amaç

Klasik koruma tedbirlerinden farklılık gösteren bu tedbir sadece işlenmiş değil, işlenmekte olan suç ile alakalı olarak da uygulanmaktadır. Dolayısıyla suç işlenmesinin önlenmesine de hizmet etmektedir. Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. madde hükmü gereği Cumhuriyet savcısının kamu davası açmaya yer alıp olmadığına dair karar vermesi amacıyla delillerin elde edilmesine de hizmet eder.

Kanun koyucu yapmış olduğu düzenlemede gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişinin kamu görevlisi olmasını yeterli görmüş olsa da, uygulamada gizli soruşturmacı görevlendirmeleri polisler arasından yapılmaktadır. Dolayısıyla uygulamada tedbirin amacı daha iyi hizmet edebilmesi için polisin tercih edilmesi, soruşturma tedbirindeki amaç ve kapsamının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir durum olacaktır.

Polisin görevlerini düzenleyen 2559 sayılı PVSK'ya göre, suç işlenmesinin önlenmesinde, polisin bu tedbir kapsamında hareket etmesi,

³⁰ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yönetmelik/iletisim.doc>, erişim tarihi 21.06.2023.

³¹ ERDEM (Organize Suçluluk): s. 77-78.

³² Alman CMUK madde 110 a vd.; ÖZBEK Veli Özer, *Organize Suçlulukta Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gerekirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 21.*

polisin suç öncesi istihbarat yetkileri kapsamında değerlendirilmelidir³³. Bu itibarla gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri istihbari amaç taşımaktadır.

Tedbirin delil elde etme amacı, bu delillerin ne şekilde toplanacağı ve muhafaza altına alınacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Özellikle gizli soruşturma tedbirlerinde delilin soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilmesi adına kayıt altına alınması önem arz eder. Bu noktada gizli soruşturmacının da delil oluşturabilecek görüntü ve sesleri kayıt altına alıp alamayacağı sorusu karşımıza çıkar. Bu hususta inceleme konumuzu teşkil eden yasal değişiklik öncesi Yargıtay'ın gizli soruşturmacının ayrı bir hakim

kararı olmaksızın teknik araçları kullanamayacağı yönündeki kararı³⁴ kanun koyucuyu yasal bir değişiklik yapmaya sevk etmiştir.

C. Hukuki Niteliği

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin gizli olması ve aynı zamanda suç işlenmesinin önlenmesi amacını taşıyor olması, bu tedbiri klasik koruma tedbirlerinden ayırmaktadır.

Gizli soruşturmacının uygulamada tercihen polisler arasında seçilmesi, polis gizli soruşturmacı olarak görevini ifa ederken, bu görevi idari nitelikte mi adli nitelikte mi olduğunu belirlemek gerekir. Pozitif hukukta gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirinin CMK' da düzenlenmiş olması, bu adli nitelikte bir tedbir olduğunun göstergesidir³⁵.

D. Şartları

1. Kişi Bakımından

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin kişi bakımından şartının, tedbire muhatap kişi ve soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişi olmak üzere iki kategoriye ayrılarak değerlendirilmesi gerekir.

5271 sayılı Kanununun 139. maddesi gereği gizli soruşturmacı, kamu görevlisi olmak durumundadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise

³³ YENİSEY, Feridun, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik İzleme", *Yargı Dünyası Dergisi*, S. 131, Kasım 2006, s.1-11, (<https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php?yazarakAra=&yazarAdi=Feridun+YEN%C4%B0SEY&yontem=cumle>, erişim tarihi, 23.06.2023, s.10).

³⁴ *Yargıtay* 20. CD, 14.01.2016, E. 2015/15770, K. 2016/121.

³⁵ *CENDEL / ZAFER*, s. 420.

gizli soruşturmacı bir polis memuru olabilir (m. 110a/2). Söz konusu tedbir şüpheli ya da sanık hakkında uygulanabilir.

2. Yer Bakımından

Kanun maddesinde, tedbirin yer bakımından uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından görevlendirilen gizli soruşturmacı delillerin toplanması için herhangi bir yer ve mekanda faaliyette bulunabilecektir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.110c/1 gereğince gizli soruşturmacı hakim kararına dayalı olmak kaydıyla, uydurma kimliği kullanarak konutun sahibinin rızasıyla konuta girebilir. Doktrinde konut sahibinin iradesinin uydurma kimlikle yanıtlanması sebebiyle sakatlandığı, dolayısıyla rızanın geçersiz olduğu savunulmaktadır³⁶.

Kural olarak tedbirin yer bakımından uygulanması bir özellik göstermez iken, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin dördüncü fıkrasına 2023 yılında 7445 sayılı Kanunla getirilen ek cümle ile kamuya açık yerlerde ve iş yerlerinde delil toplamak amacıyla ses ve görüntü kaydının yapılması sadece bazı suçlar bakımından ve hakim kararıyla mümkün kılınmıştır. Buna göre örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğini bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna ilişkin olarak hakim izininde olması kaydıyla, gizli soruşturmacı kamuya açık yerlerde ve iş yerlerinde ses ve görüntü kaydı olabilecektir. Kanun koyucunun burada konuttan özellikle bahsetmediği kanaatindeyiz. Dolayısıyla gizli soruşturmacı delil toplamak maksadıyla da olsa konutta ses ve görüntü kaydı alamayacaktır. Kanun koyucu konutta ses ve görüntü kaydının alınmasına ilişkin bir düzenleme yer vermeyerek, özel hayatı giz alanını korumak istemiştir. Fakat bu düzenleme şeklinden, gizli soruşturmacı görüntü ve ses kaydı dışındaki görev gereği yerine getirdiği faaliyetlerini konutta gerçekleştirebileceği sonucu çıkmaktadır. Çalışmanın devamında bu konuya ayrıntılarıyla yer verilecektir.

3. Karar Bakımından

Soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise hakim, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verebilecektir.

³⁶ FRISTER, Helmut, *Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, StV 1993, 153, 154, akt: PLAGEMANN, Gottfried, Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri*, CHKD, C.2, S. 1-2; 2014, s. 181.

26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yolları Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 24. maddesi gereği gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararında, soruşturma numarası, aidiyet numarası, kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu, gizli soruşturmasının araştırmada bulunacağı örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler, başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler yer almalıdır.

Özellikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların uluslararası boyut alması halinde yabancı ülke polis memurunun ülke içinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde uluslararası anlaşmalar göz önünde bulundurulmalıdır³⁷. Ülkemizde “hukuki yardım” çerçevesinde gizli soruşturmacı olarak yabancı ülke polis memurunun görevlendirilmesine imkan verilmesi savunulmaktadır³⁸.

4. Süre Bakımından

5271 sayılı CMK 139. maddesinde tedbirin uygulanma süresine ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Kanun koyucunun gizli soruşturmacının görev süresine ilişkin bilinçli olarak herhangi bir süre kısıtlamasını getirmediği kanaatindeyiz.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların aydınlatılması maksadıyla uygulanmaktadır. Dolayısıyla örgüt çerçevesinde işlenen suçların açığa çıkarılması için ne kadar süre ile soruşturmacının görevinin devam etmesi gerekiyorsa, o kadar sürmelidir. Bu gizli çalışma birkaç ay sürebileceği gibi birkaç yıla kadar da sürebilir³⁹. Fakat bu halde dahi görev süresinin olabildiğince kısa tutulması, somut durumla orantılı bir şekilde olması gerekmektedir⁴⁰. Ayrıca doktrinde, süre sınırı yerine, gizli soruşturmacının görevinin sınırlı, belirli işlemleri aşır

³⁷ CHERNIAVSKYI, Serhii S., HRİBOV, Mykhailo L., NEBYTOV, Andrii A., KNIAZIEV, Serhii M., TELENYK, Serhii S., “The Forms Of International Co-Operation In The Area Of Undercover Investigations”, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Volume 23, Issue 1, 2020, s. 4.

³⁸ ÖZBEK, Veli, Özer, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, *CHKD*, C. 2, S. 1-2, 2014, s.141.

³⁹ BRANDEV, Atanas “Legal Mechanism Of Using Agent/S Undercover In Crime Detection Of Organized Crime Group”, *International Conference Knowledge-Based Organization*, Vol. XXVI No 2 2020, s. 144.

⁴⁰ YERDELEN, Erdal, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Adil Yayınevi, Ankara, 2006, s.122.

aşmadığının göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmaktadır⁴¹.

5. Şüphe bakımından

5271 sayılı CMK 139. maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığı aranmıştır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirinde ifade olunan kuvvetli şüphe sebebinden anlaşılması gereken, kuvvetli şüphe derecesini ulaşmasa da basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun bir şüphenin varlığıdır⁴². Söz konusu tedbirin uygulanmasında, kuvvetli şüphe sebebinin varlığı tek başına yeterli olmayıp ayrıca soruşturma konusu suçla ilgili başka surette delil elde edilmesini imkanının bulunmaması da gerekmektedir. Kanun koyucunun bu ilave şartı düzenlemesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile başkaca bir tedbir arasında son çare olarak uygulanması zorunluluğunu getirmektedir. Diğer bir deyişle başka bir tedbire başvurularak delil elde edilmesi mümkün ise, diğer şartları sağlıyor olsa bile gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvuru olamayacaktır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirini düzenleyen 135. maddede “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” ndan bahsederken, 139 ve 140. maddelerde “*başka surette delil elde edilememesi*” durumundan bahsetmektedir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine başvurulması esnasında, somut olayda birebir tecrübe edilmemiş olsa da yetkilinin yapmış olduğu değerlendirme neticesinde başka suretle delil elde edilemeyeceği kanaati oluştuğunda Kanununun 135. madde hükmü uygulanabilecektir. Oysaki özel soruşturma tedbirlerinden 139. ve 140. Maddelerinin uygulanabilmesi için somut olayda diğer koruma tedbirlerine başvurulmuş, buna rağmen maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik bir delil elde edilememiş, bu sebeple son çare olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yoluna gidilmek durumunda kalınmış olmalıdır. Kanun koyucunun bilinçli olarak bu anlamı ortaya koyan ifadeleri kullanmadığı kanaatindeyiz. Zira suçla mücadele kapsamında delillerin değiştirilmesi ve yok edilmesinin önüne geçmek öncelikli olmalı, bu sebeple genel bir değerlendirme yapılarak henüz somut olayda uygulanması dahi diğer tedbirlerin uygulanmasının faydasız olduğu kanaati oluşacak ise gizli soruşturmacı tedbirine başvurulması mümkün

⁴¹ ÖZBEK (Gizli Görevli): s.23.

⁴² ÖZBEK, Veli, Özer, CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 605.

olmalıdır. Kanun koyucu 139 ve 140. maddelerde ikincilik prensibini vurgulama gayretiyle söz konusu düzenlemeyi gerçekleştirmiştir. Kaldı ki somut delillere dayanan kuvvetli şüphe şartında kanun koyucunun, şüphe derecesini kuvvetlendiren delilin varlığını aradığı kanaatindeyiz. Aksi takdirde hüküm içerisinde tezatlık ortaya çıkacaktır.

Son çare olarak başvurulması prensibi çerçevesinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus da temel hak ve özgürlüklere en az müdahale eden tedbirin tercih edilmesi durumudur. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile diğer gizli tedbirler arasında hangisi temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale ediyor ise o tedbire öncelik verilmelidir. Fakat gerektiği takdirde her bir tedbire aynı anda başvurulmasına da bir engel bulunmamaktadır⁴³. Özellikle gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin düzenlenmesinde “istisnanın istisnası” ilkesi benimsenmesi sebebiyle başka suretle delil elde edilemediği takdirde bu tedbire başvurulması mümkün olmalıdır⁴⁴.

Gerek gizli olması gerekse temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale oluşturması sebebiyle kanun koyucu bu tedbire başvurulmasında sadece şüphe derecelendirmekle yetinmeyerek gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurabilmesi için kanunda belirtilmiş olan katalog suçlardan birinin işlenmiş olmasını aramıştır. Kanun koyucunun burada ilave şartları öngörmesinin bir diğer sebebi de görevlendirilmiş olan gizli soruşturmacının diğer gizli soruşturma tedbirlerinden daha geniş bir kapsamda yetki ve görevinin olmasıdır. Nitekim 5271 sayılı CMK'nun 139. maddesinin dördüncü fıkrasında soruşturmacının, hakkında görevlendirilmiş olduğu örgüte dair her türlü araştırmada bulunmakla ve örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin delilleri toplamakla yükümlü kılınmıştır. Kanun koyucunun, soruşturmacıyı her türlü araştırmada bulunmakla görevli kılması, başkaca bir tedbire başvurma ihtiyacı hasıl olduğunda kanunda aranan şartların yok sayılması anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla soruşturmacı delillerin toplanması bakımından başkaca bir tedbire ihtiyaç duyuyorsa, tedbirin düzenlenmiş olduğu kanun hükmündeki şartların sağlanması gerekir. Konumuzla ilgili olacak şekilde gizli soruşturmacının teknik araçlar kullanabileceği suçlar kanun koyucu tarafından ayrıca sınırlandırılmış ve sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunda başvurulabilecek bir yetki olarak tanımlanmıştır.

⁴³ ERDEM (İletişimin Denetlenmesi): s. 100.

⁴⁴ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.744.

Kanunda yer alan katalog suçlar hakkında diğer şartlar da sağlandığı takdirde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirine karar verilebilecektir. Kanunun 139. maddesinin yedinci fıkrasının a bendinin 1. bendi haricindeki suç tipleri örgüt kapsamında işlenebilecek iken kanun koyucu özellikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğini bakılmaksızın uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticaretine ilişkin olarak soruşturmacı görevlendirilmesini mümkün kılmıştır. Oysa ki gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbiri örgüt kapsamında işlenen suçların aydınlatılması ve bu çerçevede işlenecek muhtemel suçların önüne geçilmesi amacıyla düzenlemeye alınmış bir koruma tedbidir. Bu sebeple bu hükmün örgüt faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti şeklinde yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi durum koruma tedbirinin düzenleniş amacına ters düşmektedir. Ayrıca kanun koyucunun 140. maddede düzenlenen teknik araçlarla izleme koruma tedbirine kıyasla gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kataloğu daha dar tuttuğu anlaşılmaktadır. Daha sıkı şartlara bağlamış olduğu gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin örgüt faaliyeti kapsamında olmayan uyuşturucu imal ve ticareti suçunun dahil edilmemesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

26434 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Ceza Mahkemesinde Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 26. maddesinde tedbirin uygulanabileceği suçlar düzenleme altına alınmıştır. Maddenin ilk cümlesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 139. maddesine paralel olarak söz konusu kanunda ifade olunan katalog suçlar için bu tedbire başvurulabileceği ifade olunmuştur. Fakat maddenin devamı olan ikinci cümlede ayrıca tedbirin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220. maddesinin 2., 7. ve 8. fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bu suçlar için de uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Yönetmeliğin 26 maddesini birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan hüküm, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin hukuki dayanağı olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 139. maddesinde belirtilmiş olan katalog suçları arasında yer almamaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin normlar hiyerarşisinde en alt basamakta yer alan norm olması sebebi ile kendinden hiyerarşik anlamda üst norm olan kanuna uygun olması gerekir. Kaldı ki 5271 sayılı CMK’nda düzenlenen koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı göz önünde bulundurulması gerekir.

Anayasal hüküm gereği temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan düzenlemeler sadece kanunda yer alabilir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi hükmü de gizli koruma tedbirlerinden biri olması sebebi ile söz konusu tedbire ilişkin esaslar ancak kanunla düzenlenebilir. Kanunda yer alan söz konusu tedbire ilişkin hükümlerin açıklayıcı ve ayrıntılı ifadelerine yönetmelikte yer vermek mümkündür. Fakat kanunda yer almayan bir düzenlemenin, yönetmelikte yer alması hukuka aykırı olacaktır. Bu sebeple anılan yönetmeliğin 26. maddesinin ikinci cümlesinde Türk Ceza Kanunu 220. maddesinin 2,7 ve 8. fıkralarında yer alan suçların terör faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulacağı hükmü kaldırılmalıdır.

III. İki Tedbirin Bir Arada Uygulanması Sorunu

A. Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin İcrası

Mahiyeti gereği gizli⁴⁵ olan teknik araçlarla izleme koruma tedbirine soruşturma ve kovuşturma evresinde başvurulabilecektir⁴⁶. Tedbirin gizli olmasına rağmen, kovuşturma evresinde de uygulanabiliyor olması doktrinde eleştirilmektedir⁴⁷. Madde metninde mahkemenin bahsetmeyip, kararın hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından verilebileceği ifade olunmuştur (CMK m. 140/f. 2). Söz konusu fıkra hükmü lafzi yorum göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde tedbire esas itibarıyla soruşturma evresinde başvurulması mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Zira kanun koyucu mahkeme yerine, “hakim” ifadesini kullanmaktadır. Kaldı ki delillerin toparlanması büyük oranda soruşturma evresinde gerçekleştirilmektedir. Fakat maddede sanıktan da bahsetmesi kovuşturma evresinde de başvurulabileceğine işaret eder. Lakin bu düzenleme olmasaydı da soruşturma evresinde başvuru bu tedbirin mahiyeti gereği delillerin toparlanması sebebiyle süresi uzar ise kovuşturma evresinde de bu tedbire devam olunabilmelidir.

Kanun koyucu teknik araçlarla izleme koruma tedbiri kararında içerik olarak bulunması gerekenleri hükme bağlamamıştır. CMK'nun 135. maddesinin dördüncü fıkrası kıyasen uygulanabilir⁴⁸. Buna göre kararda

⁴⁵ ÖZEN, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 604; CENTEL / ZAFER, s. 505.

⁴⁶ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ: s. 451; ÖZEN, s. 583; CENTEL / ZAFER, s. 505; ÜNVER, Yener/ HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 474.

⁴⁷ CENTEL / ZAFER, s. 507.

⁴⁸ ÖZTÜRK/DURMUŞ/ERDEM/GEZER/KIRIT,SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN, ALAN/TÜTÜNCÜ/ TOK: s. 582; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 488.

yüklenen suçun türü, tedbirin kapsamı, süresi yasal dayanağı, başka surette delil elde edilemediğine ilişkin olgular ve kuvvetli şüpheye yol açan somut delillerin yer alması gerekir.

Tedbir, Cumhuriyet savcısı himayesinde adli kolluk tarafından yerine getirilir⁴⁹.

Kararda belirtilen süresinin dolması ya da tedbir şartlarından herhangi birinin ortadan kalkması halinde tedbir uygulanmamalıdır. Aksi halde bu süreçte elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşır. Tedbir süresince soruşturma evresinden kovuşturma aşamasına geçilmesi tedbirin uygulanmasına engel olmamalı, söz konusu tedbir hakim kararına gerek kalmaksızın uygulanmaya devam etmelidir.

Teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin uygulanmasından ortaya çıkan ses veya görüntü kayıtlarının duruşma esnasında doğrudan dinlenilmesi ya da izlenilmesi mümkün olduğu gibi metin haline getirilip tutanağa bağlanması da mümkündür. Tedbir kapsamında kayıt altına alınmış olan görüntü ya da ses verilerinin tam ve net olarak anlaşılabilmesi halinde bilirkişiye başvurulması ihtimal dahilindedir. Bununla beraber teknik araçlarla izleme tedbirine uygulayan görevli de tanık olarak dinlenebilir⁵⁰. Tüm bunların yanında ceza muhakemesinde, özellikle yargılama aşamasında doğrudanlık prensibi göz ardı edilmemelidir. Bu itibarla, özellikle görüntü kaydı söz konusu olduğunda elde edilen verilerin mahkeme tarafından doğrudan dinlenip izlenmesi gerekir.

Teknik araçlarla izleme koruma tedbiri, ilgili kanun maddesinde belirtilmiş olan katalog suçlar için söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla elde edilen deliller de tedbir kararı hangi suç hakkında ise o suça ilişkin olmalıdır. Tedbir kararı kapsamı dışında bir suça ilişkin delil elde edilmiş ise söz konusu delil, Cumhuriyet savcısının gözetiminde bir an önce yok edilmelidir (CMK m. 140/f.4)

B. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbirinin İcrası

Gizli soruşturmacı hakkında görevlendirildiği örgüte ilişkin, örgüt faaliyetlerinin izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarla alakalı olarak delilleri toplamakla yükümlüdür (CMK m. 139/f.4). Örgüt faaliyeti kapsamında

⁴⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 490.

⁵⁰ CENTEL / ZAFER, s. 507.

olmayan suçlar bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 160. maddesi hükümlerine göre hareket edilmelidir.

Gizli soruşturmacı, görevin ifası sırasında kimliğini değiştirebilir, zorunluluk halinde gerekli belgeler değiştirilebilir, kullanılabilir. Önemli olan gizli soruşturmacının örgütün içine herhangi bir şüphe uyandırmadan sızması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekenleri yapmasıdır⁵¹. Gizli soruşturmacının kimliğinin ve diğer bilgilerinin değiştirilmesi ve bu suretle kullanılması örgütün güveninin kazanılması içindir. Öyle ki gizli soruşturmacı, hakkında düzenlenmiş olan yeni kimlik bilgileri ile hukuki işlemler yapabilir, şirket kurabilir, davada taraf olabilir⁵².

Gizli soruşturmacı hakkında düzenlenen, değiştirilen tüm belgeler görevlendirme kararıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığında muhafaza edilir (CMK m. 139/f.3). Soruşturmacının kimlik bilgileri, hakkındaki tüm bilgi ve belgeler gizli tutulacağı gibi görevlendirme kararında da bu bilgiler gösterilemez (Yönetmelik m. 31). Soruşturmacının kimlik bilgileri görevi bittikten sonra dahi gizli tutulur (CMK m. 139/f.3).

Örgüt faaliyeti kapsamında fakat görevlendirilen soruşturma ve kovuşturma kapsamı dışında gizli soruşturmacının elde ettiği kişisel bilgiler kullanılamaz (CMK m. 139/f. 6).

Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhal yok edilir (CMK m139/f. 6). “Derhal” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Şayet elde edilen bilgiler gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin olan soruşturma ya da kovuşturmayla ilgili değilse, Yönetmeliğin 29. maddesi hükmü gereği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verilmesinden sonra, cumhuriyet savcısı ve kolluk görevlisi tarafından toplam süresi on günü geçmemek kaydıyla imha edilmesi gerekir. Fakat kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz mümkündür. Örgüt faaliyetinde işlenen suçlara ilişkin delil toplaması kolay olmamaktadır. Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre söz konusu delillerin imhası en azından kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ertelenmeli, söz konusu deliller savcılık tarafından muhafaza edilmelidir⁵³. Bu itibarla yönetmeliğin 29. Maddesinin

⁵¹ ÜNVER / HAKERİ, s. 479.

⁵² ÖZBEK (Ceza Sorumluluğu): s. 136.

⁵³ MERAN, Necati, *Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 476; ŞEN, Ersan: “Gizli Soruşturmacı Tanık Olarak Dinlenebilir mi?”, *Yorumluyorum-V*, Ankara 2014, s. 173-182, s. 175.

yeniden düzenlenmesi gerekir.

Yönetmelik'te ayrıca gizli soruşturmacının çalışma prensiplerine ilişkin düzenleme yer almaktadır (m. 28). Gizli soruşturmacıya görevinin gerektirdiği belgeler temin edilmelidir. Özlük haklarının korunması ve benzeri işlemlerin ilgili kolluk birimi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin temini ve hayatının tehlikeye düştüğü hallerde, kollukla irtibatını sağlamak üzere ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi de belirlenmelidir. Dolayısıyla yönetmelik gereğince soruşturmacı kolluk görevlisinin yanında, gizli soruşturmacıdan sorumlu olan sorumlu kolluk görevlisi de bulunmaktadır. Her iki kolluk görevlisi de birime sunulacak raporun ne şekilde verileceğine karar verir. Kolluk birimine sunulan raporda, gizli soruşturmacının örgüt faaliyeti kapsamında elde ettiği bilgiler, topladığı deliller yer alır.

C. İki Tedbirin 7. Yargı Paketi Yeniliği Kapsamında Bir Arada Uygulanabilirliği

1. Zaman ve Süre Bakımından

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, 140. maddesinde teknik araçlarla izleme tedbiri hüküm altına alınmıştır. Her iki koruma tedbiri de mahiyetinin gereği gizlidir. Her ikisine de soruşturma ve kovuşturma evrelerinde başvurulabilir. Kanun koyucu, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine hakimi, teknik araçlarla izleme tedbirine ise hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısını yetkili kılmıştır. Kanaatimizce her iki tedbir için de kanun koyucunun "mahkeme" ifadesinden ise "hakim" lafzını tercih etmesi, tedbirlerin daha çok soruşturma evresinde kullanılmasından yana kanaatinin olduğunu göstermektedir. Öyle ki tedbirlerin gizli nitelikte olması soruşturma evresi açısından uygulanabilir iken, kovuşturma evresinin alenilik prensibine uygun düşmemektedir. Doktrinde her ne kadar kanun maddesinde sanık ifadesinin yer almasının maddi hata olarak değerlendiren görüş⁵⁴ bulunmakta ise de, kanun koyucunun madde içerisinde şüpheli ve sanıktan bahsetmiş olması tedbire kovuşturma aşamasında da başvurulabileceği imkanı vermektedir. Dolayısıyla her iki tedbir bakımından da şartları sağladığı takdirde bir arada uygulanmasına zaman ve süre bakımından bir engel bulunmamaktadır. Fakat doktrinde tedbirlere

⁵⁴ TURİNAY, s. 442.

sadece soruşturma aşamasında başvurulabileceği, kovuşturma aşamasında başvurmanın mümkün olmadığını belirten görüşler de bulunmaktadır⁵⁵.

Gizli soruşturmacının görevlendirilme süresi kanunda öngörülmemiş iken, teknik araçlarla izleme tedbirine en çok üç haftalık süre için karar verilebilir. Süre bir hafta uzatılabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından en fazla dört haftaya kadar hakim kararıyla uzatılabilir. Uzatma kararı hakimın gerekli görmesi ve her defasında birer haftayı geçmemek kaydıyla mümkündür. Teknik araçlarla izleme tedbiri ile gizli soruşturmacı tedbirinin bir arada uygulanması halinde süreler bir kat artırılır (CMK m. 140/f. 3). Dolayısıyla tedbirlerin bir arada uygulanabilirliği, belirli bir süre için mümkün olabilecektir. Suçun aydınlatılmasında uygulama süresi biten teknik araçlarla izleme tedbirine devam olunamayacak, gizli soruşturmacı görevin ifasına devam edecektir. Yedinci yargı paketi ile ilave olunan ek cümle olmasaydı, gizli soruşturmacının teknik araçlarla izleme tedbiri mahiyetinde faaliyette bulunması hukuka aykırılık teşkil edecekti. Dolayısıyla gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması suretiyle elde ettiği deliller de hukuka aykırı olacak idi.

28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin 3. fıkrasına getirilen ek cümle sayesinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu bakımından, gizli soruşturmacının cihazla görüntü ve ses kaydı alması için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde aranan teknik araçlarla izleme tedbir şartlarının varlığının aranmasına gerek kalmamıştır. Dolayısıyla gizli soruşturmacı, hakim kararıyla kamuya açık yerlerde ve işyerinde görüntü ve ses kaydı alabilecektir. Ek cümlede tedbirin uygulanma süresine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Fakat ek cümle çerçevesinde gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı almak suretiyle delil toplaması, kişisel verilere ağır bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile getirilen ek cümleye, tedbirin uygulanma süresini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin üçüncü fıkrasının kıyasen uygulanması gerekir. Bu itibarla gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alma süresi sınırlandırılarak temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmış olur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrasının son cümle lafzına bakıldığında, gizli soruşturmacı ile teknik

⁵⁵ KÖKSAL, Atacan, "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, s. 2160.

araçlarla izleme tedbirinin birlikte uygulanması halinde belirtilen sürelerin bir kat arttırılmasından bahsedildiği görülmektedir. Bu nedenle hakim, gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması kararında, işlemin ne kadar süre ile uygulanması gerektiğini belirtmelidir. Bu çerçevede, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrası kıyasen uygulanarak, gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması kararı en çok altı haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerekli görülmesi halinde sekiz haftaya kadar uzatılabilir. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde her defasında bir haftadan fazla olmamak kaydıyla toplam sekiz haftayı geçmemek üzere uzatma kararı verebilir. Böylelikle örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak iki tedbir en fazla on altı hafta uygulanabilecektir.

2. Şüphe ve Başvurulacak Suçlar Bakımından

Her iki tedbir için kanun koyucunun şüphe bakımından aradığı kriter aynıdır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu her iki tedbir bakımından da suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi şartını aramaktadır. İlaveten bu şüphe derecesi yeterli görülmemiş, her iki tedbirin uygulanması için ilgili kanun maddelerinde ayrıca katalog suçlar öngörülmüştür. Tedbirler için öngörülen katalog suçlara bakıldığında her iki tedbir için de öngörülen ortak suç tipi uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188), Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220) suçudur. Teknik araçlarla izleme tedbirine başvurmak için uyuşturucu imal ve ticareti suçu bakımından örgüt faaliyeti kapsamında suçun işlenip işlenmediği önem arz etmez iken, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi hükmünde kanun koyucunun *ayrıca ve açıkça* belirtmesi üzerine söz konusu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın diğer şartları da sağladığı takdirde gizli soruşturmacı görevlendirme kararı verilebilecektir. Oysaki 139. madde içinde gizli soruşturmacının örgüt içerisinde işlenen suçlardan sorumlu olup olmayacağına, örgüt içine sızmak için kimlik bilgi ve belgelerinin değiştirilebileceğine ve bu bilgilerin gizli tutulacağına ilişkin hükümler yer almaktadır. Kaldı ki görevlendirilen gizli soruşturmacının mahiyeti de toplanılması zor delillerin örgüt içine sızılarak elde edilmesidir. Kanun koyucunun uyuşturucu ve imal ticaretine ilişkin *“örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın”* ifadesi, ikileme sebebiyet vermektedir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi başlığı altında ifade etmiş olduğumuz gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 139. maddesinin 7. fıkrasının a bendinin 1. alt bendinde yer alan hükmün, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Zira uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve alım-satımının tek seferlik gerçekleşmesi halinde, somut olayın aydınlatılmasında gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, tedbirin mahiyeti gereği uygun değildir. Herhangi bir örgütle bağlantısı olmaksızın bireysel gerçekleştirilen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun aydınlatılmasında, kimliğini gizleyen kolluk görevlisinin görevlendirilmesi uygun olacaktır. Zira bir örgütle bağlantısı olmayan failin, münferit uyuşturucu veya uyarıcı madde alım-satımı sırasında, görevli kolluğun kendisini farklı bir kişi olarak gösterip satın alması suçüstü yakalama için yeterlidir. Buna rağmen somut olayda, münferit suçlara ilişkin olarak gizli soruşturmacının görevlendirilmesi halinde soruşturmacının birden fazla defa uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması ile karşı karşıya kalmabilir, ki bu durum hukuka aykırılık teşkil eder. Bu halde gizli soruşturmacının keyfiligi yetki aşımına sebebiyet verecektir⁵⁶.

Gizli soruşturmacı delil toplama faaliyetlerini herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın gerçekleştirebilir. Fakat bu yetki, tedbirin amacının gerçekleşmesi ile son bulmalıdır. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde amaç süreklilik arz eden ve hiyerarşik yapılanmadaki suç örgütlerinin içine sızmaştır. Bu nedenle kimliğin değiştirilmesi ihtiyacı hasıl olur. Fakat münferit gerçekleşen suçların çoğunlukla örgütle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla münferit gerçekleşen suçların suçüstü yakalanması için kolluk görevlisinin suç teşkil eden fiile dahil olmasında kimliğini değiştirmesine gerek kalmaz. Kimliğini gizlemesi yeterlidir. Kanunda gizli soruşturmacı ile kimliğini gizleyen kolluk görevlisi ayrımı yapılmadığından gizli soruşturmacı haricindeki kolluğun, söz konusu suça ilişkin olarak tek seferlik uyuşturucu veya uyarıcı madde alım satımı esnasında üzerine takılı olan cihazla ses ve görüntü aktarımı yapabilmesi yahut bu cihazla ses ve görüntü kaydı oluşturabilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu 140. maddesi hükümlerine göre hareket edilmesi gerekir. Diğer bir deyişle kimliğini gizleyen kolluk görevlisinin (diğer bir ifade ile gizli soruşturmacı dışındaki bir kolluk görevlisinin) örgüt faaliyeti

⁵⁶ DOĞAN, Koray, "Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı", Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.975-976.

çerçevesinde olmayan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna ilişkin delil edebilmesi için teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin şartlarının varlığı gereklidir. Gizli soruşturmacının ise bu kapsamda ses ve görüntü kaydı alması hakim kararına bağlıdır. Gizli soruşturmacının kayıt yapmaksızın, ses ve görüntü nakli için Ceza Muhakemesi Kanunu 140. maddesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesini tedbirini düzenleyen 139. maddenin örgüt faaliyeti çerçevesindeki suçlarla sınırlı tutulması ve münferit gerçekleşen suçların suçüstü yakalanmasında görevlendirilen kolluğun yetkilerinin mevzuatta açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca münferit suçlarda suçüstünde görevlendirilecek kimliğini gizleyen kolluk görevlisine ilişkin olarak görev tanımlaması mevzuatta yer almalıdır. Bu itibarla Cumhuriyet savcısının emri ve denetiminde, sadece belirli bir suç şüphesinin tespiti için kimliğini gizleyen kolluk görevlisi görevlendirilmesine ve yetki sınırlarına ilişkin kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵⁷.

Örgüt faaliyeti kapsamında olmayan uyuşturucu imal ve ticareti suçu bakımından son çare ilkesinde keyfiliğe yol açma riski taşımaktadır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin varlık sebebi örgüt faaliyeti çerçevesindeki suçlarla mücadele etmektir. Kanun koyucunun uyuşturucu imal ve ticareti suçu bakımından bu ifadesi tedbirin düzenlenme amacına ters düşmektedir.

Tüm bunlar ışığında her iki tedbirin de bir arada uygulanmasında şüphe derecesi bakımından bir engel bulunmamaktadır. Her iki tedbir bakımında katalog suçlardan ortak olan hükümler kapsamında bir arada uygulanması mümkündür. Bu itibarla her ne kadar örgüt faaliyeti ile sınırlandırılması gerektiği kanaatinde olsak da, mevcut düzenlemeye göre uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar bakımından bir arada uygulanabilir. Ayrıca teknik araçlarla izleme tedbiri için düzenlenen katalog suçlardan 140'ıncı maddenin 1. Fıkrasının a bendinin 12., 13., ve 14. Alt benlerinde yer alan suçlarını işlemek amacıyla silahlı örgüt suçunun işlenmesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesine de eş zamanlı olarak karar verilebilir.

⁵⁷ DOĞAN, Koray, "Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı", Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 973, 985.

3. 28.03.2023 tarih ve 7445 Sayılı Kanun ile Getirilen Ek Cümle Çerçevesinde Bir Değerlendirme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. Maddesinin 4. Fıkrasına 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile "*Hakim soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses ve görüntü kaydı yapılmasına izin verebilir.*" hükmü getirilmiştir. Bu hüküm gereği, tedbirin uygulanması esnasında delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı alınabilecektir. Gizli soruşturmacı, hakim kararına dayalı olarak ses veya görüntü kaydını kamuya açık yerlerde veya işyerlerinde alabilir. Dolayısıyla konutta bu uygulama yapılamaz. Oysaki kanun koyucu gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin yer bakımından uygulanmasına ilişkin herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Bu itibarla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine dayalı olarak görevlendirilen gizli soruşturmacı, konutta dahi suçla ilgili delilleri toplama yetkisine sahip iken konutta ses ve görüntü kaydı alamayacaktır. Kanun koyucunun, gizli soruşturmacının kişinin konutunda ses ve görüntü kaydı almasını yasaklaması özel hayatın gizliliğinin korunması açısından önem arz eder. Mahremiyetin korunmasına hizmet eden bu düzenlemenin getirilmesi yerinde olmuştur.

Gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydını almasına ilişkin CMK'ndaki ek cümle ile getirilen bu düzenleme teknik araçlarla izleme tedbirine benzemektedir. Kanun koyucu 140. maddede düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirine atıf yapmak yerine, 139. madde içerisinde, ek cümle ile düzenlemeyi uygun bulmuştur. Dolayısıyla bu düzenleme ile teknik araçlarla izleme tedbiri için başvurulacak şartların aranmasının önüne geçilmiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme son çare prensibi esas alınarak uygulanması gereken tedbirlerdir. Bu nedenle bu tedbirler ile diğer ceza muhakemesi tedbirleri arasında öncelik sonralık ilişkisi gözetilmelidir. Söz konusu iki tedbire ilişkin ikincillik prensibinin esas alınıp alınmayacağı tartışılması gereken hususlardan biridir. Her iki tedbir de gizli soruşturma tedbiri olup, kapsadığı katalog suçlar bakımından genel itibarıyla farklılıklar taşımaktadır. Bu nedenledir ki, uygulamada özellikle örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların aydınlatılması bakımından gizli soruşturmacının görevlendirilmesi tedbiri, amaca hizmet edecektir. Önceden bahsettiğimiz gibi her iki tedbir bakımından katalogda

ortak suçlar yer almaktadır. Ortak suçlar bakımından her iki tedbirin bir arada uygulanması mümkündür. 2023 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu madde 139/f. 4' e getirilen ek cümle ile iki tedbirin bir arada uygulanabilirliği, söz konusu ek cümlenin teknik araçlarla izleme tedbiri kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ile yakından ilgilidir.

Teknik araçlarla izleme, kişinin teknik cihazlarla dinlenilmesini, izlenilmesini, görüntü ve ses kaydı alınmasını sağlayan bir tedbirdir. Görüntü ve ses kaydı alma işlemi teknik araçlarla izleme tedbiri kapsamındadır. Fakat bu işlem tek başına teknik araçlarla izleme kavramını tanımlamakta yetersiz kalmaktadır. Diğer bir deyişle tek seferlik görüntü veya ses kaydı alınması teknik araçlarla izleme olarak değerlendirilemez⁵⁸.

5271 sayılı CMK 'nun 139. maddesinin 4. fıkrasına 28/03/2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile ilave olunan cümle ile, dolaylı olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile teknik araçlarla izleme tedbiri arasında teknik araçlarla izleme tedbirinin son çare olarak uygulanması gerektiği sonucuna varılır. Zira ses ve görüntü kaydı teknik araçlarla izleme yöntemlerinden biri olup ayrı bir düzenleme konusu olmuştur. Özel düzenleme niteliğindeki bu ek cümle, uyuşturucu veya uyarıcı imal ve ticareti suçuna ilişkin gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı almasına ilişkin olarak genel şartların aranması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Fakat CMK m. 140' da belirtilen şartları sağladığı ve gerekli görüldüğü takdirde ayrıca teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasına bir engel bulunmamalıdır. Aynı zamanda bu ek cümle, gizli soruşturmacının delil toplama faaliyetlerinde iken kendiliğinden ses ve görüntü kaydı almasını da yasaklar. Görevlendirilen gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alabilmesi, hakim kararına bağlıdır. Kayıt altına alma işlemi sadece uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu bakımından mümkün olabilecektir. Dolayısıyla katalogda yer alan diğer suçlar bakımından ses ve görüntü kaydının gizli soruşturmacı tarafından alınması mümkün değildir.

7445 sayılı Kanun ile getirilen ek cümle her iki tedbirde yer alan katalog suçlardaki ortak hükümleri içermemesinden dolayı eleştiriye açıktır. Katalogda yer alan suçlar bakımından hem teknik araçlarla izleme hem de gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulabilecektir. Kanun koyucu bu suçlar arasından sadece uyuşturucu imal ve ticareti suçu

⁵⁸ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayın, 11. Baskı, İstanbul, 2023, s. 666.*

bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması esnasında ses ve görüntü kaydı kararına müsaade etmiştir. Söz konusu suç haricindeki katalogda yer alan diğer ortak suçlar bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararının uygulanması sırasında ses ve görüntü kaydına alınmasına ilişkin, teknik araçlarla izleme tedbiri genel hükümleri uygulanacaktır. Fakat teknik araçlarla izleme koruma tedbirindeki sıkı şartlar gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı almasına ilişkin kararda aranmamaktadır. Ayrıca kanun koyucu yerinde bir düzenleme ile, ek şart olarak gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydını konutta yapamayacağı hükmünü düzenleyerek ilave bir güvence getirmiştir.

Teknik araçlarla izleme tedbiri, şüpheli ya da sanığın teknolojik imkanlarla izlenilmesi, ses veya görüntü kaydının alınmasıdır. 139. maddenin 4. fıkrasına ilave olunan ek cümlede “*kayıt*” ifadesine yer verilmiş olup kayıt olmaksızın dinleme ya da görüntülemeyen bahsedilmemektedir. Herhangi bir kayıt olmaksızın gizli soruşturmacının cihazla ortam dinlemesini yapmak için karara ihtiyaç olup olunmadığı belirsizdir. Sadece ek cümle göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde, görüntü ve ses kaydı işlemi için hakim kararının alınması, kayıt olmaksızın ortam dinlemesi gibi işlerin ise gizli soruşturmacının kendi görevlendirme kararı kapsamında delil toplama faaliyetleri içerisinde gerçekleştirilebileceği düşünülebilir. Fakat insanın doğası gereği işitme ve görme kabiliyetinden öte olan bir takım izleme faaliyetleri, 5271 sayılı CMK’na göre teknik araçlarla izleme tedbirine tabidir⁵⁹. Bu sebeple her ne kadar kayıt altına alınmasa da mikrofon gibi çeşitli teknik cihazlarla ortam dinlemesi ya da görüntüleme işlemlerinin yapılması hâlinde 5271 sayılı CMK’nun 140. maddesinde belirtilen şartların sağlanması gerekir. Kaldı ki ortam dinlenmesi yahut görüntülenmesi, bulunduğu mekandan başka bir ortama eş zamanlı olarak ses ve görüntülerin aktarılmasını gerektirdiğinden, sadece gizli soruşturmacının değil, koordineli bir şekilde işin ehli başka kişilerin de dahil olmasını zorunlu kılar. Bu durumda temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahalenin olacağı açıktır.

Bir diğer değerlendirilmesi gereken konu, gizli soruşturmacının delil toplama faaliyetlerini konutta gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği hususudur. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin düzenlemede, kanun koyucu yer bakımından bir kısıtlamaya gitmemiştir. Dolayısıyla

⁵⁹ ÖZTÜRK, Bahri / EKER, Kazancı, Behiye / SOYER, Güleç, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 327.

görevlendirilen gizli soruşturmacı, konutta da delil elde etme yöntemlerini kullanabilir. Bu durumda kanun koyucunun ek cümle ile getirdiği düzenleme ile gizli soruşturmacı faaliyetini konutta gerçekleştirse bile kayıt altına alabilecek midir? Teknik araçlarla izleme tedbirini düzenleyen 140. madde süre öngörmüş iken, 139. maddede ayrı bir düzenlemeye gidilmesi özel kanun genel kanun ilişkisi bakımından 140. maddenin uygulanmasına engel teşkil edecektir. Dolayısıyla her hangi bir süre kısıtlaması olmaksızın gizli soruşturmacı ses ve görüntü kaydı alabilecektir. Fakat sadece örgüt faaliyet çerçevesinde olmasına bakılmaksızın uyuşturucu imal ve ticareti suçunda şüpheli ya da sanığın konutunda gizli soruşturma faaliyetleri gerçekleştirilebilecek fakat ses ve görüntü kaydı alınamayacaktır.

Örgüt çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin faaliyetler suçun hazırlık aşamasında ve/veya işlenmesi sırasında belirli bir zaman alır. Bu nedenle suçların organizasyonu için bir komuta merkezi varlığına ihtiyaç duyulur. Hukukun hassasiyetle güvence altına aldığı giz alanı sebebiyle, konut dokunulmazlığı güvencesinin farkında olan örgüt mensupları, komuta merkezi olarak yaşam alanlarını kullanmayı tercih etmektedir. Bu durumda konut niteliğini kaybederek, başka amaçlar doğrultusunda kullanılan bir paravana dönüşmektedir. Özel hayatın gizliliği, barınma gibi hakların kötüye kullanılması söz konusudur. Hukuk, hakkın kötüye kullanılmasına müsaade etmez. Bu nedenle bu hallerde konutta ses ve görüntü kaydı alınabileceği, teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabileceği kanaatindeyiz. Bu konuda kanunda düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.

Sistematik açıdan değerlendirildiğinde, ek cümlenin ayrı bir hüküm içerisinde düzenlenmesi, bu işlemin hukuki nitelik itibariyle teknik araçlarla izleme tedbiri olma niteliğinden uzaklaştırır. Bu nedenle konutta ses ve görüntü kaydı ek cümlede açıkça ifade olunmasaydı, konutta da bu işlemlerin yapılması tehlikesi ile karşı karşıya kalınacaktı. Dolayısıyla kanun koyucunun açıkça yer bakımından uygulanmasını ifade etmesi yerinde olmuştur.

5271 Sayılı CMK' nun 139. maddesinde düzenlenen tedbir kamu görevlisinin suç örgütü çerçevesinde işlenen suçlara ve örgüte ilişkin bilgi edinilmesine yöneliktir. Gizli soruşturmacının, CMK'ndaki herhangi bir tedbire ilişkin faaliyette bulunabilmek için söz konusu tedbire ilişkin kanuni şartların sağlanması gerekir kanaatindeyiz. Bu itibarla 139. madde 4. fıkraya ilave olunan ek cümle içerisinde kanun koyucunun ayrıca ve açıkça teknik araçla izleme faaliyetine ilişkin sürenin kapsama dahil

ederek yeniden düzenlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira ceza muhakemesi tedbirleri temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenle kanunda düzenlenmesi gerekir. Şayet yukarıda izah olunan ek süreye ilişkin kıyas uygulamasına gidilmediği düşünüldüğünde, mevcut düzenlemeye göre gizli soruşturmacı hakim kararına dayalı olarak görüntü ve ses kaydını süreye bağlı olmaksızın alabilecek iken, teknolojik aygıtlarla dinleme ya da görüntüleme işlemlerini CMK m. 140' a tabi olması sebebi ile belirli süre kısıtlaması içerisinde yapabilecektir. Gizli soruşturmacının genel hükümlerde öngörülen süreye ilişkin kanuni şartların yerine getirilmeksizin koruma tedbirini görevini ifa sırasında uygulaması keyfiliğe yol açabileceği gibi, kanuna aykırılık da teşkil edecektir.

Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerekli olduğu takdirde bir hafta daha uzatılabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından gerekli olduğu halde hakim kararıyla her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplamda dört haftayı geçmemek şartıyla sürenin uzatılması mümkündür (CMK m. 140/f. 3.). Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kanun koyucu herhangi bir süre ön görmemiştir. Dolayısıyla bu tedbirin uygulanmasında, dürüst işlem ve orantılılık ilkeleri keyfiliğin önüne geçmesini sağlayacak, göz önünde bulundurulması gereken ilkelere⁶⁰. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kanunda herhangi bir sürenin öngörülmemiş olması, bunun sürekli olarak uygulanması anlamına gelmez. Dolayısıyla tedbirin amacını gerçekleştirmesi durumunda uygulanmasına son verilmelidir. Gizli soruşturmacı hakkında görevlendirildiği örgüte ilişkin faaliyetleri izlemek, örgüt hakkında araştırma yapmak ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamakla görevlidir. Her ne kadar gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri içerisinde birçok ceza muhakemesi tedbiri iç içe imiş gibi görünse de, 5271 sayılı CMK'da tanımlanmış olan koruma tedbirlerine ilişkin bir işlem ya da faaliyet yapılacak ise, bu delillerin hukuka uygun kabul edilebilirliği bakımından ilgili kanun hükmüne uygun bir şekilde şartların sağlanmış olması gerekir. Aksi takdirde elde edilen deliller hukuka uygun sayılmayacaktır. Bu sebeple gizli soruşturmacı görevini ifa ederken kanunda ayrıca düzenlenmiş bağımsız bir ceza muhakemesi tedbirine varmayacak şekilde faaliyetlerde bulunmalıdır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri esas itibariyle

⁶⁰ MERAN, s. 475; AYDIN, Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 124.*

örgütün güvenini kazanmak suretiyle örgüt içine sızmadır. Dolayısıyla ek cümlede bahsolunan düzenleme tek seferliğine kayıt işlemine de müsaade etmektedir. Teknik araçlarla izleme ise belirli süre devam eder. Bu itibarla tek seferlik görüntü veya ses kaydı alınması teknik araçlarla izleme olarak değerlendirilemez⁶¹. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi hükmü gereği teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde süreler bir kat artırılarak uygulanır. Kanunda, teknik araçlarla izleme kapsamında ses ve görüntü aktarımı belirli sürelerle sınırlandırılmış iken, evleviyetle belirli bir süre devam eden ses ve görüntü kayıt işleminin de belirli bir süreye tabi kılınması gerekir. Zira kişilerin ses ve görüntülerinin kaydedilmesi temel hak ve özgürlüklere doğrudan bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle 140. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinin, 139. maddenin 4. fıkrasının son cümlesine kıyasen uygulanması gerekir. Bu kapsamda hakim'in gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması kararının uygulaması gizli soruşturmacının görev süresi boyunca değil, kanunda belirtilen sürelerle sınırlandırılmalıdır. Söz konusu tedbirin uygulanma süresine ilişkin ayrıntılı açıklama yukarıda yukarıdaki başlıklarda yapıldığı için burada süre hesaplamalarına tekrar yer verilmemiştir.

Uygulamada, özellikle uyuşturucu ve uyarıcı imal ve ticareti suçuna ilişkin olarak gizli soruşturmacının uyuşturucuyu alınması ya da satılması esnasında herhangi bir hakim kararı olmaksızın görüntü ve ses kaydını aldığı görülmektedir. Oysaki gerek gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, gerekse teknik araçlarla izleme tedbiri mahiyeti gereği gizli koruma tedbirleridir. Bu sebeple muhatabı olunan kişi ya da kişilerin bilgisi olmaması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahalede bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere müdahaleler ancak kanunla mümkündür. Diğer bir deyişle gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile teknik araçlarla izleme tedbiri bir arada uygulanabilir ise de⁶² gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı, kendiliğinden teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasını sağlamamaktadır. Dolayısıyla uygulamadaki herhangi bir kanuni dayanağı olmaksızın gizli soruşturmacının görüntü ve ses kaydı alma işlemleri hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Yargıtay 10. Ceza Dairesinin birbirini destekler nitelikte bu yönde kararları

⁶¹ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayın, 11. Baskı, İstanbul, 2023, s. 666.*

⁶² GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 515*

bulunmaktadır: “CMK’nın 139. maddesine göre alınan gizli soruşturmacı görevlendirilmesine dair karara dayanılarak ve CMK’nın 140. maddesine göre ayrıca bir karar alınmadan teknik araçlarla izleme yapılamaz. Buna rağmen teknik araçlarla izleme, görüntü ve ses kayıtları yapılmıştır. ... Hukuka uygun olmayan teknik izlemelerle elde edilen delillere dayanılarak sübuta gidilmesi mümkün değildir.”⁶³ şeklinde karar vermiştir.

Gizli soruşturmacı görevini ifa ederken, gerek teknik araçlarla izleme gerekse bağımsız bir başka tedbire başvurusu gerekiyor ise, ilgili kanun maddesinde düzenlenen şartları taşıması gerekir. Aksi takdirde hukuka aykırı delil elde edilmiş olur.

D. Sonuç

Teknolojik gelişmelerle birlikte suç yapısının karmaşıklaşması, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nedeni ile, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için klasik ceza mahkemesi tedbirleri yeterli gelmemektedir. Bu itibarla teknolojik imkanlardan faydalanmak suretiyle delillerin korunması ve elde edilmesi amacıyla teknik ve gizli tedbirler düzenleme altına alınmıştır. Çalışma konumuzun kapsamında olan teknik araçlara izlemeyi düzenleme altına alınan madde metninde, tedbirden ne anlaşılması gerektiğine yer verilmemiştir. Kanun koyucunun teknik araçlarla izleme kavramının tanımlamasını yapmaktan kaçınmasında haklılık payı vardır. Zira teknolojik gelişmenin sınırını belirlememenin imkanı bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle araçların nelerden ibaret olduğunu kanunda belirtmek teknolojinin gelişim hızı göz önünde bulundurulduğunda bir süre sonra atıl olmasına sebep olacaktır. Fakat kanunda çerçeve bir hükmün belirlenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Böylelikle teknoloji sebebiyle alıcılarının veri işleme kabiliyet ve kapasitesi artması dolayısıyla da özel hayatın gizliliği için tehdit oluşturan araçların kullanım sınırları belirlenmiş olacaktır. Böylelikle özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınacaktır.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların, örgütün içine kapanık yapısı, delil elde edilmesini zorlaştırmaktadır. Bu itibarla kanun koyucu

⁶³ Yargıtay 20. CD, 14.01.2016, E. 2015/15770, K. 2016/121, , benzer yönde; Yargıtay 20. CD, 14.03.2016, E. 2015/15357, K. 2016/1455; Yargıtay 20. CD, 04.05.2016, E. 2016/140, K. 2016/2733; Yargıtay 20. CD, 08.03.2016, E. 2015/15972, K. 2016/1364; Yargıtay 20. CD, 15.10.2015, E. 2015/13889, K. 2015/4086; Yargıtay 20. CD, 29.06.2015 E. 2015/312, K. 2015/2691, , Yargıtay 20. CD, 15.10.2015, E. 2015/13889, K. 2015/4086; Yargıtay 20. CD, E. 2015/15895, K. 2016/1979, Yargıtay 10. CD, 13. 10.2022 ,E. 2022/1195 ve K. 2022/10295; 11.04.2016, Yargıtay 20. CD, 16.02.2016, E. 2015/14831, K. 2016/793; 10. CD, 30.03.2021, 2019/6064 E., 2021/4162 K; Yargıtay 10. CD, 17.03.2021 , E.2017/6030 ve K. 2021/3616 sayılı kararı

özellikle örgütün güvenilirliği kazanmak suretiyle, örgütün içine sızmayı hedefleyen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenlemiştir. Tedbirin asıl amacı örgütün karanlık yapısını açığa çıkarmaktır. Bu sebeple de hakkında tedbire başvurulacak katalog suçlar arasında örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğini bakılmaksızın uyuşturucu imal ve ticareti suçuna da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararının çıkarılabilecek olması eleştirilmelidir. Örgüt faaliyetinde olmayan uyuşturucu imal ve ticareti suçuyla mücadelenin çözümü, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin amacına ve mahiyetine ters düşen bir düzenlemenin getirilmesi olmamalıdır.

Koruma tedbirleri yapı itibariyle temel hak ve özgürlükleri ciddi müdahalelerde bulunmayı gerektirir. Anayasal güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahaleler ancak kanunla mümkündür. Bu sebeple kanun koyucu 5271 sayılı CMK’nda tedbirleri ayrıca bir açıkça hüküm altına almıştır. Şartları oluşmadığı takdirde tedbirlerin herhangi bir hukuki dayanağı olmaksızın uygulanması hukuka aykırılık teşkil ettiği gibi, bu suretle elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ile teknik araçlarla izleme tedbiri gerek şüphe bakımından gerekse başvurulacak suçlar açısından ortak özellikleri bulunsa da, her bir tedbir için ayrı usulüne uygun kararların alınmasını gerektiren, gizli mahiyetteki tedbirlerdir. Bu sebeple gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması esnasında teknik araçlarla izleme tedbirine de ihtiyaç duyuluyor ise, 5271 sayılı Ceza Mahkemesi Kanunu’nun 140. maddesinde belirtilen şartların varlığı gerekir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenleyen 139. maddeye 28.03.2023 Tarih ve 7445 sayılı kanun ile dördüncü fıkrasına ilave oluna cümlenin tam olarak teknik araçlarla izleme tedbiri niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu sebeple gizli soruşturmacı görevini ifa ederken ses ve görüntü kaydı alması gerekiyor ise ek cümlede belirtilmiş olan hüküm gereği hakim kararına ihtiyaç duyacak fakat bunun dışında teknik araçlarla izleme tedbiri olarak adlandırılabilen diğer işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için 140. maddenin şartlarını sağlaması gerekecektir. Kanun koyucunun bu ek cümlede doğrudan 140. maddeye atıfta bulunmayıp da sadece ses ve görüntü kaydına alınmasına ilişkin bir düzenleme getirmiş olması ses ve görüntü kaydı alınmasının somut olayda süre bakımından uygulanmasında belirsizliklere neden olacak mahiyettedir. Mevcut halde, gizli soruşturmacı tarafından yapılan belirli bir süre devam

eden ses ve görüntü kaydı işlemlerine ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrasında yer alan süreye ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerekir. Fakat ek cümlede gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirinin bir arada uygulanmasına esas alınacak süreleri düzenleyen 140. maddenin 3. fıkrasında yer alan ek cümleye doğrudan atıfta bulunması kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Zira tek seferlik ses ve görüntü kayıt işlemlerinin teknik araçlarla izleme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu halde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddenin 3. fıkrasında yer alan ek cümleyi kıyasen uygulamanın mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca kanun koyucununun 139. maddeye 28.03.2023 Tarih ve 7445 sayılı kanun ile dördüncü fıkrasına ilave olunan cümleyi “örgüt faaliyeti çerçevesinde” işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçuna ilişkin olarak yeniden düzenlemesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

- [1] Aydın, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- [2] Birtek, Fatih (Çev.), “Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporu (En İyi Uygulama Mütalaası 3)”, TBB Dergisi, 2011 (94), s. 393-428.
- [3] Bodur, Harun, “Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1.
- [4] Brandev, Atanas “Legal Mechanism Of Using Agent/S Undercover In Crime Detection Of Organized Crime Group”, International Conference Knowledge-Based Organization, Vol. XXVI No 2 2020, ss.141- 144.
- [5] Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku. 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022.
- [6] Cherniavskiy, Serhii S., Hribov, Mykhailo L., Nebytov, Andrii A., Kniaziev, Serhii M., Telenyk, Serhii S., “The Forms Of International Co-Operation In The Area Of Undercover Investigations”, Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, Volume 23, Issue 1, 2020, s. 1-9.
- [7] Çolak, Haluk/ Taşkın, Mustafa Ceza Muhakemesi Kanunu: Açıklamalı - Karşılaştırmalı – Uygulamalı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- [8] DOĞAN, Koray, “Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.969-989.
- [9] Donay, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayın, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- [10] Erdem, Mustafa, Ruhan, “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, HPD, Nisan 2005, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>, erişim tarihi, 25.06.2023, (İletişimin Denetlenmesi).
- [11] Erdem, Mustafa, Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001 (Organize Suçluluk).
- [12] FRISTER, Helmut, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, StV 1993, 153, 154, akt: PLAGEMANN, Gottfried, Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturacının Yetkileri”, CHKD, C.2, S. 1-2; 2014

[13] Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat / Alşahin M. Emin / Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[14] Gülan, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan özel Sayısı, Y. 9, S. 1-3, 1988, s.. 147-159.

[15] <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yonetmelik/iletisim.doc>

[16] Köksal, Atacan, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, ss. 2133-2176.

[17] Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

[18] Malkoç, İsmail / Yüksektepe, Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Batman, 2005.

[19] Meran, Necati, Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

[20] Meyer - Goßner L. / Schmitt B. , Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 55. baskı, München, 2012.

[21] Okuyucu, Ergün, Güneş, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.

[22] Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

[23] Özay, İl Han, “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFM, C. 56, S. 1-4, 1998.

[24] Özbek Veli Özer, CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

[25] Özbek, Veli Özer, Organize Suçlulukta Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Gizli Görevli).

[26] Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

[27] Özbek, Veli, Özer, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, CHKD, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 135-155, (Ceza Sorumluluğu).

[28] Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[29] Özgüven, A. Duygu, “Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Adli Kontrol””, TBB Dergisi, S. 81, Mart 2009, s. 311-351.

[30] Öztürk, Bahri / Eker, Kazancı, Behiye / Soyer, Güleç, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

[31] Öztürk, Bahri/ Durmuş, Tezcan/ Erdem, Mustafa, Ruhan/ Gezer, Sırma, Özge / Kırıt, Saygılar, Yasemin, F./ Özaydın Özdem/ Akcan Alan Esra/ Tütüncü Erden Efser/ Tok Mehmet Can, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2023.

[32] Plagemann, Gottfried, “Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, CHKD, C.2, S. 1-2, s. 157-187, 2014.

[33] Şerb, Stancu, Ungureanu, Petre, “Considerations on The Use of Technical Surveillance In Criminal Proceedings”, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica - Volume 5. Issue 2/2016, ss.1-5.

[34] Sezer, Yasin / İpek Ali İhsan / Parlak, Engin, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme, Seçkin Yayın, Ankara 2012.

[35] Silva, Juan Carlos Da/ Stange, Albrecht/ Özbek, Veli Özer, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, Eğitim Modülü, Matbam Ajans & Reklam & Tanıtım, Ankara 2014.

[36] Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2020.

[37] Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku 13. Baskı, Seçkin Yayın, Ankara 2022.

[38] Şahin, İlyas, Teknik Araçlarla İzleme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

[39] Şen, Ersan, “Gizli Soruşturmacı Tanık Olarak Dinlenebilir mi?”,

Yorumluyorum-V, Ankara 2014.

[40] Tamöz, Mehmet/ Kocabey Hüseyin, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009.

[41] Turinay, Y. Faruk, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme”, TAAD, Y. 2, S. 46 (Nisan 2021), s. 413-454.

[42] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>[43] Ünver, Yener/ Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[43] Ünver, Yener/ Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[44] Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

[45] Yenisey, Feridun, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik İzleme”, Yargı Dünyası Dergisi, S. 131, Kasım 2006, s.1-11.

[46] Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayın, 11. Baskı, İstanbul, 2023.

[47] Yerdelen, Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara, 2006

[48] (<https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.>, erişim tarihi, 23.06.2023).

6183 SAYILI AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUNA GÖRE AÇILAN TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ TARAFLARI: DAVACI VE DAVALI *

Av. Mahir AKBABA**

Öz

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 277. maddesinde düzenlenen tasarrufun iptali davasının tarafları, davacı ve davalı ile alakalı hazırlanan bu çalışmada tasarrufun iptali davası kavramı; hukuki niteliği, tanımı, amacı ve konusu hakkında genel açıklamalarda bulunulmuş ve iptale tabi tasarruflar incelenmiştir. Tasarrufun iptali davasının tarafları; İcra ve İflas Kanunu'na göre ve 6183 sayılı Kanun'a göre açıklanmıştır. Çalışmamız içinde Yargıtay kararları da çalışmaya dâhil edilmiştir. Hem doktrin hem de uygulamadaki durum göz önünde bulundurulmuş, hukuk insanlarının konuya dair tespit, öneri ve çekinceleri çalışmaya dâhil edilmiştir. Böylece makale içeriğine dair daha geniş bir bakış açısı ortaya konulması amaçlanmıştır.

Anahtar kelimeler: *Tasarrufun İptali Davası, İptale Tabi Tasarruflar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun, Taraf Değişikliği, Dava Arkadaşlığı.*

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.01.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 06.02.2024

** Denizli Barosu, İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, mahirakbaba@stu.aydin.edu.tr; ORCID: 0009-0000-2082-3782

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1003

Parties of the Case for Cancellation of Disposition Filed According to the Law No. 6183 on the Collection Procedure of Public Receivables: Claimant and Defendant

Abstract

This article, which is regulated in the article 277 of the Execution and Bankruptcy Law No. 2004, is composed of five chapters related to the parties, plaintiff and defendant of the case for cancellation of disposition. General explanations have been made on the concept, legal nature and definition, purpose and subject of the case for cancellation of disposition and analyzes the dispositions subject to cancellation. The parties to the action for cancellation of disposition are explained according to the Enforcement and Bankruptcy Law and Law numbered. 6183. High court judgments are also included in the article. The situation in both doctrine and practice has been taken into consideration, and the observations, suggestions and reservations of legal experts on the subject have been included in the study. It is aimed to present a broader perspective on the content of the thesis by making use of printed sources on this subject.

Keywords: *Action for Cancellation of Dispositions, Dispositions Subject to Cancellation, Law No. 6183 on Collection Procedure of Public Receivables, Change of Parties, Companionship.*

Giriş

Tasarrufun iptali davası; İcra ve İflas Kanunu'nun m. 277 – 284 ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'un m. 24 – 31. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler, İcra ve İflas Kanunu'nun diğer pek çok hükmünün aksine oldukça dar bir alanda uygulanabilmişlerdir. Öyle ki; haciz yoluyla takiplerde hacizden, iflas yoluyla takiplerde ise iflasın açılmasından önce borçlunun mal ve hakları üzerinde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, uygulamada da rastlandığı üzere bazen borçlular, mallarına haciz konulmasını önlemek veya iflas kararı verilmesi ihtimali bulunan durumlarda, çoğu kez alacaklılarından mal kaçırmak için veya bu niyeti olmasa bile şüpheli birtakım işlemlerle tasarruflarda bulunurlar. Örneğin, borçlunun eşine, çocuklarına veya yakınlarına bağışlamalarda bulunması, satışlar yapması gibi.

Borçluların bu tasarrufları, herhangi bir kısıtlama söz konusu olmadığından geçerlidir. Ancak hakkında haciz işlemine girilen (veya iflasta hakkında iflas kararı verilen) borçluların tasarruf yetkisi bu tarihlerden itibaren kısıtlanır. Hacizden veya iflas kararından önce, malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilen borçlular, henüz alacaklıların haciz veya iflas yolu ile takibine hedef olmadan, onlardan mal kaçırmak, yani takibi semeresiz bırakmak amacıyla malvarlığının tamamını ya da bir kısmını bazı hileli işlemlerle bir diğer ifade ile bedelsiz olarak veya olduğundan daha aşağı bir bedel ile başkalarına örneğin hileli işlemlere ilişkin maksadını bilen birilerine (yakın, akraba, dost, vb.) devredebilir veya bedelini bizzat kendisi ödemek suretiyle yakınları adına (üzerine) mal (taşınır, taşınmaz) satın alarak malvarlığını hileli olarak azaltma yoluna gidebilirler.

Söz konusu bu tasarruflar, başlattıkları icra takipleriyle borçlunun başkaca mallarından alacaklarını alabildikleri ölçüde alacaklıları ilgilendirmez. Ancak borçlunun başka mallarından alacaklarını karşılayamayan alacaklılara kötü niyetli borçluların mal kaçırmak kastıyla yaptıkları işlemlerden zarar gördükleri takdirde onları korumak amacıyla kanun-yucu tarafından İcra ve İflas Kanunu'nun m. 277 Tasarrufun iptali davası denilen bir dava açma hakkı tanınmıştır.

Tasarrufun iptali davası: “Borçlunun alacaklılara zarar veren tasarruflarını davacı alacaklı açısından alacağı nispetinde hükümsüz kılmayı sağlayan dava”¹ olarak tanımlanır. Daha geniş ve kapsayıcı manada ise:

¹ B. Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 3. Baskı, 2019, s.317.

“Borçlunun alacaklısını zarara uğratmak maksadıyla malvarlığından çıkardığı mal, hak ya da bunlar yerine geçen değerlerin hukuki işlemde (tasarruftan) zarar gören alacaklının alacağına kavuşmak adına dava açarak yeniden borçlunun malvarlığına dönmesini sağlanan dava”² olarak tanımlanabilir. Bir diğer tanım ise: “İcra ve İflas Kanununda düzenlenen tasarrufun iptali davasını, borçlunun üçüncü kişiyle karşılıklı yaptığı ve alacaklısını zarara uğratmak (mal kaçırmak) maksadıyla gerçekleştirilen tasarrufların (işlemlerin) tesirini sonlandırmak için açılan, temelinde alacak hakkı bulunan, eda davası niteliğinde şahsi bir davadır.” olarak belirtilmiştir.³

I. TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ AMACI ve KONUSU

Tasarrufun iptali davasının amacı; haciz veya iflas kararı öncesinde bir diğer anlatımla borçlunun tasarruf yetkilerinin kısıtlanmasının mevzu bahis olmadığı dönemde (borçlunun) alacaklılarından mal kaçırmak kasıtlı ve kötü niyetle gerçekleştirdiği tasarrufları (hukuki işlemleri) davacı alacaklı açısından geçersiz kılarak borçlunun malvarlığından çıkararak uzaklaştırdığı dava konusu malvarlığı üzerinde alacaklının sanki bu mal hala borçluya aitmişçesine haciz ve satış isteyerek yani cebri icra yoluyla alacağını alabilmesini sağlamaktır.

En yalın ifade ile tasarrufun iptali davasının amacı: “Haciz veya iflas yoluyla takipte borçlunun, alacaklıdan mal kaçırmasını önlemek” olarak açıklanabilir.⁴ İİK. m. 277/1, tasarrufun iptali davasının, İİK. m. 278, 279 ve 280 yazılı olan tasarruflar nedeniyle açılabilceği belirtilmiştir.⁵ Maddede belirtilen “tasarruflar” kelimesi doktrinde tartışılmış ve ağırlık bulan görüşe göre, tasarruf işlemlerinin; hukuki işlem kavramından daha geniş olarak (ve hatta onu da içererek) hukuk sistemince hukuki bir sonuç bağlanan eylemler olarak tanımlanan; hukuki işlemleri (işlemleri)

² H. Pekantez / O. Atalay / M.S. Özkan / M. Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Bası, 2012, s. 839-859.

³ T. Uyar, *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, 4. Baskı, 2011, s. 1003.

⁴ T. Uyar, *İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu*, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1984;10-11-12: 574-581; T. Uyar, *Tasarrufun İptali Davalarının Konusu*, *TBB Dergisi*, 2008;78. 287-314.

⁵ A. Deynekli / M. Oskay / C. Koçak / A. Doğan, *İcra İflas Kanun Şerhi*, Cilt 1-5, Ankara, 2007, s.516; G. Eriş, *En Son Değişikliklerle Gerekçeli – Açıklamalı – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu*, 2005, s.312; A. Karşlı, *İcra ve İflas Kanunu, Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat*, İstanbul, 2008, s.159; T. Uyar, *Gerekçeli – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara, 2010, s.912; T. Muşul, *Gerekçeli – Notlu – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 4. Bası, İstanbul, 2011, s. 463.

ifade ettiği neticesine varılmıştır.⁶ Doktrinde de borçlunun hem dava dışı hem icra takibi içindeki hem de feragat, kabul, sulh vb. hukuki eylemleri (işlemleri) tasarrufun iptali davasının konusu kabul edilmiştir. Şu halde tasarrufun iptali davasının konusu kısaca; borçlunun alacaklıları aleyhine zarara sokma amacıyla malvarlığını azaltıcı özellik bulunduran hukuki işlemlerdir.⁷

II. İPTALE TABİ TASARRUFLAR

Tasarrufun iptali davasına konu olan işlemler maddi hukuk (İİK) bakımından geçerli olan ve alacaklıları zarara uğratan işlemlerdir. Öyleyse maddi hukuk açısından hükümsüz olan işlemlere ilişkin tasarrufun iptali davası açmaya gerek yoktur. Diğer bir söyleyişle işlem örneğin muvazaa sebebiyle zaten geçersizse o işlem hakkında tasarrufun iptali davası açılmaz.⁸ Zira butlanın tespiti neticesinde işleme konu olan malın borçlunun malvarlığında zaten çıkmamış olduğu hükme bağlanabilecektir.

Tasarrufun iptali davası, İİK ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'da sayılan koşullarda ve (iptale tabi) tasarruflar dolayısıyla açılır. Tasarruf işlemi, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini değiştiren, sınırlayan veya ortadan kaldıran işlem olarak tanımlanmaktadır ki bu işlem ile borçlunun malvarlığında bir eksilme, azalma gerçekleşir.

Tasarrufun iptali davasıyla, borçlunun üçüncü kişiyle karşılıklı gerçekleştirdiği malvarlığını azaltıcı, alacaklısına zarar veren ve kanun (koyucu) tarafından da uygun görülmeyen hukuki işlemler alacaklı açısından iptal edilmiş olur. İşte bu işlemler üçe ayrılır:

1- Bağışlama ve İvazsız Tasarruflardan (karşılıksız kazandırmalardan) Dolayı İptal (İİK. m. 278)

⁶ T. Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Tasarrufun İptali Davaları*, 2. Bası, 2017, s.117; S. Ş. Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 5. Bası, Ankara, 1960, s.298.

⁷ B. Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, 2017, s.487; S. Kurtoğlu, *İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği*, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1973;7-8: 776-780; C. Akil, *Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteliği*, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2014;1(1): 79-102; C. Akil, *Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davaları*, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014;3: 5.

⁸ B. Umar, *Türk İcra ve İflas Hukukunda İcra ve İflas Usulleri, İptal Davası*, *İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1013-210*, 1963, s.63; B. Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, *İzmir*, 1973, s.87; B. Umar, *İcra İflas Hukuku Ders Notları*, *İzmir*, 1973, s.101; İ. Sarısözen, *İcra ve İflas Kanununa Göre İptal Davasında Yargılama Usulü*, 1977, s.412.

2- Aciz Halinde (borca batık durumda iken) Yapılan Tasarruflardan Dolayı İptal (İİK. m. 279)

3- Alacaklılara Zarar Vermek Kastı ile Yapılan (hileli) Tasarruflar (İİK.m.280)

III. TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ TARAFLARI

Bir sosyal ve/veya ekonomik ilişkinin borç ilişkisi sayılabilmesi ve dolayısıyla icra iflas hukukunun konusunu oluşturabilmesi için bu ilişkinin taraflarına gereksinim vardır. Borç ilişkisinin tarafları da alacaklı ve borçludur. Söz konusu borç ilişkisine istinaden hukuki ilişkide tasarrufun iptali davasının kimler tarafından açılabileceği (kimlerin davacı olabileceği) İİK m. 277 ve kimlere karşı açılabileceği (kimlerin davalı olabileceği) de İİK m. 282 düzenlenmiştir.

A. Davacı

Tasarrufun iptali davasını kimlerin açabileceği diğer bir ifade ile davada kimlerin davacı sıfatı taşıyabileceği İİK. m. 277 gösterilmiştir.⁹ Burada sınırlı olarak sayılan kişilerin haricindekilerin tasarrufun iptali davasının açma yani (davada) davacı olma hakkı bulunmamaktadır. Tasarrufun iptali davasının haciz ya da iflas yolu ile takipte veya 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre açılmasına göre davacı sıfatını ayrı ayrı ele alarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

Bu bağlamda 6183 s. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre kamu alacağı bulunduğundan ötürü kimin tasarrufun iptali davası açabileceği (davacısının kim olabileceği) gösterilmediği halde kime karşı dava açılacağı 6183 s. Kanun'un 25. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁰ Doktrin görüşleri doğrultusunda 6183 s. Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davası:

⁹ İptal Davası m. 277 – İptal Davasından maksat m. 278, 279 ve 280 yazılı tasarrufların butlanına hükmettirmektir. Bu davayı:

1- Elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı,

2- İflas İdaresi yahut İİK. m. 245 ve m. 255 III. fıkrasında yazılı olan hallerde alacaklıların kendisi açabilir. (İİK. m. 245: Münazaalı Hakların Talep Eden Alacaklılara Temliki, İİK. m 255: İflas kapandıktan Sonra)

(*Davacı, hukuki ilişkinin aktif tarafıdır. Zira davacı (alacaklı sıfatıyla) hukuki ilişkiden doğan, borç konusunun ifasını talep yetkisine sahip olan taraftır.)

¹⁰ 6183 s. k. m. 25: İptal, borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendisine ödeme yapılan kimselerle, bunların mirasçularına ve iyiniyetli olan diğer üçüncü şahıslara karşı istenir.

a) Devlet, (*Resim, harç vergi, ceza kovuşturmalarına ait yargılama giderleri, para cezası, vergi cezası ile bunların faiz, gecikme zammı gibi eklentileri ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinden kaynaklanan alacaklarla, bunların takip masrafları olarak nitelendirilen kamu alacaklarını borçlularından tahsil edilmemiş olan*)

b) İl Özel İdareleri,

c) Belediyeler,

d) Kendisine (çeşitli kanunlarda gösterilen alacakların tahsili adına) takip yetkisi tanınan kurum ve kuruluşlar tarafından açılabileceği (davacısı olabileceği) belirtilmektedir.¹¹

Tasarrufun iptali davaları uygulamada kamu kesimindeki bazı idari kurumlarca da (Vergi Dairesi Müdürlüğü, Mal Müdürlüğü vb.) altta belirtilen durumlarda açılmaktadır:

a) Tasarruf tarihinden evvel doğmuş kamu alacağının dava tarihi öncesinde ya da dava esnasında kesinleşmiş¹² ve ödeme tarihi muaccel hale gelmiş (geçmiş) olduğu durum,¹³

Diğer duruma geçmeden önce iki özel hususa değinmekte fayda bulunmaktadır; üst mahkeme kamu alacağının dava açılmadan önce kesinleşmiş olması şartını aramamakta ve derdest davaları reddetmemektedir.¹⁴ Doktrinde atıflar yapılarak açıklandığı ve savunulduğu üzere; ihtiyaten tahakkuk ettirilen ve hakkında verilen ihtiyati haciz kararı uygulanan kamu alacakları için kesinleşme ve ödeme tarihi muaccel hale gelme (yani ödeme gününün gelmesi) söz konusu olmadığından tasarrufun iptali davasını açılmayacağı belirtilmektedir.¹⁵

b) Kamu alacağı için icra takibinin başlatılıp kesinleştiği durum,

¹¹ C. Kostakoğlu, 6183 s. Kanuna göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası, *Yargıtay Dergisi*, 1991; 1-2: s. 10 vd; *Yasa Dergisi*. 1990;9: 1233; E. Şimşek, *Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanun Şerhi*, 1. Baskı, 1996, s.177; C. Çatalkaya / İ. Bandakçoğlu, *İcra ve İflas Kanun Şerhi*, Ankara, 1967, s.516; F. Askan, 6183 sayılı A.A.T.U.H.K. Uyarınca İcra Hukukunda Tasarruf İptal Davaları, 1. Baskı, 2008, s.63; M. Toktaş, *Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları*, 1. Baskı, 2009, s.142

¹² Kamu alacakları, tebliğ edilip, süresinde itiraz edilmemesi ya da yapılan itirazın ilgili mahkemeye reddedilmesi durumunda kesinleşir. (*Mevzuat Dergisi / Yıl 4, Sayı 48, Aralık 2001*)

¹³ Bknz. 17. HD. 11.03.2013 T. 6889/3205; 24.05.2011 T. 10367/5181; 10.05.2011 T. 11572/4547; 31.03.2011 T. 6364/2901; 17.06.2010 T. 2805/5638; 24.02.2009 T. 4557/871; 08.10.2007 T. 3122/2999...vb; 15. HD. 16.01.1995 T. 6377/76.

¹⁴ Bknz. 17. HD.07.04.2009 T. 5331/2168; 05.03.2009 T. 217/1116.

¹⁵ A. Gerçek, *Kamu Alacaklarını Takip ve Tahsil Hukuku*, 5. Baskı, 2017, s.261; M. C. Ünlü, *Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Açıklamalı İçtihatlı Kanun*, 1995, s.891.

c) Borçlunun, mallarının borcunu ödemeye yetmeyeceği yani aciz içinde bulunduğu durum.

Bu durum(lar) gerek İcra ve İflas Kanunu “*Borç ödemedен aciz vesikası: Madde 251 – (Değişik: 18/2/1965-538/99 Md.) İdare, paraları dağıtırken alacağının tamamını alamamış olan her alacaklıya ödenmemiş miktar için aciz vesikası verir.*” denilmek gerek Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un da “*Aciz hali: Madde 75 – Yapılan takip sonunda, borçlunun haczi caiz malı olmadığı veya bulunan malların satış bedeli borcunu karşılamadığı takdirde borçlu aciz halinde sayılır. Yapılan takip safhalarıyla bakiye borç miktarı bir aciz fişinde gösterilerek aciz hali tespit olunur.*” denilerek belirtilmekte ve borçlunun ödeme aczine düştüğü kabul edilmektedir.

Doktrinde ise kamu kesimindeki bazı idari kurumlarca tasarrufun iptali davası açılabilmesi için aciz vesikasının mahkemeye sunulması zorunluluğu tartışmalıdır. Bu tartışma akla şu soruyu getirmektedir: Kamu idarelerine, özel kişilere tanınan hakların aynı tanınmalı mıdır? İdareden alacağını tahsil edemediğini; haciz belgesi ya da borçlunun haczi kabil hiçbir malvarlığı olmadığını gösterir haciz tutanağı marifetiyle ispatlaması istenmeli midir?

Doktrindeki ilk görüşe göre¹⁶; kamu idarelerine, özel kişilerden faklı bir ayrıcalık tanınmaz, idare alacağını tahsil edemediğini ispatlamak zorundadır. İkinci görüşe göre¹⁷ ise 6183 s. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’a göre borçlunun ödeme aczine düştüğü karinesi gereği kamu idaresinin aciz vesikası sunmasına gerek bulunmamaktadır.

Yargıtay ise bu konudaki içtihatlarında; idari kurumlarca tasarrufun iptali davası açılabilmesi için aciz vesikasının alınıp, mahkemeye sunulması zorunluluğu olmadığını yani ikinci görüşü benimsemiştir.¹⁸ Katıldığı bu (ikinci) görüşe uygun olarak Yargıtay bazı kararlarında¹⁹: “...mahkemece tasarruf tarihi itibarıyla kamu idaresinin tahsil edilemeyen alacağı olarak doğmuş tüm borç miktarının (ferileri de dahil) hesaplanacağını” belirtilmiştir.

¹⁶ E. Şimşek / Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, 1989, s.346; ŞİMŞEK: s.177.

¹⁷ KOSTAKOĞLU: s.10; ASKAN: s.63; İ. Özmen, Tereke Hukuku Davaları, 3. Basım, 2010, s.956.

¹⁸ Bknz. 15. HD. 24.06.2003 T. 1643/3472; 08.12.1997 T. 4752/5269; 05.04.2011 T. 2254/3055; 14.09.2009 T. 6724/5326; 17. HD. 25.12.2008 T. 3555/5754; 06.05.2008 T. 864/2398; 07.02.2008 T. 5281/458.

¹⁹ Bknz. 17. HD. 17.06.2010 T. 2805/5638; 24.02.2009 T. 4557/871.

Doktrinde üzerine atıflar yapılarak açıklandığı ve savunulduğu bir diğer soru da şudur: İdare, borçlunun tasarrufun iptali davasına konu tasarruf işleminden daha sonraki bir tarihte doğan alacakları için borçlunun evvelce gerçekleştirdiği tasarruflarının iptalini talep edebilecek midir? Bir diğer anlatımla idarenin kamu alacağının tasarruftan evvel doğması zorunluluğu var mıdır?

Bu hususta doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş göre²⁰ alacak tasarruftan evvel doğmalıdır. Tasarruf tarihinde borç oluşmamışsa tasarrufun iptali davası açılmaz. Zira üçüncü kişiler borçlunun malvarlığının ne olduğunu bilerek ve kamuya borcu olmadığına inanarak güvene dayalı (iyi niyetle) işlemde bulunurlar. Diğer görüş ise²¹; gelecekte doğabilecek kamu borçlarını ödeyemeyecek kadar malvarlığını eksilten kişinin gerçekleştirdiği bu tasarruf işlemlerinin; kamu yararı ilkesi açısından; kamu idaresine karşı geçerli sayılmamasını kabul etmektedir.

Yargıtay²² yerleşik içtihatlarında ilk görüşe katılarak; tasarrufun iptali davasının (alacaklı sıfatıyla) davacısı olan kamu idaresinin alacağının davalı (borçlunun) davaya konu tasarruf işleminden önce doğması gerektiğini kabul etmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay verdiği bir kararında: “...açılmış olan iflasta, borçlunun iflastan evvel mal kaçırma kastıyla gerçekleştirdiği bağışlama ve/veya hileli tasarruflardan kaynaklanan kamu alacaklarından ötürü tasarrufun iptali davasının iflas idaresi veya kamu idaresi tarafından açılabilceğini” belirtmektedir.²³

B. Davalı (İİK M. 282)

İİK. m. 282 tasarrufun iptali davasının davalısının kim olacağını yani davanın kime karşı açılabilceği belirtilmiştir.²⁴, 538 s. (İcra ve İflâs

²⁰ ŞİMŞEK: (Uygulamalı) s.346 ve ŞİMŞEK: (Amme Alacakları) s.177.

²¹ KOSTAKOĞLU: s.10.

²² Bknz. 17. HD. 28.12.2009 T. 8452/9007; 12.10.2009 T. 4029/6211; 12.10.2009 T. 4216/6215.

²³ Bknz. 15. HD. 17.01.1995 T. 6538/115.

²⁴ İptal Davasında Davalı - İİK. m. 282 (Değişik: 18.02.1965 - 538/117 md.): İcra ve İflas Kanunu'nun 11. babındaki iptal davaları; borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Bunlardan başka, kötü niyet sahibi üçüncü şahıslar aleyhine de iptal davası açılabilir. İptal davası iyi niyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez. (* Davalı, hukuki ilişkinin pasif tarafını oluşturur. Zira davalı (borçlu) taraf, hukuki ilişkiden doğan edimi, ifaya yükümlü olan, bir başka ifadeyle kendisinden edimin ifası istenendir.)

Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair) Kanun ile gerçekleştirilen düzenlemelere istinaden, tasarrufun iptali davalarında (icra takibinin) borçlusunun da davalı olarak davada belirtilmesi kabul görmüştür. 538 s. Kanun'un öncesinde de bilimsel içtihatlarda bu ilkeyi atıflarla açıklayan, savunan ve kabul eden hukuk bilginleri; borçlunun da diğer davalılarla birlikte davalı olacağını benimsemektedirler.²⁵ Tartışmalı olan bu konuda, uyuşmazlıkları gidermek adına ve verdiği kararları meşrulaştırmak için Yargıtay'ın da yargısal içtihatlarında doktrinden alıntılar yaparak yararlandığı görülmektedir.²⁶

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre, kamu alacağından ötürü tasarrufun iptali davalarının kimlere karşı açılacağı, Kanun'un 25. maddesinde düzenlenmiştir.²⁷ İİK'ya göre haciz yoluyla ve iflas yoluyla takiplerde açılan tasarrufun iptali davaları hakkında yapılan açıklamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarının davalısı yönünden de geçerlilik taşımaktadır. Ancak burada bir fark bulunmaktadır ki: 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre davalılar (yani aleyhlerine tasarrufun iptali davası açılacak kişiler) arasında "borçlu" belirtilmemiştir.

Doktrinde tartışılarak ağırlık bulan (baskın doktrine) ve benim de katıldığım (hâkim) görüşe göre; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre açılacak tasarrufun iptali davalarında da tıpkı İİK'ya göre açılan tasarrufun iptali davalarındaki gibi borçlunun da dava arkadaşı olarak davalı gösterilmesi gerekmektedir.²⁸

Yargıtay yerleşik içtihatlarında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarında borçlunun da davalı olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmese de (doktrinde

²⁵ M. R. Belgesay, *İcra ve İflas Hukuku I. Cilt, İstanbul, 1945, s.311; K. Arar, İcra ve İflas Hükümleri, Ankara, 1945, s.203; B. Gürdoğan, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1965, s.165; B. Gürdoğan, İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s.251; N. M. Berkin, İflas Hukuku, 4. Baskı,1972, s.193; N. M. Berkin, Tatbikatçılara İflas Hukuk Rehberi, İstanbul, 1980, s.217.*

²⁶ Bknz. 4. HD. 17.01.1953 T. 27/150; 5. HD. 30.12.1952 T. 4000/4694.

²⁷ İİK m. 25: *İptal Talebinde Muhatap: İptal, borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimselerle, bunların mirasçılarını ve suiniyet sahibi diğer üçüncü şahıslara karşı istenir.*

²⁸ ASKAN: s.63; TOKTAŞ: s.142; KOSTAKOĞLU: s.10; ŞİMŞEK: s.177; GERÇEK: s.261.

tartışılarak ağırlık bulan hâkim görüşe uyarak) davanın sonuçlandırılabilmesi için dava arkadaşı durumundaki borçlunun da davaya dahil edilmesini öngörmektedir.²⁹

Yine doktrinde belirtilen bir görüşü; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarının davalısı yönünden kanunun tüzel kişiler nezdinde Vergi Usul Kanunu ile ilişkili olduğu bir durumu Yargıtay içtihatları ışığında değerlendirmeyi uygun ve kıymetli buluyorum. Eğer tasarrufun iptali davası 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 10 uyarınca³⁰ kanuni temsilci sıfatıyla (anonim veya limited şirket gibi bir) tüzel kişinin ödenmeyen kamu borcundan sorumlu olan kişiler aleyhine açılmak istenirse kanuni temsilci davalı olarak gösterilebilecek midir?

(213 sayılı Vergi Usul Kanunu Kanuni temsilcilerin ödevi: Madde 10 – Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. Değişik: 03.12.1988-3505/2 m. Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz. Ek fıkra: 21.03.2018-7103/9 m. Tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmiş olan mükelleflerin, tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin her türlü vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi, müteselsilen sorumlu olmak üzere, tasfiye öncesi dönemler için kanuni temsilcilerden, tasfiye dönemi için tasfiye memurlarından herhangi biri adına yapılır. Limited şirket

²⁹ Bknz. 17. HD. 27.11.2011 T. 11364/427; 19.01.2010 T. 31/102; 15. HD. 15.04.1998 T. 1143/1444; 04.03.1996 T. 1126/1085.

³⁰ 213 s. VUK. m. 10. Kanuni Temsilcilerin Ödevi: Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler; kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak amme alacaklarından şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar.)

Farklı bakış açıları arasındaki hukuki tartışmalar ve eleştiriler sonucunda doktrinde kamu borcunun ödenmesinden sorumlu olan kanuni temsilci hakkında: kamu idaresi tarafından (asıl borçlu tüzel kişi için) başlatılan icra takibinin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 54. maddesi uyarınca kanuni temsilci yönünden de (ödeme emri gönderilip tebliğ edilip) kesinleşmesinin sağlanmış olması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır.³¹

Doktrin görüşleri üzerinden yanıt bulduğumuz bu soruya ilişkin Yargıtay da: “*Kanuni temsilciye herhangi bir ödeme emri tebliğ edilmeden, hakkında sorumlu olduğu kamu borcundan dolayı icra takibi yapılmadan ve bu takip kesinleşmeden alacaklı kamu idaresinin alacağını tahsil etmesini önlemek amacıyla mallarını kaçırdığı iddiasıyla kendisine karşı tasarrufun iptali davası açılmayacağını*” belirtmiştir.³²

SONUÇ

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarında mevcut mevzuat (Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge, yönerge; kanun, CBK, KHK, Bakanlar Kurulu Kararı, TBMM kararı, HSK kararı... diğer kurul kararları, milletlerarası antlaşma, sözleşme; tüzük, tebliğ vb.) ve düzenlemelerin uygulamada kötü niyetli borçlu karşısında alacaklıyı yeterince koruyup koruyamadığı hala tartışmalıdır.

Kanaatimce yeterince koruyamadığı bir gerçektir. Oysaki tasarrufun iptali davası kötü niyetli borçlu karşısında alacaklının korunmasını sağlayabilecek en etkili hukuki yöntemdir. Bu nedenle tasarrufun iptali davası içerik ve konu olarak bir değil birçok (tek açıdan değil pek çok) açıdan incelemeye değer genişlikte olmuştur. Belki de ironik olarak tam da

³¹ İ. Barlas, *Kamu Alacaklarının Haiz Yoluyla Takibi (Anonim ve Limited Ortaklarda Kanuni Temsilcinin Vergisel Sorumluluğu)*, 1. Baskı, 2017, s.129; M. Coşkun, *Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 3. Baskı, 2016, s.1083; A. Deynekli, *Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Alacaklarının Tahsilinde 6183 Sayılı Kanunun Uygulanması*, Ankara 2010, s.98; T. Muşul, - *İcra ve İflas - Tebligat Hukuku Uygulamaları*, Ankara, 2008, s.369.

³² Bknz. 15.HD. 08.12.1999 T. 4474/4562; 17. HD. 28.03.2011 T. 7587/2753; 19.HD. 23.01.2003 T. 5865/508; 23. HD. 27.05.2013 T. 2581/3534; Danıştay 3. Dairesi 26.05.1999 T. 2761/2128; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 24.12.1999 T. 389/607.

bu çerçevede naçizane denilebilir ki uygulamada; tasarrufun iptali davaları hakkında tasarrufun iptali hukuku şeklinde özel ve oldukça geniş bir alan oluşmuştur.

Yine bu nedenle geçmişten bu yana dek hukuk literatüründe birçok kıymetli üstadın tam, sağlıklı ve mantıklı bir icra bakış açısıyla yaptıkları araştırmalar tasarrufun iptali davası(nın tarafları) konusuna dair karanlıkta kalmış en küçük detayların dahi açığa çıkmasını sağlamış, çalışma ve katkıları sayesinde konunun bütününe dair detaylı bilgi sahibi olunması mümkün olmuştur.

Kaynakça

- [1] AKİL, Cenk: Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteliği, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2014;1(1): 79-102.
- [2] AKİL, Cenk: Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davaları Bağlamında Aciz Belgesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014;3: 5.
- [3] AKKAYA, Tolga: Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu, Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006;3.
- [4] AKŞENER, Haşmet Sırrı: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları; Tasarrufun İptali Davasının İpotek Alacaklısı ve Dördüncü Kişiyeye Etkisi, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- [5] AKŞENER, Haşmer Sırrı: Borcun Doğum Anı ve Tasarrufun İptali Davaları Yönünden Önemi, Legal Huk. D., 2008;6(72): 4007-4013
- [6] ALTAY, Sümer: Türk İflas Hukuku, Cilt I – II, İstanbul, 2004.
- [7] ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara, 1960.
- [8] ARAR, Kemal: İcra ve İflas Hükümleri, Ankara, 1944.
- [9] ARAR, Kemal: İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1945.
- [10] ARAS, Ferzan Arif: atf. III 172; jdt 1930 II 67 (İstanbul Barosu Dergisi / Cilt 85 / Sayı 2011/2 Mart; Yargıtay Dergisi / Yargıtay Kitaplığı,1986;12(1).

- [11] ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Pratik Çalışmaları, 13. Baskı, 2013.
- [12] ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/HANAĞASI, Emel/TAŞPINAR AYVAZ, Sema: İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, 2018.
- [13] ASKAN, Filiz: 6183 s. A.A.T.U.H.K. Uyarınca İcra Hukukunda Tasarrufun İptal Davası, 1. Baskı, 2008.
- [14] ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin/KARTAL, Bünyamin: İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, 2018.
- [15] BARLAS, İrfan: Kamu Alacaklarının Haiz Yoluyla Takibi (Anonim ve Limited Ortaklarda Kanuni Temsilcinin Vergisel Sorumluluğu), 1. Baskı, 2017.
- [16] BELGESAY, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Hukuku I. Cilt, İstanbul, 1945.
- [17] BERKİN Necmettin Mehmet: İflas Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 1972.
- [18] BERKİN, Necmettin Mehmet: Tatbikatçılara İflas Hukuk Rehberi, İstanbul, 1980.
- [19] BİLGE, Necip: Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 28. Bası, Ankara, 2010.
- [20] BİLGE, Necip: İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli, 3. Baskı, Ankara, 2016.
- [21] BÖRÜ, Levent: İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası, AÜHF Dergisi, 2009;18(3): 481-528.
- [22] CİMCOZ, Salâh: İptal Davasının İhtilafı ve Aksayan Yönleri Üzerine Düşünceler, Yargı Dergisi, 1977: 55.
- [23] COŞKUN, Mahmut: Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Baskı, 2016.
- [24] ÇATALKAYA, Cevdet/BANDAKÇIOĞLU İhsan: İcra ve İflas Kanun Şerhi, Ankara, 1967.
- [25] DEYNEKLİ, Adnan: Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Alacaklarının Tahsilinde 6183 Sayılı Kanun'un Uygulanması, Ankara 2010.

[26] DEYNEKLİ, Adnan/KISA Sedat: Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli (Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiyesinde Tasarrufun İptali Davasını Kim Açabilir), 1. Baskı, İstanbul, 1996.

[27] DEYNEKLİ, Adnan/OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coskun/DOĞAN Ayhan: İcra İflas Kanun Şerhi, Cilt 1-5; Ankara, 2007.

[28] DİKİCİ, Fatih: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008.

[29] ERİŞ, Gönen: En Son Değişikliklerle Gerekçeli – Açıklamalı – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, 2005.

[30] ERTAŞ, Şeref/ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla: Yeni Medeni Kanun’a Göre Medeni Hukuk, 9. Bası, Ankara, 2015.

[31] GERÇEK, Adnan: Kamu Alacaklarını Takip ve Tahsil Hukuku, 5. Baskı, 2017.

[32] GÜNEREN, Ali: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2012.

[33] GÜRDOĞAN, Burhan: Gürdoğan, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1965.

[34] GÜRDOĞAN, Burhan: İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1966.

[35] KARATAŞ, İzzet/ERTEKİN, Erol: Tasarrufun İptali Davaları, 1. Baskı, 1998.

[36] KARAYAZGAN, Güngör/VAROL, Behlül: Varol, Tatbiki İcra ve İflas Hukuku ve En Son İçtihatlar, İstanbul Barosu Dergisi, 2011.1971: 137.

[37] KARAYAZGAN, Güngör/VAROL, Behlül: agm. s. 137; S. Cimcoz, agm. s. 15, İstanbul Barosu Dergisi, 2011.

[38] KARSLI, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2010.

[39] KARSLI, Abdurrahim: İcra ve İflas kanunu, Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2008.

[40] KAZANCI, İdil Tuncer: Tasarrufun İptali Davalarında İspat, 1. Baskı, 2015.

- [41] KOSTAKOĞLU, Cengiz: Takip Hukukunda İptal Davaları, Adalet Dergisi, 1989;6: 7-33 / Yasa Dergisi, cilt 8, 1989;8: .1037-1060.
- [42] KOSTAKOĞLU, Cengiz: 6183 s. Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası, Yargıtay Dergisi, 1991;1-2: s. 10 vd; Yasa Dergisi. 1990;9: 1233.
- [43] KURTOĞLU, Serda: İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği, İstanbul Barosu Dergisi, 1973;7-8: 776-780.
- [44] KURU, Baki: İflas ve Konkordato Hukuku, 1971.
- [45] KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 1988
- [46] KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, 1997.
- [47] KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6. Baskı, İstanbul, 2001
- [48] KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013.
- [49] KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 3. Baskı, 2019.
- [50] KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, 2013.
- [51] KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, 2017.
- [52] KURU, Baki: Hukuki Mütalaa: Tasarrufun İptali Davası, Ankara 2013.
- [53] MUŞUL, T: Gerekçeli – Notlu – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Baskı, İstanbul, 2011.
- [54] MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, 3. Bası, Ankara, 2008.
- [55] MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas - Tebligat Hukuku Uygulamaları, Ankara, 2008.
- [56] MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda; Tasarrufun İptali Davaları, 2. Bası, 2017.
- [57] MUŞUL, Timuçin: Tasarrufun İptali Davasında Dava Şartı Olarak

Aciz Vesikası ile İlgili Sorunlar, Yargıtay Kararları, Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları ve Düşüncelerimiz, Legal Hukuk Dergisi, 2014;22: 2823-2834.

[58] OLGAC, Senai: Yargıtay İçtihatları Işığında İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 1974.

[59] ONAR, Sıddık Sami: İcra Hukukunda Temel Bilgiler, İstanbul, 1968.

[60] ÖZMEN, İsmail: Tereke Hukuku Davaları, 3. Basım, 2010.

[61] ÖZTEK, Selçuk: Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan) İstanbul, 2003.

[62] ÖZTEK, Selçuk: İptal Davası Açma Hakkı İle Bağlantılı Olarak Hacizdeki Borç Ödemeden Aciz Vesikası ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Bankacılar Dergisi, 1998;27: 86-94.

[63] PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, 2012.

[64] PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Patik Çalışmalar, 12. Bası, 2013.

[65] POSTACIOĞLU, İlhan: İktisatçılar İçin İcra ve İflas Hukuku Bilgileri, 1. Baskı, 1969.

[66] POSTACIOĞLU, İlhan: İflas Hukuku İlkeleri, Cilt I, İstanbul, 1978.

[67] POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul, 1982

[68] POSTACIOĞLU, İlhan/Altay Sümer: (2010) İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, 2010.

[69] POSTACIOĞLU, İlhan: Makaleler ve Karar İncelemeleri, 1.Baskı, 2011.

[70] SARISÖZEN, İsmet: İcra ve İflas Kanununa Göre İptal Davasında Yargılama Usulü, 1977.

[71] SARISÖZEN, Murat Serhat: 7101 sayılı kanun kapsamında İcra

İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 1. Basım, 2018 (28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında kanun).

[72] SERTKAYA, Şahabettin/KUL, Süleyman: Tasarrufun İptali Davaları, 1. Baskı 2016.

[73] ŞİMŞEK, Edip: Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, 1989.

[74] ŞİMŞEK, Edip: Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanun Şerhi, 1. Baskı, 1996.

[75] TERCAN, Erdal: İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2010.

[76] TOKTAŞ, Mine: Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları, 1. Bası, 2009.

[77] ULUKAPI, Ömer: İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Konya, 2014.

[78] ULUKAPI, Ömer: İcra ve İflas Hukuku Uygulamaları, 6. Baskı, 2014.

[79] UMAR, Bilge: İcra İflas Hukuku Ders Notları, İzmir, 1973.

[80] UMAR, Bilge: İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 1973.

[81] UMAR, Bilge: Türk İcra ve İflas Hukukunda İcra ve İflas Usulleri, İptal Davası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1013-210, 1963.

[82] UYAR, Talih: İcra ve İflas Hukuku Rehberi, Cilt 1-2, 3. Baskı, 2015.

[83] UYAR, Talih: Gerekçeli – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2010.

[84] UYAR, Talih: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, 2011.

[85] UYAR, Talih: Tasarrufun İptali Davasının Tarafları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015;16(Özel sayı) 3005-3070. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir.

[86] UYAR, Talih: İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu, İstanbul Barosu Dergisi, 1984;10-11-12: 574-581.

[87] UYAR, Talih: Tasarrufun İptali Davalarının Konusu, TBB Dergisi, 2008;78: 287-314.

[88] ÜNLÜ, Mehmet Cengiz: Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Açıklamalı İçtihatlı Kanun, 1995.

[89] ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları 8. Baskı, İstanbul 2004.

[90] ÜSTÜNDAĞ, Saim: İflas Hukuku İflas, Konkordato, İptal Davaları, 8. Baskı, 2009.

[91] YILDIRIM, Kamil/YILDIRIM, Nervis Deren: İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, 2016.

[92] YILDIRIM, Kamil: Tasarrufun İptali Davası'nın İşlevi Bakımından Aciz Vesikasına İlişkisi Hakkında Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010;11(Özel Sayı): 973-982. Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir.

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

- <https://www.karartek.com.tr>

- <http://www.e-uyar.com>

- <http://www.kazanci.com>

- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

KAMBIYO SENEDİ BORÇLUSUNUN BİR DEF'İ HAKKINA DAYANARAK MENFİ TESPİT DAVASI AÇMASI *

Elif DAMA**

Öz

Kambiyo senetleri, kendine özgü özellikleri ile ticari hayatın vazgeçilmez unsurlarındandır. Kıymetli evrak hukukunda kambiyo senedinden doğan bir borç ilişkisinde, senedin borçlusu bir def'i hakkına dayanarak senetten dolayı sorumluluğu bulunmadığını öne sürerek menfi tespit davası ikame edebilir. Ticaret hukuku anlamındaki def'i, bir üst kavram olarak ifade edilmekle, maddi hukuktaki itiraz kavramı ve def'i kavramlarını bünyesinde barındırmaktadır. Çalışmamızda öncelikle menfi tespit davasına konu kambiyo taahhüdünün dayandığı temel ilişki ile olan bağlantısına değinilip ardından bu davadaki usul hukuku açısından bilgiler verilecektir. Kambiyo senetlerine dayalı menfi tespit davasında ileri sürülecek def'ileri; senedin geçersizliğine yönelik defiler, senet metninden anlaşılan defiler ve kişisel defilere göre gruplandırarak alt başlıklarıyla açıklayacağız.

Anahtar kelimeler: *Kambiyo Senetleri, Def'i, Menfi Tespit Davası, Senedin Geçersizliği, Senedin Bedelsizliği.*

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.12.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 02.01.2024*

** *Hâkim Adayı, İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, elifdama@stu.aydin.edu.tr; ORCID: 0009-0006-1582-8566*

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1004

A negative determination lawsuit based on a single defense right of the promissory note debtor

Abstract

Negotiable instruments are essential elements of commercial life with their distinctive features. In negotiable instruments law, in a debt relationship arising from a bill of exchange, the debtor of the bill may file a negative declaratory action by claiming that he is not responsible for the bill, relying on a right of defense. Defense in the sense of commercial law is expressed as a higher concept and includes both the concept of objection and concept of defense in substantive law. In our study, we will first refer to the basic relationship (such as sale and lease, etc.) on which the bill of exchange in the negative declaratory action is based, and correspondingly provide information in terms of procedural law in this case. We will be categorizing the defenses to be put forward in the negative declaratory action based on bills of exchange and explain them under the following subheadings: Defenses with regards to the nullity of the bill, Defenses understood from the text of the promissory note and Personal Defences.

Keywords: *Bill of Exchange, Defense, Negative Declaratory Action, Invalidity of The Deed, Unpaid Bills.*

Giriş

Bir hakkın yahut hukuki ilişkinin varlığının, yokluğunun veya içeriğinin yahut da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini hedefleyen davalara tespit davası adı verilir¹. İcra hukukundaki menfi tespit davasında (İİK m. 72) ise konu herhangi bir hak veya hukuki münasebet değil, sadece para borcunun varlığının veya yokluğunun tespitidir². Her kambiyo senedi, senedin tanzimine neden olan altında yatan temel ilişkiye istinaden düzenlenir ve böylelikle kambiyo taahhüdü doğmuş olur. Kambiyo senedinde yer alan hak, senedin düzenlemesiyle meydana gelmektedir. Bu hak, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak, kambiyo ilişkisi vasıtasıyla oluşan bir haktır³. Keşidecinin senedi düzenlemesiyle oluşan hak artık, temel borç ilişkisinden soyutlanmış⁴ bir haktır. Kambiyo senetleri mücerret kıymetli evrak niteliğinde olup, senette yer alan hak temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Bu nedenle, asıl borç işlemi, sakat veya geçersiz olsa dahi, bu durum soyut (mücerret) kambiyo senedinin geçersizliğine sebep olmaz⁵. Kambiyo senedi her ne kadar mücerret olsa da, senedi düzenleyen kişinin senedi düzenlemesinin altında bir *illi* ilişki yatmaktadır. Temel borç ilişkisinin taraflarından birinin bir kambiyo senedi düzenleyip lehtara vermesiyle kambiyo ilişkisi diye adlandırılan ve temel borç ilişkisinden bağımsız olan ikinci bir borç ilişkisi doğar⁶. Örneğin poliçede, düzenleyen senedi tanzim ederek, senedi kabul ettiği takdirde senet bedelini ödeyecek olan muhatabın adını da senede yazarak (TTK m. 671) lehtara vermesi sonucunda kambiyo taahhüdü oluşmuş olur ve dolayısıyla kambiyo ilişkisi de ortaya çıkar. Kambiyo senedi vermek suretiyle borç altına giren kişi de “*kambiyo taahhüdü*” nde bulunmuş olur⁷. Kambiyo senedinin düzenlenmesi asıl borç ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır; zira

¹ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 11. Baskı, 2023, s. 221.*

² MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2020, s. 89.*

³ ERTEKİN, Erol/ KARATAŞ, İzzet, *Uygulamada Ticari Senetler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 1996, s. 139.*

⁴ POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 24. Bastı, 2021, s. 54.*

⁵ PULAŞLI, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, 2023, s.119; Yargıtay Hukuk Genel kurulunun 19.04.2022 Tarih, 2019/449 E. ve 2022/569 Karar Nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 01.12.2023)*

⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 03.10.2013 T., 2013/22391 E., 2013/31203 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 28.11.2023).

⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 20.11.2014 T., 2014/19969 E., 2014/27809 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 28.11.2023).

kambiyo senedinin düzenlenmesiyle asıl borç ilişkisinden bağımsız, mücerret bir borç ilişkisi yaratılmaktadır. Kambiyo senedinden kaynaklanan talebin geçerliliği, temel ilişkiden kaynaklanan temel talebin ve bununla ilgili olarak taraflar arasında varılmış amaca ilişkin mutabakatın geçerliliğinden tamamen bağımsızdır⁸. Borçlu ile alacaklı arasında yalnızca temel bir borç ilişkisi var ise borçlu yalnızca bu temel borç ilişkisinin yokluğu için menfi tespit davası açması yeterli iken; eğer temel borç ilişkisine istinaden bir de kambiyo senedi düzenlenmişse borçlu kişi bu durumda kambiyo senedinde yer alan hak için de menfi tespit davası açabilecektir⁹.

A. KAMBIYO SENETLERİNE DAYALI MENFİ TESPİT DAVASI

1. Genel Olarak

Kambiyo senedinden dolayı borçlu kişi, kambiyo senetlerine karşı menfi tespit davasında, temel borç ilişkisinden herhangi bir nedenle sorumlu tutulamadığını, kambiyo senedinde beyanın hükümsüz olduğunu, kambiyo senedinin zamanaşımına uğradığını, takas veya senetteki alacağın ibrası nedeniyle borcun sona erdiğini öne sürebilir¹⁰. Menfi tespit davası, taraflar arasındaki kambiyo taahhüdünün doğumuna esas teşkil eden temel ilişkiden kaynaklı maddi hukuk anlamındaki defilere ve itirazlara ilişkin olarak açılabilir¹¹. Zira, menfi tespit davasının konusu yalnızca “*borçlu bulunmadığının tespiti*” değil, “*herhangi bir sebeple borcu ödemekten kaçınma hakkına sahip olunduğu*” tespiti de olabilir¹². Menfi tespit davası, normal bir hukuk davası gibi açılır. Borçlu, itirazın kaldırılması sırasında tetkik merciinde ileri sürüp ispat edemediği itiraz ve defilerini, menfi tespit davasında yeniden ileri sürebilir; çünkü itirazın

⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 03.10.2013 T., 2013/22391 E., 2013/31203 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 28.11.2023).

⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.04.2021 T., 2017/40 E., 2021/542 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 28.11.2023): “*Borçlu, kambiyo senedi nedeniyle alacaklıya karşı, genel olarak, ya kambiyo taahhüdünün hükümsüz olduğunu ya da temel borç ilişkisinden dolayı herhangi bir nedenle sorumlu tutulamayacağını ileri sürerek menfi tespit talebinde bulunabilir. Başka bir deyişle borçlunun kambiyo senedi borcundan dolayı sorumlu olmaması, doğrudan doğruya kambiyo senetleri hukukundan doğan nedenlerden kaynaklanabileceği gibi, temel borç ilişkisine yönelik nedenlere de dayanabilir.*”

¹⁰ TÜRK, Ahmet, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 128.

¹¹ KURU, Baki/ BUDAK, Ali Cem, *Tespit Davaları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2010, s. 74.

¹² TÜRK, Ahmet, *Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Özel Sayı, 2005, s. 324.

kaldırılması kararı, menfi tespit davasında kesin hüküm teşkil etmez¹³.

İİK m. 72 gereğince kambiyo senedine dayalı menfi tespit davası icra takibinden önce veya takipten sonra açılabilir. Menfi tespit davası, genel hükümler uyarınca bir tespit davası olduğundan ötürü davanın açılabilmesi için birtakım şartlar gerekmektedir¹⁴. Bu şartlardan en önemlilerinden biri de hukuki yarar şartıdır¹⁵. Hem icra takibi öncesi hem icra takibi sonrası açılan menfi tespit davasındaki hukuki yarar koşulu, her davada olduğu gibi, dava şartıdır ve her somut olayda ayrı ayrı irdelenmesi gerekir¹⁶. Kanunda belirtilen durumlar dışında tespit davası açan davacı, eda davası ile inşai davalardan farklı olarak, dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğunu açıkça ortaya koymak, hukuki yararını ispatlamak zorundadır¹⁷. Örneğin Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarınca icra takibinden önce açılan menfi tespit davasında henüz keşide edilmemiş, çek vasfında olmayan boş çek yapraklarının kaybedilmesi sonucu açılan zayi davasında hukuki yarar bulunmamaktadır¹⁸. Önemle belirtmek gerekir ki açılmış veya açılacak bir davada iddia ve savunma olarak ileri sürülüp incelenecek hususların ayrıca menfi tespit davasına konu yapılmasında hukuki yarar yoktur¹⁹. Ayrıca dava dışında başka bir yol ile de davayla aynı sonuçlar elde edilebiliyor ise dava açmada hukuki yararın

¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.2012 T., 2011/622 E., 2012/9 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 29.11.2023).

¹⁴ ÇİÇEKLİ, Ali Fuat, *Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davasının Nitelikleri*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı: 2, s. 865.

¹⁵ KURU/BUDAK, s. 88.

¹⁶ UYAR, Talih, *Menfi Tespit ve İstirdat Davası (İİK M.72)*, Ankara, Bilge Yayınevi, 6. Baskı, 2023, s. 12.

¹⁷ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 222.

¹⁸ UYAR, s. 17; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12.05.2014 T., 2014/2325 E., 2014/8953 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 28.11.2023): “Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, 6102 sayılı ...'nın 780, 818/1-(s) madde ve bendi yollamasıyla aynı kanunun 680. madde hükmü uyarınca bir çekin kısmen doldurulmuş ya da sadece imzalanmış olması halinde, tedavüle çıkarılması mümkün ve geçerli olup, böyle bir çek için iptalini isteme hakkının sadece hamile ait olduğu, böyle bir iddiaya sahip keşidecinin, elinden rızası hilafına çıkan, bir başka anlatımla imzasını içeren ve fakat kaybettiği çekin bedelinin kendisinden istenmesi halinde borçlu olmadığı tespit yönünde dava açma olanağına sahip bulunduğu, diğer yandan henüz keşide edilmemiş, çek vasfında olmayan tamamen boş çek yaprakları tedavüle konmuş sayılamayacağından, hesap sahibi tarafından zayi nedeniyle iptal davası açılmayacağı, ele geçirenlerce imzalanıp doldurulması sonrasında, çekte dayalı hak iddia edene karşı menfi tespit davası açılabilceği, bu nedenle boş çek yaprağına dayanarak iptal isteminde bulunmakta hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir... ONANMASINA..”

¹⁹ MUŞUL, s. 244.

olmadığı kabul edilir²⁰. Yerleşik Yargıtay içtihatları gereği bir icra takibine itiraz üzerine, alacaklı tarafından “itirazın iptali” davası açılması durumunda, menfi tespit davasında ileri sürülebilecek iddialar, itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden, bu durumda borçlunun ayrı bir menfi tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur. Eğer kişi, aleyhine icra takibi başlatılmış ve bu takibe itiraz etmiş, fakat henüz alacaklı tarafından itirazın iptali davasını açmamışsa kişi, borçlu olmadığına yönelik savunma imkanlarını herhangi bir davada öne süremeyeceğinden burada kişinin, itirazın iptali davasının açılmasını beklemeden menfi tespit davası açmasında hukuki yararı vardır²¹.

B. MENFİ TESPİT DAVASININ AÇILMA ZAMANI

1. Genel Olarak

2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu m.72’ de öngörüldüğü üzere borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir²². Borçlu, aslında borçlu olmadığı veya borçlu olmadığına inandığı aleyhine başlatılan bir icra takibine itiraz eder. Fakat alacaklı bu itiraz ile takip durduğundan alacağına kavuşmak için genel mahkemede itirazın iptali veya icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir. Borçlu da kendisine karşı başlatılmış icra takibinde takip devam ederken borçlu olmadığını öne sürerek menfi tespit davası açabilir. Yahut borçlu, kendisine karşı icra takibi başlatılmadan önce borçlu olmadığının tespitine yönelik hukuki yararı varsa menfi tespit davası açabilir. Borçlu, takipten önce veya sonra alacaklıya karşı açtığı menfi

²⁰ KURU/BUDAK, s. 99; ÇİÇEKLİ, s. 866.

²¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 18.04.2013 T., 2013/4329 E., 2013/7144 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 29.11.2023).

²² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.2012 T., 2011/622 E., 2012/9 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 29.11.2023): “Menfi tespit davasında amaç bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın gerçekten mevcut olmadığına tespitine yöneliktir. Başka bir deyişle hukuki bir yarar bulunması koşuluyla sonuçta alacak-borç ilişkisi doğuracak bir durumun olmadığına tespiti amaçlanır. Dayanılan hukuki ilişkinin gerçekten mevcut olmadığı icra takibine maruz kalmadan önce ileri sürülebileceği gibi, icra takibinden sonra da ileri sürülebilir. Borçlunun icra takibinden önce veya sonra menfi tespit davası açabilmesi için borçlu olmadığına tespitinde hukuki yararının bulunması şarttır. Buna rağmen, borçlunun, alacaklının harekete geçmesini beklemeden borçlu olmadığına tespitinde korunmaya değer bir yararı bulunabilir. Bu tür bir yararının bulunması halinde borçlu, borçlu olmadığına tespiti için dava açabilir. Bunun dışında, icra takibi taraflar arasındaki maddi ilişkiyi tespit edecek nitelikte olmadığından, alacaklının takibe girişmesinden sonra, hatta takip kesinleştikten sonra da borçlunun, borçlu olmadığına tespitini mahkemeden istemesi mümkündür. Borçlu, belirtilen şekilde takipten önce veya sonra alacaklıya karşı bir menfi tespit davası açar; bu davayı kazanırsa, hakkındaki icra takibi iptal edilir ve borcu ödemekten kurtulur.”

tespit davasını kazanır ve karar kesinleşirse hakkındaki icra takibi iptal edilerek borcundan kurtulur. Eğer borçlu icra dairesine parayı öderse takip sona erer ve borçlu menfi tespit davası açamaz. Bu durumda İİK m. 72 gereğince istirdat davası açabilir. Menfi tespit davası esnasında borçlu cebri icra tehlikesi altında borcu öderse menfi tespit davası kanun hükmü gereği kendiliğinden istirdat davasına dönüşür.

2. İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit Davası

Alacaklı henüz icra takibine girişmeden önce borçlu hukuki yararı var ise borçlu olmadığına tespiti için menfi tespit davası açabilir. Örneğin alacaklı olduğunu öne süren kişinin borçlu olduğunu öne sürdüğü kişinin imzasının yer aldığı senedi de ihtarnamesine ekleyerek noter aracılığıyla ihtarname göndermesi ve ödeme yapılmasını istemesi üzerine icra takibinden önce menfi tespit davası açılmasında Yargıtay kararları gereği hukuki yarar vardır²³. İcra takibinden önce açılan menfi tespit davası sonrası alacaklının icra takibi başlatması durumunda icra takibi, menfi tespit davasının açılması nedeniyle kendiliğinden durmaz. Bu konuda borçlu, İİK m.72/2 gereğince borçlu, alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat karşılığında icra takibinin durdurulmasını mahkemeden talep edebilir. Fakat menfi tespit davasına bakan mahkeme, mutlaka takibin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı vermek zorunda değildir²⁴.

3. İcra Takibinden Sonra Açılan Menfi Tespit Davası

Alacaklı icra takibini başlatmasının ardından borçlu, takip devam ederken böyle bir borcunun olmadığına yönelik menfi tespit davası ikame edebilir. Yargıtay kararları gereği icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasına hukuki yararın olması için, davacının hakkının güncel bir saldırı ile tehdit edilmiş olması, tehdidin davacıya zarar verebilecek nitelikte olması ve icraya yetki vermeyen tespit hükmünün tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmaması gerekir²⁵. Örneğin, ödeme emrine imza yönünden itiraz eden borçlunun itirazı ile duran takibi devam ettirmek için alacaklı, itirazın iptali davası açarsa borçlu bu davaya vereceği cevap dilekçesinde borçlu olmadığını serbestçe ileri sürebileceğinden, burada ayrı bir menfi tespit davası açmasında hukuki yarar yoktur²⁶. İİK m. 72/3 gereği bu davanın

²³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 22.04.2014 T., 2014/4350 E., 2014/7832 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 29.11.2023); İcra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında hukuki yarar koşulu hakkındaki detaylı Yargıtay kararları için bkz: UYAR, s. 17-22.

²⁴ TÜRK, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, s. 251.

²⁵ UYAR, s. 113.

²⁶ UYAR, s. 114.

ikame edilmesi açılmış olan icra takibini durdurmaz. Davaya bakan mahkeme, ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulmasına karar veremez. Burada, borçlu ancak gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yolu ile icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir (İİK m.72/3)²⁷. Borçlu icra takibinden sonra borcu ödeyinceye kadar menfi tespit davası açabilir²⁸.

C. KAMBİYO BORÇLUSUNUN SAVUNMA ARAÇLARI

Kambiyo senetleri yaratıcı, kurucu kıymetli evrak niteliğindedir. Kambiyo senetlerindeki hak senetle birlikte doğar. Kambiyo senetleri kural olarak, düzenlenmelerine neden olan bir temel alacağa, *illi* bir ilişkiye dayanmaktadır²⁹. Kambiyo senedinin bir borç ilişkisine dayanması olağan

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.06.2022 T., 2020/ 297 E., 2022/835 K. sayılı kararı, [https://karararama.yargitay.gov.tr/\(E.T.: 01.12 .2023\):](https://karararama.yargitay.gov.tr/(E.T.: 01.12 .2023):)

“İcra takibinden sonra açılan menfi tesbit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir.Dava alacaklı lehine neticelenirse ihtiyati tedbir kararı kalkar. Buna dair hükmün kesinleşmesi hâlinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır. Bu zarar her hâlde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez. Dava borçlu lehine hükme bağlanırsa derhâl takip durur. İlamın kesinleşmesi üzerine münderecatına göre ve ayrıca hükme hacet kalmadan icra kısmen veya tamamen eski hâle iade edilir. Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz. Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilir.”

²⁸ COŞKUN, Mahmut, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukuku (Bono- Poliçe-Çek), Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 1034.

²⁹ BOZER, Ali/ GÖLE, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 10. Bası, 2021, s. 67; ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2022, s. 70; ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Fusun, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık,14. Bası, 2021, s. 94; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.02.2019 T., 2017/821 E., 2019/58 K. sayılı kararı, [https://karararama.yargitay.gov.tr/\(E.T.: 28.11.2023\):](https://karararama.yargitay.gov.tr/(E.T.: 28.11.2023):) *“Bütün mücerret alacaklarda olduğu gibi kambiyo senedi alacağı da kural olarak uygun bir asıl borç ilişkisine, bir illi ilişkiye dayanır. Bir kambiyo senedi düzenleyip veren ve bu senedi alan herkes, bütün hukuki işlemlerin yapılmasına temel teşkil eden bir gayeye ulaşmak istemektedir. İşte bu gaye bir kambiyo senedinde mündemîç hakkın doğumu ve devri açısından hukuki sebebi teşkil eder. Kambiyo senedi düzenlenmesi dolayısıyla ortaya çıkan ilişki “kambiyo ilişkisi” ismiyle anılmaktadır. Kambiyo senedi vermek suretiyle borç altına giren borçlu “kambiyo taahhüdü”nde bulunmuş olur. Kambiyo ilişkisinin altında esas itibarıyla bir asıl /temel borç ilişkisi vardır. Kambiyo senedinden kaynaklanan talebin geçerliliği, temel ilişkiden kaynaklanan temel talebin ve bununla ilgili olarak taraflar arasında varılmış amaca ilişkin mutabakatın geçerliliğinden*

ve yaygın olmakla beraber bu husus şart değildir. Kambiyo taahhüdü, karşılıksız veya bir hatır ilişkisi için oluşturulan bir temel ilişkiye de dayanabilir³⁰. Kambiyo senedi her ne kadar mücerret olsa da, senedi düzenleyen kişinin senedi düzenlemesinin altında bir *illi* ilişki yatmaktadır. Senedin düzenlenmesinin temelinde yatan bu ilişki bir satış, ödünç, hizmet, eser sözleşmesi alacağı olabilir. Temel borç ilişkisinin taraflarından birinin bir kambiyo senedi düzenleyip lehtara vermesiyle kambiyo ilişkisi diye adlandırılan ve temel borç ilişkisinden bağımsız olan ikinci bir borç ilişkisi doğar³¹.

Kambiyo senedi borçlusunun açtığı menfi tespit davasının konusu doğrudan doğruya kambiyo senetleri hukukundan kaynaklanabileceği gibi temel borç ilişkisine ilişkin nedenlerden de kaynaklanabilir³². Bununla birlikte borçlunun takas defini kullanması halinde ise, ne temel borç ilişkisine, ne de kambiyo senedi borcuna dayanılmakta borçlu, kambiyo senedinden doğan borcu ile hamildeki alacağını takas etmektedir. Kambiyo senedi taahhüdünde bulunan kişiler, senet üzerindeki haktan dolayı sorumlu olduklarını, senede imzalarını koyarak kendilerinden sonra gelenlere

tamamen bağımsızdır. Kambiyo senedinden doğan talep hakkına kambiyo hukuku, temel talebe ise bu talebin ait olduğu hukuk kuralları uygulanır.”; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 05.12.2013 T. 2013/29072 E., 2013...738628 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 01.12.2023): “6102 Sayılı TTK'nun 645. maddesinde aynen, “Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez” hükmüne yer verilmiştir (6762 Sayılı TTK'nun 557. maddesi). Kambiyo senedi alacağı kural olarak uygun bir asıl borç ilişkisine, bir illi ilişkiye dayanır. Bir kambiyo senedi düzenleyip veren ve bu senedi alan herkes, bütün hukuki işlemlerin yapılmasına temel teşkil eden bir gayeye ulaşmak istemektedir. İşte bu gaye, bir kambiyo senedinde mündemiç hakkın doğumu ve devri açısından hukuki sebebi teşkil eder. Kambiyo senedi düzenlenmesi dolayısıyla ortaya çıkan ilişki “kambiyo ilişkisi” ismiyle anılmaktadır. Kambiyo senedi vermek suretiyle borç altına giren borçlu “kambiyo taahhüdü”nde bulunmuş olur. Kambiyo ilişkisinin altında esas itibariyle bir asıl/temel borç ilişkisi vardır. Kambiyo senedinden kaynaklanan talebin geçerliliği, asıl ilişkiden kaynaklanan temel talebin ve bununla ilgili olarak taraflar arasında varılmış amaca ilişkin mutabakatın geçerliliğinden tamamen bağımsızdır. Kambiyo senedinden doğan talep hakkına kambiyo hukuku, temel talebe ise, bu talebin ait olduğu hukuk kuralları uygulanır (Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, (Turhan Kitabevi, 1997) S.373-3749).”

³⁰ ÜLGEN (HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN), s. 94; YILMAZ, Lerzan, Kambiyo Senetlerinde (Çek- Bono- Poliçe'de) Def'iler, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2. Baskı, 2017, s. 124; POROY/ TEKİNALP, s. 142.

³¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 03.10.2013 T., 2013/22391 E., 2013/31203 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 28.11.2023).

³² TÜRK, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, s. 128; GÜRBÜZ, A. Hulusi, Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul, Arpaz Matbaacılık, 1984, s.524 vd., s. 620 vd.; İNAN, Nurkut, Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1969, s. 106-110.

garanti etmektedirler. Fakat bu garanti borcu senedin düzenlenmesine veya ciro edilmesine sebep olan temel ilişkiden kaynaklanmamakta, kambiyo taahhüdünde bulunmanın sonucunda ortaya çıkmaktadır³³. Bu durum kambiyo senetleri hukukundan kaynaklanan menfi tespit davasına sebebiyet verir. Açılan menfi tespit davasının konusu temel borç ilişkisine yönelikse borçlu bu davada, temel borç ilişkisinin irade bozukluğu veya gabin ile sakat olması, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olması, kumar ve bahis borcuna dayalı olması, zamanaşımına uğraması gibi sebepler öne sürülmektedir.

Kambiyo senedi borçlusu, borçlu olmadığını ileri sürerek açtığı menfi tespit davasındaki savunmaları maddi hukuk açısından itiraz ve defi niteliğindedir. Defi, bir talep karşısında kalan borçlunun, bu talebin varlığını (gerçekliğini) kabul, ancak haklı bir nedene dayanarak bunu yerine getirmekten kaçınma hakkı bulunduğu yolundaki savunmasıdır³⁴. İtiraz ise bir hakkın doğumuna engel olan veya sona ermesini gerektiren olgulardır³⁵. İtiraz, hakkın mevcut olmadığına veya hiç doğmadığına, sona erdiğine veya sınırlandırıldığına dair savunmaları kapsamaktadır³⁶. Türk Ticaret Kanunu'ndaki defi kavramı, teknik anlamda bir defiyi ifade etmemektedir; bir üst kavram olarak kullanılmış olup hem itirazları hem de teknik anlamı ile defileri kapsamaktadır³⁷. İcra hukukunda ise defi terimine yer verilmemekle beraber, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte itiraz sebepleri, şikâyet konusu dışında kalan tüm kambiyo hukukundaki defileri kapsar³⁸.

Türk Ticaret Kanunu, defilere ilişkin sınıflandırmayı tek maddede ve belirli bir düzende ve başlık altında yapmamış, farklı maddelerde, öne sürülebilecek defilere ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 659. maddesinde hamiline yazılı senetlerdeki defileri, 825.

³³ CEYLAN, Nurettin, *Kambiyo Senetlerine Dayalı Olarak Açılan Menfi Tespit Davası*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023, s. 166.

³⁴ İMREGÜN, Oğuz, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007, s. 20.

³⁵ CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Cilt:1, 2. Baskı, 2017, s. 76.

³⁶ NOMER, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayınevi, 19. Baskı, 2023, s. 29.

³⁷ KINACIOĞLU, Naci, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, Gazi Büro Kitabevi, 4. Baskı, 1993, s. 197; BAHTİYAR, Mehmet, *Kıymetli Evrak Ders Notları*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 19. Baskı, 2022, s.32; İMREGÜN, s. 20; YILMAZ, s. 138.

³⁸ YARDIM, Mehmet Ertan, *Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2012, s. 191.

maddesinde ise emre yazılı senetlerdeki defiler düzenlenmiştir. TTK m. 687’ de ise poliçedeki şahsi defiler düzenlenmektedir³⁹.

TTK m. 825/1’e göre, “*Borçlu, emre yazılı bir senetten doğan alacağa karşı ancak senedin geçersizliğine ilişkin veya senet metninden anlaşılan def’ilerle alacaklı kim ise ona karşı, şahsen haiz bulunduğu def’ileri ileri sürebilir.*” ve TTK m. 659/1’e göre, “*Borçlu hamile yazılı bir senetten doğan alacağa karşı, ancak senedin geçersizliğine ilişkin veya senedin metninden anlaşılan def’ilerle, alacaklı her kim ise ona karşı şahsen sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir.*”. Türk Ticaret Kanunu’nda defileri düzenleyen maddelerden çıkarılabilecek ortak bir sınıflandırma vardır. Anılan kanun maddeleri bir arada değerlendirildiğinde Türk Ticaret Kanunu’nda kambiyo senetlerinde defiler, “*senet metninden anlaşılan def’iler*”, “*senedin geçersizliğine ilişkin defiler*” ve “*şahsi (nispî) defiler*” olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır⁴⁰. Bu defî türleri de kambiyo senetlerine dayalı olarak açılan menfi tespit davasının konularını oluşturmaktadır.

D. KAMBYO SENEDİNDEKİ BİR TAAHHÜDÜN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN DEFİLERE DAYANAN MENFİ TESPİT DAVASI

1. Genel Olarak

Kambiyo senedi borçlusu, geçersizlik defilerini öne sürerek senette yer alan alaktan sorumlu olmadığını menfi tespit davası açarak öne sürebilir. Senetteki bir taahhüdün geçersizliğine yönelik bir defî ileri sürülebilmesi için öncelikle ortada şeklen geçerli bir senet bulunmalı fakat bu senet hüküm ifade etmemelidir⁴¹. Geçersizlik, geçerli bir senedin varlığına rağmen, geçersizlik kişiliğinde doğan kişi bakımından söz konusudur⁴². TTK m.

³⁹ TTK m. 687 hükmü TTK m. 778 gereğince bonolarda; TTK m. 818 gereğince ise çekler hakkında da uygulanabilmektedir.

⁴⁰ KARAHAN, Sami/ ARI, Zekeriyya/ BOZGEYİK, Hayri/ SARAÇ, Tahir/ ÜNAL, Mücahit: Kıymetli Evrak Hukuku, Konya, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, 2014, s.101; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.03.2020 T., 2017/612 E., 2020/258 K. sayılı kararında TTK’ daki defilere ilişkin hükümlerin yer aldığı TTK m. 659, m. 825, m. 687 ‘ye verilerek kanun metninden çıkarılan ayrıma göre defilere ilişkin ayrıma değinilmiştir: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 05.12.2023): “... Bu maddeler birlikte dikkate alındığında defî kavramının; senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler; senet metninden anlaşılan defiler ve senedin önceki hamillerinden biriyle mevcut ilişkiden doğan defiler şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulduğu söylenebilir.”

⁴¹ İMREGÜN, s. 21; BAHTİYAR/ TAŞDELEN/ BİÇER/ HAMAMCIOĞLU, s. 27; ÜNAL (KARAHAN/ ARI/ BOZGEYİK/ SARAÇ), s. 103; HELVACI (ÜLGEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 74.

⁴² HELVACI (ÜLGEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 73.

659/1 ve m. 825/1 de yer alan “*senedin geçersizliğine ilişkin defiler*” ifadesi doktrinde kimi yazarlarca⁴³ eleştirilerek kimi yazarlarca⁴⁴ da bu ifadenin “*senetteki beyanın hükümsüzlüğü*” olması gerektiği savunulmuştur. Zira bu başlık altında sayılabilecek defiler senedi hükümsüz kılmamaktadır. Bizler de çalışmamızda kanun lafzında geçen “*senedin geçersizliğine ilişkin defiler*” başlığı yerine “*senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defiler başlığını*” kullanmayı tercih etmekteyiz. Bu defiler, senet içeriğinden ve metninden kural olarak anlaşılabilen, senette ifadesini bulan hakkın hükümsüzlüğüne ait defilerdir⁴⁵. Senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defiler, senet şeklen tamamen geçerli olmasına karşın, o senet ile taahhüt altına girenlerden biri veya birkaçı için geçersiz olabilir⁴⁶. Buradaki defiler, senet metninden anlaşılmadığından ötürü yalnızca ileri sürülebilecek kişi tarafından bilinebilmektedir ve bu sebeptendir ki ileri sürülebilecek definin ilgilisi dışındaki kişi tarafından ileri sürülemez. Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin defilerde, sadece defiyi ileri sürebilecek kişi için senedin geçersiz olması, bu defiyi diğer senet borçlularının ileri sürememesi ve senedin diğer senet borçluları için geçerli olmaya devam etmesi (senedin şekli şartlarının geçerli olması halinde) kambiyo senetlerindeki imzaların bağımsızlığı ilkesinin bir sonucudur.

Doktrinde defilere ilişkin yapılan bir başka sınıflandırma da defilerin ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak defi ve nispi defi ayrımıdır. Mutlak defiler, bir kambiyo senedi ile taahhüt altına giren kişinin, kendisine senetten doğan bir taleple başvuran herkese karşı ileri sürebileceği defilerdir. Nispi defiler, mutlak defilerin aksine sadece belirli bir alacaklıya ilgilisi tarafından ileri sürülebilen defilerdir⁴⁷.

Senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defilerdeki sınıflandırmaya yönelik doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlar⁴⁸ bu defileri iradeye ilişkin geçersizlik defileri ve isnat defileri olarak ikiye ayırmış, kimi yazarlar ise Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülmüş

⁴³ BAHTİYAR, Mehmet/ TAŞDELEN, Nihat/ BİÇER, Levent/ HAMAMCIOĞLU, Esra, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2022, s. 27; YILMAZ, s. 199.

⁴⁴ YILMAZ, s. 201.

⁴⁵ TUNA, Ergun, *Ticaret Hukuku Cilt III- Kıymetli Evrak*, İstanbul, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, 1998, s. 246.

⁴⁶ BAHTİYAR/ TAŞDELEN/ BİÇER/ HAMAMCIOĞLU, s. 27.

⁴⁷ ÜNAL (KARAHAN/ ARI/ BOZGEYİK/ SARAÇ), s.107; HELVACI (ÜLGEN/ KAYA/ NOMER ERTAN), s.73; BAHTİYAR, s.33.

⁴⁸ ÜNAL (KARAHAN/ ARI/ BOZGEYİK/ SARAÇ), s. 103-107.

ve iradeye ilişkin geçersizlik defileri, dolaşım (kambiyo) sözleşmesinin bulunmadığı defî ve isnat defileri olarak ayrımlara tabi tutmuştur⁴⁹. Diğer birtakım yazarlar bu defileri, etkilerine ve tarafları açısından yapılan ayırimda mutlak ve nispi ayırımına göre incelenmekte olup, bu defilerin sınırlı hallerde mutlak, genellikle nispi nitelikte olduğunu savunmaktadır⁵⁰. Bizler de çalışmamızda bu sınıflandırmayı, Yargıtay kararları da ağırlıklı olarak bu sınıflandırmayı esas aldığından⁵¹, benimseyerek çalışmamızda geçersizlik defilerini “*Mutlak Etkili Geçersizlik Defileri*” ve “*Nispi Etkili Geçersizlik Defileri*” olarak iki ayrı başlıkta inceleyeceğiz.

⁴⁹ POROY/ TEKİNALP, s. 95-98; ARSLAN, İbrahim, *Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, 2008, s. 17.

⁵⁰ BAHTİYAR/ TAŞDELEN/ BİÇER/ HAMAMCIOĞLU, s. 29; PULAŞLI, s. 72; COŞKUN, s. 94-104; YILMAZ, s. 214.

⁵¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13.02.2018 T., 2016/27907 E., 2018/1229 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:02.12.2023): “*Senedin hükümsüzlüğünü gerektiren defiler senet ve eklentilerinden anlaşılın anlaşılmasın senedin hükümsüz sayılmasını gerektiren defilerdir. Bu defilerin bir kısmı mutlak, bir kısmı nispi (kişisel) defî niteliğindedir.. Kanunda öngörülüp açık bir hükümle düzenlenen bu durumların dışında gerek doktrinde ve gerekse de uygulamada “imzanın sahte olması”, “senet metninde sahtekarlık (tahrifat) yapılmış olması”, “borçlunun borçlanma ehliyetinin bulunmaması”, “senette zorunlu şekil koşullarının bulunmaması”, “imza sahibinin temsil yetkisinin bulunmaması”, “senedin zamanaşımına uğramış bulunması” vb. defiler senedin hükümsüzlüğüne yönelik olup her hamile (iyiniyetli olsa dahi) karşı ileri sürülebilin mutlak defî olarak kabul edilmektedir. Bu nedenledir ki, borçlunun hamil/alacakliya karşı senet metninde sahtekarlık (tahrifat) iddiası mutlak defîdir ve mahkemece bu iddia incelenmelidir. (Hukuk Genel Kurulunun 04.03.2015 gün ve 2013/19-1746 E., 2015/896 K.)”;*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2018 T., 2017/1627 E., 2018/1187 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:02.12.2023): “*Senetteki beyanın hükümsüzlüğüne taalluk eden defilerin ileri sürülmesi noktasında önem arz eden husus hükümsüzlüğün senette değil, senedin oluşturulmasına ilişkin keşideci iradesinde kendisini göstermektedir. İmzanın sahte olması veya korkutma suretiyle atılmış olması, temsil yetkisini haiz olmayan kimsenin kambiyo senedi düzenlemesi gibi hâllerde herkese karşı ileri sürülebilin, mutlak nitelikte bir hükümsüzlük defî mevcuttur. İmzanın zorla (tehdit, korkutma suretiyle) atılmış olmasında keşidecinin bir kambiyo senedi düzenleyerek tedavüle çıkartma iradesinin bulunduğundan söz edilemez ve keşidecinin bu yöndeki beyanı –velev iyi niyetli olsa dahi– herkese karşı ileri sürülebilin (Yılmaz, s.209.)”;*

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18.11.2015 T., 2014/14825 E., 2015/13226 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 02.12.2023): “*Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 737. maddesine göre, borçlu emre yazılı bir senetten doğan alacağa karşı ancak, “senedin hükümsüzlüğüne” veya “senedin metninden anlaşılan” defîlerle alacakliya karşı şahsen haiz olduğu defîleri ileri sürebilir. Senedin Hükümsüzlüğüne ilişkin defî’ler nisbi ve mutlak defîler olup, mutlak defîler herkese karşı ileri sürülebilin. Senedin iradeyi fesada uğratan sebeplerden ötürü iptali kural olarak ancak senedin tarafına karşı istenebilin. Bu şekilde düzenlenen senedin usulüne uygun olarak başkasının eline geçmiş olması halinde, bu tür defî’ler ancak karşı tarafın kötü niyetli veya ağır kusurunun bulunduğuunun ispatı halinde 3. kişiye karşı ileri sürülebilin.”*

2. Mutlak Etkili Geçersizlik Defilerine Dayanan Menfi Tespit Davası

a- Ehliyetsizlik

Kambiyo ehliyeti, kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyeti (borçlanma ehliyeti) ve kambiyo taahhüdünden hak süjesi olabilmek, yararlanmak açısından kambiyo taahhüdünden yararlanma ehliyeti olarak ikiye ayrılmaktadır⁵². Kambiyo taahhüdünden yararlanma ehliyeti ile ilgili Kambiyo Senetlerinde Borçlanma Ehliyeti başlıklı TTK m. 670' de özel bir hüküm bulunmadığından bu konuda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁵³. Bundan ötürü de hak ehliyeti olan herkes, kambiyo senedinden yararlanma ehliyetine sahiptir⁵⁴. Hak ehliyeti, kişinin hak sahibi olabilmek ve borç altına girebilme ehliyetidir⁵⁵. TMK m.8 gereğince *her insanın hak ehliyeti vardır ve bütün insanlar; hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler*.

Kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyeti açısından TTK' da özel bir şart bulunmamakla beraber TTK m. 670 gereğince *sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir*. Sözleşme ile borçlanmaya ehil olmak ise fiil ehliyetinin varlığını gerektirir. Fiil ehliyeti TMK m. 9 gereğince kişinin kendi fiilleriyle hak edinebilme ve borç altına girebilme yeteneğidir. Hak ehliyetine kanunun getirdiği sınırlar çerçevesinde, her kişi eşit derecede sahip olduğu halde, fiil ehliyetinde böyle bir durum bulunmaz⁵⁶. Çünkü fiil ehliyetine sahip olmak için kanun gereği bazı şartlar aranmaktadır. Bunlar, ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamaktır (TMK m. 10). Bu şartları bünyesinde barındıran kişi kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyet sahibi olur. Fiil ehliyeti olmayan kişinin senede attığı imza, kendisine isnat edilemeyecek, bu kişinin imzası sebebiyle bir sorumluluğu olmayacaktır⁵⁷.

Gerçek ve tüzel kişiler kambiyo taahhüdünden yararlanma ve kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyetine sahiptirler. Fakat tüzel kişiliği

⁵² ÖZTAN, 2022, s. 72.

⁵³ KENDİGELEN, Abuzer/ KIRCA, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 7. Baskı, 2023, s. 135.

⁵⁴ KINACIOĞLU, s. 123; KENDİGELEN/ KIRCA, s. 135.

⁵⁵ HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul, Legal Yayıncılık, 9. Baskı, 2023, s. 63.

⁵⁶ ANTALYA, O., Gökhan/ TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2024, s. 174.

⁵⁷ KENDİGELEN/ KIRCA, s. 99.

olmayan mal toplulukları, kural olarak kambiyo taahhüdünde bulunmaya veya yararlanmaya ehil değildirler. Donatma iştiraki, adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmayan mal topluluklarının kural olarak haklara ve borçlara ehil olmaları mümkün olmadığından kambiyo taahhüdünden yararlanma veya kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyetleri yoktur. Ancak bu tüzel kişiliği olmayan mal toplulukları adına, bunların idareci veya temsilcileri kambiyo taahhüdünde bulunabilir⁵⁸. Örneğin adi ortaklıkta, yetkili kişinin ortaklık adına kambiyo senedi imzalaması veya ortakların birlikte veya temsilcileri aracılığıyla ortaklık ilişkisi çerçevesinde kambiyo taahhüdünde bulunması mümkün olup, bu hallerde TBK m. 638 gereğince tüm ortaklar müteselsilen sorumlu olur.

Ehliyetsizlik halinin senede lehtara verildiği anda bulunması bu definin ileri sürülebilmesi için yeterli olup kişi, senedin düzenlendiği anda ehliyetli olsa da senedin verildiği andaki ehliyetsizlik halini borçlu, defi olarak her zaman ileri sürebilir⁵⁹. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereğince hukuki işlemlerde ehliyetli olma esası kamu düzenine ilişkin olup mahkemece resen dikkate alınmalıdır⁶⁰. Ehliyetsizlik, senetteki beyanın geçersizliğine ilişkin mutlak etkili bir geçersizlik defi olup iyi niyetli, kötü niyetli hamil farkı ayırt edilmeksizin herkese karşı ileri sürülebilir⁶¹. Kambiyo taahhüdündeki beyanın ehliyetsizlik sebebi ile hükümsüzlüğü yalnızca bunu ileri sürebilen kişi için önem arz etmekte olup, senedin

⁵⁸ YILMAZ, s. 397; ÖZTAN, 1997, s. 402- 403.

⁵⁹ ÖZTAN, *Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 1997, s. 221- 222.*

⁶⁰ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27.10.2009 T., 2009/ 12164 E., 2009/ 20536 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 02.12.2023): “TTK. nun 582. maddesi gereğince, “akit ile borçlanmaya ehil olan kimse, poliçe, çek ve bono ile borçlanmaya da ehil” olduğundan, ancak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan kişiler kambiyo senedi düzenleyebilirler. Başka bir deyişle, kanun koyucu kambiyo senetlerinin düzenlenmesi için özel bir ehliyet aramamıştır. Şu halde, medeni hakları kullanmak ehliyetinden kısmen ya da tamamen mahrum bulunan kişiler, kambiyo senedi düzenleyemezler. Bu nedenle borçlunun “senedi düzenlediği tarihte” hukuki ehliyete sahip olması gerekir. Aksi takdirde, senet geçerli olmaz. Alacaklı, senedi düzenleyen kişinin ehliyetsiz olması halinde iyiniyetli olduğunu dahi ileri süremez. Çünkü, ehliyet konusu kamu düzenini ilgilendirir ve süreye tabi olmaksızın icra mahkemesinden takibin iptali istenebilir.”

⁶¹ YILMAZ, s. 396; PULAŞLI, s. 122; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13.02.2018 T., 2016/27907 E., 2018/1229 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 02.12.2023): “Kanunda öngörülüp açık bir hükümle düzenlenen bu durumların dışında gerek doktrinde ve gerekse de uygulamada “imzanın sahte olması”, “senet metninde sahtekarlık (tahrifat) yapılmış olması”, “borçlunun borçlanma ehliyetinin bulunmaması”, “senette zorunlu şekil koşullarının bulunmaması”, “imza sahibinin temsil yetkisinin bulunmaması”, “senedin zamanaşımına uğramış bulunması” vb. defiler senedin hükümsüzlüğüne yönelik olup her hamile (iyiniyetli olsa dahi) karşı ileri sürülebilin mutlak def'i olarak kabul edilmektedir.”

geçersizliğini gerektirmez⁶² Ehliyetsizlik defi, maddi hukuk açısından bir itiraz, kıymetli evrak hukuku açısından geçersizlik defi, icra ve iflas hukuku bakımından da süresiz şikâyet sebebidir⁶³. Zira yapılan icra takiplerinde de fiil ehliyeti aranır. Kısıtlı kişi aleyhine başlatılan icra takibinde kısıtlının veli ya da vasisine ödeme emrinin tebliği gerekir, bu hususa uyulmamış olunması takibin iptali sebebidir⁶⁴. Kişi, ehliyetsizliği sebebi ile senette yer alan beyanın hükümsüzlüğüne ilişkin defiyi ileri sürerek, kambiyo taahhüdünden sorumlu olmadığını tespitini mahkemeden talep edebilir⁶⁵.

b- Yetkisiz Temsil

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil denir⁶⁶. Kambiyo taahhüdünde bulunmak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığından, temsilci aracılığıyla düzenlenmesi mümkündür. Türk Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetlerinde temsile ilişkin olarak düzenlenen tek madde Yetkisiz İmza başlıklı TTK m. 678'dir. Bu özel hüküm dışında temsil türleri ve sonuçları açısından Borçlar Kanunundaki temsil hükümleri uygulanır⁶⁷. Türk Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetlerinde temsile ilişkin olarak düzenlenen tek madde Yetkisiz İmza başlıklı TTK m. 678'dir. Bu özel hüküm dışında temsil türleri ve sonuçları açısından Borçlar Kanunundaki

⁶² ÖZTAN, 1997, s. 394.

⁶³ YARDIM, s. 192; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 14.04.2016 T., 2015/ 32060 E., 2016/11186 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 29.12.2023): "Ehliyetsizliğe ilişkin bu durum kamu düzeni ile ilgili olup mahkemeye re'sen dikkate alınması gerektiği gibi, süresiz olarak da şikâyet konusu yapılabilir."

⁶⁴ TANERİ, Gökhan, Uygulama Örnekleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023, s. 112.

⁶⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 05.04.2016 T., 2015/14090 E., 2016/5913 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 29.12.2023): "Mahkemeye iddia, savunma, toplanan delillere ve benimsenen Adli Tıp Kurumu raporuna göre, bonolara dayalı olan İstanbul 13. İcra Dairesi'nin 2011/7978 sayılı dosyasında takibe konu olan bonoların tanzim tarihinde davacının hukuki ehliyetinin bulunmadığı bu sebeple davacının kefil sıfatıyla imzaladığı bonolardan dolayı borçlu olmadığının kabulü gerektiği, ipotek tesis tarihlerinde ise davacının hukuki ehliyete sahip olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, takiplere konu 3 adet senetten dolayı ehliyetsizlik nedeniyle davacının davalıya borçlu olmadığını tespitine, fazlaya ilişkin istemlerin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekirci sebeplere ve özellikle ayrıntılı incelemeyi içeren Adli Tıp Kurumu Raporunun hükme esas alınmasında isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA.."; CEYLAN, s. 182.

⁶⁶ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Legem Yayınevi, 28. Baskı, 2023, s. 488.

⁶⁷ BAHTİYAR, s.62; POROY/ TEKİNALP, s. 163.

temsil hükümleri uygulanır⁶⁸. TBK m. 504' e göre kambyo senetlerinde vekil aracılığıyla taahhütte bulunabilmek için vekilin bu hususta özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir⁶⁹. Temsilci, temsil yetkisini usulüne uygun olarak kullanıp borçlandığında verilen taahhüt sonucunda temsil olunan borçlanmış olmaktadır. Senet üzerine temsil olunanın adı yazıldıktan sonra, altına “*temsilen*”, “*vekaleten*”, “*adına*”, vb. ilavelerle temsilcinin kendi adını yazıp imzalaması yeterlidir⁷⁰.

Tacir yardımcılarında olan ticari temsilci, bir ticari işletmeyi idare etmek ve hukuki işlemlerde tacirin ticaret unvanı altında vekaleten işletir (TBK m. 547). TBK m. 548' de yer alır. Ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkilidir. Bağımlı tacir yardımcılardan bir diğeri ise ticari vekildir, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambyo taahhüdünde bulunamaz (TTK m. 551).

Tüzel kişilerin kambyo senedi ile borç altına girebilmesi için senedi imzalayan şahsın organ veya temsilci olarak tüzel kişiyi temsil yetkisine sahip olması gerekmektedir⁷¹. Ticaret şirketlerinde organların temsil yetkisi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre tayin edilir⁷². Hiç tüzel kişilik kazanamamış veya sona ermiş bir tüzel kişilik adına kambyo senedi düzenleyen kişi, bu senetten bizzat sorumlu olur⁷³. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, şirketin temsil ve yönetim organıdır⁷⁴. Anonim şirkette temsil yetkisine yönelik yer alan Temsil Yetkisi başlıklı TTK m. 370'e göre, “*Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.*”. Anonim şirkette temsilcinin, çift imza gerekmesine rağmen tek

⁶⁸ BAHTİYAR, s.62; POROY/ TEKİNALP, s. 163.

⁶⁹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 24.10.2003 Tarih, 2002/7444 E. 2002/10473 K. nolu kararında; “*Kambyo senetleri vekil aracılığı ile düzenlenebilir. Vekilin kambyo senetlerini keşide edebilmesi için, BK'nun 388/2 maddesi uyarınca vekaletnamede bu konuda özel yetkisinin bulunması gerekir. Başka bir deyişle vekaletnamesinde açıkça kambyo taahhüdünde bulunma yetkisi ile donatılmayan vekil bono keşide edemez, ederse bu bono ile vekil edeni sorumluluk altına sokamaz, şahsen borç altına girer.*”; Karar metni için bkz: COŞKUN, s.80.

⁷⁰ COŞKUN, s.69.

⁷¹ ÖZTAN, 1997, s. 402- 403.

⁷² PULAŞLI, s.124.

⁷³ ÖZTAN, 1997, s. 392.

⁷⁴ TTK m. 373'e göre “*Yönetim kurulu, temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararının noterce onaylanmış suretini, tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline verir.*”

imza ile kambiyo taahhüdünde bulunması durumunda düzenlenen kambiyo senedinden imza sahibi temsilci bizzat sorumlu tutulur⁷⁵.

Limited şirkette ise müdür veya müdürler kurulu şirketin yönetim ve temsil organıdır⁷⁶. Türk Ticaret Kanunu'nun ikinci Kısım birinci bölümünde düzenlenen kollektif şirkette TTK m. 218' e göre ortakların her biri, TTK m. 304' de tanımlanan komandit şirkette ise, komandite ortaklardan her biri (TTK m. 318) şirketi temsile yetkilidir. Adi ortaklıkta ise, ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, eğer şirket sözleşmesinde bu konuda bir hüküm yok ise her ortak, ortaklığı üçüncü kişilere karşı temsil etme hakkına sahiptir.

Kambiyo taahhüdünde temsil yetkisinin bulunmaması, mutlak etkili geçersizlik def'i olup hamilin iyi niyetli olup olmadığı fark etmeksizin herkese karşı ileri sürülebilir⁷⁷. Yetkisizlik defini ileri süren temsil olunan, borçlu kabul edilemeyecek ve menfi tespit davası açma hakkına sahip olacaktır⁷⁸.

TBK m. 46' ya göre bir kimsenin yetkisi olmadığı halde bir başkasının nam ve hesabına hukuksal işlem yapmasına yetkisiz temsil denir. Yetkisiz temsil durumu, temsil yetkisinde sınırın aşıldığı, zaman itibari ile sona ermiş bir yetkinin olduğu, geri alınan bir yetki olmasına rağmen devam ediyormuş gibi işlemlerde bulunduğu ve verilen temsil yetkisinin tümüyle geçersiz olduğu durumlarda da söz konusu olabilir. Kambiyo senetlerinde yetkisiz temsile ilişkin TTK m. 678' de özel bir düzenleme olup, kanun maddesinde yetkisiz temsilciden bahsedilmekle beraber, yetkisiz temsilci

⁷⁵ SARAÇ (KARAHAN/ ARI/ BOZGEYİK/ ÜNAL), s. 166; YILMAZ, s. 407; *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.12.2014 T., 2013/ 12-1355 E., 2014/ 994 K. sayılı kararı.*

⁷⁶ *Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 29.03.2016 T., 2015/ 33079 E., 2016/9113 K. nolu kararı, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T.: 03.12.2023): "Somut olayda, alacaklı vekilinin cevap dilekçesi ile imzanın borçlu şirket adına şirket yetkilisi olan ...'in babası olan ... tarafından atıldığını, borçlu şirket temsilcisinin, babası... 'e imza atma yetkisi verdiğini ileri sürdükleri görülmektedir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda imzanın şirket yetkilisi... 'e ait olmadığı tespit edilmiştir. Bonoyu şirket adına imzaladığı iddia edilen ...'in mahkemeye sunulan vekaletnamede, kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisi yoktur. Limited şirketlerde, ticari mümessilin ortaklar kurulu kararıyla atanması zorunlu olup, şirket yetkilisi tarafından yetkilendirilen vekilin ticari vekil olarak kabulü gerekir. Vekaletnamede kambiyo taahhüdünde bulunması için özel yetkisi olmalıdır. Bu nedenle vekaletnamesinde kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisi olmayan ticari vekilin düzenlediği bonodan dolayı şirket sorumlu olmayacağından, mahkemece itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir."*

⁷⁷ ÖZTAN, 1997, s. 222; YILMAZ, s. 410.

⁷⁸ YEŞİLDAL, Gül Sema, *Kambiyo Senetlerine Özgü İcra Yolu ile Takipte Menfi Tespit Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010, s. 34.*

olarak anılan kişinin imzaladığı kambiyo senedinden bizzat sorumlu tutulması söz konusudur.

TBK m. 46/1' e göre bir kimse, yetkisi olmadığı halde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onandığı takdirde temsil edileni bağlar. Eğer temsil olunan kişi yapılan işlemi onaylamaz ise işlem geçersiz olur ve TBK m. 47 gereğince işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. TTK m. 678'e göre ise yetkisiz temsilci olarak anılan kişinin imzaladığı kambiyo senedinden bizzat sorumlu tutulması söz konusudur. TTK, bu konuda TBK'nın yetkisiz temsil hükümlerinden ayrılmıştır. TTK'ya göre yetkisiz temsilci kambiyo senedi imzalamasından sonra, temsil olunan icazet vermezse senet geçersiz olmaz ve bunun sonucunda senet, imzayı atan temsilciyi bağlar⁷⁹. TBK m. 47' ye göre ise temsil olunan; yetkisiz temsilcinin gerçekleştirdiği işlemi onaylamaz ise kusurlu yetkisiz temsilciden uğranılan zararların giderilmesini istenebilir, dolayısıyla yetkisiz temsilci tazminat yükümlüsü olabilir. TTK m. 678 ile kanun koyucu önemli bir istisnai hüküm getirmiş, kambiyo senetlerine piyasada duyulan güveni korumak ve tedavül yeteneklerini artırmak için yetkisiz temsilci tarafından düzenlenen kambiyo senedini geçersiz kılmamış akabinde yetkisiz temsilcinin ilgili senetten sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır⁸⁰. Yetkisiz temsilde, bahsettiğimiz

⁷⁹ BAHTİYAR, s.62; *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.12.2014 Tarih, 2013/1355 E. ve 2014/994 K. nolu kararında yetkisiz temsilcinin imzaladığı bir çekten dolayı sorumlu olması karara bağlanmıştır*: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 28.12.2023) :“Davacı-borçlu takibe konu çeki şirketi temsilen imzaladığını, kişisel olarak borçtan sorumlu olmadığını ileri sürdüğüne göre, bu istem İcra İflas Kanunu'nun 169.maddesi kapsamında borca itirazdır. Davacı-borçlu çeki keşideci şirketi temsilen imzaladığına ve şirketi temsilde yetkili olan altı kişinin çeki müştereken imzalaması gerektiği düşünüldüğünde, Türk Ticaret Kanunu'nun 730.maddesi yollamasıyla aynı kanunun 590. maddesinde düzenlenen “Temsile salahiyetli olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatı ile bir poliçeye imzasını koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat mesul olur ve poliçeyi ödediği takdirde temsil olunan haiz olabileceği haklara sahip olur. Salahiyetini aşan temsilci için dahi hüküm böyledir.” hükmü uyarınca çekten bizzat sorumlu olacağından, aleyhine takip yapılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır.”

⁸⁰ SULLU, Muhammed, *Kambiyo Senetlerinde Yetkisiz Temsil ve Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması Sorunları*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:26, Sayı:3, 2022, s.152; *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.12.2014 Tarih, 2013/1355 E. ve 2014/994 K. nolu kararı*, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 03.12.2023) :“Davacı-borçlu takibe konu çeki şirketi temsilen imzaladığını, kişisel olarak borçtan sorumlu olmadığını ileri sürdüğüne göre, bu istem İcra İflas Kanunu'nun 169.maddesi kapsamında borca itirazdır. Davacı-borçlu çeki keşideci şirketi temsilen imzaladığına ve şirketi temsilde yetkili olan altı kişinin çeki müştereken imzalaması gerektiği düşünüldüğünde, Türk Ticaret Kanunu'nun 730.maddesi yollamasıyla aynı kanunun 590. maddesinde düzenlenen “Temsile salahiyetli olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatı ile bir poliçeye imzasını koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat mesul olur ve poliçeyi ödediği

üzere temsil olunan kambiyo borcundan dolayı sorumlu olmaz ve borçlu bulunmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilir. Çünkü burada hukuki görünüm temsil olunan tarafından değil, yetkisiz temsilci tarafından yaratılmıştır⁸¹.

c- Sahte İmza

Kambiyo senetleri, sıkı şekil şartlarına tabi olup imza konusu TTK' da özel bir madde ile hüküm altına alınmıştır. TTK m. 756' ya göre poliçe üzerindeki imzanın el ile atılması gerekmekte olup, mekanik herhangi bir araç veya elle yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmî bir şahadetname kullanılamaz. Bu hüküm TTK m. 778' e göre bonolar için, TTK m. 818 gereğince çekler için de geçerlidir. Sahte imza ise, kambiyo senedindeki senet metninde yer alan imzanın gerçek ve olması gereken imza sahibi yerine başka biri tarafından atılmış olmasıdır. Sahte imza, gerçekte var olan birinin adının ve imzasının kullanılarak onun haberi olmadan atılabileceği gibi, gerçekte hiç var olmayan biri adına da senede imza konularak vuku bulabilir. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki poliçe ve çekte keşidecinin imzası, bonoda ise düzenleyenin imzası mutlak mecburi unsur olup bu imzaların eksikliği halinde senet kambiyo senedi sıfatına sahip olamayacaktır. Fakat senet üzerinde bu imzaların dışında başka bir imzanın sahteliğinin öne sürülmesi, TTK m. 677 imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince senedin geçerliliğini etkilemez. Kambiyo senetlerinde geçerli imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince, senet metninde yer alan bir imzanın herhangi bir nedenle geçersiz olması, diğer imzaların sıhhatini etkilemeyecektir⁸². Senetteki diğer imza sahiplerinin kambiyo taahhütleri geçerli olarak kalmaya devam edecektir.

takdirde temsil olunan haiz olabileceği haklara sahip olur. Salahiyetini aşan temsilci için dahi hüküm böyledir.” hükmü uyarınca çekten bizzat sorumlu olacağından, aleyhine takip yapılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır.”

⁸¹ TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 155; KENDİGELEN/ KIRCA, s. 101.

⁸² Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 15.05.2017 T., 2016/ 7793 E., 2017/3808 K. nolu kararında, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 03.12.2023): “Dava, çekler nedeniyle borçlu bulunulmadığının tespiti istemine ilişkindir.Dava konusu çeklerin keşidecisi olan davacı her iki çekteki lehtar ... imzasının sahte olduğunu iddia etmiştir. Temyiz eden davalı ... çeklere ciro yoluyla hamil olmuştur.Dava konusu çeklerde dış görünüş itibariyle ciro silsilesinde bir kopukluk olmadığı görülmektedir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK 818/1-c maddesi yollamasıyla aynı Kanununun 677. maddesi uyarınca imzaların istiklali prensibi nedeniyle kambiyo senetlerindeki her imza sahibi kendi imzasından sorumlu olup, başkasının imzalarının sahte olması imzasını inkâr etmeyenlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

Sahte imza hali, mutlak etkili geçersizlik defii olup hamilin iyi niyetli olup olmaması fark etmeksizin herkese karşı ileri sürülebilir. Sahtelik defini ileri süren kişi bunu açacağı davada kendisi kanıtlamalıdır. Sahte imza incelemesi HMK m.211 gereğince yapılır. Sahtelik defini ileri sürebilecek olan kişi, açtığı mahkemede, sahteliği iddia edilen senet hakkında sahteliği sonuçlanana kadar senet, hiçbir işleme dayanak yapılamaz, mahkemenin bu konuda tedbir kararı vermesine gerek yoktur⁸³. HMK m. 211 gereği, senetteki imzanın sahteliği iddia edildiği hâkim öncelikle, yazı veya imzayı inkâr eden tarafı isticvap ettikten sonra bir kanaat edinmemişse, huzurda bu kişiye yazı yazdırıp imza attırmak suretiyle elde ettiği belge ve diğer delilleri değerlendirir. Hâkim, sahtelik konusunda başka bir incelemeye gerek duymadan karar verebilecek durumda ise gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle, senedin sahteliği hakkında bir karar verir. Hâkim bu incelemeye rağmen halen dahi bir kanaat elde edememişse bilirkişi incelemesine karar verir⁸⁴. Sahte senette imzası bulunan kişi bu senede icazet verirse, senetten sorumlu olur⁸⁵. Kambiyo senedinde sahte imza olduğuna ilişkin ayrıca bir resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin bir dava açılmış ise, borçlunun açmış olduğu menfi tespit davası yerleşik Yargıtay içtihatları gereği, belgede sahtecilik davasını bekletici mesele yapmalıdır⁸⁶.

d- Senet Metninde Tahrifat

Kambiyo senedinin tedavüle çıkarıldıktan sonra senetten dolayı borçlu kişi veya başka kişiler tarafından senet ilgililerinin rızasının alınmadan senet üzerinde değişiklik yapılması senet metninde tahrifata sebebiyet verir. Senet metninde tahrifat, keşide tarihinin değiştirilmesi, senedin ihdas nedeninin değiştirilmesi, vadenin değiştirilmesi, senet bedelinin değiştirilmesi gibi durumlarda söz konusu olabilir. Senet metninde

⁸³ BİLGİN, s. 524.

⁸⁴ Kambiyo senedinde sahte imza definin ileri sürüldüğü davalardaki bilirkişi incelemesi hakkında detaylı bilgi için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.04.2019 T., 2017/12- 328 E., 2019/387 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 03.12.2023); Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 13.04.2017 T., 2016/8254 E., 2017/3017 K. nolu kararında, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 03.12.2023): “Dava imza inkarına dayanılarak açılmış menfi tespit istemine ilişkindir. İmza inkarı kıymetli evrağın sahte olarak düzenlendiği iddiası olup mutlak def’ i niteliğindedir. Senet üzerindeki herkese karşı ileri sürülebilir. Mahkemece çekler üzerindeki keşideci imzasının davacı şirket yetkilisine ait olup olmadığı yönünde usulüne uygun olarak bilirkişi incelemesi yaptırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönde bir inceleme yapılmaması doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA...”

⁸⁵ YILMAZ, s. 412; KINACIOĞLU, s. 203.

⁸⁶ CEYLAN, s. 184.

tahrifat iki şekilde gerçekleştirilir: Ya senet metninde yazılı bir husus çeşitli usullere başvurularak senet metninden çıkarılır, ya da metne sonradan bazı noktalar eklenir⁸⁷. Senet metninde yapılan düzeltmelerin keşideci tarafından paraf edilmesi veya imzalanması gerekir aksi halde yapılan düzeltmeler (çıkıntı, silinti) inkâr halinde yok sayılarak senet tahrifat öncesi duruma göre değerlendirilir⁸⁸. Senet metninde tahrifat mutlak etkili geçersizlik def'i olup iyi niyetli hamil dâhil herkese karşı ileri sürülebilir⁸⁹. TTK m. 748 gereğince senet metni değiştirildiği takdirde, değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metne göre sorumlu olurlar⁹⁰. Dolayısıyla bu def'i senet metnine tahrifat yapılmadan önce imza atanlar tarafından ileri sürülebilir. Senet tahrifatından sonra senet tekrar cirolanırsa yeni cirolantalar tahrifat def'ini ileri süremez, tahrif edilmiş senede göre ve bu senetteki yer alan borç miktarından sorumludurlar⁹¹.

⁸⁷ ERDEM, Nuri, *Kambyo Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat)*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 22.

⁸⁸ MUŞUL, s. 431-432; *Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.01.2020 T., 2019/274 E., 2020/217 K. nolu kararı.*

⁸⁹ *Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 07.02.2017 T., 2016/ 27908 E., 2017/1394 K. nolu kararı, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T.:03.12.2023): "Borçlunun hamil/alacaklıya karşı senet metninde sahtekarlık (tahrifat) iddiası mutlak def'idir ve mahkemece bu iddia incelenmelidir. (Hukuk Genel Kurulunun 04.03.2015 gün ve 2013/19-1746 E., 2015/896 K.) Somut olayda; takip dayanağı olan çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığı iddiası davacı ciranta tarafından alacaklı hamile karşı ileri sürülmüş olup, keşideci tarafından ileri sürülmesi dahi çekin geçerliliği mutlak def'i mahiyetindeki bu iddiaya bağlı olduğundan ciranta tarafından ileri sürülebilir. O halde mahkemece, davacı/borçlu tarafından ileri sürülen tahrifat iddiasının tarafların delilleri toplanıp gerektiğinde bu konuda uzman kişi veya kişilerden bilirkişi raporu alınarak usulünce incelenmesi gerekirken yazılı gerekçeyle istemin reddine ilişkin hüküm tesisi isabetsizdir."*

⁹⁰ *Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 22.04.2013 T., 2013/7163 E., 2013/15326 K. nolu kararı, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T.:03.12.2023): "Senet metninin sonradan değiştirilmesi, bütün ilgililerin birlikte gerçekleştirilmesi gereken bir işlemdir. TTK'nun 730/17. maddesi göndermesiyle çekler hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 660. maddesi hükmü uyarınca, senet metninin tahrif edildiği hallerde, tahrifattan önce imza koyanlar eski metne göre sorumlu olurlar. Yasanın bu hükmü, öğretilerde "imzaların bağımsızlığı" olarak adlandırılan ilkenin gereği ve sonucudur. Buradaki "metin" kavramının, diğer unsurlar yanında keşide tarihi ve bedel unsurlarını da içerdiği, yine "tahrifat" kavramıyla da gerçekleştirilen değişiklikten söz edildiği açıktır. Buna göre, senetteki keşide tarihi ve bedelin tüm ilgililerin katılımı olmaksızın sonradan tek taraflı olarak değiştirilmesi (tahrif edilmesi), tahrifattan önce senet üzerine imza koyanların tahrif edilmiş şekle göre sorumluluğunu doğurmayacak, bunlar önceki metin ne ise ancak o çerçevede sorumluluk altında olacaklardır. Eş söyleyişle senedin tahrifat ile büründüğü yeni hal, o senedi tahrifattan önce imza etmiş olanlar bakımından yok hükmündedir; bağlayıcı değildir. Hamilin iyi niyetli olup olmaması da bu sonucu etkilemez."*

⁹¹ TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 159.

e- Senetteki İmzanın Fiziki Baskı veya Doğrudan Cebir ile Attırılması

İmzanın zorla attırılması ise ya maddi cebir (silah çekmek, dövme vb.) ile ya da korkutma ile gerçekleştirilir. Bir kimsenin başka bir kimseyi hipnotize ederek bir senet imzalatması da maddi anlamda cebirdir⁹². İradi bir karara dayanmaksızın dıştan gelen mutlak cebir altında atılan imza bilinçli bir davranış sonucu meydana gelmediğinden bu atılan imza maddi cebir uygulanan kişiye isnat edilemez⁹³. Burada maddi cebir hususunu korkutmadan ayırt etmek gerekir: maddi cebirde kambiyo taahhüdünde bulunan kişinin hiçbir şekilde iradesi söz konusu değilken, korkutmada hukukten bağlayıcı olmasa da bir irade beyanı söz konusudur⁹⁴. Korkutmada manevi cebir söz konusu olup, korkutulan kişinin irade beyanı sakatlanmıştır. Maddi cebir ile senet metnine imza attırılması mutlak etkili geçersizlik defii olup iyiniyetli üçüncü kişiler dahil herkese karşı ileri sürülebilir. Eğer kişiye hipnotize halinde veya iradesi dışında kendisine alkol, uyuşturucu madde kullanılarak senet imzalatılmış ise ortaya çıkan hukuki görünüşe katkısı olmadığı ve senette yer alan irade kendisine isnat edilemeyeceğinden senetten sorumlu tutulamaz⁹⁵.

3. Nispi Etkili Geçersizlik Defilerine Dayanan Menfi Tespit Davası

a- İrade Sakatlığı ve Gabin

Hukuki işlem, hukuk düzenince bizzat belirlenen şart ve sınırlar içinde, kişinin istediği amaçlara uygun hukuki sonuçlar doğuracağını kabul ettiği irade beyanıdır⁹⁶. Bir hukuki işlem yapılırken taraflardan birinin işlem iradesinin oluşum veya beyanı aşamasında ortaya çıkan sakatlıklara irade bozukluğu denir. TBK'ya göre iradeyi bozan sebepler yanıma, aldatma ve korkutma olmak üzere üçe ayrılır⁹⁷.

İrade ile beyan arasında istenmeyerek meydana gelen uygunsuzluk haline hata denir. TBK m. 31/1 de esaslı hata halleri sayılmıştır. Sözleşmenin mahiyetinde hata, şeyde ve veya şahısta hata ve miktarda hata esaslı hata

⁹² YILMAZ, s. 431; TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 160.

⁹³ KENDİGELEN/ KIRCA, s. 101.

⁹⁴ TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 160.

⁹⁵ HELVACI (ÜLGEN/ KAYA/ NOMER ERTAN), s. 74; ÜNAL (KARAHAN/ ARI/ BOZGEYİK/ SARAÇ), s. 107.

⁹⁶ TANERİ, s. 115.

⁹⁷ EREN, s. 435.

hallerindedir. Kişinin kambiyo senedinin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiyi kira akdi zannederken trampa olması hali sözleşmenin mahiyetinde hataya, senet bedeline 10.000 TL yazılacak iken 100.000 TL yazılması miktarda hataya örnek verilebilir. Hataya dayanarak kambiyo senedinin iptalini veya o senetten dolayı borçlu olmadığını tespitini isteyen taraf, hatayı öğrenmesinden itibaren bir sene içinde bu davayı açmalıdır⁹⁸.

Bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda bile bile yanlış kanaat uyandırılır veya esasen mevcut yanlış kanaat devam ettirilirse, hukuki anlamda hile= aldatma söz konusu olur⁹⁹. Aldatan taraf, karşı tarafta uyandırdığı, kuvvetlendirdiği veya muhafaza ettiği yanılmayı bilmeli ve istemeli ya da hiç olmazsa bilmek zorunda olmalıdır¹⁰⁰. Hile hali, TBK m. 36/1'de tanımlanmış olup, Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Bu madde kambiyo senetleri hukuka uyarlandığında, borçluda kambiyo senedi taahhüdünde bulunma iradesini uyandırmak amacı ile girişilen hileli davranışlar sonucu borçlu kambiyo taahhüdünde bulunmuş ise bunu nispi etkili geçersizlik defi olarak ileri sürebilir¹⁰¹. Fakat hilenin öğrenilmesine rağmen senet düzenlenerek verilmiş

⁹⁸ ERTEKİN/KARATAŞ, s. 789.

⁹⁹ REİSOĞLU, *Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayınevi, 24. Baskı, 2013, s. 124.

¹⁰⁰ EREN, s. 458.

¹⁰¹ YILMAZ, s. 428; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 06.02.2020 T., 2018/2999 E., 2020/332 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.:04.12.2023): "Hile (aldatma), genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hata da yanılma, hilede ise yanılma söz konusudur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 36/1. (818 s. Borçlar Kanununun (BK) 28/1.) maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltilmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Öte yandan, hile her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiçbir şekilde bağlı değildir. Aldatmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir irade açıklaması, defi yahut dava yoluyla da kullanılabilir. Hal böyle olunca, davacının hile iddiasında bulunduğu dava konusu edilen bononun incelenmesinde, bononun fiziki görünümünün başka bir belgeden kesilerek oluşturulduğu izlenimini verdiği, bono metninin üstünde yer alan kimlik bilgileri, firma bilgileri, nüfusa kayıtlı yer bilgileri, vergi bilgilerinin normal bir bonoda olması gereken unsurlardan olmadığı, bu bilgilerin davalı tarafından sigorta şirketine verilmek üzere sigortalıdan alınan belgelerde yer aldığı anlaşılmaktadır. Ceza dosyasında alınan bilirkişi raporunda da, dava konusu belgede davacıya ait imzanın atılı bulunduğu metin kısmının printerdan çıkarıldığı, imzanın belgenin tarih kısmıyla çakıştığı halde, metin kısmıyla çakışmadığı, belgenin kenarlarında düzensiz kesik izlerinin bulunduğu yönündeki tespitleri de davacının bu iddiasını doğrulamaktadır. Ayrıca davalının İstanbul 4. Ağır

ise artık burada zimnen icazet söz konusu olacağından senedin geçersizliğini ileri sürmek mümkün değildir¹⁰². Aldatmanın ileri sürülebilmesi için hilenin senedin düzenlenmesi sırasında veya öncesinde var olmalıdır¹⁰³. Burada, aldatmadan kasıt, taraflardan birinin karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin kasti davranışı neticesinde saikte yanılmasıdır¹⁰⁴. Aldatma kıymetli evrak hukuku açısından bir geçersizlik defii olup borçlar hukuki anlamında da aldatılan, hileli hukuki işlemi iptal edebilir¹⁰⁵.

Ceza Mahkemesi'nin 2013/325 esas ve 2016/209 karar sayılı dosyasında da aynı şekilde hile ile belge oluşturarak işlem yaptığı ve bu ceza dosyasından mahkumiyet aldığı da görülmekle davalının bu tür belgeleri hileyle bonoya dönüştürdüğü anlaşılmaktadır. Davalının bononun verilme nedeni hakkında bu dosyada elden para verildiği savunması yaptığı, ceza dosyasındaki savunmasında ise davacının kendisini haricen şirketine ortak etmek için babası tarafından bu paranın verildiği şeklinde ifadede bulunduğu, bu beyanlarında birbiri ile çeliştiği, davalının senedin mücerretliği dışında ticari ilişkinin varlığını kanıtlayacak şekilde bir delili dosyaya sunmadığı da görülmektedir. Bu kapsamda davacının hile iddiasını ispatladığı kabul edilerek bononun hile ile oluşturulduğu ve geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın kabulü gerekirken, yanlışlı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, yerel mahkeme hükmünün bozulması gerekmiştir."

¹⁰² ERTEKİN/KARATAŞ, s. 747.

¹⁰³ YILMAZ, s. 281.

¹⁰⁴ NOMER, s. 106.

¹⁰⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.02.2020 T., 2018/3348 E., 2020/419 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.:04.12.2023): "Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda davacı tanığı ...'nın görgüye dayalı beyanından yaşanan olayın üzerinden 7-8 yıl gibi bir sürenin geçmediği, yaklaşık 4 yıllık gibi bir sürenin geçtiği, aslında senedin davacının yaşlı olmasından ve gözünün görmemesinden yararlanılarak aldatma saiki altında 2013 yılında düzenlendiği, fakat tanzim tarihi olarak bonoya 15.06.2010 tarihinin yazılı olduğu, tanık beyanından da yaşanan bu olayın hemen ardından ertesi günü davacının savcılığa şikayetçi olduğunun beyan edildiğinin anlaşıldığı, savcılığa 2013 yılında yapılan şikayetin bu tarihi doğruladığı, senedin vade tarihine 10.01.2011 tarihinin yazılı olmasına rağmen icra takibinin 15.04.2013 yılında başlatılmış olması, vade tarihi 2011 yılı olan yüksek meblağlı bir bononun 2013 yılına kadar beklenilerek 2013 yılında icra takibine konulmasını gerektirecek inandırıcı ve gerçekçi hiç bir delil ibraz edilememiş olması icra takibinin 12.04.2013 tarihinde başlatılarak davacıya 07.05.2013 tarihinde tebliğ edilmesi, davacının iş bu menfi tespit davasını hemen 2013 yılı içerisinde 13.05.2013 tarihinde açmış olması sebebiyle hileyi öğrenme tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü sürenin dolmadığının anlaşıldığı, tüm tanık beyanlarının birbiri ile örtüşür mahiyette olması, davalının Cumhuriyet savcılığınca alınan beyanında söz konusu parayı davacının üvey oğlu ...'in yanında verdiğini beyan ettiği, davacının davalı ile herhangi bir şekilde hukuki ve ticari bir ilişkisi olmamasına karşın, davalının ne şekilde elde ettiği tam belli olmayan bonoyu dosyaya yansıyan hastane kayıtlarından davacının yaşlı olmasından ve gözünün görmemesinden yararlanılarak aldatma saiki altında kendisine mahkmeden kağıt getirdim şuraya imza atmanız yeterli denilerek aldatma saiki ile imzalatılarak takibe sokmak suretiyle davacıyı borç altına sokmak istediği ve böylelikle davacı ...'nin ne kambiyo hukuku ne de iç ilişki itibarıyla davalıya bu bonodan dolayı borçlu bulunmadığının sabit olduğu ve davalının bu gerçek olmayan hukuki ilişkiyi gerekçe göstererek bonoyu takibe koyarak kötüniyetli hareket ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş,... hile olgusunun ispatlanmış olmasına göre davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..."

Bir kişinin kendisinin ya da yakınlarının kişilik haklarına ya da mal varlıklarının bir tehlikeye uğrayacağına dair ciddi, ağır ve yakın bir tehdidi ile hukuki işlemde bulunulmaya zorlanılmasına korkutma (ikrah) denir¹⁰⁶. TBK m.38' de düzenlenen korkutma bir nevi manevi cebirdir¹⁰⁷. Korkutulan taraf içinde bulunduğu durumdan kendisinin veya yakınlarının birinin kişilik haklarına veya malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir tehlikenin bulunduğuna inanmakta ise hukuken korkutmanın gerçekleştiği kabul edilir¹⁰⁸.

İrade bozukluğu hallerinde, TBK m. 39/1 gereğince, *Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır*. Kanun maddesinden de görüleceği üzere hata veya hileye uğrayan kişi, hata veya hile nedeniyle borç taahhüdünün geçersiz olduğunu, hata veya hileyi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde alacaklıya bildirebilir veya menfi tespit davası açabilir. Fakat bu bir yıllık hak düşürücü sürede iradesi sakatlığa uğrayan kişi mutlaka dava açmak zorunda değildir, zira noterden ihtarname yollayarak borçlu olmadığını bildirmesinin akabinde menfi tespit davası açabilir burada önem arz eden husus bir yıllık sürede borçlu olmadığını karşı tarafa bildirmesidir¹⁰⁹. Boş olarak doldurulan senedin yıllar sonra takibe konulması halinde dahi mahkeme, korkutmanın ortadan kalkmasından sonraki bir yıl içerisinde dava açılıp açılmadığını gözetmektedir¹¹⁰. Bu gibi durumlarda korkutulan kişinin, senetlerin takibe konulmayacağı yönünde oluşan inancı ya da yeniden korkutulacağına ilişkin düşüncesi mahkeme tarafından değerlendirilmemektedir¹¹¹. İptal

¹⁰⁶ CANSEL/ ÖZEL, s. 174.

¹⁰⁷ CANSEL/ ÖZEL, s. 174.

¹⁰⁸ NOMER, s. 98.

¹⁰⁹ CEYLAN, s. 191.

¹¹⁰ TANERİ, s. 128.

¹¹¹ TANERİ, s. 128; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 14.01.2019 T., 2017/342 E., 2019/62 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 04.12.2023): "Davacı, dava konusu bonoların kendisinden korkutma yoluyla alındığını buna rağmen bono bedellerinin davacı tarafından davalıya ödendiğini ancak bonoların iade edilmediğini ve yıllar sonra takibe konulduğunu iddia etmiştir. Davacı tarafından korkutma iddiasıyla ilgili bu iddiayı ispata elverişli delil gösterilmediği gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 39 uncu maddesi uyarınca yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya bonoları geri istemezse davacının kendisini korkuttuğuna dair iddiasından vazgeçmiş sayılır ve davacının korkutma iddiasına dayalı bono verme işlemi onaylanmış sayılır. Bu bakımdan

beyanı, bir yenilik doğurucu hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan geri alınması mümkün değildir, beyan geri alınsa bile mahkeme, borcun hükümsüz kaldığına hükmedecektir¹¹². Ayrıca belirtmek gerekir ki hukuki işlemlerde irade bozukluğu iddiası, kanuni delillerle ispat iddiasının da istisnası olup takdiri delillerle, örneğin tanık delili ile de ispatlanabilir¹¹³. Bu kural aşırı yararlanma halinde de geçerlidir. İrade bozukluğu ve gabin halinde senetle ispat zorunluluğu yoktur.

Aşırı yararlanma (gabin) zarar görenin zor durumdan kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden faydalanarak edimler arasında aşırı ve açık orantısızlık yaratılmasıdır (TBK m. 28). TBK m.28' e göre zara gören ya hukuki işlemi iptal edebilir ve edimlerin geri verilmesini isteyebilir ya da edimler arası oransızlığın giderilmesini isteyebilir. TBK m. 28/1 gereğince aşırı yararlanma halinde, zarar gören durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını, yani sözleşmeyi iptal ettiğini karşı tarafa bildirerek ifa etmiş olduğu edimin geri verilmesini ister ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini ister¹¹⁴. TBK m. 28/2 gereğince, zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Aşırı yararlanma, doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre senetteki beyanın geçersizliğine ilişkin defi olup senedi iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez¹¹⁵. Aşırı yararlanma halinde iyi niyetli üçüncü kişiler, TTK m. 686/2 gereğince senedin mülkiyetini iktisap eder¹¹⁶. Kambiyo senedinin ödeme aracı olarak kullanıldığı hallerde aşırı yararlanma halinin TBK m. 28 kapsamındaki koşullarının gerçekleştiğini öne süren borçlu, menfi tespit davası açarak, senetten dolayı borçlu olmadığını tespitini mahkemeden talep edebilir.

mahkemece korkutma iddiasının varit olmadığına kabûlü doğru olmuştur. Ancak davacının ikinci iddiası bu bonoların bedelinin ödendiğidir. Ve bu iddiasını ispat için yemin deliline dayanmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 225 ve devamı maddeleri uyarınca, Mahkemece, "davacı tarafından davalıya dava konusu bono bedellerinin ödendiği" vak'ası ile ilgili olarak yemin teklif edip etmeyeceği hatırlatılıp yemin teklif ederse usûlü işlemler bu yönde tamamlanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA.."

¹¹² TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 93.

¹¹³ MUŞUL, s. 434.

¹¹⁴ EREN, s. 485.

¹¹⁵ ÖZTAN, 1997, s. 229- 230.

¹¹⁶ ÖZTAN, 1997, s. 229- 230.

b- Senedin Muvazaalı Olarak Verilmesi

Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmalarıdır¹¹⁷. Muvazaanın unsurları, üçüncü kişileri aldatma kastı ile yapılan görünürdeki işlem, aldatma kastı ve muvazaa anlaşmasıdır. İşlemin muvazaalı olduğu taraflar tarafından ileri sürülebileceği gibi üçüncü kişilerce de ileri sürülebilir. Muvazaa iddiası, hukuki işlemin taraflarınca ileri sürülmüşse, iddia kaynağını bir hukuksal işlem oluşturduğu için taraflar bu iddialarını ancak belge ile ispatlayabilirken, üçüncü kişiler muvazaa iddialarını, tanık dahil her türü delille ispatlayabilirler¹¹⁸. Muvazaada yokluk veya hükümsüzlük nedeni ile geçerli bir kambiyo senedi borcu doğmamakla bu husus yalnızca muvazaa anlaşmasının tarafı olan lehtara ve iyi niyetli olmayan hamillere karşı öne sürülebilmektedir, zira senedi devralan iyi niyetli hamil korunmalıdır¹¹⁹. Yargıtay, gerçek bir borç ilişkisi olmadan muvazaalı olarak cirolanan senedin, bilerek borçlunun zararına kötü niyetli olarak hareket edildiğine hükmetmektedir¹²⁰. Hâkim, işlemin muvazaalı işlemin geçersiz

¹¹⁷ REİSOĞLU, s. 104- 105.

¹¹⁸ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 26.01.2017 T., 2016/4234 E., 2017/536 K. nolu kararı, <https://kazanci.com.tr/>, E.T.:05.12.2023): “Dava, menfi tespit istemidir. Davada taraf olan şirketlerin ortaklarının aynı kişiler olması her bir şirketin bağımsızlığını ortadan kaldırmaz. Diğer yandan senedin muvazaalı düzenlendiği iddiasında bulunan asıl ve birleştirilen dosya davacısı kendi muvazaasına dayanamayacağı gibi bu yönde yazılı delil de sunmamıştır. Ticari şirketlerin bağımsızlığı gözetildiğinde somut olayda temsilcinin temsil hakkını kötüye kullandığı da kanıtlanamamıştır. Mahkemece açıklanan hususlar gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, delil takdirinde ve hukuki yorumda hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

¹¹⁹ TÜRK, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, s. 164; ÇAMOĞLU, Ersin, Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:35, Sayı:3, 2019, s. 28.

¹²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.11.2022 T., 2020/298 E., 2022/1531 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.:05.12.2023): “Borçlunun, kambiyo taahhüdünün hükümsüz olduğunu ileri sürerek açtığı menfi tespit davası esasında maddi hukuk anlamında bir itiraz sebebine dayanılarak açılmaktadır. Bu kapsamda hükümsüzlük nedenine dayalı menfi tespit davalarında, uyumsuzluk temel ilişkiden değil, doğrudan doğruya kambiyo senetleri hukukundan kaynaklanmaktadır. Bu davalarda, kural olarak, davacının iddiası çoğu kez tüm senet ilgilerine karşı öne sürülebilen mutlak def'ilere dayanmaktadır. Örneğin kambiyo senedinin zorunlu şekil şartları içermemesi, kambiyo alacağının zamanaşımına uğraması, vadeyi beklemeden istemde bulunulması, ciro zincirindeki kopukluk, başvuru hakkının yitirilmiş olması, senette yazılı kısmi ödeme açıklaması, sorumsuzluk kayıtları ya da bir kambiyo taahhüdünün senet yapma iradesindeki bozukluk nedeniyle sahibini bağlamayacağı yönündeki iddialar hükümsüzlük nedenine dayalı menfi tespit talebine konu oluşturur...TTK'nın “Defiler” başlıklı 687/1.maddesinde;“Poliçeden dolayı kendisine başvuru kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil,

olduğunu resen dikkate alır¹²¹. Tedavül amaçlı olmayan hatır senetleri, senet lehtarının ticari defterlerinde alacak olarak gösterilerek onun malvarlığının bankalardan daha fazla kredi alabilmek uğruna fazla gösterilmesidir¹²². Tedavül amaçlı olmayan hatır senetleri muvazaa nedeniyle hükümsüzdür¹²³.

c- Senedin Borçlunun Rızası Dışında Elinden Çıkması

Eğer borçlu senedi imzalamış fakat henüz meşru hamile teslim edemeden, senet rızası dışında elinden çıkmışsa, borçlu bu hususu nispi etkili geçersizlik defii olarak ileri sürebilir¹²⁴. Kambiyo senetlerinin rıza dışında elden çıkması hususunda TTK’da poliçe için 686/2 maddesini öngörölmüş olup bu madde TTK m. 778 atfından ötürü bono için de uygulama alanı bulmaktadır. Çek için ise kanun koyucu senedin rıza dışı elden çıkması hususunda TTK m. 792’yi sevk etmiştir. TTK m. 686/2 gereği, “Poliçe herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, birinci fıkrada yazılı hükümlere göre hakkı anlaşılan yeni hamil, ancak poliçeyi kötüniyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisabında ağır bir kusur bulunduğu takdirde o poliçeyi geri vermekle yükümlüdür.”. TTK m. 792’ye göre, “Çek, herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, ister hamile yazılı, ister ciro yoluyla devredilebilen bir çek söz konusu olup da hamil hakkını 790 uncu

poliçeyi iktisap ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun” hükmü yer almaktadır. Anılan madde hükmüne göre; Hukuk Genel Kurulunun 07.10.2021 tarihli ve 2017/(15)6-2142 E. 2021/1181 K. sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse, keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def’ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; meğer ki hamil poliçeyi iktisap ederken savunmaya esas olan durumu bile ve borçlunun zararına hareket etmiş ise, borçlu bu savunmayı alacaklıya karşı ileri sürebilir. Bu maddede öngörölen borçlunun zararına bile bile hareket ve kötü niyetin ise yasa koyucu herhangi bir yazılı ispat şeklinden söz etmediğinden, tanık dâhil her türlü delille ispat edilebileceğinin kabulü gerekir...Dosya içerisinde yer alan delillerin incelenmesi sonucunda, davalılar arasında arkadaşlık ilişkisinin olduğu, davacı tanığının beyanları, davalı ...’in belediyeden celp edilen disiplin soruşturması kararında yer alan tespitler, davalı ...’ün işyerinde delil tespiti sırasında elde edilen ve ...’ün araç kiralamaya ilişkin sözleşme kapsamında ...’e verdiği boş senet, üzerine kayıtlı malvarlığının bulunmaması, senedin düzenlendiği tarih itibariyle çalıştığı belediyeden aldığı maaş miktarı dikkate alındığında, davalı ...’in diğer davalı ...’e, ciro yoluyla devraldığı senede dayalı olarak 130.000TL borç vermesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, davalılar arasında gerçek bir alacak borç ilişkisi olmaksızın ... tarafından davaya konu senedin muvazaalı olarak diğer davalıya ciro edildiği, davalı ...’in senedi borçlunun zararına hareket ederek kötü niyetli olarak iktisap ettiği anlaşılmaktadır... Açıklanan nedenlerle mahkemece, davalı ...’in senedi kötü niyetli olarak iktisap edip icra takibine konu ettiği yönünde verilen direnme kararı yerindedir.”

¹²¹ ÇAMOĞLU, Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları), s. 28.

¹²² ERTEKİN/ KARATAŞ, s. 757.

¹²³ İNAN, s. 118; ERTEKİN/ KARATAŞ, s. 757; SÖNMEZ, Numan Sabit, Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2019, s.80.

¹²⁴ KENDİGELEN/KIRCA, s. 105; CEYLAN, s. 195.

maddeye göre ispat etsin, çek eline geçmiş bulunan yeni hamil ancak çeki kötüniyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisapta ağır bir kusuru bulunduğu takdirde o çeki geri vermekle yükümlüdür.”. Anılan kanun hükümlerinden de görüleceği üzere kanun koyucu, kambiyo senetlerinde senedin borçlunun rıza hilafına elinden çıktığı durumda iyi niyetli hamili korumuştur¹²⁵.

Hamile yazılı senetlerde, TTK m. 659/3: “*Senedin, borçlunun rızası olmaksızın tedaviile çıkarıldığı yolunda bir def'i ileri sürülemez*” hükmü gereği borçlu senedin rıza dışı elden çıktığı iddiasını ileri sürememektedir. Bu husus ancak bilerek borçlu zararına hareket halinde ileri sürülebilir¹²⁶.

Kambiyo senetlerinde ilk cironun lehtar tarafından yapılması gerekir. Düzgün bir ciro zincirinin var olabilmesi için ilk cirantanın lehtar olması gereklidir, aksi hal ciro zinciri düzensizliğine yol açacaktır. Eğer kambiyo senedi düzenleyen tarafından düzenlenmiş, lehtar daha senedi cirolamadan senedin düzenleyeni, senedi kaybetmiş ise ve böylelikle senedi cirolayan ilk kişi lehtar değil de başkası ise ciro zinciri düzensiz olacağından senedi iktisap eden senetten dolayı hak sahibi olamaz¹²⁷. Zira bu durum mutlak etkili geçersizlik define sebebiyet verir. Ayrıca TTK m. 792 gereği herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış çek kimin elinde ise bu kişiye karşı koşulları oluştuğunda çekin iadesi yönünde istirdat davası açılacaktır¹²⁸. Senetlerin, kargo aracılığıyla gönderilirken çalınması hususunda Yargıtay,

¹²⁵ YILMAZ, s. 443; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.02.2014 T., 2013/ 5676 E., 2014/ 2748 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.:05.12.2023): “Emre yazılı bir çek, herhangi bir şekilde önceki hamillerden birinin elinden çıktığı takdirde, çeki elinde bulunduran son hamile karşı, ancak, çeki kötü niyetle iktisap ettiği veya iktisabında ağır kusuru bulunduğu takdirde istihkak davası açılabilir. Kötü niyetten maksat, senedin önceki hamilin elinden rızası hilafına çıktığını bilmek veya bilebilecek durumda bulunmaktır. Ağır kusur ise, -örneğin, hamilin hüviyetinin sorulmaması gibi-senedin iktisabında olağan özenin gösterilmemesini ifade eder. Yine, 6762 sy. TTK'nın 598/2.maddesindeki "poliçe hamilin elinden herhangi bir surette çıkmış bulunursa..." ibaresi, poliçenin önceki hamilin elinden rızası hilafına çıkmış olmasını, yani çalınmasını, tehdit ya da hile ile alınmasını, kaybedilmesini veya rıza ile fakat devri sakatlayan hukuki olgularla elden çıkmasını ifade etmektedir. Ancak senedi çalan veya hile ile hamilinden alan ya da bulan kişinin sahte ciro ile devretmesi halinde, bunu bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan; eş söyleyişle, kötüniyetli ve ağır kusurlu bulunmayan yeni) hamil korunur. (Poroy-Tekinalp,Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş 15. baskı, sh.154 ve devamı). Çekin, keşidecinin elinden rızası hilafına çıktığı iddiası, tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir.”

¹²⁶ TÜRK, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, s. 161.

¹²⁷ BİLGİN, Mahmut, Uygulamada Kambiyo Senetleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2010, s. 334.

¹²⁸ İlgili Yargıtay kararları için bkz: ERİŞ, Gönen, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak Poliçe- Bono- Çek- Makbuz Senedi- Varant, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2016, s. 1099-1119; YILMAZ, s. 445.

kargo içeriğinde çek bulunduğunun belirtilmemiş olması sebebi ile açılan menfi tespit davasını reddetmiştir¹²⁹.

d- Senetteki Temel İlişkinin Hukuka, Ahlaka ve Kamu Düzenine Aykırı Olması

TBK m. 26 gereği taraflar, kural olarak bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Fakat, sözleşme özgürlüğünün sınırları TBK m. 27’de belirtilmiştir: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”. Kanun hükmünden de görüleceği üzere kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı ve konusu imkansız olan hukuki işlemler hukuk düzeni tarafından korunmamaktadır¹³⁰. Kambiyo senetleri, düzenlenmelerine neden olan illi bir temel ilişki dayandıklarından bu temel ilişkide TBK m.27’de anılan bir durum var ise bu husus kambiyo borçlusunu tarafından defî olarak ileri sürülebilir. Fakat senetteki temel ilişkinin hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu defî iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Burada geçersiz olan borç, kambiyo senedinin temel ilişkisini doğuran temel ilişkinin oluşturduğu borçtur. Temel borç ilişkisine ait hükümsüzlük halleri ise kambiyo senetlerinin mücerretliği ilkesi ve hukuki görünüşe itimat prensiplerine dayalı olarak kambiyo borcunu etkilemeyeceğinden, nispi etkili geçersizlik defî borcu olarak ileri sürülebilecek, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir.

Burada eksik borç kavramına değinmekte yarar vardır. Zira eksik borç olduğu durumlarda borç ya hiç yoktur ya da borç mevcut olmakla birlikte alacaklının borçluyu ifaya zorlama imkânı yoktur veya alacaklı talepte bulunduğu borçlunun ifadan kaçınma imkânı vardır¹³¹. Örneğin kumar ve bahisten doğan borç, evlenme simsarlığından doğan ücret borcu konumuz bağlamındaki eksik borçlara örnek verilebilir. TBK m. 604 kumar ve bahisten doğan alacaklar hakkında dava açılıp, takip yapılamayacağını, TBK m. 605 ise *Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar*

¹²⁹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 22.01.2019 T., 2017/2466 E., 2019/361 K. sayılı kararı; TANERİ, s. 238-239.

¹³⁰ ANTALYA/ TOPUZ, s. 182.

¹³¹ NOMER, s. 27.

saklıdır. Denilerek kanun koyucu, kumar ve bahis için düzenlenen kambiyo senetlerinde iyi niyetli üçüncü kişilerin korunacağını hükme bağlamıştır¹³². Gayri resmi bir evliliğin devamı için kambiyo senedi verilmesi¹³³, veya başlık parası için kambiyo senedi verilmesi¹³⁴ yerleşik Yargıtay içtihatları gereği TBK m.27'ye aykırıdır. Yargıtay bir kararında başlık parası karşılığı verilen senedin, genel ahlak kuralları ile insan hak ve özgürlüğüne aykırılığı nedeniyle senedin iptaline hükmetmiştir¹³⁵.

4. Senet Metninden Anlaşılan Defilere Dayanan Menfi Tespit Davası

Senet metninden anlaşılan defiler, hak ve iddiaya esas olan senedin muhtevasından, kayıtlarından, görünüşünden anlaşılan defilerdir¹³⁶. Bu defiler, kural olarak senedin ön veya arka yüzünde ya da alonj üzerinde bulunması gerekli bir kaydın bulunmamasından ya da kaydın içeriğinden kaynaklanan defilerdir¹³⁷. Burada alacaklı senedi görünmekte olan şekliyle almış olduğundan kendisine karşı ileri sürülebilecek defiyi de bilebiliyor olduğu kabulü¹³⁸ ile senet metninden anlaşılabilen defiler kural olarak mutlak etkili defî olup hamilin iyi niyetli olup olmadığının bir önemi bulunmaksızın¹³⁹ kendisinden hak talep edilen herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilir. Bu kuralın istisnasını ise TTK m. 685/1'deki

¹³² SÖNMEZ, s. 65; TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 166; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 749.

¹³³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 23.02.2006 T., 2005/6190 E., 2006/1787 K. nolu kararı, BİLGİN, s. 317-318.

¹³⁴ TANERİ, s. 226-228; BİLGİN, s. 319-324.

¹³⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.02.1980, 1980/620-620 nolu kararı, Karar metni için bkz: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 810-811; BİLGİN, s. 319-320.

¹³⁶ DOMANIÇ, *Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, *Fakülteler Matbaası*, 1960, s. 66.

¹³⁷ HELVACI (ÜLGEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 72.

¹³⁸ ÖZTAN, 2022, s. 46.

¹³⁹ POROY/ TEKİNALP' e göre senet metninden anlaşılan defilerde hamilin iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın defilerin öne sürülebilmesinin nedeni definin senette yer alması ve senedin de bütün hamiller tarafından görülmesidir. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz: POROY/ TEKİNALP, s. 99; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 04.02.2010 T., 2009/5619 E., 2010/1060 K. sayılı kararı "Mahkemece, "Davalı Şaban'ın bu miktardaki bonoyu kimden aldığını ve ne sattığını belgeleyememesinin TTK'nın 599 ve TMK'nın 3. maddesindeki iyiniyet kurallarına uygun olmadığı" belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa ki dava konusu bono ile ilgili icra takibinin iptaline ilişkin Kadıköy İkinci İcra Mahkemesi tarafından görülen dava sonucunda,...takip alacaklısı iyiniyetli hamil konumunda ise de, senet metninden anlaşılan defiler iyiniyetli hamile de ileri sürülebileceğinden senedi ciro yoluyla hamil devralırken borçlu şirketin yetkililerinin Necati ve Fuat olduğunu tespit edip, Necati'nin kendi lehine senet düzenlediğini tespit edebilecek durumda olup, bu durumda özel yetkisini sorması gerektiği, bu definin bu hamile karşı da ileri sürülebileceği.."; COŞKUN, s. 93.

cirantanın koyduğu sorumsuzluk kaydı ve TTK m. 685/2'deki ciro yasağı oluşturmaktadır. Bu iki durumda senet metnine konulan kayıtlardan kaynaklanan defiler, sadece kaydı koyan ilgili kişi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir¹⁴⁰. Kambiyo senedindeki şekil şartlarına aykırılık, senetdeki alacağın zamanaşımına uğraması, vadeyi beklemeden kambiyo senedindeki alacağa başvurulması, ciro zincirindeki kopukluk, başvuru hakkının yitirilirmiş olması, sorumsuzluk kayıtları vb. senet metninden anlaşılın defilere istinaden açılan menfi tespit davalarına konu olabilecek hususlardandır¹⁴¹.

a- Şekil Şartlarına Aykırılıktan Doğan Defiler

Kambiyo senedi tanzim edilirken düzenleyen tarafından bazı unsurlara senette yer verilip verilmemesi senedin geçerli bir kambiyo senedi vasfına haiz olması veya olmaması sonucunu doğuracaktır. Kambiyo senetlerinde bu sıkı şekil şartına bağlılık mutlak mecburi unsurlar ve alternatif mecburi unsurlar olarak kendini göstermektedir. Poliçede bulunması zorunlu unsurlar TTK m. 671'de sayılmıştır. Bu mutlak mecburi unsurların bulunmaması halinde senet, poliçe sıfatını kazanamaz (TTK m. 672/1). Poliçede alternatif mecburi unsurlar ise düzenleme yeri ve ödeme yeridir, bu unsurların yazılmaması durumunda kanun koyucu yedek hükümler koyarak poliçenin geçerli olabilmesini öngörmüştür. Zira poliçede ödeme yeri gösterilmemişse, muhatabın adı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda da muhatabın yerleşim yeri sayılır (TTK m. 672/3). Aynı şekilde eğer poliçede düzenleme yeri gösterilmemişse, düzenleyenin adının yanında gösterilen yerde poliçe düzenlenmiş sayılır (TTK m. 672/4). Alternatif mecburi unsurların da yokluğunda, senet poliçe vasfını kazanamaz. Bonoda yer alması gereken mutlak zorunlu unsurlar TTK m. 776/1'de sayılmıştır. TTK m. 777'de de bonodaki seçimlik unsurlara¹⁴²

¹⁴⁰ HELVACI'ya göre bu iki istisnai hal teşkil eden definin, senet metninden anlaşılın defiler grubuna konulmasının sebebi; bunların herkes tarafından kolaylıkla senet metnine bakıldığında anlaşılabilir olmasıdır. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz: HELVACI (ÜLGEN/ KAYA/ NOMER ERTAN), s. 73; KENDİGELEN/ KIRCA, s. 93.

¹⁴¹ TÜRK, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, s. 147-148.

¹⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.12.2021 T., 2018/92 E., 2021/1610 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:19.11.2023): "Nitekim TTK'nın 777. maddesi zorunlu unsurları taşımayan senedin bono niteliğinde olmadığını belirttiğinden sonra vade, tanzim ve ödeme yeri konusunda da yedek hukuk kuralı getirerek oluşabilecek boşlukları doldurmuş ve belirlilik ilkesini bu şekilde desteklemiştir. Hukuk Genel Kurulunun 11.04.2018 tarihli ve 2017/19-819 E., 2018/771 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere, TTK'nın 776. maddesinde belirtilen şekli koşulların yanında taraflar bononun ihdas nedeni (malen/nakden ya da teminat kaydı ile alındığını), uyumsuzluk durumunda aralarındaki anlaşmaya göre yetkili

yer verilerek, mutlak zorunlu unsurlar ve seçimlik zorunlu unsurların da yer almadığı senedin bono sıfatına haiz kambiyo senedi olma niteliğini kaybettiği hüküm altına alınmıştır¹⁴³. Kambiyo senetlerinde senet metninden anlaşılan unsurlar olan senet metnindeki imzanın el ile atılmaması, kanunen aranan zorunlu şekil koşullarının senette yer almaması, senette yer alan

olacak mahkeme, faiz gibi bononun geçerliliğine etki etmeyecek ihtiyari unsurları belirleyerek senede ekleyebilirler: Sıralanan şekil şartlarından da anlaşıldığı üzere, kambiyo senetleri temel hukuki ilişkiden bağımsız bir nitelik taşır ve soyut bir borç ikrarı içerir. Bu nedenle de bono düzenlenirken temel ilişkinin kaynağına yönelik “bedelin malen-nakden ya da teminat olarak alındığına” ilişkin ibarelerin senede yazılması zorunlu değildir. Taraflar bu ibareleri ticaret hayatındaki olası bir uyumsuzluk durumunda ispat hukukunda karşılaşılabilecekleri zorlukları daha kolay aşmak amacıyla ihtiyari olarak kayıt altına almaktadırlar. Yoksa bu kayıtlar bağımsız borç ikrarı içeren senetlerin niteliğine etki etmez.”

¹⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.09.2020 T., 2017/ 276 E., 2020/696 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 19.11.2023): “Diğer senetlerden ayrılabilmesi için kıymetli evrak özel şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Sıkı şekil şartları en katı tarzda kambiyo senetlerinde görülür. Güven ihtiyacının bir sonucu olarak kıymetli evrakta modern hukukun ve özellikle ticaret hukukunun kabul ettiği şekilsizlik prensibinden ayrılmıştır. Kıymetli evraka hâkim sert şekil şartlarına bağlılık olgusu ortaya “senet nasılsa ve ne diyorsa ona göre işlem yapılır”, yani kıymetli evrakta senet metni ve şekil şartları tarafların muhtemel iradelerine ve senet dışındaki olaylara göre yorumlanamaz ilkesini çıkarır (Poroy, R./ Tekinalp, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları. 15. B. İstanbul 2001, s.29). Kambiyo senetlerinde “sıkı sıkıya şekle bağlılık” geçerlidir. Ticari senet kendisi ile ilgili gerekli bilgiyi münhasıran kendisi vermelidir (Öztaş, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s. 370). TTK’nın 776. maddesine göre bono veya emre muharrer senet, senet metninde bono veya emre yazılı senet kelimesini ve senet Türkçe’den başka bir dilde yazılmışsa o dilde bono veya emre yazılı senet karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vadini, ödeme yerini, kime ve kimin emrine ödenecek ise onun adını, düzenleme tarihini ve yerini, düzenleyen imzasını içermelidir. Sıralanan bu kayıtlar bononun zorunlu ve geçerliliğini etkileyecek olan zorunlu unsurlardır. Zorunlu unsurlardan birini içermeyen bir senet bono sayılmaz. TTK’nın 777. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca bononun alternatif zorunlu unsurları ise düzenleme yeri ve ödeme yeridir. Kanun koyucu bu unsurların bonoda yer almasının zorunlu olduğunu ancak bunların bonoda bulunmaması hâlinde alternatif olarak bonodaki başka unsurların bunların yerine geçeceğini, böylece senedin bono niteliğini kaybetmeyeceğini kabul etmiştir. Vade ise isteğe bağlı unsurlardandır. Bonoda vadenin gösterilmesi zorunlu olmayıp TTK’nın 777. maddesinin 2. fıkrasına göre “vadesi gösterilmemiş olan bono, görüldüğünde ödenmesi şart olan bir bono sayılır.” Bonoya konulabilecek vade türleri TTK’da sınırlı sayıda sayılmıştır. TTK’nın 778. maddesinin atfıyla uygulanması gereken aynı Kanunun 703. maddesinin 1. fıkrasına göre bono dört türlü vadeyi içerebilir. Bir bono görüldüğünde, görüldükten belli bir süre sonra, düzenleme gününden belli bir süre sonra, belirli bir günde ödenmek üzere düzenlenebilir. TTK’nın 703. maddesinin 2. fıkrasına uyarınca “vadesi başka şekilde yazılan veya birbirini takip eden çeşitli vadeleri gösteren poliçeler batıldır.” Aynı bonoda birbirinden farklı iki vadenin bulunması geçersizlik sebebidir (Öztaş, s. 482). Vade ile senedin düzenleme tarihinin aynı olması senedin bono niteliğini ortadan kaldırmaz (Poroy, R./ Tekinalp, Ü., s.119). Bonoda vade tarihi ve düzenleme tarihinin aynı tarih olmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Vade kaydının senet metni içinde bulunması şart değildir. Keşidecinin imzası bulunmak kaydı ile vade senedin üzerinde herhangi bir yere konulabilir. Başka bir anlatımla keşidecinin imzasının örtüğü durumlarda vade kaydının yerinin önemi bulunmamaktadır (Öztaş, s. 492)”

ödeme vaaadinin bir şarta bağlanması vb. durumlarda senedin geçersizliğine dayalı menfi tespit davası açılabilir¹⁴⁴.

b- Senedi İbraz Eden Kimsenin Meşru Hamil Olmadığı Defi

Borçluya senedin ödenmesi için ibraz eden kişi, TTK m. 686/1 gereğince müteselsil ve birbirine bağlı cirolarla hakkını ispat edebiliyorsa, bu kişi yetkili hamil sayılır. Zira ciro silsilesinde imzası bulunanların, bu imzaların gerçek cirolara ait olup olmadığını araştırma zorunluluğu yoktur, bu husus kambiyo senetlerindeki imzaların bağımsızlığı ilkesi ile ilişkilidir. Fakat, imzaların bağımsızlığı hükmünün işleyebilmesi için senedin kambiyo senedi olan geçerli bir senet olması gerekmektedir¹⁴⁵, örneğin senet metninde düzenleyenin imzasının bulunmaması halinde senet tümüyle geçersiz sayılacağından diğer imzalar da geçersiz sayılacaktır. Kambiyo senedinde ilk ciro, lehtara ait değilse senetteki ciro zincirinde kopukluk söz konusu olur¹⁴⁶. Ciro işlemi senet metninden açıkça görüleceği için, senetteki ciro zincirinin dış görünüşü incelenmeli, bu dış görünüşte kopukluk olmadığı takdirde senedi elinde bulunduran hamil yetkili hamil sayılır. Ciro zincirinin sadece dış görünüşünü incelemek gerekli ve yeterli olup, bu görünüşe göre ciro zincirinde kopukluk yok ise, hamil yetkilidir¹⁴⁷ ve bu hamile ödeme yapılabilir. TTK m. 710/3' e göre “*Hile veya ağır bir kusuru bulunmadıkça poliçeyi vadesinde ödeyen kişi borcundan kurtulur. Ödeyen kişi, cirolar arasında düzenli bir teselsülün bulunup bulunmadığını*

¹⁴⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.04.2022 T., 2019/449 E., 2022/569 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 05.12.2023): “Borçlunun, kambiyo taahhüdünün hükümsüz olduğunu ileri sürerek açtığı menfi tespit davası esasında maddi hukuk anlamında bir itiraz sebebine dayanılarak açılmaktadır. Bu kapsamda hükümsüzlük nedenine dayalı menfi tespit davalarında, uyumsuzluk temel ilişkiden değil, doğrudan doğruya kambiyo senetleri hukukundan kaynaklanmaktadır. Bu davalarda, kural olarak, davacının iddiası çoğu kez tüm senet ilgilerine karşı öne sürülebilen mutlak def’ilere dayanmaktadır. Örneğin kambiyo senedinin zorunlu şekil şartları içermemesi, kambiyo alacağının zamanaşımına uğraması, vadeyi beklemeden istemde bulunulması, ciro zincirindeki kopukluk, başvuru hakkının yitirilmiş olması, senette yazılı kısmi ödeme açıklaması, sorumsuzluk kayıtları ya da bir kambiyo taahhüdünün senet yapma iradesindeki bozukluk nedeniyle sahibini bağlamayacağı yönündeki iddialar hükümsüzlük nedenine dayalı menfi tespit talebine konu oluşturmaz.”

¹⁴⁵ ÜLGEN (HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN), s. 168.

¹⁴⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 31.03.2009 T., 2008/27008 E., 2009/6889 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 01.12.2023): “İcra takibinin dayanağı olan çek incelendiğinde, ... San.Tic.Ltd.Şti .namına yazılı olduğu ve ilk cironun lehtara ait olmadığı ve ciro zincirinde kopukluk bulunduğu tespit edilmiştir. Ancak, ikinci ciroların lehtar şirkete olduğu görülmektedir. Lehtar, ciro zinciri içinde yer aldığından, anılan kopukluk lehtar ile keşideci arasındaki ilişkiyi etkilemez. Lehtarın cirosundan önceki cirolar yok sayılır. Bu durumda ilk ciro şerhini imzalayan şikayetçinin lehtara karşı sorumluluğu yoktur.”

¹⁴⁷ YILMAZ, s. 190.

incelemekle yükümlü ise de cirantaların imzalarının geçerliliğini araştırmak zorunda değildir. Kanun maddesinden de görüleceği üzere yasa koyucu, poliçeye olan güvenin sarsılmaması amacı ile, hile veya ağır kusuru olmadan, düzgün ciro silsilesini de inceleyerek, senet bedelini ödeyen kişinin sorumluluktan kurtulacağını belirtmiştir¹⁴⁸. TTK m. 727/2 gereğince poliçeyi ödemiş olan her ciranta, kendi cirosunu ve kendisinden sonra gelen borçluların cirolarını çizebilir. Emre yazılı senetlerde kopuk ciro zinciri senet metninden anlaşılır¹⁴⁹ ve bir mutlak defi olduğu için ciro zincirinde aksaklık saptayan borçlu bu durumu ileri sürerek ödemedi kaçınmakla yükümlüdür¹⁵⁰. Düzgün ciro silsilesinin olmayışı, senet metninden anlaşılır bir defi olup iyi niyetli hamil dahil herkese karşı ileri sürülebilir.

c- Senede Yazılan Kayıtlardan Doğan Defiler

Kambiyo senetleri, belirli bir bedelin ödenmesine yönelik kayıtsız ve şartsız taahhütler içerir. Eğer, senet kayıtsız şartsız bir ödeme vaadi yerine bir kayda veya şarta bağlanmış ise bu durum senedin geçersizliğine yol açacaktır. Örneğin, senede “*Anneme ait olan daireyi sattığım zaman parası ödenecek.*”¹⁵¹, “*Mallar teslim alınınca ödenecek*”, “*Proje bittiğinde*

¹⁴⁸ COŞKUN'a göre “Bankalar; çekin bankaya ibrazı üzerine bazı hususları araştırmakla mükellef olduğunu, kendilerine verilen görev ve mükellefiyetin gerektirdiği basiret ve itinayı göstermeye mecburdurlar. Bankanın ödemedi önce; çekin geçerli olabilmesi yönünden gerekli mecburi şartlarını taşıyıp taşımadığını, ibraz süresi içinde ibraz edilip edilmediğini, üzerindeki imzanın keşideciye ait olup olmadığını, vekil varsa vekile kambiyo senedi tanzimi hususunda özel yetki verilip verilmediğini, ciro zincirinin muntazam olup olmadığını, ödeme talebinde bulunan şahsın gerçek hak sahibi olup olmadığını araştırması gereklidir.”; Bkz: COŞKUN, s. 509; ÇAMOĞLU, *Kambiyo Senetlerinde Borçlusunun Defileri (Savunmaları)*, s. 9.

¹⁴⁹ YILMAZ, s. 190

¹⁵⁰ ÇAMOĞLU, Ersin, *Çizilmiş Cironun Hukukî Sonuçları*, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 35, Sayı: 2, 2019, s. 17.

¹⁵¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 21.11.2018 T., 2017/8842 E., 2018/11933 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 07.12.2023): “...6102 Sayılı TTK' nun 776/1. maddesinin (b) bendinde belirtildiği üzere bono veya emre yazılı senedin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vadini içermesi zorunludur. Bu niteliği haiz olmayan bono, kambiyo senedi vasfında kabul edilemez. Öte yandan her dava ve şikayet, davanın açıldığı (şikayetin yapıldığı) andaki şartlara göre değerlendirilir (Hukuk Genel Kurulu'nun 11.05.2011 tarih ve 2011/12-177 esas, 2011/300 karar sayılı kararı). Somut olayda; icra takip dosyasının ve takibe konu senedin incelenmesinde, senedin arkasında “not: Anneme ait olan x daireyi sattığım zaman parası ödenecek” ibaresinin yazılı olduğu takip tarihinde ve şikayet tarihinde dayanak senedin kambiyo vasfında olmadığı, her ne kadar takip başlatıldıktan ve şikayet yapıldıktan sonra dairenin satıldığı, bir başka deyişle anlaşma konusu şartın gerçekleştiği hususunda taraflar arasında bir ihtilaf olmayıp takip sonrasında şartın gerçekleştiği sabit ise de bunun sonuca etkili olmayacağı, senet takibe konulduğu anda şart içermesi sebebiyle kambiyo senedi vasfında olmadığı, icra takip hukuku açısından şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin önem arz etmediği, icra mahkemesinin şartın gereğinin

ödenecek.” gibi kayıtlar senedi geçersiz kılar ve kayıtlara ilişkin bu husus mutlak defi olarak herkese karşı ileri sürülebilir.

Kambiyo senedini düzenleyen ve senedi cirolayan cirantalar, senede ciro yasağı kaydını koyabilirler ve bu kayıt ile senedin içerdiği hakkın devredilmesini engellemek amaçlanır. Bir kambiyo senedine senedin keşidecisi tarafından, “*ciro edilemez*”, “*emre değildir*” şeklinde bir ibare yazılması senedi nama yazılı hale getirir ve senedin devredilmesi yönünden türü değişir. Kambiyo senetleri kanunen emre yazılı olduklarından ciro ve zilyetliğin devri ile devredilirken ciro edilemez, emre değildir gibi menfi emre kayıtlarına senette verilmesi, senedin türünü nama yazılı hale getirir. Nama yazılı hale gelen senet, alacağın temliki hükümlerine göre devredilir. Böylelikle senet, alacağın temliki hükümlerine göre devredildiğinden borçlu, eski hamillere karşı sahip olduğu tüm defileri, yeni hamile karşı da ileri sürebilir.

Kanun koyucu, poliçede yalnızca belirli vade türlerinde faiz yazılmasına imkân vermiştir. TTK m. 675 gereğince yalnızca görüldüğünde veya görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenmesi vade olarak belirlenen bir poliçeye, düzenleyen tarafından faiz şartı konulabilir. Diğer vadeli poliçelerde böyle bir faiz şartı yazılmamış sayılır. Hamil, bu kurala aykırılığı senet metninden anlaşılan defi olarak öne sürülerek¹⁵² faiz ödemekten kaçınabilir.

d- Zamanaşımı Defi

Zamanaşımı, esasen alacaklılık ve borçluluk ilişkisini ortadan kaldırmaz, sadece onu eksik bir borç haline getirir ve alacağın dava edilebilme imkanını engeller¹⁵³. Bu nedenle borcun zamanaşımına uğradığından bahisle menfi tespit davası açılmaz, ayrıca zamanaşımına uğrayan borcun ödenmesi sebepsiz zenginleşme de teşkil etmediği için dava açılıp geri istenilmesinin de hukuken imkânı yoktur (TBK m.78/2)¹⁵⁴. Borçlu bu defiyi kendisine bir icra takibi yapıldığında veya dava açıldığında öne sürebilir. Zira davada ileri sürmez ise zamanaşımı bir defi olduğundan hâkim tarafından resen dikkate alınmaz. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları gereğince zamanaşımına uğrayan kambiyo senedi adi senede dönüşmez,

yerine getirilip getirilmediğini denetleyemeyeceği ve şartın yerine getirilmesi halinde senedin sonradan kambiyo vasfını kazanmayacağı anlaşılmakla...”

¹⁵² POROY/ TEKİNALP, s. 99.

¹⁵³ ERTEKİN/ KARATAŞ, s. 501.

¹⁵⁴ MUŞUL, s. 20.

yazılı delil başlangıcı olarak değerlendirilir¹⁵⁵. Zamanaşımına uğrayan kambiyo senedi yazılı delil başlangıcına dönüştüğünden, yalnızca senede dayanarak talepte bulunulması yeterli değildir; alacaklı, temel borç ilişkisinde alacağı bulunduğunu kanıtlamalıdır¹⁵⁶. Borçlunun açtığı kambiyo senedinin zamanaşımına uğradığına ilişkin menfi tespit davası kabul edilse de, alacaklı genel mahkemelerde temel borç ilişkisine dayanarak açtığı alacak davasında zamanaşımına uğrayan kambiyo senedini yazılı delil başlangıcı olarak kullanabilir¹⁵⁷. Nihayetinde, kıymetli evraktaki zamanaşımı sürelerinin geçmesi senet metninden anlaşılan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak defilerdendir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 27.05.2014 T., 2014/7145 E., 2014/9872 K. nolu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 30.12.2023): "İcra takibine konu bonolar zamanaşımına uğramış olup, yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Söz konusu bonolarda davacı lehtar, davalı ise keşideci olup, aralarında temel ilişki bulunduğundan, davacı, yazılı delil başlangıcı teşkil eden bonolarla ilgili olarak davalıyla aralarındaki temel ilişkiyi tanık dahil her tür delille ispatlayabilir. Bu nedenle, taraflar arasındaki ilişkinin satım akdinden kaynaklandığı iddia edildiğine göre 818 S. BK 125. maddesi (TBK 146. md.) gereğince zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu da gözden kaçırılarak davanın zamanaşımından dolayı reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. ; Ayrıntılı Yargıtay kararları için bkz: ERİŞ, s. 615-628.

¹⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.04.2007 K., 2007/153 E., 2007/183 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 25.12.2023): "Davalı, zamanaşımına uğrayan bonodaki imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmiştir. Belirtilmelidir ki; Türk Ticaret Kanunu'nun 661. maddesi uyarınca zamanaşımına uğramış bir bonoda yazılı alacak, temel ilişkiye dayanılmak suretiyle talep edilebilir. Böylesi bir istemi içeren alacak veya itirazın iptali davalarında, gerek temel ilişkinin varlığını ve niteliğini, gerekse, o ilişkiden doğan bir alacağın bulunduğunu ve alacak miktarını kanıtlaya yükümlülüğü, davacı tarafa aittir. Her iki dava türünde de, zamanaşımına uğrayan ve imzası inkâr edilmeyen bono, temel borç ilişkisi bakımından yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesine göre, senetle ispatı gereken bir konuda yazılı delil başlangıcı mevcut ise, tanık dinlenmesi mümkündür. Görülmekte olan davada, davacı vekili, 29.1.2004 günlü cevaba cevap dilekçesinde, senetteki meblağın davalıya nakden verildiğini bildirmiş ve böylece, taraflar arasındaki temel borç ilişkisinin ödünç (karz) akdine dayandığını ileri sürmüştür. Bu durumda, davacı taraf, yukarıda açıklanan yasal çerçeve içerisinde, taraflar arasında ödünç ilişkisi bulunduğuna ilişkin iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Belirtildiği üzere, takip dayanağı zamanaşımına uğramış bono, bu iddia bakımından yazılı delil başlangıcı niteliğinde olup, davacı taraf, buna dayanarak ödünç ilişkisi hakkında tanık dinleme hakkına sahiptir. Yine, dava dilekçesinde, "sair delil" ibaresine yer verildiğinden, davacı tarafın, ödünç iddiası bakımından davalıya yemin teklif etme hakkına sahip bulunduğu ve gerektiğinde Mahkemenin bu hakkının varlığını davalıya hatırlatmakla yükümlü olduğunun kabulü zorunludur. Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece yapılması gereken; davacı tarafın ödünç iddiasıyla ilgili tanık dahil tüm delillerini ve varsa davalının karşı delillerini sorup, toplamak; gerektiğinde davalıya bu yönden yemin teklif etme hakkı bulunduğunu da davacı tarafa hatırlatmak ve bütün bu işlemlerin sonucunda ortaya çıkacak olan uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermektir."; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 27.05.2014 T., 7145 E./9872 K. sayılı Kararı; Ayrıntılı Yargıtay Kararları için Bkz: ERİŞ, s. 615-628; POROY/TEKİNALP, s. 271.

¹⁵⁷ YEŞİLDAL, s. 49.

¹⁵⁸ POROY/TEKİNALP, s. 100; PULAŞLI, s. 75.

Kambiyo senetlerinin düzenlenmesinin bir temel işkiye dayalı olduğunu belirtmiştik. Borçlar Kanunu'nda yer alan zamanaşımı süreleri, kambiyo senetlerinin zamanaşımı sürelerine göre daha uzun olduğundan uygulamada çoğunlukla açılan menfi tespit davalarında kambiyo senedinin zamanaşımına uğraması defa ileri sürülmektedir. Borçlunun, kambiyo senedinin zamanaşımına uğradığı öne sürerek açtığı menfi tespit davasında, zamanaşımına uğrayan kambiyo senedindeki temel ilişkiden dolayı alacaklı olduğunu ispat yükü davalı lehtardadır¹⁵⁹.

5. Kişisel Defilere Dayanan Menfi Tespit Davası

Kambiyo senetlerinde kişisel defiler, doğrudan doğruya münasebette bulunan şahıslar, örneğin senedi düzenleyen ve lehtar veya senedi ciro eden ile ciro edilen arasında ileri sürülebilir¹⁶⁰. Kişisel defiler senet ile ilgili olabileceği gibi senet dışındaki muamelelerden dolayı da ileri sürülebilir¹⁶¹. Kişisel defiler kural olarak üçüncü kişilere ileri sürülemez. Bu durumun istisnası hamilin senedi iktisap ederken borçlu zararına bile bile hareket etmesidir (TTK m. 825/2). Borçlu ile önceki hamillerden birisi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilerin ileri sürülmesi, ancak hamilin senedi iktisap ederken bilerek borçlu zararına hareket etmiş olması halinde söz konusu olabilir (TTK m. 659/2, 825/2). Mirasla intikal, ticaret şirketlerindeki yapısal değişiklikler, alacağın temliki, vadeden sonraki ciro, kambiyo senedinin faktoring şirketi tarafından devralınması, tahsil cirosu ve rehin cirosu, kişisel defilerin sadece doğrudan doğruya ilişkide bulunan taraflar arasında ileri sürülebilmesinin önemli diğer istisnalarındandır.

Kambiyo senedinde kişisel defilerden doğan davalar, uygulamada bedelsizliğin tespitine ilişkine davalar olarak adlandırılmaktadır¹⁶².

¹⁵⁹ MUŞUL, s. 403; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 24.01.2013 T., 2012/16130 E., 2013/1411 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 06.12.2023): "Dava konusu senedin 20/11/2004 vade tarihli olarak düzenlendiği, senet lehartı tarafından 12/01/2010 tarihinde ilamsız icra takibi yapıldığı, borçlunun süresinde itiraz etmemesi nedeniyle takibin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Davacı keşideci, zamanaşımına uğrayan senetten dolayı borçlu olmadığı tespitini talep ettiğine göre, zamanaşımına uğrayan senet nedeni ile temel ilişkiden dolayı alacaklı olduğunu ispat yükü davalı lehtardadır. Davalı, yazılı delil başlangıcı niteliğindeki belgeden dolayı alacaklı olduğunu tanık dahil her türlü delil ile kanıtlayabilir. Mahkemece, davalıdan bu yönde delilleri sorulup, toplanan deliller değerlendirilip, varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir."

¹⁶⁰ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Baskı, 1964, s. 26.

¹⁶¹ ARSLANLI, Halil, Ticari Senetler Dersleri, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 2. Baskı, 1950, s. 123.

¹⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.11.2021 T., 2017/893 E., 2021/1499 K. sayılı kararı, <https://>

a- Bedelsizlik

Bedelsizlik, bir kambiyo senedinin ihdasına neden olan temel alacağın herhangi bir nedenle mevcut olmamasıdır¹⁶³. Bedelsizlik kavramı ya da kambiyo senetlerinde bedelsizlik kavramı uygulama özellikle Yargıtay kararları ile çıkmış bir kavramdır¹⁶⁴. Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası ile maddi hukuk bakımından borcun mevcut olup olmadığının tespiti amaçlanmakta, borçlu olmadığını iddia eden borçluya, genel hükümlere göre bu durumu tespit imkânı verilmektedir. Açılan menfi tespit davası neticesinde borçlu olunmadığının tespiti hâlinde ise davacı (borçlu) hakkında bir icra takibi başlatılması engellenmiş olacak veya başlatılan ve devam eden icra takibi iptal edilerek, davacının mevcut olmayan bir borcu ödemesi engellenmiş olacaktır¹⁶⁵. Bedelsizlik, ancak geçerli senetlerde ileri sürülebilir. Zira hem hükümsüzlük hem de bedelsizlik iddiası birlikte ileri sürülemez özellikle terditli açılan davalarda iddiaların bu yönde bağdaşması aranmalıdır¹⁶⁶.

Bedelsizlik iddiası sadece temel borç ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülebilir hamile karşı ileri sürülemez. Yine temel ilişkinin tarafı olmayan kambiyo senedi borçlusu bu temel ilişkiye dayanarak bedelsizlik iddiasında bulunamaz¹⁶⁷. Çünkü bedelsizlik iddiası her zaman kişisel defi niteliğindedir¹⁶⁸. Bu hususun istinası ise TTK m. 687' de yer alır eğer hamil senedi iktisap ederken bilerek borçlunun zararına iktisap etmiş ise bu defi ona karşı da ileri sürülebilir. Öğretideki baskın görüş ve yerleşik

karararama.yargitay.gov.tr/ (E.T.: 06.12.2023): "Bedelsizlik iddiası, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6102 sayılı TTK) 687. maddesi anlamında bir kişisel def'idir. Bedelsizlik bir kişisel def'i olduğundan düzenleyen tarafından kural olarak ancak senet lehtarına karşı ileri sürülebilir. Ancak borçlu, hamilin senedi bilerek kendi zararına devraldığını kanıtlamak şartıyla hamile karşı da bedelsizlik def'ini ileri sürebilir. Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasının yasal dayanağı TBK'nın 77 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşmedir. Zira kambiyo senetlerinde geçerli olan mücerretlik (soyutluk) ilkesi gereğince, temel alacağın mevcut olmaması veya geçersiz olması, kambiyo senedinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmamakta; buna karşılık temel ilişkideki sakatlık, kambiyo borçlusuna, borçlu olmadığının tespitiyle birlikte, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme def'ini dermeyeran etme hakkını vermektedir."

¹⁶³ İNAN, s. 16.

¹⁶⁴ AYLİ, Ali/ ÜÇER, Mehmet, Çekte Bedelsizlik İddiası ve Açılabilir Dava, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 39, 2018, s. 413.

¹⁶⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.04.2021 T., 2017/40 E., 2021/542 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 06.12.2023).

¹⁶⁶ YEŞİLDAL, s. 50.

¹⁶⁷ TÜRK, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası s. 133.

¹⁶⁸ ERTEKİN/ KARATAŞ, s. 731; TÜRK, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, s. 132.

Yargıtay içtihatları gereği, bedelsizliğe dayalı açılan menfi tespit davası, hukuki niteliği bakımından bir sebepsiz zenginleşme davasıdır¹⁶⁹. Zira kambiyo senetleri soyut (mücerret) kıymetli evrak olduğundan temel borç ilişkisindeki bedelsizlik kambiyo borcunu etkilemez. Fakat temel ilişkideki sakatlık borçluya kambiyo senedinde yer alan borçtan dolayı karşı tarafın sebepsiz zenginleştiği defini öne sürme imkân vermektedir¹⁷⁰. Bedelsizlik defi ile açılan dava esasen kambiyo hukuku ile alakalı bir dava değildir; bu davada taraflar temel borç ilişkisi münasebeti bakımından ihtilaf halindedir¹⁷¹. Açılan bedelsizlik davasında iddiada bulunan ispat yükü kendisinde olan borçlu, önce borcun sebebini daha sonra da bu sebebin gerçekleşmediğini veya ortadan kalktığını HMK m. 200 gereğince yazılı delille kanıtlaması gerekir¹⁷².

Kambiyo senedinde bedelsizlik davasının konusu, temel borç ilişkisinin geçersizliğine ilişkin olabilir. Temel borç ilişkisinin geçersizliği, temel ilişkinin TBK m. 27/1 hükmü uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, şekle ve kişilik haklarına aykırılıktan veya konusu imkânsız olmasından kaynaklanacağı gibi ehliyetsizlikten de kaynaklanabilir¹⁷³. Bunun dışında temel alacağın takas, ödeme gibi nedenle sona ermesi¹⁷⁴, temel borç ilişkisindeki edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, temel borç ilişkisinde irade bozuklukları ve aşırı yararlanmanın

¹⁶⁹ ERTEKİN/KARATAŞ, s. 732; TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 134; BAHTİYAR, s. 48.

¹⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.11.2022 T., 2020/298 E., 2022/1531 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 06.12.2023): “Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasının yasal dayanağı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 77 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşmedir. Zira kambiyo senetlerinde geçerli olan mücerretlik (soyutluk) ilkesi gereğince, temel alacağın mevcut olmaması veya geçersiz olması, kambiyo senedinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmamakta; buna karşılık temel ilişkideki sakatlık, kambiyo borçlusuna, borçlu olmadığının tespitiyle birlikte, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme def’ini dermeyan etme hakkını vermektedir.”

¹⁷¹ KARAYALÇIN, s. 237.

¹⁷² ERTEKİN/KARATAŞ, s. 734; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.11.2012 T., 2012/12369 E., 2012/17158 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 06.12.2023):

“Davacı kambiyo senedine karşı bedelsizlik iddiasına dayanarak menfi tespit isteminde bulunmuş, mahkemece davalının imzası olmayan ve kabul etmediği kartvizit arkasındaki yazılara itibar edilerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de kambiyo senedine karşı bedelsizlik iddiasının HUMK 288.vd. maddeleri (HMK 200 vd. maddeleri) uyarınca yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. Mahkemece bu esaslar gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamış, mahkeme kararının bu yönden bozulması gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davalı yararına BOZULMASINA...”

¹⁷³ AYLİ/ÜÇER, s. 424, 425.

¹⁷⁴ TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 136.

bulunması, kambiyo senedinin hatır için verilmiş olması uygulamada en çok rastlanan senedin bedelsizliğine ilişkin dava konularındandır¹⁷⁵. Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası, zayi sebebiyle açılan menfi tespit davasından farklıdır¹⁷⁶. Zira ziya nedeniyle açılan iptal davasında temel ilişki geçerli olarak mevcuttur fakat senet zayi olmuştur; bedelsizlikte ise senet mevcut fakat temel ilişki geçersizdir¹⁷⁷.

b- Teminat Senedi

Bir temel borç ilişkisi dolayısıyla borçlu olan kişinin, alacaklının edimini güvence altına almak amacıyla kambiyo senedi düzenleyerek alacaklıya teslimi ile teminat senedi oluşmuş olur¹⁷⁸. Teminata konu senetler iki şekilde bedelsiz kalabilir; teminata konu edimin ifası ya da bu edimin vadesinin henüz gelmemesi¹⁷⁹. Temel borç ilişkisindeki bir edimin teminatı olarak düzenlenen kambiyo senetlerinde, teminat ettikleri husus gerçekleşinceye kadar geçici bedelsizlik, gerçekleşince kesin bedelsizlik söz konusudur. Eğer teminat ettikleri husus gerçekleşmez ise bedelsizlik ortadan kalkacaktır. Bu itibarla teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senedinin borçlusu, senet lehtarın elinde ise yani daha cirolanmamışsa teminatı talep etme şartlarının oluşmadığını ya da alacaklının senedin teminatını oluşturduğu borç miktarını aşan bir talepte bulunduğunu kişisel def'i olarak öne sürebilir¹⁸⁰. Kambiyo senedinin üzerinde teminat kaydı var ise ancak neyin teminatı olduğu belirtilmemiş ise bu kayıt kambiyo senedinin mücerrettik vasfını ortadan kaldırmaz fakat senet üzerinde asıl borç ilişkisine atıf yapan veya ödemeyi şarta bağlayan kayıtların yer alması halinde kambiyo senetlerindeki soyutluk niteliği kalkacağından senet hükümsüz olur¹⁸¹. Bu senede dayalı kambiyo senetlerine özgü takip

¹⁷⁵ AYLİ/ÜÇER, s. 431; *Kambiyo senedinin bedelsizliğine ilişkin açılan menfi tespit davasında öne sürülen sebepler hakkında detaylı bilgi için bkz: YARDIM, s. 209- 222; YEŞİLDAL, s. 50- 58; YILMAZ, Merve, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kıymetli Evrakta Şahsi Def'iler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, 2007, s. 87-98.*

¹⁷⁶ AYLİ/ÜÇER, s. 436; BAHTİYAR, s. 47.

¹⁷⁷ BAHTİYAR, s. 49.

¹⁷⁸ SARIKAYA, Merve, *Teminat Senetlerinden Kaynaklanan Menfi Tespit Davalarında Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 1, 2019, s. 215.*

¹⁷⁹ SARIKAYA, s.222.

¹⁸⁰ *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.11.2021 T., 2017/893 E., 2021/1499 K. sayılı kararı, https://karararama.yargitay.gov.tr/ (E.T.: 07.12.2023).*

¹⁸¹ *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.04.2021 T., 2017/40 E., 2021/542 K. K. sayılı kararı, https://karararama.yargitay.gov.tr/ (E.T.: 07.12.2023).*

yapılamaz ve bu husus mutlak etkili geçersizlik defii olup üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Eğer kambyo senedinde teminat kaydı yok ise davacı borçlu öncelikle senedin teminat senedi olduğunu kanıtlamalıdır ayrıca yerleşik Yargıtay içtihatları gereği senedin teminat amaçlı verildiği ancak yazılı delil ile kanıtlanabilir¹⁸².

SONUÇ

Defiler, maddi hukuktaki itiraz ve defii kavramlarını bünyesinde barındıran kıymetli evrak hukukundaki en önemli savunma vasıtalarıdır. Klasik bir ayırım olarak ise defilerin, etkili olduğu kişiler açısından mutlak ve nispi defiler olmak üzere ikiye ayrılır. Geçersizlik defileri ve senet metninden anlaşılan defiler olarak karşımıza çıkan mutlak defiler, kambyo senedini ödemekle yükümlü olan şahsın kendisinden senet bedelini talep eden her hamile karşı ileri sürebileceği defilerdir. Nispi defiler ise, aynı zamanda şahsi defii olarak da adlandırılırlar ve adından da anlaşılacağı üzere herkese değil sadece belli bir senet alacaklısına karşı ileri sürülebilirler. İcra hukuku alanında açılan menfi tespit davasının konusu para borcunun varlığı veya yokluğunun tespitidir (İİK m.72). İİK m. 72 gereğince kambyo senedine dayalı menfi tespit davası icra takibinden önce veya takipten sonra açılabilir. Borçlu, kendisine karşı başlatılmış icra takibinde takip devam ederken menfi tespit davası açabilir veya alacaklı henüz icra takibine girişmeden önce borçlu, hukuki yararı var ise borçlu olmadığını tespiti için menfi tespit davası açabilir. Kambyo senetlerinden kaynaklanan menfi tespit davasının konusu kambyo senedinden kaynaklı olabileceği gibi, senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiden de kaynaklı olabilir. Kambyo senedi borçlusu, geçersizlik defilerini öne sürerek senette yer alan alaktan sorumlu olmadığını menfi tespit davası açarak öne sürebilir. Bizler çalışmamızda kambyo senedindeki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defilere dayanan menfi tespit davasının konularını mutlak etkili geçersizlik defileri ve nispi etkili geçersizlik defileri olarak ikiye ayırarak inceledik. Kambyo senedinden kaynaklı açılan menfi tespit davası, senet metninden anlaşılan defilerden de kaynaklanabilmektedir. Senet metninden anlaşılan

¹⁸² ERTEKİN KARATAŞ, s. 776; TÜRK, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, s. 140; ÇAMOĞLU, *Kambyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)*, s. 29; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 08.12.2000 T., 2000/5826 E., 2000/8492 K. sayılı kararı: "Mahkemece de kabul edildiği üzere, bonoda teminat olduğuna ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır. Davacı bu savını kanıtlamakla yükümlüdür. Davacı bu doğrultuda öncelikle bononun güvence olmak üzere verildiğini, daha sonra da güvencesinin oluşturduğu borcun ödenmesi suretiyle güvence işlevi kalmadığını yazılı delillerle kanıtlayacaktır." ; BİLGİN, s. 597.

defiler, kural olarak senedin ön veya arka yüzünde ya da alonj üzerinde bulunması gerekli bir kaydın bulunmamasından ya da kaydın içeriğinden kaynaklanan defiler olup mutlak etkilidirler. Çalışmamız kapsamında kambiyo senetlerine dayanan menfi tespit davasında ileri sürülebilecek son defî başlığı da kişisel defilerdir. Kambiyo senetlerinde kişisel defiler, doğrudan doğruya münasebette bulunan şahıslar arasında ileri sürülebilir. Kambiyo senedinde kişisel defilerden doğan davalar, uygulamada bedelsizliğin tespitine ilâşkine davalar olarak da adlandırılmaktadır.

Kaynakça

[1] ANTALYA, O., Gökhan/ TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2024.

[2] ARSLAN, İbrahim, Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, 2008, s. 11- 28.

[3] ARSLANLI, Halil, Ticari Senetler Dersleri, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 2. Bası, 1950.

[4] AYLİ, Ali/ ÜÇER, Mehmet, Çekte Bedelsizlik İddiası ve Açılabilir Dava, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 39, 2018, s. 413- 451.

[5] BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Ders Notları, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 19. Baskı, 2022.

[6] BAHTİYAR, Mehmet/ TAŞDELEN, Nihat/ BİÇER, Levent/ HAMAMCIOĞLU, Esra, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2022.

[7] BİLGİN, Mahmut, Uygulamada Kambiyo Senetleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2010.

[8] BOZER, Ali/ GÖLE, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 10. Bası, 2021.

[9] CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, Cilt:1, 2. Baskı, 2017.

[10] CEYLAN, Nurettin, Kambiyo Senetlerine Dayalı Olarak Açılan Menfi Tespit Davası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023.

- [11] COŞKUN, Mahmut, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukuku (Bono- Poliçe- Çek), Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- [12] ÇAMOĞLU, Ersin, Çizilmiş Cironun Hukukî Sonuçları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 2, 2019, s. 5- 23.
- [13] ÇAMOĞLU, Ersin, Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:35, Sayı:3, 2019, s. 5- 35.
- [14] ÇİÇEKLİ, Ali Fuat, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davasının Nitelikleri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:2, s. 839- 901.
- [15] DOMANIÇ, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960.
- [16] ERDEM, Nuri, Kambiyo Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- [17] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Legem Yayınevi, 28. Baskı, 2023.
- [18] ERİŞ, Gönen, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak Poliçe- Bono- Çek- Makbuz Senedi- Varant, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2016.
- [19] ERTEKİN, Erol/ KARATAŞ, İzzet, Uygulamada Ticari Senetler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 1996.
- [20] GÜRBÜZ, A. Hulusi, Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul, Arpaz Matbaacılık, 1984.
- [21] HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul, Legal Yayıncılık, 9. Baskı, 2023.
- [22] İMREGÜN, Oğuz, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.
- [23] İNAN, Nurkut, Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1969.
- [24] KARAHAN, Sami/ ARI, Zekeriyya/ BOZGEYİK, Hayri/ SARAÇ,

Tahir/ ÜNAL, Mücahit, Kıymetli Evrak Hukuku, Konya, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, 2014.

[25] KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Baskı, 1964.

[26] KENDİGELEN, Abuzer/ KIRCA, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 7. Baskı, 2023.

[27] KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Gazi Büro Kitabevi, 4. Baskı, 1993.

[28] KURU, Baki/ BUDAK, Ali Cem, Tespit Davaları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2010.

[29] MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2020.

[30] NOMER, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınevi, 19. Baskı, 2023.

[31] ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 1997.

[32] ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2022.

[33] PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 11. Baskı, 2023.

[34] POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, 2021.

[35] PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, 2023.

[36] REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınevi, 24. Baskı, 2013.

[37] SARIKAYA, Merve, Teminat Senetlerinden Kaynaklanan Menfi Tespit Davalarında Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 1, 2019, s. 215-240.

- [38] SÖNMEZ, Numan Sabit, Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2019.
- [39] SULU, Muhammed, Kambiyo Senetlerinde Yetkisiz Temsil ve Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması Sorunları, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:26, Sayı:3, 2022, s. 145- 182.
- [40] TANERİ, Gökhan, Uygulama Örnekleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023.
- [41] TUNA, Ergun, Ticaret Hukuku Cilt III- Kıymetli Evrak, İstanbul, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, 1998.
- [42] TÜRK, Ahmet, Kambiyo Senedi Borçlusunu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Özel Sayı, 2005, s.- 307- 382.
- [43] TÜRK, Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- [44] UYAR, Talih, Menfi Tespit ve İstirdat Davası (İİK M.72), Ankara, Bilge Yayınevi, 6. Baskı, 2023.
- [45] ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsun, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık,14. Bası, 2021.
- [46] YARDIM, Mehmet Ertan, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2012.
- [47] YEŞİLDAL, Gül Sema, Kambiyo Senetlerine Özgü İcra Yolu ile Takipte Menfi Tespit Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010.
- [48] YILMAZ, Lerzan, Kambiyo Senetlerinde (Çek- Bono- Poliçe’de) Def’iler, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2. Baskı, 2017.
- [49] YILMAZ, Merve, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kıymetli Evrakta Şahsi Defiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, 2007.

WHAT IS A DISABILITY – LIMITATION OF PHYSICAL AND MENTAL CAPABILITIES OR THE STIGMA OF SOCIETY ?*

Tahira GARABEYLİ **

Abstract

Children with disabilities are more likely to experience mental health problems than healthy children because they are victimized or discriminated against more often in society. Governmental programs and plans to improve their situation sometimes meet resistance from healthy children's families and, therefore do not give the expected results. The present article studies the historical overview of disabled children's rights in general and especially in the first years of the Republic of Turkiye and the development of social attitudes toward them. The higher the living conditions of the disabled, the more developed the moral values and the society itself. It is essential to exchange ideas and to use the practice of applied programs in different countries. The legal acts on the rights of children are also at the center of attention of the author in the article. International conventions, as well as legal acts of the developed countries on the rights of disabled persons, are consistently referred to. By researching the historical approaches towards children with disabilities and examining the legal dimension of the issue, the main purpose of the article is to show the possibility of providing a more just and equal society and to ensure the integration of these children into such a society. Because the most valuable resource of every society is a human. To achieve the primary purpose of the Article, the following research methods were applied by the Author: historical – the attitude towards the disabled was different at different times and different geographies; comparative – the state of the disabled is compared depending on the countries and historical periods; induction - aiming at obtaining general knowledge on the rights of the disabled based on specific knowledge taken separately; deduction - aiming at obtaining individual, specific results in general results. Other general methodological and philosophical principles and research methods, such as analysis and synthesis, logicity, systematicity, consistency, and completeness were also applied by the Author.

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.08.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 27.12.2023*

** *The Academy of Public Administration under the President of the Republic of Azerbaijan, Head of the Department of Law, Human Resources and Documentation of the Seaside Boulevard Administration Baku Azerbaijan, tgarabeyli@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1170-9106
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1005*

Due to the centenary of the Republic of Türkiye, the Article also investigates the views of great men of thought, such as Ahmet Ağaoğlu, Sabiha Zekeriyya Sertel, and others on the healthy upbringing of children and the necessity of education. The contribution of the journal “Gürbüz Türk Çocuk” (A Strong Turkish Child), which was published between 1926 and 1935 years for a more intellectual and progressive future generation was huge. Alongside the educational issues, one of the primary purposes of the journal was inspiring children’s love towards humanity, motherland, and family by means of poetry and narratives.

Key Words: *disability, miracle stories, disabled children, the Republic of Türkiye, journal of “Gürbüz Türk Çocuk”.*

Engellilik Nedir - Fiziksel ve Zihinsel Yeteneklerin Sınırlandırılması mı Yoksa Toplumun Damgası mı?

Öz

Engelli çocukların, toplumda daha sık mağdur edilmeleri veya ayrımcılığa uğramaları nedeniyle, sağlıklı çocuklara göre ruh sağlığı sorunları yaşama olasılığı daha yüksektir. Durumlarını iyileştirmeye yönelik hükümet programları ve planları bazen sağlıklı çocukların ailelerinin direnişiyle karşılaşır ve bu nedenle beklenen sonuçları vermez. Bu makale, genel olarak ve özel olarak Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarında engelli çocukların haklarının tarihsel görünümünü ve onlara yönelik toplumsal tutumların gelişimini incelemektedir. Engellilerin yaşam koşulları ne kadar yüksekse, ahlaki değerler ve toplumun kendisi o kadar gelişmiştir. Fikir alışverişinde bulunmak ve uygulanan programların farklı ülkelerdeki uygulamalarını kullanmak çok önemlidir. Yazarın makalesinde çocuk haklarına ilişkin yasal düzenlemeler de ilgi odağındadır. Engelli kişilerin haklarına ilişkin gelişmiş ülkelerin yasal düzenlemelerinin yanı sıra uluslararası sözleşmelere de tutarlı bir şekilde atıfta bulunmaktadır. Engelli çocuklara yönelik tarihsel yaklaşımları araştırarak ve konunun hukuki boyutunu inceleyerek, daha adil ve eşit bir toplum sağlamanın mümkün olduğunu göstermek ve bu çocukların böyle bir topluma entegrasyonunu sağlamak makalenin temel amacını oluşturmaktadır. Çünkü her toplumun en değerli kaynağı insandır. Makalenin temel amacına ulaşmak için Yazar tarafından aşağıdaki araştırma yöntemleri uygulanmıştır: tarihsel – engellilere yönelik tutum farklı zamanlarda ve farklı coğrafyalarda farklıydı; karşılaştırmalı – engellilerin

durumu ülkelere ve tarihsel dönemlere göre karşılaştırılır; induksiyon - ayrı olarak alınan belirli bilgilere dayanarak engelli haklarına ilişkin genel bilgi edinmeyi amaçlamaktadır; dedüksiyon - genel sonuçlarda bireysel, spesifik sonuçlar elde etmeyi amaçlamaktadır. Yazar tarafından analiz ve sentez, mantıksallık, sistematiklik, tutarlılık ve bütünlük gibi diğer genel metodolojik ve felsefi ilkeler ve araştırma yöntemleri de uygulanmıştır.

Türkiye Cumhuriyetinin yüzüncü yılı münasebetile, makale; Ahmet Ağaoğlu, Sabiha Zekeriyya Sertel ve diğer büyük fikir adamlarının çocukların sağlıklı yetiştirilmesi ve eğitimin gerekliliği konusundaki görüşlerini incelemektedir. 1926-1935 yılları arasında yayınlanan “Gürbüz Türk Çocuk” dergisinin daha aydın ve ilerici gelecek nesillerin yetişmesi için katkısı çok büyük olmuştur. Derginin eğitim konularının yanı sıra çocuklara insan, vatan ve aile sevgisini şiir ve hikâyelerle aşılacak da başlıca amaçlarından biri olmuştur.

Anahtar Kelimeler: *engellilik, mucize hikayeleri, engelli çocuklar, Türkiye Cumhuriyeti, “Gürbüz Türk Çocuk” dergisi.*

INTRODUCTION

*Engelliler bir toplumun aynasıdır.¹
Mustafa Kemal Atatürk*

As Mustafa Kemal Atatürk states, “Being disabled is not an obstacle”. Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights, which was accepted in 1948 states that “all human beings are born free and equal in dignity and rights.”² That is the essence of the fundamental freedom of equality of all human beings. Children with physical disabilities may obtain great achievements in the fields of science, technology, and other areas, not demanding physical strength. It is much more important in the era of technology, where knowledge prevails physical attractiveness. Societies and states must ensure all conditions for disabled children to show their skills, and appreciate all citizens, not regarding their physical or mental difficulties.

¹ “Disabled people are a mirror of society.”

² *Universal Declaration of Human Rights. (1948). https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf (last accessed on August 22, 2023).*

I. CONCEPTUAL FRAMEWORK

There are two approaches to the definition of disability by authors; first, the disability is the fact related to limitations of physical and mental character. According to Oxford Law Dictionary, under the Equality Act 2010 (as previously under the Disability Discrimination Act 1995), “a person who has a mental or physical impairment that has a long-term and substantial effect on his abilities to carry out day-to-day activities (although some conditions, including multiple sclerosis and HIV, qualify from the point of diagnosis)”. According to the Act, “it is illegal to discriminate against a person due to his/her disability, for example, to refuse to employ someone qualified for the job just due to his/her decease of cerebral palsy or because he/she is partially sighted”³.

The International Labor Organization explains disability as the common concept of defects, activity limitation, and participation limitation. Defects are problems in the body’s function or structure; the limitation of activity is the difficulties the disabled person faces while doing something or moving; the limitation of participation is the problem the disabled person faces in definite life conditions. Beyond being a problem of health, disability is a complicated phenomenon, covering the mutual relations of the person’s body characteristics with reactions of the community, the disabled lives in⁴.

Children Act 1989 of Britain states, that “a child is disabled if he is dumb, deaf or blind, or suffers from mental disorder of any kind or is permanently and substantially handicapped by injury, illness or congenital deformity or such other disability as may be prescribed; and in this part ‘development’ means emotional, intellectual, social, physical or behavioral development; and ‘health’ means physical or mental health”⁵.

The second approach to the definition of disability believes not in the disability as a fact, but that it is created by the negligent attitude of the society.

According to the Turkish Law on Disabled People and on Making Amendments in Some Laws and Decree Laws, “a disabled is a person who

³ *Oxford Law Dictionary*,

<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780198802525.001.0001/acref-9780198802525-e-1148?rsk=Les0I&result=1271> , (last accessed on August 22, 2023).

⁴ *International Labor Organization: “ Disability”*, https://www.who.int/health-topics/disability#tab=tab_1, (last accessed on August 22, 2023).

⁵ *Britain Children Act, (1989)*: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>, (last accessed on August 25, 2023).

has difficulties in adapting to social life due to the loss of sensory, mental, physical, psychological and social capabilities at various levels by birth or by any reason thereafter and who therefore need care, protection, support, consultancy, and rehabilitation services”⁶.

Achievements of modern medicine have made it possible for children to survive and live long in conditions of continuous health problems and needs. In previous centuries very few children with developing disabilities were able to survive. At that time disabled children were more sensitive to infectious diseases than healthy children and were dying earlier. For example, children with Dawn syndrome were passing away as the result of complications of heart disease or pneumonia, children with movement limitations – as the result of heavily contagious diseases, related to the destruction of soft tissues because of permanent pressure, and children with nutrition problems were dying due to deficiency of nutrition⁷.

The common approach, put forward by some authors attracts attention to the similar features more than differences among the children with different health limitations. Besides covering the common features among the different kinds of disabilities, it highlights the characteristics of diseases, for example, if congenital or obtained, stabile or non-stabile, progressive or non-progressive, with visible or non-visible symptoms, of motoric or sensitive character, etc⁸.

In the first years of these approaches, children with disabilities were called the term “chronic disease”. But this term was not right, because some children did not always act or feel like diseased. In addition, some people comprehended the word of “chronic” as something lethal and hopeless for improvement. Some tried to solve this problem by using the term of “disabled children”. But this term was also accepted especially by the parents of such children with discontent⁹.

⁶ *Turkish Law on disabled people and on making amendments in some laws and decree-laws was published on Resmi Gazete on 01.07.2005, https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2019/11/Türkiye_Turkish-Disability-Act-TDA-No.-5378-of-2005.pdf, (last accessed on August 22, 2023).*

⁷ MITCHELL, Brian: *European historical statistics 1750-1975*. London: Macmillan Press, 1981, p.46.

⁸ STEIN, Ruth: *Children with special health needs: improved concepts, improved assessments. Optimization of care for children with special health needs. Knowledge and strategies for system orientation*. San Diego: University and Paul S. Kartin, M.D.Rady Children’s Hospital, 2007, p.147.

⁹ STEIN, p.214.

In 1981, in the frame of the conference of the U.S. Maternal and Child Health Bureau while researching the dissatisfying nature of the current terminology, the phrase of “children with special needs” was introduced¹⁰. This term had to cover the most different diseases, disabilities, and cases of children with the most various features. Shortly after the term “the children with special needs” was replaced by the term “the children with particular healthcare needs”. One of its main purposes was not to confuse the children with special needs with the children, who needed additional services due to social reasons¹¹.

In the early days of introducing and using the terms “children with particular needs” or “children with particular health-care needs”, these terms included only children with chronic cases and defects. The children at risk of such cases and defects – unlike our days – were not included in the appropriate discussions. Including such children in this conception happened only in the mid-1990s. After it was decided in the discussions that the children at risk also had special needs related to their health conditions, the term “children with particular healthcare needs” became more confusing¹².

Thus, children with particular healthcare needs have the following disorders:

- Biological, psychological, and cognitive;
- Lasting or likely to last at least a year;
- Resulting in one or several of the following results:
- Functional limitations;
- Dependence on subsidiary mechanisms or assistance;
- Need more care or assistance than is necessary for his/her age¹³.

Functional limitations are the difficulties, which healthy children do not face while making definite movements. Dependence on subsidiary mechanisms or assistance means medicines or dialysis for the child’s movements¹⁴.

¹⁰ NELSON, Richard: *Children with special needs: Recommendations and rationale* / R.E.K. Stein, - In L-Klerman (ed.), - *Research priorities in Maternal and Child Health*, - Washington D.C.: The Office for Maternal and Child Health. Health Service Administration, Public Health Service, U.S. Department of Health and Human Services, 1982, p. 37.

¹¹ NELSON, p.38-40.

¹² NELSON, p.42-43.

¹³ STEIN, p.41-42.

¹⁴ STEIN. p.38

II. HISTORICAL OVERVIEW OF CHILD DISABILITY

A. Antiquity

It is very hard to research the history of disability because, in the available sources, the types of disability are not differentiated from each other. In addition, the societies, living in the previous centuries did not consider it necessary to make a distinction between madness, learning disability, cognitive disorders, and even those of different opinions for achieving the right treatment¹⁵.

There is some evidence, proving the interest to treat the reasons for disabilities, as well as to create some social conditions for persons with visual and mental disorders in ancient Egypt¹⁶. But in antiquity, life was not easy for disabled persons. At that time, any child, not conforming to the status of citizenship and warrior in Sparta was drowned in the water, or deserted in the wild forests of the Tayget mountainous areas. In Athens, disabled children were murdered or abandoned to death on the roadside in clay pots¹⁷.

Some developments happened in the lives of the disabled after the fall of the Roman Empire and the emergence of the Christian faith. Asylums for people, experiencing cognitive disorders, or mental or physical disabilities; the known myth, was in fact, real: Saint Nicolas from the city of Mira (we know him as Santa Claus) was organizing asylums for the disabled and dowry for poor girls¹⁸. But the church was not unanimous on this issue; Saint Augustin from Hippo was resolutely denying the possibility of belief of the deaf, as they were unable to hear God's words. Besides, he believed that "madness and epilepsy may only be treated by the holy miracles"¹⁹.

In the first years of Christianity, infanticide, child abandonment, and child sacrifice were documented in secular, as well as canon laws. In 374, the law by Emperor Valentinian the First was punishing the infanticide with death penalty, also stating that "those, who found and reared the abandoned child may keep him in any social status"²⁰. According to the

¹⁵ WINZER, Margaret: *Disability and society before the eighteenth century*. London: Routledge, 1997, p.42.

¹⁶ WINZER. p.48

¹⁷ WINZER. p.62.

¹⁸ WINZER. p.84.

¹⁹ WINZER. p.122.

²⁰ WINZER. p.133.

rules of medieval kingdoms, infanticide was condemned and was punished by legal punishment in the form of a penalty (however the amount of this penalty was less than for homicide of adults), though in most cases these rules were not enforced²¹.

After Christianity was adopted, it was possible to see definite moments regarding the disabled in the works of some authors. One of them was Saint Gregory, the Bishop of Tours (538/9-594), who wrote a work about deceases of disabled children (*Octo Libri Miraculorum*). In the notes of Gregory of Tours, a little boy with closed eyes, ears, and mouth, unable to move his hands and legs, is described; “the only sign of life in him was his breathing. This one-year-old child was so curved, that it was impossible to separate his legs from his mouth. While his parents were praying at the church, the baby was put into the holy relics”. It is explicitly noted that “his parents could not believe in his recovery, but were resolute to keep him by their side.” In another example “two baby boys were so stuck together, that they formed a circle.”²²

Gregory of Tours describes blindness as a very hard situation for children²³. It was not easy for the blind to communicate and marry someone. There was such a story, that the father and the son were both blind. A clergyman by the name of Andreas considered it to be an act of the Devil, calling them spiritually and physically blind, indicating by doing so, their disability and disbelief in God²⁴. Just because they were considered also spiritually blind, they were isolated from society.

As the subtle differences among the types of disabling disease were revealed within the last decades, it is very hard to understand the ancient notes on the issue. Confusion of terms and ignoring differences in ancient sources is the main problem for researchers of disabled persons in Antiquity. That’s the reason why the diagnostics and classification issues occur while studying the notes on dark forces and demons. One of the stories says, that a demon possessed a boy’s body, and as a result, he hanged himself²⁵.

²¹ WINZER. p.135.

²² LAES, *Christian: The dark side of childhood in Late Antiquity and the Middle Ages*. Oxford: Oxbow Books, 2011, p.12-15.

²³ LAES. p.10-12.

²⁴ HÄNNINEN, *Marja-Leena: From womb to family. Rituals and social conventions connected to Roman birth. Rome: Hope for continuity: Childhood, education, and death in Antiquity and the Middle Ages*. Rome: Ville Vuolanto, 2005, p.60.

²⁵ HÄNNINEN, p.68)

This case, which would probably be classified as suicidal depression, was being assessed by antique people as a negative impact of demons and devils. Even a sudden panic attack or fear was accepted as demon possession in children. Hand and leg convulsions were also associated with such possessions²⁶.

In another example, brought by Gregory of Tours “a 10-year-old boy Petru Gedde was exposed to sufferings by demons during six years. He was lying on his back and looking at the sky with blind eyes. His belly was so swollen that it reached his chest and even his chin”. For today, the explanation of this case would probably be associated with the bacterial infection – tetanus, which may be seen in non-hygienic conditions. This infection is very dangerous, but not fatal. Lack of medical knowledge was resulting in relating such situations with demon possessions²⁷.

Gregory of Tours stated in some cases, that disabled children are the results of the parents’ sins. In the story, where the birth of a baby boy whose hands are pressed to his body and do not open was described, talks about the parents’, and even the child’s sins²⁸ an adult blind man confessed that “he is blind because he is not worth seeing the light”²⁹.

B.Middle Ages

Thus, the study of the notes on the laws of “barbarian” kingdoms after the collapse of the Roman Empire shows that despite the applicable religious conception, people were still differentiating between biological and social birth and were permitting infanticide before giving a name to a child (giving a name was meant to give the legal personality to the child). Naturally, it was silenced about such complicated decisions on getting rid of the child and it was not reflected in the sources.

On the other side, the miraculous stories by Gregory of Tours show that even the most severe disabilities sometimes might be cured. He witnessed parents striving to care about their children with the hope of such a cure. Sometimes even babies, with no ability to work and contribute economically in the future, survived.

²⁶ BARR, Martin: *Mental defectives: Their treatment, history, and training*. Philadelphia: Blakiston, 1913, p.89.

²⁷ LAES, p.22.

²⁸ LAES. p.15.

²⁹ LAES. p.18.

Pedicide (Pädizid) is getting rid of a child of older age by murdering him/her, which is a rare case, according to different cultures. But economic needs forced the parents to give their children to the group of poor wanderers, and it was reflected in some stories³⁰.

Metzler has made a significant differentiation between disability (biological meaning) and incapacity (social meaning)³¹. Surely, people were able to see that the disabled did not own the same physical opportunities as healthy men, however, it didn't mean the impossibility of attraction and integration of a disabled person into daily labor prose. In this sense, disabled people were not incapable, at the same time in Antiquity. Lack of a social protection system forced such people to integrate the society in any possible way, even as beggars, to provide living conditions for themselves. Unlike today's approach, in Antiquity, children were supposed to be the parents' investment for the future and he was required to start working as soon as possible³². Disabled children were no exception: they also had to contribute to the family budget.

Poor Relief Act, which was accepted in 1601 for disabled people, unable to contribute to the economy, determined state guarantees for physically or mentally disabled people, for the first time. However, at that time, disability was equated with devilry, the emergence of an anomalous child was supposed to be the evidence of the parent's evil deeds, and the child had the status of the product of the devil, or the child, changed by the devil³³.

It must be noted, that possession by devils is a case, known to many religions. There are some examples of possessed children in the Bible, too³⁴. After Jesus, many theologians, saints, and divine mediators with the ability to exorcism were continuing this tradition. There was a belief that the saint power of their relics might help to drive the devils out of the body. The belief in the exorcist skills of saints' relics and the tradition of bringing the

³⁰ WILLIAM, Harris: "The theoretical possibility of extensive infanticide in the Graeco-Roman world", *Classical Quarterly*, 32, 1982, p.114.

³¹ METZLER, Irina: *Disability in Medieval Europe. thinking about physical impairment during the High Middle Ages, c. 1100-1400*. London, New York: Routledge, 2010, p.96.

³² VIVIANA, Rotman Zelizer: *Pricing the priceless child. The changing social value of children*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p.196.

³³ BARNES, Coombs / MERCER, Graeme: *Exploring disability: A sociological introduction*. Cambridge: Polity Press, 1999, p.76.

³⁴ KENLEY, Jansen: *The making of the Magdalen, preaching and popular devotion in the later Middle Ages*. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p.34.

people “possessed by devils” to sacred places existed from late Antiquity throughout the Middle Ages³⁵.

In the Middle Ages conception, especially newborn babies were supposed to be in a trans situation: they were between the two worlds. They have just arrived in this world and often tend to return to the place they have come from. Newborns were struggling between good and evil powers³⁶.

Generally, in the Middle Ages, “miracles” were an important element and the main indicator of the connection between the earth and heaven. “The miracles of exorcism” were not an exception. Both girls and boys could become victims of evil powers, however in most cases, victims were girls. Parents in the Middle Ages could tolerate their sons’ inappropriate deeds more than their daughters’. Proper behavior was important and differed, depending on gender. Not rebelling was an important part of the image of an ideal woman³⁷.

The first provisions for disabled people probably came with the Renaissance; in this historical period, serious research on the sciences of anatomy, surgery, and medicine was conducted.

In Italy, thanks to anatomists such as Bartolomeo Eustachio, significant progress in understanding the anatomy of the ear led to a greater understanding of hearing impairment, and the contrivance of the press printing logically brought to the primary small steps towards correcting visual impairment. Alongside this progress, there were “doctors”, like German healer Paullini, who considered it important to strike blows on the head to cure epilepsy, paralysis, deafness, toothache, and melancholy cases³⁸.

In the Middle Ages, disabled persons, isolated from society were kept in the first asylums for the insane and provided with food. In St. Mary Hospital, known as “Bedlam Hospital”, which was founded in 1247 in Bethlehem, England, the treatment was conducted according to the principle that “exuberant mad people are healed more by punishments and strict behavior than by medicine or pills”³⁹. As the disabled were isolated from

³⁵ KATAJALA-PELTOMAA, Sari: *Socialization gone astray? Children and demonic possession in later Middle Ages. The dark side of childhood in Late Antiquity and the Middle Ages.* Oxford: Oxbow Books, 2011, p.15.

³⁶ HANNAWALT, Barbara: “Medievalists and the study of childhood”, *Speculum* 77, 2002, p.457.

³⁷ LAES, p.88.

³⁸ WINZER, p.356.

³⁹ WINZER. p.358.

the community, the patients of Bedlam and other related hospices were accepted as objects of mockery.

As it seems, the attitude towards disabled children in different historical periods was almost the same with small differences. Surely, the socio-political formation, as well as the mental and moral views and values of the people, living in the appropriate territory had an impact on this attitude.

C.New Era

The Law for the Prevention of Offspring with Hereditary Diseases (Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses), accepted by the Nazi Party laid the foundation for the prosecution and murder of physically and mentally disabled persons. The program signed by Hitler in 1939, which regarded disabled people as “persons eating the bread of the rest of the population”, provided for their involuntary euthanasia “to put an end to the long and incurable diseases of the disabled” with great compassion. Later, the murder of the disabled was continued in gas rooms, by lethal drugs, or by keeping them hungry⁴⁰. In addition, on the advertisement poster of the Journal “Neues Volk” (New People) of the Nazi Party, the image of the disabled person is given with the following text: “This hereditary diseased costs the People 60,000 Reichsmarks during its lifetime. This is your money, too, citizens!” (60 000 RM kostet dieser Erbkranke die Volksgemeinschaft auf Lebenszeit. Volksgenosse, das ist auch dein Geld!)⁴¹.

Since 1975, the attitude towards the disabled diverged from the isolating and limiting approach and became more informed due to the disability’s social model, which was forwarded by the movement of disabled persons’ rights. Today’s approach is not about placing children with physical and mental disabilities in hospitals, making them “socially dead” and hiding them. However, prejudice and negative approaches towards the disabled still exist and it is very hard to change them. Despite equal conditions, created in all fields of social life for the disabled in Europe, some problems remain unsolved even today:

- Primary schools (18%), and secondary schools (8%) are not fully provided for the movement of wheelchairs;
- More than 50 percent of disabled persons face difficulties in public transport;

⁴⁰ *Terror Topographie Museum, Berlin.*

⁴¹ *Terror Topographie Museum, Berlin.*

- The possibility of being fired is higher for disabled persons;
- Every third disabled person is not allowed in public catering facilities, theaters, and entertainment centers⁴².

As Giddens states, “In a society, where youth, vitality, and physical attractiveness are highly appreciated, non-participants stay in the shadow”⁴³.

III. THE REPUBLIC OF TÜRKİYE

In the first year of the Republic, in the Declaration of the Rights of the Child signed by Mustafa Kemal Atatürk in 1924, rights regarding children with disabilities were recognized. The first training center for the disabled started operating in Izmir in 1924 in the Atlı Köşk, donated by Mustafa Kemal Atatürk⁴⁴.

Children’s education rights were enacted on March 3, 1924, with the Law of Unification of Education⁴⁵. The first forbidding of child labor was included in the Public Health Law, which was accepted on 24 April 1930. Child-raising in good health and preventive measures against illnesses were also determined in the mentioned Law⁴⁶.

From the first years of the Republic, explanations of the child’s rights and the necessity of protecting these rights were frequently presented in the popular magazine of that time, Gürbüz Turkish Child. In order for nations to exist, live and progress and find a place among other civilized states, it has become imperative to value their children and provide them with the necessary opportunities⁴⁷. According to Sabiha Zekeriyya Sertel, “Society has various responsibilities towards each individual. His greatest liability is to the child, much more than to the adults. This is both a legal and a social responsibility. Every child born in human society has the most fundamental right to grow up in a home, to have opportunities for education, to be able to enjoy recess, play, education, physical, moral and spiritual development.

⁴² GIBSON, Chris: *When your child has special needs: A guide for parents who care for a child with a disability, special need, or rare disorder*. London: Contact a Family, 2001, p.144.

⁴³ GIDDENS, Anthony: *Member of the House of Lords of the United Kingdom. Sociology (2nd edition)*. Oxford: Polity Press, 1995, p.65.

⁴⁴ Türk Eğitim-sen, <http://www.istanbultes.org/engelleri-hep-birlikte-asalim-88h.htm>, (last accessed on August 23, 2023).

⁴⁵ RG: 06.03.1922, nr:6

⁴⁶ *Umumî Hıfzıssıhha Kanunu 1930*, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1593.pdf>, (last accessed on August 20, 2023).

⁴⁷ ÇAKIR, Gökhan. “Atatürk Dönemi’nde Türkiye’de aile hukuku ve çocuk hakları”, *Celal Bayar University Journal of Social Sciences*, 18 (1), 2020, p. 349-368, p. 362.

In a civilized society, a child cannot remain on the street without help and protection. The child cannot be a means to ensure the material benefit of others. A child cannot be sold, a child cannot remain ignorant. A child cannot be beaten. The child cannot be persecuted or tortured. Like every social individual, the child has the right to be born, grow up, live and rise like a human being in this human society”⁴⁸.

The Republic of Türkiye has comprehended the significance of the rights of children since its foundation and has attempted to improve these rights and to provide the guarantee of the state. The Republic of Türkiye has realized that children need protection and special attention. The new state, Türkiye, tried to create and give every right necessary for a child to live humanely⁴⁹.

The Basic Objectives and Principles Determined for Education and Teaching by Atatürk and the Ministry of Education: Shortly after the end of the National Struggle, on March 8, 1923, Deputy Minister of Education İsmail Safa Özler published a circular, explaining the aims and basic principles of education, and adopted this circular. He sent it to all schools and demanded that it be followed. This document, which was prepared with the knowledge and possibly instructions of Mustafa Kemal Atatürk, is also called “Misak-ı Maarif”⁵⁰. Atatürk wants secondary education programs to be practical, and useful in life, which is what today’s education experts think⁵¹.

A future fiction about children is necessarily a future fiction for society as a whole. The founders of the Republic knew very well that in order to ensure the continuity of the Republican administration, political action should be taken on children⁵².

The Society of Himaye-i Etfal, the core of the Child Protection Agency, was first formed in 1908 in Kırklareli⁵³. This Society aimed to

⁴⁸ SERTEL, Zekeriya Sabiha: “İctimâî Bahisler: İctimâî Sa’yı: Çocuk Salahlı IV” (Child Welfare). *Hayat Mecmuası*, C: I, S. 19, 1927, p.19.

⁴⁹ ÇAKIR, s.361.

⁵⁰ Atatürk Ansiklopedisi, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/ataturk-doneminde-cocuk-egitimi/>, (last accessed on August 22, 2023).

⁵¹ GÖKSEL, Berkant: “Atatürk’ün eğitim hakkında görüşleri ve Misak-ı Maarif”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 1, 1985, p. 921-958, p.932.

⁵² ÇILGIN, Alev Sınar: “Genç Cumhuriyetin Ütopyası: “Gürbüz Türk Çocuğu”, *U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 6 (1), 2004, p. 97-119, p.98.

⁵³ ÇILGIN, p.98.

reach especially mothers and children with a systematic publishing activity and to present itself to the people with these publications and between 1926 and 1935 published a magazine called “Gürbüz Türk Çocuk” (A Strong Turkish Child).

Necessary messages are given to young individuals in order to become good citizens, adapt to social life, achieve peace in their private life, and have a good life, through genres such as fairy tales, stories, poems, and theater written for children, such as national consciousness, patriotism, human love, compassion, cooperation, the importance of family, friendship, and labor. The sentence on the cover of the magazine “Helps the health and education development of childhood” summarizes the entire content of the magazine.

The journal had a large staff of writers; one of them, Agaoglu Ahmet, a well-known Azerbaijani writer, lawyer, and journalist, had an important impact on Turkish literature and the Turkish intellectual life of that period.

In the article titled “Children’s Day”, Ağaoğlu Ahmet states, “Happy are those nations that have accepted the art of child-raising with a healthy body, indestructible spirit, and powerful heart”⁵⁴. After explaining that the Turks always loved and cared about the children, he stated that the Himaye-i Etfal Society not only embraced the orphans and the relics of the martyrs but also taught the Turkish people about child care and education.

Ahmet Ağaoğlu, who has an important place in the Turkism movement, has seen that the program of Turkism and the celebration of April 23 as a children’s day overlap with each other⁵⁵. He believes that the foundations of national solidarity and national unity should be laid in childhood, and in this respect, he finds the children’s holiday extremely meaningful.

One of the fields, where children with disabilities are isolated from, is education. Inclusive education is the main requirement for forming an inclusive society. As Atatürk states, “There is no modern education without special education”⁵⁶. The steps towards the educational system, which will include everybody imply directing as many disabled children as possible

⁵⁴ ÇILGIN, p.106.

⁵⁵ ÇILGIN, p.106.

⁵⁶ Atatürk Ansiklopedisi, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/ataturk-doneminde-cocuk-egitimi/>, (last accessed on August 22, 2023).

to schools with the support of the states⁵⁷. However, education is not only about sending the children to schools, it is the process of granting the disabled children opportunities to enjoy their rights and freedoms, and of forming in them self-confidence and self-respect. For this purpose, it is important for teachers and others, working in schools to have deep knowledge about disability. This issue was comprehensively investigated by English researchers, such as David, Moir, and Herbert, and the necessity of well-educated and well-paid staff was emphasized by them⁵⁸.

According to the Green Act on “Every child matters”, which was accepted in 2003, the Special Educational Needs (SEN) Strategy of the state administration pursues the creating equal opportunities for all children to use their all potential through high-quality care. The policy tends to individualize the education process for disabled children by achieving a more innovative and more responsive educational system to the different needs of the children. It includes all sides of the school period and consists of the following:

- Informing parents and educational workers perfectly;
- Collecting best practices through Children’s Trusts Connexions⁵⁹, as well as local authoritative bodies;
- Assisting families to meet extra costs;
- Making the training accessible for child-care workers⁶⁰.

Related persons must approach the practice, skills, and power of the parents with respect and listen to them in order to get successful results⁶¹.

There are many programs for children with particular healthcare needs in the world practice. The main applicable policies include educational services, direct services, social welfare and allowances, and insurance systems. Specific characteristics of the children and the families must be taken into consideration while rendering services. Special services and programs for children with disabilities are included in applicable educational programs so that all children would be able to take advantage of them.

⁵⁷ GIBSON, p.147.

⁵⁸ WARNER, Helen: *Meeting the needs of children with disabilities: families and professionals facing the challenge together*. New York: Routledge, 2006, p. 98-100.

⁵⁹ Connexions is the recommendation and instruction service for persons 13-19 years old in England.

⁶⁰ DARBYSHIRE Philip: *Living with a sick child in a hospital. The experiences of parents and nurses*. London: Chapman and Hall, 1994, p.79-80

⁶¹ DARBYSHIRE, p.79-80.

The purpose of the Individuals with Disabilities Education Act (IDEA)⁶², accepted in the USA, is to provide all children with disabilities with special education⁶³.

Section 504 of the Rehabilitation Act, accepted in the USA prohibits discrimination against children with disabilities in the state educational system. The Act requires to provision of applicable accommodation and educational services for disabled children on an equal basis with children without disabilities⁶⁴.

The No Child Left Behind Act of 2001, accepted in the USA is the main federal law, regarding the education of children from kindergarten to high school. One of its principles is the responsibility of schools, teachers, and related persons for the results⁶⁵.

The Americans with Disabilities Act of 1990 defines the civil rights of disabled children, as well as of adults. The requirement is to provide equal opportunities for children in schools and for adults in the workplace⁶⁶.

Such programs also include “Family program of adopters”, and “Initiatives of parent support groups and private sectors”. In addition, parents and custodians must first enlighten themselves on these policies and programs, otherwise, they and their children will not be able to take full advantage of the support and assistance, supposed to be rendered to them⁶⁷.

⁶² *Individuals with Disabilities Education Act of 1990 was first accepted in 1975 under the title of “Education Act for All Disabled Children”.*

⁶³ *Individuals with Disabilities Education Act (1990), American Psychological Association, <https://www.apa.org/advocacy/education/idea#:~:text=The%20Individuals%20with%20Disabilities%20Education,education%2C%20employment%20and%20independent%20living>, (last accessed on August 24, 2023).*

⁶⁴ *The Rehabilitation Act (1973), [https://askearn.org/page/the-rehabilitation-act-of-1973-rehab-act#:~:text=The%20Rehabilitation%20Act%20of%201973%2C%20as%20Amended%20\(Rehab%20Act\),employment%20practices%20of%20federal%20contractors](https://askearn.org/page/the-rehabilitation-act-of-1973-rehab-act#:~:text=The%20Rehabilitation%20Act%20of%201973%2C%20as%20Amended%20(Rehab%20Act),employment%20practices%20of%20federal%20contractors), (last accessed on August 25, 2023).*

⁶⁵ *No Child Left Behind Act (2001), Washington Office of Superintendent of Public Instruction: <https://www.k12.wa.us/policy-funding/grants-grant-management/every-student-succeeds-act-essa-implementation/elementary-and-secondary-education-act-esea/no-child-left-behind-act-2001#:~:text=The%20No%20Child%20Left%20Behind,are%20administered%20by%20the%20states.&text=The%20major%20focus%20of%20No,obtain%20a%20high%2Dquality%20education>, (last accessed on August 21, 2023).*

⁶⁶ *The Americans with Disabilities Act (1990), <https://www.ada.gov/law-and-regs/ada/>, (last accessed on August 25, 2023).*

⁶⁷ *KUHLTHAU, Karen: Optimizing care for young children with special health care needs: Knowledge and strategies for navigating the system. San Diego, California: Paul H. Brookes Publishing Co.Inc, 2011, p.124-126.*

According to Article 15 (Education and Teaching), disabled persons cannot be deprived of the right to get an education on any ground. Children, young people, and adults with disabilities have equal education chances in integrated schools and with able-bodied individuals, taking their particular states and differences into consideration⁶⁸.

Article 7 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which was adopted in 2007, is dedicated to children with disabilities, and implies obligations upon the states “to take all necessary measures to ensure the full enjoyment by children with disabilities of all human rights and fundamental freedoms on an equal basis with other children.” While taking action, states must primarily take the child’s best interests into account. Alongside others, disabled children have the freedom to express their minds freely⁶⁹.

Türkiye signed the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2009, and the Optional Protocol in 2015 and has achieved important improvements in the rights of disabled people in recent years.

“Türkiye has taken measures to better the ease of access of voting stations for voting, disabled voters have a precedence during the polls, and the experience of the itinerant ballot for incapacitated voters was presented. Disabled people were represented in the Accessible Transportation Services Board, while the 2023 Education Vision provided for inclusive education and for the establishment of interagency implementation and monitoring mechanisms to provide effective coordination of particular education in the entire country.

Türkiye imparted significant value to the recruitment of disabled people; the major strategy was an accessible, open, and inclusive labor market”⁷⁰.

CONCLUSION

1. Disability may not be considered only as a health-related problem, but a complicated phenomenon that reflects the reciprocity of a disabled

⁶⁸ *Turkish Law on disabled people.*

⁶⁹ *Convention on the Rights of Persons with Disabilities, (2006).* <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, (last accessed on August 20, 2023).

⁷⁰ *Meeting Summary of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2019),* <https://www.ohchr.org/en/news/2019/03/committee-rights-persons-disabilities-considers-report-turkey>, (last accessed on August 23, 2023).

person with the reactions of the society in which he/she lives to his/her bodily deficiencies.

2. During a long historical period, from Antiquity to the middle of the 20th century, the reason for the physical and mental limitations of disabled children was considered to be the influence of non-human evil forces.

3. The development of medical science not only increased the survival chances of disabled children but also led to radical changes in society's position towards disabled children.

4. As one of the first democratic states of the Muslim Orient, the Republic of Türkiye had an important role in the improvement of personal and social civil rights of disabled children in the entire geographical region.

5. It is one of the responsibilities of the state to create all kinds of opportunities for the implementation of sustainable social programs for the adaptation of disabled children to the life of society, their involvement in inclusive education, self-expression, and self-affirmation.

References

[1] BARNES, Coombs / MERCER, Graeme: Exploring disability: A sociological introduction. Cambridge: Polity Press, 1999.

[2] BARR, Martin: Mental defectives: Their treatment, history, and training. Philadelphia: Blakiston, 1913.

[3] BOSWELL, John: The Kindness of Strangers: The abandonment of children in Western Europe from Late Antiquity to the Renaissance. London: The University of Chicago Press, 1991.

[4] ÇAKIR, Gökhan. "Atatürk Dönemi'nde Türkiye'de aile hukuku ve çocuk hakları", Celal Bayar University Journal of Social Sciences, 18 (1), 2020, p. 349-368.

[5] ÇILGIN, Alev Sınar: "Genç Cumhuriyetin Ütopyası: "Gürbüz Türk Çocuğu", U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 6 (1), 2004, p. 97-119.

[6] DARBYSHIRE Philip: Living with a sick child in a hospital. The experiences of parents and nurses. London: Chapman and Hall, 1994.

[7] GIBSON, Chris: When your child has special needs: A guide for parents who care for a child with a disability, special need, or rare disorder. London: Contact a Family, 2001.

[8] GIDDENS, Anthony: Member of the House of Lords of the United Kingdom. Sociology (2nd edition). Oxford: Polity Press, 1995.

[9] GÖKSEL, Berkant: “Atatürk’ün eğitim hakkında görüşleri ve Misak-ı Maarif”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 1, 1985, p. 921-958.

[10] HANNAWALT, Barbara: “Medievalists and the study of childhood”, Speculum 77, 2002, p. 440-460.

[11] HÄNNINEN, Marja-Leena: From womb to family. Rituals and social conventions connected to Roman birth. Rome: Hope for continuity: Childhood, education, and death in Antiquity and the Middle Ages. Rome: Ville Vuolanto, 2005.

[12] KATAJALA-PELTOMAA, Sari: Socialization gone astray? Children and demonic possession in later Middle Ages. The dark side of childhood in Late Antiquity and the Middle Ages. Oxford: Oxbow Books, 2011.

[13] KENLEY, Jansen: The making of the Magdalen, preaching and popular devotion in the later Middle Ages. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

[14] KUHALTHAU, Karen: Optimizing care for young children with special health care needs: Knowledge and strategies for navigating the system. San Diego, California: Paul H. Brookes Publishing Co.Inc, 2011.

[15] LAES, Christian: The dark side of childhood in Late Antiquity and the Middle Ages. Oxford: Oxbow Books, 2011.

[16] METZLER, Irina: Disability in Medieval Europe. thinking about physical impairment during the High Middle Ages, c. 1100-1400. London, New York: Routledge, 2010.

[17] MITCHELL, Brian: European historical statistics 1750-1975. London: Macmillan Press, 1981.

[18] NELSON, Richard: Children with special needs: Recommendations and rationale / R.E.K. Stein, - In L-Klerman (ed.), - Research priorities in Maternal and Child Health, - Washington D.C.: The Office for Maternal

and Child Health. Health Service Administration, Public Health Service, U.S. Department of Health and Human Services, 1982.

[19] SERTEL, Zekeriya Sabiha: “İçtimâî Bahisler: İctimâî Sa’y: Çocuk Salâhı IV” (Child Welfare). Hayat Mecmuası, C: I, S. 19, 1927.

[20] STEIN, Ruth: Children with special health needs: improved concepts, improved assessments. Optimization of care for children with special health needs. Knowledge and strategies for system orientation. San Diego: University and Paul S. Kartin, M.D.Rady Children’s Hospital, 2007.

[21] VIVIANA, Rotman Zelizer: Pricing the priceless child. The changing social value of children. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

[22] WARNER, Helen: Meeting the needs of children with disabilities: families and professionals facing the challenge together. New York: Routledge, 2006.

[23] WILLIAM, Harris: “The theoretical possibility of extensive infanticide in the Graeco-Roman world”, Classical Quarterly, 32, 1982, p. 114-116.

[24] WINZER, Margaret: Disability and society before the eighteenth century. London: Routledge, 1997.

Internet Resources

[1] Atatürk Ansiklopedisi, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/ataturk-doneminde-cocuk-egitimi/> (last accessed: 22.08.2023)

[2] Turkish Law on disabled people and on making amendments in some laws and decree-laws; https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2019/11/Türkiye_Turkish-Disability-Act-TDA-No.-5378-of-2005.pdf (last accessed: 22.08.2023).

[3] Oxford Law Dictionary, <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780198802525.001.0001/acref-9780198802525-e-1148?rskey=rLes0I&result=1271> (last accessed: 22.08.2023)

[4] Britain Children Act, (1989). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>

[5] Convention on the Rights of Persons with Disabilities, (2006). <https://>

www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities (last accessed: on August 20, 2023).

[6] International Labor Organization, Disability, https://www.who.int/health-topics/disability#tab=tab_1(last accessed: 22.08.2023).

[7] Individuals with Disabilities Education Act (1990), American Psychological Association: <https://www.apa.org/advocacy/education/idea#:~:text=The%20Individuals%20with%20Disabilities%20Education,education%2C%20employment%20and%20independent%20living> (last accessed: 24 .08.2023).

[8] Meeting Summary of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, (2019) <https://www.ohchr.org/en/news/2019/03/committee-rights-persons-disabilities-considers-report-turkey> (last accessed: 23.08.2023)

[9] Tevhid-i Tedrisat Kanunu (1922), Resmi Gazete, March 06, 1340, nr.6, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/63.pdf> ((last accessed: 23.08.2023).

[10] No Child Left Behind Act (2001). Washington Office of Superintendent of Public Instruction: <https://www.k12.wa.us/policy-funding/grants-grant-management/every-student-succeeds-act-essa-implementation/elementary-and-secondary-education-act-esea/no-child-left-behind-act-2001#:~:text=The%20No%20Child%20Left%20Behind,are%20administered%20by%20the%20states.&text=The%20major%20focus%20of%20No,obtain%20a%20high%2Dquality%20education> (last accessed: 21.08.2023).

[11] The Rehabilitation Act. (1973). [https://askearn.org/page/the-rehabilitation-act-of-1973-rehab-act#:~:text=The%20Rehabilitation%20Act%20of%201973%2C%20as%20Amended%20\(Rehab%20Act\),employment%20practices%20of%20federal%20contractors](https://askearn.org/page/the-rehabilitation-act-of-1973-rehab-act#:~:text=The%20Rehabilitation%20Act%20of%201973%2C%20as%20Amended%20(Rehab%20Act),employment%20practices%20of%20federal%20contractors) ([last accessed: 25.08.2023](#)).

[12] The Americans with Disabilities Act (1990), <https://www.ada.gov/law-and-regs/ada/> (last accessed: 25.08.2023).

[13] Türk Eğitim-sen, <http://www.istanbultes.org/engelleri-hep-birlikte-asalim-88h.htm> (last accessed: 23.08.2023).

[14] Umumî Hıfzıssıhha Kanunu. (1930). <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1593.pdf> (last accessed: 20.08.2023).

[15] Universal Declaration of Human Rights. (1948). https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf (last accessed: 22.08.2023).

[16] Terror Topographie Museum, Berlin.

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır. Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler, Microsoft Word programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 1,5 satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 12 punto, dipnotlar tek satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 9 punto olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili Türkçedir. Makaleler Türkçe yazılmış olsalar da, her makalede en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce öz ile her iki dilde yazı başlığı ve beşer anahtar kelimenin makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.
6. Yazarların, dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir. Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla

düzeltilmelerini yapabilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılır, iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları İstanbul Aydın Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örneğin: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara, 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN: s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji): s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları): s.65

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. Örneğin: GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Bořanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2): 35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda řu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınarak dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim tarihi: 10 şubat 2016), Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda řu şekilde yapılmalıdır. GÜVEN: s.135.

İLETİşİM BİLGİLERİ

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

PK:34295

Tel: 444 1 428 / Dahili: 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well. The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

1. Hukuk Fakültesi is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydin University, the Faculty of Law twice a year

(June and December).

2. The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.

3. The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.

4. The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue

of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in bold letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in bold whereas the addresses must be typed in italic letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide keywords consisting of at least 3

and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered.

The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information in an orderly way. All the section (regular) and sub (italics) titles must be written in 12- point size, bold characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydın University, Faculty of Law

Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr



Her türlü bilgiye
kolayca ulaşabileceğiniz
bilgi merkezimiz **7/24**
kütüphanelerimize açıktır.

"Aydınlık bir gelecek"

www.aydin.edu.tr