





*Av. Erol SÜTKEN'in anısına...*



## **ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ**

Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Ulusal Süreli Yayın  
2024 Tüm Hakları Saklıdır. ISSN 1305-7731

Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

### **Sahibi Eskişehir Barosu Adına**

Av. Mustafa ELAGÖZ

### **Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**

Av. Faruk GÜNHAN

### **Editör**

Av. Samet SARIKAYA

### **Yardımcı Editörler**

Av. Ebru ÖZKAN

Av. Fatma ATAMAN

Av. Gaye ARSLAN

Av. R. Mete AYTEKİN

Av. Serdar TÜZÜN

### **Yayın Kurulu Üyeleri**

Av. Sencer ÇELEN

Av. Eylem KARACASU

Av. Özlem SUT DOLMUŞ

Av. Kerem BAĞCI

Av. Selin ÖZDEMİR ALTUĞ

Av. Batuhan ORAL

Av. Gülsüm ERASLAN

Av. Uğur Can KALYONCU

## **Danışma Kurulu**

**Prof. Dr. Berrin AKBULUT**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Elif UZUN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Esra YAKUT**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Hamide ZAFER**

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Selman KARAKUL**

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Bülent YÜCEL**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Duygu ÖZER SARITAŞ**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU**

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk fakültesi

**Doç. Dr. Koray DOĞAN**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Danışma Kurulu**

**Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Pelin KARAASLAN**

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Reşit KARAASLAN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL**

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM**

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Burcu İRGE ERDOĞAN**

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Hatice Derya ORMANOĞLU**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Ozan Ercan TAŞKIN**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Özge ÖZSOY**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi



# İÇİNDEKİLER

Av. Erol Sütken'in Öz Geçmişi.....X

Başkan'ın Sunuş Yazısı .....XI

**Av. Mustafa Elagöz**

## 40. Yıl Özel Dosyası

Dergi Kırkıncı Yılına Girerken.....1

**Av. Faruk Günhan**

Başlarken II.....3

**Av. Akın Çamoğlu**

Eskişehir Barosu Dergisi'nin Kırk Yıllık Serüveni.....13

**Av. Samet Sarıkaya**

Eskişehir Barosu Futbol, Voleybol ve Masa Tenisi Takımları.....26

**Av. Necmi Kapar**

## Hakemli Makaleler

Gizli Soruşturma Yapan Adli Kolluk Görevlisi.....31

**Prof. Dr. Berrin Akbulut**

Malpraktis (Kötü/Hatalı Uygulama) Kurumuna Sağlık Hukuku Açısından Genel Bir  
Bakış.....50

**Uzm. Dr. Şeyhmus Kaya ve Dr. Öğr. Üyesi Semih Yumak**

Mahsup Düzenlemesindeki “Şahsi Hürriyeti Sınırlama Sonucu Doğuran Bütün Haller”in  
Kapsamı.....81

**Av. Arb. Ersin Şare**

Kabahatler Hukukunda İştirak.....124

**Cumhuriyet Savcısı Adayı Abdullah Cahid Akbal**



Kadınların Adalete Erişimi ve Arabuluculuk: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Bir Değerlendirme.....145

**Av. Arb. Merve Hilal Yıldırım Çırkan**

Taşınmaz Satışında Tapunun ve Yeni Gelen Değişiklikler Çerçevesinde Noterlerin Yetkisi.....184

**Hakim Behiye Odabaşı**

## **Makaleler**

Adil Yargılanma Hakkının Temel İlkesi Olarak Tabii Hâkim İlkesi.....252

**Av. Nebahat Nalan Ekren**

Banka Teminat Mektuplarında Borcun İfası.....274

**Av. Ahmet Seyhan**

## **Karar İncelemeleri**

Anayasa Mahkemesinin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin İptal Davasının Reddi Kararının Mali Güç İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi.....306

**Av. Ezgi Sır**

Baroca Görevlendirilen Sanık Müdafiyeye Ödenmesi Gereken Beraat Vekalet Ücreti Hakkındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi.....318

**Av. Ezgi Göcen**



## AV. EROL SÜTKEN'İN ÖZ GEÇMİŞİ

Bulgaristan göçmeni bir ailenin Türkiye'de doğan ilk çocuğu olarak 1941 yılında Eskişehir'de doğmuştur. Lise öğrenimini Eskişehir Atatürk Lisesinde tamamladıktan sonra Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine girmiştir. Öğrencilik yıllarında Cumhuriyet Halk Partisinde aktif siyaset yapmış, Eskişehir İl Gençlik Kolu Başkanlığından sonra Genel Merkez Yönetim Kurulu üyeliğine kadar yükselmiştir. Daha sonra İsmet İnönü ile birlikte Cumhuriyet Halk Partisinden istifa ederek aktif siyaseti bırakmıştır. 1966 yılında Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra 1967 yılında üstad Avukat Hikmet Tuncay'ın yanında stajını tamamlamış ve Avukatlık Ruhsatını almıştır. Topçu Asteğmen olarak 24 aylık askerlik görevinin sona ermesi ile Eskişehir barosunun 241 sicil numarasına kayıt yaptırarak Eskişehir Barosunda kayıtlı aktif avukatlık mesleğine başlamıştır. 1980'yi yılların başlarına kadar iş, tazminat ve miras hukuku konularında adli bilirkişi olarak çok sayıda bilirkişi raporuna imza atmıştır. Rahmetli üstad avukat Şahap Demirel'in baro başkanlığı döneminde başkan yardımcısı olarak baro yönetiminde görevde bulunmuştur. Ayrıca bir dönem Eskişehir barosu delegesi olarak Barolar Birliğinde de görev yapmıştır. Edebiyat ve kitaba merakı meslek hayatını da etkilemiş, çok geniş süreli yayın ve hukuk kütüphanesine sahip olmuştur. Ömrünün son yıllarına kadar müşavir olarak mesleğine olan aşkını taze tutmaya çalışmış, avukatlık mesleğinin kutsallığına inanmış ve bir kez daha hayata gelse yeniden aynı mesleğe sahip olmak istediğini açıklıkla her zaman ve her yerde ifade etmiştir.



Değerli Meslektaşlarım,

Eskişehir Barosu Dergisinin 40. Yıl Özel Sayısı ile yeniden karşınızda olmaktan dolayı mutluluk duyduğumu belirterek, dergimizin çıkmasına katkı sağlayan tüm meslektaşlarıma ayrı ayrı teşekkürlerimi sunuyorum.

3 Dönemdir büyük bir gururla yürüttüğüm Eskişehir Baro Başkanlığı görevime artık veda ederken; Yönetime aday olduğumuz andan itibaren en çok gerçekleştirmek istediğimiz hedeflerden biri olan Baro Dergimizi yeniden canlandırma gayemizi gerçekleştirebilmiş olmanın mutluluğunu yaşadığımı da ayrıca ifade etmek isterim. Bundan sonraki süreçte Baromuzun kurumsallığına yakışır şekilde dergimizin süreklilik arz etmesi ve devam sayılarında da sizlerden gelecek değerli katkılar büyük önem taşıyor.

Hukuk Devleti ile beraber temel hak ve hürriyetlerimizin, hukukun üstünlüğünün çok derin yaralar aldığı böylesi bir dönemde hukukun üstünlüğünün en temel savunucuları olan biz avukatlara çok büyük sorumluluklar düştüğünün farkındayız. Bunun yolunun ise bilgilerimizi sürekli olarak güncel tutmaktan geçtiğini daha önce pek çok kez ifade ettik. Umuyorum ki Eskişehir Barosu Dergisi bu zamana kadar olduğu gibi bundan sonra da bu yolda tüm meslektaşlarımıza, tüm hukukçulara yol gösterecek önemli kaynaklardan birisi olmaya devam edecektir.

**Av. Mustafa ELAGÖZ**  
**ESKİŞEHİR BARO BAŞKANI**

Dergimizin bu ve önceki iki sayısında en az Doktor Öğretim Üyesi kadro unvanına sahip, Türkiye'nin dört bir yanındaki hukuk fakültelerinde yer alan akademisyenler kör hakemlik usulüne uygun olarak hakemlik yapmışlardır. Bu sayımızdaki bir çok eser, tarafsız hakemlerce kör hakem usulüne uygun olarak (yazar ve hakem hiçbir aşamada birbirini tanımaz) incelenmiş ve bu doğrultuda yayımlanmaları kabul edilmiştir. Bu sayımızda hakem değerlendirmesinden başarıyla geçen eserler şunlardır: Gizli Soruşturma Yapan Adli Kolluk Görevlisi, Kadınların Adalete Erişimi ve Arabuluculuk: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Bir Değerlendirme, aşınmaz Satışında Tapunun ve Yeni Gelen Değişiklikler Çerçevesinde Noterlerin Yetkisi, Malpraktis (Kötü/Hatalı Uygulama) Kurumuna Sağlık Hukuku Açısından Genel Bir Bakış, Mahsup Düzenlemesindeki “Şahsi Hürriyeti Sınırlama Sonucu Doğuran Bütün Haller”in Kapsamı, Kabahatler Hukukunda İştirak, Anayasa Mahkemesinin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin İptal Davasının Reddi Kararının Mali Güç İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi. Derginin başlıksal bütünlüğünün bozulmaması adına söz konusu eserlere; Hakemli Makaleler ve Karar İncelemeleri bölümleri altında yer verilmiştir.

***Eskişehir Barosu Dergisi Editörlüğü***

# 40. YIL ÖZEL DOSYASI





# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Dergi Kırkıncı Yılına Girerken

### Eskişehir Barosu Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Av. Faruk Günhan'ın Notu

Değerli Okurlar,

Eskişehir Barosu Dergisinin 40.yıl özel sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğu içindeyiz. Derginin bu sayısında yine hukukun her alanına dair siz okurlarımıza ve hukuk yazınına katkı sağlayacak çalışmalar bulacaksınız. Dergimizin uzun bir fasiladan sonra 2023 yılında yeniden yayın hayatına dönmesinde emeği, çabası, katkısı ve desteği olan başta Eskişehir Barosu Başkanımız Av. Mustafa Elagöz'e, Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu üyelerine, dergimizin editörü Av. Samet Sarıkaya'ya ve editör yardımcılarımıza, danışma kurulumuza, yayın kurulumuza, dergimize hakemlik yapan kıymetli akademisyen hocalarımıza, özellikle verdikleri fikirlerle dergimizin gelişimine katkı sağlayan Prof. Dr. Hakan Karakehya'ya, Prof. Dr. Gökhan Güneysu'ya, Prof. Dr. Esra Yakut'a, ve Doç. Dr. Reşit Karaaslan'a ve Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kıymetli akademisyenlerine, Eskişehir Barosu avukatlarına, dergimize en büyük katkıyı sunan kıymetli yazarlarımıza ve dergimizin varlık amacı olan siz değerli okurlarımıza teşekkürlerimi sunuyorum.

Eskişehir Barosu Dergisi köklü bir tarihe dayanmaktadır. 40.yıl özel sayımızda dergimizin tarihine ilişkin olarak da bir araştırma makalesinin de yer alması bizi ayrıca mutlu etmektedir. Editörümüz Av. Samet Sarıkaya'nın titiz arşiv ve saha araştırması sonucunda husûle gelen bu çalışma Eskişehir Barosu Dergisinin köklü tarihine ışık tutmaktadır.

Avukatlık mesleği, yargının üç ayağından biri olan savunma makamını temsil etmekte olup adaletin tecellisine sağladığı katkılar dolayısıyla kutsal bir meslek olma şerefine sahiptir. Bu mesleği daha güçlü ve özgüvenli bir şekilde icra etmenin yolu ise zihnimizi ve bilgilerimiz taze ve güncellemelere açık tutmak için sürekli bir okuma, araştırma, düşünme ve yazma döngüsü içinde bulunmakla mümkündür.

Eskişehir Barosu Dergisi de işte bu amaca hizmet etmektedir. Bir yandan okuma, araştırma, düşünme ve yazma faaliyeti sonucunda ortaya bir eser çıkaran meslektaşlarımızın çalışmalarını yayımlarken, diğer yandan bu faaliyete henüz katılmak isteyen meslektaşlarımızın hizmetine akademik çalışmalar sunarak onları da okuma, araştırma, düşünme ve yazma döngüsüne dahil etmeyi amaçlamaktayız.

Avukatlık mesleğini icra etmenin gittikçe güçleştiği günümüzde bu mesleğe gönül veren değerli meslektaşlarımızın Eskişehir Barosu Dergisine hem okur hem de yazar olarak daha fazla ilgi göstermesini temenni ediyorum. Yalnızca akademik araştırma makaleleri değil, aynı zamanda karar ve kitap incelemeleri ve hakemsiz makaleleri de dergimizde yayımlamaktayız. Dergimizin kapıları, yazı yazmaya meraklı olan bütün meslektaşlarımıza açıktır. Böylece dergimiz, hukuk yazınına sağladığı katkılarla birlikte aynı zamanda değerli meslektaşlarımızın mesleği icra ederken özellikle uygulamada onlara katkı sağlayacak çalışmaları daha ziyade ihtiva edecektir.

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**  
**Av. Faruk Günhan**





# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Başlarken II

### Eskişehir Barosu Dergisi'nin Kurucusu Av. Akın Çamoğlu'yla Röportaj

Bu röportaj, 1984 yılında Eskişehir Barosu Dergisi'ni ilk olarak yayın hayatına hazırlayan ekibe liderlik eden<sup>1</sup>, dönemin Eskişehir Barosu başkanı Av. Akın Çamoğlu'yla 09.05.2024 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Röportajı, günümüz Eskişehir Barosu Dergisi Sorumlu Yazı İşleri Müdür Av. Faruk Günhan ve Eskişehir Barosu Dergisi Baş Editörü Av. Samet Sarıkaya gerçekleştirmiştir. Röportajın başlığının Başlarken II olarak tercih edilmesinin nedeni, dergideki ilk sayıdaki ilk yazının Av. Akın Çamoğlu tarafından kaleme alınan "Başlarken" başlıklı yazı olmasıdır. Yazıya aşağıda yer verilmiştir:

#### BAŞLARKEN<sup>2</sup>

Avukatlık bağımsızlık ve özgürlük mesleğidir. Avukatın görev özgürlüğü ise Baroların bağımsızlığının özündedir. Avukatlık mesleğinin sorunlarına 1969 yılında, yürürlüğe giren 1136 sayılı Avukatlık yasasıyla çözüm getirilmeye çalışılmış, ancak yeterli bağımsızlık gerçekleşmemiştir. Baroların örgütsel etkinliğini belirleyen önemli kararlar, bakanlığın onayına bağlı kılınmıştır. Adayların Avukatlığa kabul edilip edilmemesi, disiplin uygulamaları konusunda son sözün bakanlığın olması, savunma mesleğinin bağımsızlığı açısından sakıncalı bulunmaktadır.

Baromuz, kendi halinde, mütevazı, Eskişehirliilerin kişiliklerinden doğan seçkin bir yere sahiptir. Bugüne kadar sorunsuz, sorunları da önemli olmayan bir biçimde gelişme göstermiştir. Ancak, Avukatlık yasasında yapılan değişiklikler, ekonomik şartlar, mesleki birikimimiz, savunma hukukunun ve savunmada Avukatın etkinlik ve saygınlığının önemini, büyük ölçüde arttırmıştır. Baro olarak bu değerlere gerekli önemi vererek Avukatlık

<sup>1</sup> Dergiyi hazırlayan ekipte Av. Şener Başşbüyük sorumlu yönetmen olarak görev alırken, Av. Cevdet Özkan ve Av. Ahmet Vural, yazı kurulunda yer almaktaydı. (*Eskişehir Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 1, s. 4).

<sup>2</sup> ÇAMOĞLU, Akın, "Başlarken", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 1, s. 5.

mesleğine etkinlik ve saygınlık kazandırmayı, düşündüğümüzden, baromuzun kuruluşunun 60. yıldönümünde mesleki sorunlarınızı gidermede, dayanışmamızı, ve savunma hukukunun etkinliğini kuvvetlendirmede, yararı olacağı düşüncesiyle, ilk temyiz mahkemesinin kurulduğu şehrimizde "ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ" adı altında tüm hukukçuların katkısıyla yaşayacak bir baro dergisi hazırlayarak tüm hukukçuların hizmetine sunmanın yararlı olacağını düşündük. Bunun için onurlu ve kıvançlıyız.

Dergimize gönderilen yazıların tarafsızlığı, mesleki açıdan yararı yayın kurulumuzca incelendikten sonra, yazı sahibinin ismiyle yayınlanacaktır. Şimdiden dergimizi yaşatmak için gayretlerini esirgemeyen tüm hukukçulara ve dergimizin basılmasında her türlü yardımı ve kolaylığı esirgemeyen Eskişehir Sanayi Odası Başkanı Yavuz ZEYTİNOĞLU, Yönetim Kuruluna, Genel Sekreter Yusuf KÖSE, Yıldırım YÜRET ve Ayşe KESİM'e Baro ve tüm hukukçular adına sonsuz teşekkürlerimi borç bilirim,

### **BARO BAŞKANI Avukat Akın ÇAMOĞLU (Mart 1984)**



**1984 yılı Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu<sup>3</sup>**

<sup>3</sup> Fotoğrafın arka planında, günümüzde Eskişehir Adliyesi'ndeki Baro Odası'nın duvarında yer alan baro başkanlarının fotoğrafları yer almaktadır.

## AV. AKIN ÇAMOĞLU'NUN ÖZ GEÇMİŞİ

29 Şubat 1944 Eskişehir Sivrihisar'da dünyaya gelmiştir. İlk ve Orta öğretimini Sivrihisar'da tamamlamasının ardından lise eğitimini İstanbul Kabataş Lisesinde almış ve 1961 yılında mezun olmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1965 yılında mezun olmuştur. 15 Kasım 1968 tarihinden Eskişehir Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık mesleğine başlamıştır. Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu ve Baro Genel Sekreterliği görevlerinde bulunmuştur. 1976 -1980 Eskişehir Belediye Meclis Üyeliği 1977-1980 CHP İl Başkanlığı ve Yüksek Disiplin Kurulu üyeliği 1984-1992 Dört dönem Eskişehir Baro Başkanlığı 1993-1998 Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliği ve 2019-2024 Tepebaşı Belediye Meclis üyeliği yapmıştır. Evli, 2 çocuk ve 3 torun sahibidir.

## AV. AKIN ÇAMOĞLU'YLA RÖPORTAJ

**Av. Samet Sarıkaya:** Bizlere mesleğe başlangıcınızı ve Eskişehir Barosu'nun sizdeki yerini anlatabilir misiniz ?

**Av. Akın Çamoğlu:** 15 Kasım 1968'de avukat olarak mesleğe başladım. O tarihten itibaren de Eskişehir Barosu'nda avukatlık mesleğini yürüttüm. Sadece bu süreçte, çok yakın dostum, rahmetli Uğur Alacakaptan'la<sup>4</sup> beraber 2-3 sene birlikte İstanbul'da çalışma imkanımız oldu. Onun haricinde Eskişehir Barosuna kayıtlı olmak, bu kuruluştaki, bu baroda meslek yürütmek benim için çok büyük bir onur oldu. Emekli oluncaya kadar baromuzun bir mensubu oldum. Emekli olduktan sonra da bütün aktiviteleri takip ediyorum, izliyorum ve hala Eskişehir Barosunun kayıtlı bir üyesiyim ve bununla büyük bir onur duyuyorum

**Av. Samet Sarıkaya:** Eskişehir Barosunun Türkiye'deki konumu sizce nedir ?

**Av. Akın Çamoğlu:** Eskişehir Barosunun Türkiye genelinde, özellikle Türkiye Barolar Birliği özelinde çok önemli bir yeri vardır. Çünkü baromuz, Barolar Birliğinin kuruluş döneminde etkin bir rol oynamıştır. Barolar birliğinin ilk başkanı Faruk Erem'dir<sup>5</sup>. Yardımcısı, genel sekreteri ise Eskişehir Barosu mensubu Avukat Hikmet Tuncay'dır<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Uğur Alacakaptan (1934, Nazilli, Aydın - 22 Ocak 2022, İstanbul), Türk siyasetçi ve hukuk profesörüdür.

<sup>5</sup> Ahmet Faruk Erem (1913, İstanbul – 15 Ekim 1998, Ankara), Türk hukukçu ve yazardır.

<sup>6</sup> Av. Hikmet Tuncay, 1963-1969 yılları arasında Eskişehir Barosu başkanlığı görevini yapmıştır. Türkiye Barolar Birliğinin 1969 1. Genel Kurul Toplantısına Eskişehir Delegatesi olarak katılmış, 1972'deki vefatına kadar Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulundaki görevlerini sürdürmüştür.

Hikmet Tuncay, nurlar içinde yatsın çok büyük bir hukukçuydu, önder bir hukukçuydu. Hikmet Tuncay'ın vefatından sonra, benim de bacanağım olan Şahap Demirer<sup>7</sup> bayrağı devraldı. Önce barolar Birliği yönetim kurulu üyesi oldu. Ardından genel sekreter ve başkan yardımcısı oldu. Yıllarca bu görevi hiç aksatmadan sürdürdü. Hem Barolar Birliğine hem de baromuzda ışık tutan çok önemli çalışmalarda bulundu. Onu da nurlar içerisinde yad etmek istiyorum. Şahap Demirer, çok şakacıydı. Artık ihtiyarladın, görevi devret dediğimizde dördüncü dönem başkanlığının ardından başkanlığı bıraktı. Barolar Birliği yönetim kuruluna girdi. Onun ardından ben devam ettim. Orada Teoman Evren<sup>8</sup> ve Önder Sav'la<sup>9</sup> beraber yönetim kurulunda çalıştık. O dönem barolar birliğinin aracı dahi yoktu. Geliri yoktu. Teoman bey, dosyaların paralı olmasını yargıya müdahale olarak görmüş ve çok eleştirmişti. Ancak yönetim kurulunda yer aldığımız dönemde Teoman beyi bu konularda ikna etmeyi başardık. Ardından baro pulları geldi. Her baroda barolar birliğinin toplantı yapmasını sağladık. Benim ve arkadaşlarımla başkanlığı döneminde Eskişehir Barosuna hiç hayır demeden büyük hukukçular ziyarete gelmişti. Danıştay Başkanı iki defa geldi Yargıtay Başkanı en az iki defa geldi. Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör'ün<sup>10</sup>, Önder Sav'ın, Hüsamettin Cindoruk'un<sup>11</sup> baromuzda çok büyük katkıları oldu. Hatta Cindoruk, baromuzun üyesiydi. Eskişehir Barosunun üyesi olmak, övünülecek bir durumdur dersek hiç abartmış olmayız.

**Av. Samet Sarıkaya:** Mesleğimizin günümüzdeki durumu hakkında ne düşünüyorsunuz ?

**Av. Akın Çamoğlu:** Söylenecik çok fazla şey var. Son derece üzülüyorum. Bizim zamanımızda o kadar az sayıda avukat vardı ki, eski avukatlar genç meslektaşlara yardımcı

---

<sup>7</sup> 01.09.1928 tarihinde Bozüyük'te dünyaya gelen Şahap Demirer, İlkokulu Kayseri'de, ortaokul ve liseyi Eskişehir Atatürk Lisesinde tamamladıktan sonra İstanbul Hukuk Fakültesi'ne gitmiş, mezun olduktan sonra 1954 yılından itibaren Eskişehir'de serbest avukatlık yapmaya başlamıştır. Eskişehir Barosunda 1972 – 1980 yılları arasında baro başkanlığı, 1982-1989 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyeliği, Genel Sekreterlik ve Başkan Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur. 14 Ocak 2021 tarihinde vefat etmiştir.

<sup>8</sup> Teoman Evren (1934, Dört Yol - 18 Ekim 2006, Ankara), 1984-1989 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği başkanlığı yapmıştır.

<sup>9</sup> Önder Sav (d. 14 Kasım 1937, Manyas), Türk hukukçu ve siyasetçi. 1989- 1995 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği başkanlığı yapmıştır.

<sup>10</sup> Yekta Güngör Özden (d. 5 Haziran 1932, Niksar), Türk hukukçu, yazar ve şair. 1991-1998 yılları arasında Anayasa Mahkemesi Başkanlığı yapmıştır.

<sup>11</sup> Ahmet Hüsamettin Cindoruk (8 Haziran 1933; İzmir), Türk hukukçu ve siyasetçidir.

olabilmek için dosya verirdi. Böyle bir gelenek başlatmıştık. Genç meslektaşlarımız desteklenirdi.

**Av. Faruk Günhan:** Ben de aynı dönemden geldim. İlk büromuzu açtığımızda üstatlarımız bizlere yardımcı olurdu. Büromu açtığımda üstadım, Yargıtay Dergisi aboneliği hediye etmişti. Ayrıca bir firmanın icra takip işlerini bana hediye etmişti.

**Av. Akın Çamoğlu:** İşte bu, genç meslektaşlarımıza destek anlamında çok önemliydi. Ancak şimdiki şartlar ile o zamanki şartlar çok farklı. Bana gelen bilgilere göre orta yaşlı ve mesleğinde ilerlemiş meslektaşlarımız dahi şu anda ekonomik olarak sıkıntılar yaşamakta. Avukatlık mesleği, yönetenler tarafından etki sağlayabilecek konumdan uzaklaştırıldığını görmekteyim. Bu noktada barolar birliği geçtiğimiz haftalarda Türkiye’de ses getiren bir toplantı yaptı. Ankara’da, özellikle genç meslektaşlarımızın sorunlarını dile getirdi.

Bizim zamanımızda örneğin genç meslektaşlarımız için CMUK’tan feragat edilmişti. Bu uygulamayı başlatan ve ilk olarak CMUK’a gitmeyi bırakan avukatlardan birisi de bendim. Bu sayede genç arkadaşlarımıza destek olmuştuk. Günümüzde kıdemli avukatlar mesleğe yeni başlayan genç arkadaşlarımızı hukuk bürolarında yanlarına alarak destekleyebilir. Eskişehir’de bu, benim dönemimde benim tarafımdan başlatılmıştı. Genç arkadaşlarımıza destek vermek için ufak da olsa katkı sağlayabilmek için yanımıza alırdık. Esas sorun ise genç arkadaşlarımızın ekonomik problemleri. Bunun yanı sıra genç arkadaşlarımıza sosyal konularda destek sağlanması lazım. Genç meslektaşlarımızın sosyal alanlarda çalışmalar yapmaları lazım. Belediye meclislerine katılım sağlayabilirler. Avukat bulundurması zorunlu olan şirketler genç meslektaşlarımızla çalışmayı önceleyebilir. Bu sayede genç meslektaşlarımız öne çıkacaktır. Çözümleri kalıcı bir noktaya getirmek içinse Bakanlığın, Barolar Birliğiyle birlikte hareket etmesi gerekmektedir.

Genç meslektaşlarımızın en büyük sıkıntılarının birisi ise, üniversite ve hukuk fakültesi sayılarının artmasıdır. Bundan dolayı avukat sayısı çok yüksek bir noktaya çıktı ve genç meslektaşlarımızı olumsuz etkiledi. Bu nedenle staj eğitiminin çok daha kaliteli gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Üzülerek söylüyorum ki asgari ücretle çalışan avukatların olduğunu duyunca şaşırıyorum. Bu son derece tehlikelidir. Mesleğimizin etkisiz hale getirilmesidir. Gerçekten bu durumdan çok büyük rahatsızlık duymaktayım. Bunun çözümü Barolar Birliğimizin çalışmaları ile yönetenlere bu sıkıntıların iletilmesidir. Günümüzde

yönetimin barolara bakış açısının olumlu olmadığını görmekteyim. Yönetimin belirli noktalarda değişmesiyle, avukatlık mesleğinin daha iyi bir yere geleceğini düşünmekteyim.

**Av. Samet Sarıkaya:** Mesleğe başladığınız yıllarda avukatların, yargının diğer unsurlarıyla olan iletişimi nasıldı? Bununla ilgili birkaç anınızı paylaşabilir misiniz ?

**Av. Akın Çamoğlu:** Baro başkanı olduğum dönemde, avukatlar gününü kutladığımızda adliyedeki bütün hakim ve savcılar Eskişehir Barosunun misafiri olarak eksiksiz katılım sağlardı. Biz hep birlikte hareket ederdik. Avukat, hakim, savcı ayrımı yoktu. Hiçbir avukat hakim savcılarla yakın olduğu için onları istismar etmezdi fevkalade birlikte hareket ederdik. Bizim her ay yapmış olduğumuz bilimsel konferanslarda, Yargıtay daire başkanları, mesleğinde yükselmiş onurlu ve isim yapmış hukukçuları davet ettiğimizde tüm meslektaşlarımız, hakimler, savcılar kesinlikle katılım sağlardı. Mesela 2. Daire başkanı Esat Bey<sup>12</sup> geldiğinde bütün hakimler katılır, sorular sorup cevaplar alırdı. Hocaların hocası Hıfzı Veldet Velidedeoğlu<sup>13</sup> 2 defa geldi. Fevkalade memnun ayrıldı. Talih Uyar<sup>14</sup> çok sık gelirdi Eskişehir'e. Mesleğimizin gelişmesinde biz avukatlara çok geniş bir pencere açardı. Bu toplantılara da tüm hakim ve savcılar katılım gösterirdi. Şimdi duyuyorum ve çok şaşırıyorum. Toplantılara ne bir hakim ne bir savcı ne de bürokrasiden bir kimsenin gelmeyişi hukuk adına, yalnızca Eskişehir Barosu değil, bütün barolar adına son derece büyük bir eksiklik olarak görüyorum. Bunun adına da üzüntü duyuyorum.

**Av. Samet Sarıkaya:** Eskişehir Barosu Dergisi, 1984 yılında ilk defa sizin döneminizde çıkartıldı böyle bir dergi çıkartmaktaki gayeniz ve motivasyonunuz neydi ?

**Av. Akın Çamoğlu:** O tarihlerde Baro olarak, sosyal etkinliklerimiz anlamında hem Eskişehir'de hem de Türkiye genelinde meslektaşlarımızdan çok fazla bir talep oldu. Bu nedenle hukukun, bağımsız yargının ve mesleğimizin sorunları hakkında toplumda daha fazla ses getirebilmesi amacıyla meslektaşların isteğiyle böyle bir dergiye başlangıç yaptık. Çünkü

---

<sup>12</sup> Esat Şener (1924, Siverek - 23 Temmuz 2000, Ankara). 1970 yılında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş ve 1989 yılında emekliye ayrılmıştır.

<sup>13</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu (24 Ağustos 1904, İstanbul - 24 Şubat 1992, İstanbul), Türk hukukçu, akademisyen, yazar ve gazeteci. e 1961 Anayasası'nı hazırlayan komisyonun üyeliği ve kâtipliğini yapmıştır

<sup>14</sup> Av. Talih Uyar, (d. 20 Haziran 1945, Manisa). Bugüne kadar 41 kitabı ve 600'e yakın makalesi yayımlanmıştır. Halen çeşitli eğitimler vererek hukukumuzun gelişimine katkı sağlamakta, en yakın tarihli olarak, 11 Mart 2022 günü baromuzda eğitim vermiştir.

aramızda bu dergiye katkıda bulunacak çok değerli avukat ve hukukçular vardı, böyle başladık. Hatta bu dergiyi hazırlarken bir başka da dergi de hazırladık. Guguk adı altında, hem içimizdeki meslektaş yaşam öykülerini, meslektaşlarımızın enteresan hukuki anılarını ve bu türlü vakaları tarihe ve geleceğe aktarmak amacıyla bu işlere başladık. Dergimiz çok fazla talep gördü, benim başkanlığım sırasında Eskişehir Barosu, Eskişehir avukatları ve Bilecik'te yeterli avukat olmadığı henüz Bilecik Barosu kurulmamış olduğundan, Bilecik avukatlarından oluşmaktaydı. Onların da katkılarıyla böyle bir çalışmaya girdik. Fevkalade oldu. Bu yapmış olduğumuz çalışma gerçekten birçok baroların da çalışmalarına etkili oldu. Ankara ve İstanbul Barolarına da dergilerimizi göndererek oradaki meslektaşlarımızla da yazılarımızı paylaşma fırsatımız oldu. Eskişehir Barosu'nun Türkiye'de çok dinamik bir yapısı vardır. Eskişehir Barosu'nun hukukçuları, benim zamanımdaki ve benden sonraki meslektaşlarım, baro başkanları aynı dinamizmi devam ettirdiler. Çünkü Eskişehir Barosu, Türkiye'de Barolar anlamında mesleğimizin gelişmesine ışık tutan bir niteliğe sahiptir. Dergiyle beraber, sosyal aktivitelerimiz mevcuttu. Muhakkak her ay bir sosyal gezi yapardık. O zamanlar lokalimiz yoktu. Bir lokal başlangıcı yaptık. Her cumartesi müzikli lokal buluşmaları gerçekleştirdik. Lokalimizde tüm avukat arkadaşlarımıza öğlen yemeği verilerek hizmete devam edildi. Baro başkanlığım sırasında, hiçbir cumartesi lokal yemeklerimizi kaçırmadım. Bu, bizim çalışmamızı Türkiye genelinde örnek kıldı. Şimdi görüyorum o yaptığımız şeylerin ne kadar doğru olduğunu. Sizlerin yeni bir dergiye ön ayak olmanız, geçmişte bizim başlattığımız yolda daha da iyi hizmet vereceğinize inanıyorum. Bu da bizim baromuz ve Türkiye genelindeki mesleğimize katkı sağlayacaktır. Bu çalışmalarını görmek beni çok mutlu ediyor. Sizleri, Mustafa Bey'i emeği geçen Baro mensubu arkadaşlarımı kutluyorum. Çok mutluyum. Bizim zamanımızda derginin çalışmasında çok az katkı sağlayabiliyorduk. Ancak şu anda görüyorum ki çok özenle ve ısrarla bu derginin yayını için gayret sarf ediyorsunuz. Çok sevinçle karşılıyorum. İnşallah ilerleyen yıllarda da bu çalışmalar devam eder. Sizleri kutluyorum. Sağlığım yerinde oldukça Eskişehir Barosuna katkım ve desteğim olacaktır. bu ziyaretiniz ve röportajınız için de ayrıca teşekkür ediyorum. Sağlıkla kalın...

## AV. AKIN ÇAMOĞLU'NA AİT BAZI FOTOĞRAFLAR



(Serpil Çamoğlu, Akın Çamoğlu, Muazzez Oysul, Muvaffak Oysul)



(Serpil Çamoğlu, Ord. Prof. Dr. Hızlı Veldet Velidedeoğlu ve Av. Akın Çamoğlu)





(Av. Akın Çamoğlu ve Av. Önder Sav)



(Akın Çamoğlu, Hüsamettin Cindoruk, Yekta Güngör Özden ve Önder Sav)



(Dönemin Eskişehir Barosu Avukatları ve Fatma Girik)



(Av. Akın Çamoğlu, kütüphanesini Eskişehir Barosuna bağışlıyor 15 Mayıs 2024)



# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Eskişehir Barosu Dergisi'nin Kırk Yıllık Serüveni

Av. Samet Sarıkaya<sup>1</sup>

### Öz

Eskişehir Barosu Dergisi bu yıl itibarıyla kırk yaşını doldurmaktadır. Bu çalışmada, Eskişehir kentinin hukuk dergiciliği bakımından ne denli köklü bir geçmişe sahip olduğuna ve günümüzde hukuk dergiciliği bakımından ne durumda olduğuna kısaca değinilecektir. Ardından kırk yıllık süreç boyunca beş ayrı dönemde yayın yapan Eskişehir Barosu Dergisi'nin gelişim sürecine yer verilecektir. Eskişehir Barosu Dergisi'nin yayın hayatına başlaması, ara verdiği dönemler, neden yayın hayatına dönemsel olarak ara verdiği ele alınacaktır. Ayrıca derginin beş ayrı dönemi, içerik olarak değerlendirilecektir.

### Anahtar Kelimeler

Eskişehir Barosu, Hukuk Dergiciliği, Eskişehir Barosu Dergisi, Avukat Mecmuası, Hukuk Dergisi Eskişehir.

## Forty-Year Journey of the Eskişehir Bar Association Journal

### Abstract

The Eskişehir Bar Association Journal marks its fortieth anniversary this year. This study will briefly address the longstanding tradition of legal journalism in the city of Eskişehir and its current state. Following this, the development process of the Eskişehir Bar Association Journal over the course of five distinct periods spanning forty years will be examined. The beginning of the Eskişehir Bar Association Journal, the periods it took a break from, and why it took a break from publication will be discussed. In addition, five separate periods of the journal will be evaluated in terms of content.

### Keywords

Eskişehir Bar Association, Legal Journalism, Eskişehir Bar Association Journal, Advocate Journal, Eskişehir Law Journal.

<sup>1</sup> Avukat, Eskişehir Barosu, Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, av.sametsarikaya@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4110-9144.

## GİRİŞ

Eskişehir, Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana hukukçu eğitimi ve hukuk eserleri üretimi konusunda Türkiye'deki önemli şehirlerden birisidir. Günümüzde Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi olmak üzere iki ayrı hukuk fakültesine ev sahipliği yapmaktadır. Aynı zamanda 2024 yılı itibarıyla, Eskişehir Barosu Dergisi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ve Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Periodicum Iuris) adı altında üç ayrı hukuk dergisi Eskişehir'de, hukuka ve hukukçulara büyük katkı sağlamaktadır. Günümüzde bu dergilerden Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; TR Dizin, EuroPub, Erih Plus, Sobiad, Jurix, Crossref ve Google Scholar dizinlerinde, Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Periodicum Iuris) ise ICI World of Journals ve Google Scholar dizinlerinde taranmaktadır. Ayrıca her üç dergi de DergiPark sisteminde yer almaktadır.

Çalışmamızda Eskişehir Barosu Dergisi öncesinde Eskişehir'de yayın yapmış olan hukuk dergilerine kısaca değinilerek kentin hukuk dergiciliği tarihi incelenecektir. Ardından Eskişehir Barosu Dergisi'nin yayımlandığı kırk yıl, beş ayrı döneme ayrılarak dönemsel olarak inceleme yapılacaktır. Derginin yayın aralıkları dönemlere ayırırken kullandığımız kıstas ise bir yıl boyunca hiç yayın yapmamasıdır. Örneğin 2006 yılında derginin yayın kurulu ve sorumlu müdürü değişirken sayılar kesintisiz olarak devam etmiştir. Bu nedenle ayrı bir dönem olarak adlandırılmamıştır. Buna karşın 2008 yılından itibaren 2010 yılının Temmuz ayına kadar yeni sayı yayımlanmamıştır. Bu nedenle 2010 Temmuz sayısı, değişen editör ve yayın kurulu da dikkate alındığında yeni bir dönem olarak adlandırılmıştır. Sonuç kısmında ise derginin dönemsel olarak içeriği ve zaman içerisinde içeriğindeki değişimi ile yayın hayatına ara vermesine ve yayın hayatına yeniden başlamasına etki eden durumlara yer verilmiştir.

## I) ESKİŞEHİR'DE HUKUK DERGİCİLİĞİNE GENEL BİR BAKIŞ

Eskişehir, Cumhuriyetin ilk yıllarında da hukuk anlamında çok büyük öneme sahiptir. Mahkeme-i Temyiz adıyla anılan dönemin Yargıtayı 1923 yılında, günümüzde Türe Sokak'ta yer alan Adalet İlkokulunun bulunduğu bölgede, Eskişehir'in merkezinde kurulmuş

ve Ankara'ya taşınacağı 1935 yılına kadar faaliyetlerini burada sürdürmüştür<sup>2</sup>. Yargıtay, Eskişehir'de faaliyet gösterirken şehrin bilinen ilk hukuk dergisi ortaya çıkmıştır. 1927-1935 yılları arasında ilk başlarda “Avukat Mecmuası”, daha sonraları ise “Eskişehir Avukat Mecmuası” adıyla anılan bu dergi, Bandırmalı Avukat Ahmed Hilmi tarafından yayımlanmaktadır<sup>3</sup>. İçeriğinde, dönemin hukuki gelişmeleri yer almaktadır. Derginin 12. Sayısının son sayfalarında “Temyiz Mahkemesinde Da'vâsı Olanlara Kolaylık Eskişehir'de Avukat Hilmi” başlığı altında bir ilan da yer almakta olup Avukat Ahmed Hilmi'nin<sup>4</sup> Temyiz Mahkemesi'nde davası olan kişilere belirli bir ücret karşılığında yardımcı olabileceği belirtilmiştir<sup>5</sup>. Günümüzde derginin 15 Aralık 1927 tarihli sayısı Osmanlı Türkçesinden Latin harflerine transkripte edilmiş ve online olarak erişime açılmıştır<sup>6</sup>.

۷  
آوقات مجومعه سی  
تیمیز محکمه سنده دعواسی اولانلره  
قرده یی  
اسکیشرده آوقات همی

تیمیز محکمه سنده دعواسی اولانلره یوقاتیکن  
آدرسه مکتوب کورسون، ائقعه بملنده خیر کیره مرهقده اوقوتولور.  
دعوی نتمی و نیچمنک اشغری ایچون آشاغیده جدولده کورسولایی  
وجوله نتمی بونور بوسله کورنایی، برکتور بدمالینیمه جوا بیه  
آ کلاونلیدو. مکتوبک اشغری ایله آیزجه ایل و آدوسی اچیب اولیدو -  
مرهقه عتبه زعمده ایدرجه فرار، ایله، جوب لایمسی سوروری  
ایله وکلاینه کورنلیدی و بوز صومعه کورنلیدی، شغری ائد کورنلیدی و اسکیشرده  
واصل اولیدو.  
خیر لایمقی حاندا بایک واسطه ایله ایجابیه کوره نقرانه هان ییلیر ییلیر.  
فقینات و غایرات ایچون اجرت - شامل و غایت اولشده - بئین اولدور.  
ایشک نتمله کوره بو اجرت آؤ وچوقده اوله ییلیر.  
مرهقه عتبه ایچون اجرت - شامل و غایت - باریس بئین بوزمه  
اولدو. دعواک نتمله کوره بو اجرت آؤله ییلیر.  
این صامی مایس اجرت اولدو، ایدرجه غایرته احتیاج نایز، اجرت  
تمهل و ایشک مکتوب و بونه حواله سی و ذراعت یاغسیله کورنلیدی.

<sup>2</sup> <https://www.yargitay.gov.tr/150/tarihce.html> (E.T: 16.05.2024).

<sup>3</sup> Dergi, 1935 sonrası (muhtemelen Yargıtayın Ankara'ya taşınmasından dolayı) Ankara'da yayımlanmaya başlamış ve 35. Sayıdan itibaren “Ankara Avukat Mecmuası” adıyla yayım hayatına devam etmiştir. Bkz. VARLIK, M. Bülent, “Eskişehir Basın Tarihi Üzerine Bibliyografik Notlar”, *Kebikeç*, Sayı 15, 2003, s. 190.

<sup>4</sup> Eskişehir Barosu Arşivinde yer alan Baro sicillerinde yaptığımız araştırmalar neticesinde Ahmed Hilmi'ye yönelik herhangi bir kayda rastlanmamıştır. Kanaatimizce, dönem itibarıyla Eskişehir Barosu sicil kayıtlarının oluşturulmaması veya Ahmed Hilmi'nin başka bir Baroda kaydının bulunması sebebiyle Baro arşivinde hakkında herhangi bir belge bulunmamaktadır.

<sup>5</sup> Bu durum, günümüzde avukatlar arasında sıklıkla kullanılan tevkil uygulamalarını andırmaktadır.

<sup>6</sup> <http://www.osmanlicagazeteler.org/index.php> adresinden derginin 12. sayısına ve transkripsiyonuna ulaşılabilir.

<sup>7</sup> “Avukat Mecmuası 1927”. Mecmuası; toplanıp biriktirilmiş, tertip ve tanzim edilmiş şeylerin hepsi, seçilmiş yazılardan meydana getirilen yazma kitap ve dergi anlamlarına gelmektedir, bkz. DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Aydın Yayınevi, Ankara, 1990, s. 711.

<sup>8</sup> Metnin günümüz Türkçesiyle sadeleştirilmiş çevirisi şu şekildedir: “Temyiz Mahkemesinde Davası Olanlara Kolaylık. Eskişehir'de Avukat Hilmi. Temyiz Mahkemesinin herhangi dairesinde davası ve işi

Eskişehir’de hukuk alanında yayın yapan bir başka dergi ise 1949 yılında yayın hayatına başladığı anlaşılan “Hukuk Dergisi Eskişehir”dir. Eskişehir Barosu Dergisi’nin 1984 yılındaki bir sayısı sayesinde haberdar olduğumuz bu dergi<sup>9</sup>, Reşat Demirkazık<sup>10</sup> tarafından çıkartılmıştır. Ayrıca derginin ilk sayısında, 1946-1950 yılları arasında Eskişehir Barosu Başkanlığı ve sonrasında milletvekilliği yapmış olan Av. Celal Boynuk’un da bir yazısı bulunmaktadır. Derginin ilk sayısındaki diğer yazıların ise içtihatlar ve Yargıtay kararları olduğu görülmektedir.

HUKUK DERGİSİ ESKİŞEHİR	
Yıl : 1	Sayı : 1
İÇİNDEKİLER	
1- AKAÇ . . . . .	Reşat Demirkazık
2- Atlatılan tehlike ve sur Brâjörün münasebeti ile . . . . .	A. Celal BOYNUK
3- Temyizi İchtihat . . . . .	
4- Yargıtay kararları	Hukuk Kısmı
5- . . . . .	
6- . . . . .	Ceza Kısmı
7- . . . . .	
8- . . . . .	İcra Kısmı
9- . . . . .	

HAZİRAN  
9 4 9

11

olanlar yukarıdaki adrese mektup göndersin. En kısa bir sürede haber alır, meraktan kurtulur. Dava takibi ve sonucunun bildirilmesi için aşağıdaki cetvelde gösterildiği şekilde düzenlenmiş bir pusula gönderilmeli, ayrıca bir mektupla da iş, kısaca ve iyice anlatılmalıdır. Mektubun imzası yazı ile ayrıca yazılmalı ve adres açık olmalıdır. Dosyanıza ilişkin karar, Temyiz dilekçeniz ve cevap dilekçesi ile vekaletname gönderilmeli ve bunlar Temyiz Mahkemesindeki duruşma gününden en az on gün evvel Eskişehir’e ulaşmış olmalıdırlar. Haber alınması halinde ilk vasıta ile icabına göre telgrafla hemen bildirilir. Dosya takibi ve haberleşme için ücret - teamül ve âdet olduğu üzere- peşin on liradır. İşin durumuna göre bu ücret az ve çok da olabilir. Duruşmaya katılım için ücret - teamül ve âdettir- yarısı peşin yüzde ondur. Davanın durumuna göre bu ücret azaltılabilir. İş sahibi uygun bir ücret gönderirse haberleşme için ücrete ihtiyaç kalmaz. Ücret taahhütlü veya kıymetli mektup ve posta havalesi ve Ziraat Bankasıyla gönderilir.”. (Ahmed Hilmi, “Temyiz Mahkemesinde Davası Olanlara Kolaylık”, *Avukat Mecmuası*, 1927, Sayı 12, s. 4.) Sadeleştirdiğimiz metnin doğrudan transkripsiyonuna bir önceki dipnotta yer alan adresten ulaşılabilir.

<sup>9</sup> KURT, Kazım, “Süreklilik” *Eskişehir Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 2, s. 2.

<sup>10</sup> Reşat Demirkazık hakkındaki bilgiler ise ne yazık ki sınırlıdır. Avukatlık yaptığını bildiğimiz Reşat Demirkazık’ın 16 Mayıs 1961 tarihli Resmi Gazete 4110 sayfasında, 1958 yılında noterlik mesleğini icra etmeye başladığı görülmektedir.

<sup>11</sup> Hukuk Dergisi Eskişehir’in ilk sayısının kapağı. Bkz. KURT, s. 2.

## II) ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ'NİN 1. DÖNEMİ (1984)

Eskişehir Barosu Dergisi'nin ortaya çıkış süreci ve yayın hayatına başlama nedeniyle ilgili, 1984 yılında yazılmış birtakım metinler mevcuttur. İlk sayının beşinci sayfasında yer alan ve dönemin Eskişehir Barosu Başkanı Av. Akın Çamoğlu tarafından kaleme alınan yazıda derginin kurulmasıyla ilgili, "...Avukatlık yasasında yapılan değişiklikler, ekonomik şartlar, mesleki birikimimiz, savunma hukukunun ve savunmada Avukatın etkinlik ve saygınlığının önemini, büyük ölçüde arttırmıştır. Baro olarak bu değerlere gerekli önemi vererek Avukatlık mesleğine etkinlik ve saygınlık kazandırmayı, düşündüğümüzden, baromuzun kuruluşunun 60. yıldönümünde mesleki sorunlarınızı gidermede, dayanışmamızı, ve savunma hukukunun etkinliğini kuvvetlendirmede, yararı olacağı düşüncesiyle, ilk temyiz mahkemesinin kurulduğu şehrimizde "ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ" adı altında tüm hukukçuların katkısıyla yaşayacak bir baro dergisi hazırlayarak tüm hukukçuların hizmetine sunmanın yararlı olacağını düşündük..."<sup>12</sup> ifadelerine yer verilmiştir. Derginin ikinci sayısında yer alan ve Av. Kazım Kurt tarafından kaleme alınan "Süreklilik" isimli yazıda da biraz önce sözünü ettiğimiz Hukuk Dergisi Eskişehir'den bahsedilmiş ve Eskişehir'in uzun yıllardan beri bir hukuk dergisinin yokluğunun sıkıntısını çekmekte olduğu ifade edilmiştir<sup>13</sup>.

Birinci dönem olarak isimlendirdiğimiz bu kuruluş döneminde dört sayı yayımlanmıştır. Birinci döneme ait ilk iki sayı Ankara, Eskişehir ve Bursa'daki kütüphaneler ve sahaflarda yapılan araştırmalar neticesinde Baro Arşivine kazandırılıp online ortama

<sup>12</sup> ÇAMOĞLU, Akın, "Başlarken", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 1, s. 5.

<sup>13</sup> Yazının devamında Kurt'un ifadeleri şu şekildedir: "Bu sıkıntı elimizdeki ikinci sayısı ile ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ ile giderilmeye başlandı. Otuz beş yıl sonra bu boşluğu duyan hukukçuların gereksinimlerini karşılamak amacıyla yayına başlayan dergimiz Türk Hukuk literatürüne yenilikler getirebilecektir. Uzun süre böyle bir derginin olmayışı sanırım bu işin ne kadar güç olduğunu ortaya koymaktadır. Baro yönetimleri yarım kalması olasılığı oldukça güçlü bir işe başlamayı göze alamamışlardır. Yeni Yönetim Kurulumuz pek çok işte olduğu gibi yayıncılıkta da cesaretlidir. Kendilerini bu girişimlerinden dolayı kutluyor ve destekliyoruz. Baro Başkanımızın ilk sayıda yayımlanan başlangıç yazısında da belirtildiği gibi derginin yaşamını sürdürdürebilmesi bizlerin desteğine bağlıdır. Bu destek hem derginin hazırlanmasına katılmak hem de dağıtımına yardımcı olmak suretiyle sağlanabilecektir. Öncelikle Baromuzdaki değerli hukukçu ağabeylerimizin yazıları ile sürekli destek olmaları gereklidir. Bu yazılar Türk Hukukunun gelişmesi ve çağdaşlaşması açısından zorunludur da. Kişiliği, hukuk bilgisi, deneyimi ve hukukun üstünlüğü ilkesine olan inançları ile dergimizin yaşamaya ve sürekliliğini sağlayacak avukatlarımızı görev başına çağırıyoruz." Tam metin için: KURT, s. 2.

aktarılmıştır. Ne yazık ki varlığından haberdar olduğumuz üçüncü ve dördüncü sayılara henüz ulaşamamıştır.

Derginin ilk sayısının içeriği bir hayli ilgi çekicidir. İlk sayfada, dönemin yönetim kurulu ile Barolar Birliği delege ve yönetim kurulu üyelerinin fotoğrafları yer almaktadır. İlerleyen sayfada hukuk ve adalete ilişkin büyük düşünürlerin sözlerine yer verilmiştir. Dördüncü sayfada ise dergi hakkındaki bilgilere yer verilmektedir. Buna göre, derginin Eskişehir Sanayi Odasında basıldığı ve yıllık abonelik ücretinin 400 lira olduğu anlaşılmaktadır. Derginin giriş yazısı Av. Akın Çamoğlu tarafından kaleme alınan “Başlarken” isimli yazıdır. İlerleyen sayfalarda akademik anlamda yazılar olarak sınıflandırabileceğimiz; Av. Şener Başbüyük tarafından “Toplum ve Hukuk”, Eskişehir Noter Odası Başkanı ve Birinci Noteri Musa Başer tarafından “Türkiye Noterler Birliği ve Faaliyetleri”, Av. Şeref Yaman tarafından “Kişinin Dokunulmazlığı ve Meşru Savunma”, Av. Süleyman Avkan tarafından “Yetkili Sendikanın Belirlenmesi Sorunu” isimli makaleler kaleme alınmıştır. Bu kısımdaki son makale ise Av. İrfan Bakkalcı, Av. Hüseyin Fahri Ünlü, Av. Vedat Karabacakoğlu ve Av. Kazım Kurt tarafından kaleme alınmış olan “Birlik ve Beraberlik” isimli yazıdır. Bu yazıda, Eskişehir ili kapsamında olmak üzere, Eskişehir Barosu asgari ücret tarifesi belirlenmesi fikri ortaya atılmıştır<sup>14</sup>. İlerleyen bölümde Yargıtay ve Mahkeme kararlarına yer verilmiştir. Buradaki en dikkat çekici durum ise, içtihat arama programlarının bulunmadığı bu dönemde, Eskişehir Barosuna mensup avukatlar, karar içeriklerinden kendi dosyaları olduğunu anladığımız Yargıtay ve ilk derece mahkemesi kararlarını paylaşmışlardır. İlerleyen bölümde ise güncel meslek haberlerine yer verilmiştir. Burada, dönemin Cumhuriyet Başsavcısının katkılarıyla yeni bir yemekhane açıldığı, hakimlerin, Cumhuriyet savcılarının ve avukatların yemekhaneden beraber istifade edecekleri, üç stajyer avukatın adliyedeki stajlarını tamamladıkları, Eskişehir Barosuna kayıtlı bir avukatın baba olduğu ve bir Cumhuriyet savcısının spor ve saunanın yardımıyla bel fıtığından kurtulduğu gibi dönemin sosyal yaşantısına ilişkin birçok bilgi yer almaktadır.

<sup>14</sup> Bahsi geçen Eskişehir Barosu asgari ücret tarifesi fikri günümüzde uygulanmaktadır. Buna göre Eskişehir Barosu tarafından her yıl “Eskişehir Barosu Tavsiye Niteliğinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi” yayımlanmaktadır.



1984 yılında yayımlanan ikinci sayı ise “Başkanın Köşesi - Sayılar Artarken” isimli yazıyla başlamaktadır. Yazının içeriğinden ve yer verilen fotoğraftan, Hukukçular Lokali’nin hizmet vermeye başladığı ve açılışa; hukukçularla birlikte Orgeneral İsmet Çağlar, Vali Hanefi Demirkol ve Emniyet Müdürü Ahmet Karakurt’un katıldığı görülmektedir. Av. Kazım Kurt tarafından kaleme alınan “Süreklilik” isimli yazıda ise biraz önce bahsettiğimiz Hukuk Dergisi Eskişehir’in kapağına yer verilmekte, Eskişehir Barosu Dergisi’nin Eskişehir’in, hukuk dergisine olan ihtiyacını gidermeyi hedeflediği belirtilmekte ve derginin yaşaması için avukatlar görev başına davet edilmektedir. Bu yazının ardından Av. Akın Çamoğlu ve Av. Fikret Yılmaz Çavdar tarafından “Bir Konu Bir Karar Bir İşlem” isimli yazı kaleme alınmıştır. İlerleyen bölümde, bir önceki sayıda olduğu gibi pek çok Yargıtay kararına yer verilmiştir. Ardından yine önceki sayıda olduğu gibi meslek haberleri başlığı altında dönemin sosyal gelişmeleri aktarılmış, Avukatlık Kanunu’nda yapılması planlanan değişiklikle ilgili dönemin Eskişehir Barosu Başkanı Av. Akın Çamoğlu’nun eleştirilerine yer verilmiştir.

Derginin ilk dönemi, yayımlandığı yıllar çerçevesinde değerlendirildiğinde hem akademik hem de sosyal anlamda üst düzey bir içeriğe ulaşmıştır. Belirttiğimiz gibi, ne yazık ki üçüncü ve dördüncü sayılara günümüz itibarıyla erişimimiz bulunmamaktadır. Ancak içeriğin ilk iki sayıda olduğu gibi “makale-karar-sosyal nitelikli haberler” şeklinde olma ihtimali kuvvetlidir. Dergi, ilk döneminde dört sayı çıkartmasının ardından yayın hayatına ara vermiş ve ikinci dönem olarak adlandırdığımız 1993 yılına kadar yayın yapmamıştır.

### III) ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ’NİN 2. DÖNEMİ (1993)

Eskişehir Barosu Dergisi, 1993 yılında, Av. Aydın Güngör’ün başkanlığı döneminde yeniden yayın hayatına dönmüştür. Yayın kurulunda Av. Agah Atay, Av. Ülkü Kırcaali, Av. Neval Okan ve Av. Cemal Ünal yer almaktayken sorumlu yazı işleri müdürü görevini Av. Kazım Kurt yürütmüştür. Derginin yenilenen ilk sayısı “Yeniden Merhaba” isimli yazıyla başlamaktadır<sup>15</sup>. Yazıdan da anlaşıldığı üzere 1984 yılında, dört sayı çıkartılmış ancak maddi olanaksızlıklar ve meslektaşların yeterli ilgi göstermemesi nedeniyle devamlılık sağlanamamıştır. Bu yazının ardından başkanın köşesinde Av. Aydın Güngör’ün yazısına yer verilmiştir. Burada avukatların güncel kazanımlarına yer verilmiştir. Yazıdan, CMUK’da

<sup>15</sup> Yayın Kurulu, “Yeniden Merhaba”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 1993, Sayı 1, s. 2.

yapılan değişiklikle birlikte günümüzde CMK sistemi adı verilen sistemin geliştirildiği ve görevin Barolara verildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca savunmanın karakolda başlayacağı ve sanığın artık suçsuzluğunu ispat etmek zorunda kalmayıp esasen suçluluğunun ispat edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Bu değişikliğin yanı sıra Anayasa Mahkemesine üye atamalarındaki keyfilik eleştirilmiştir. Bu yazının ardından, Eskişehir Cumhuriyet Başsavcısı Mustafa Can Bolat'ın "Yargı ve Sorunları", Av. Akın Çamoğlu'nun "Savunmanın Yargıdaki Önemi", Av. Kazım Kurt'un "CMUK'daki Değişiklikler Ne Getirdi", Sosyal Hizmet Uzmanı Nurhan Türköz'ün "Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal Hizmet", Eskişehir Cumhuriyet Savcısı Muammer Akkaya'nın "Hak ve Özgürlük Kavramı (I)", Av. Neval Okan'ın "Sermaye Piyasası Kanunu ve İçerden Öğrenenlerin Ticareti" ve Av. Süleyman Avkan'ın Yargıtay Kararı İncelemesine yer verilmiştir. Sayının son sayfalarında ise güncel hukuki ve sosyal konuların değerlendirildiği basın bültenine yer verilmiştir. İkinci sayı ise üç ay sonra yayımlanmış, ve başyazı olarak Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden'in Demokrasi ve Hukuk isimli Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yıldönümü açılış konuşmasındaki sözlerine yer verilmiştir. Bu yazının ardından sekiz farklı makaleye daha yer verilmiştir.

Bu sayının ardından Eskişehir Barosu Dergisi 2003 yılına kadar yayın yapmamıştır. Bunu ise 2003 yılında çıkartılan, derginin ikinci sayısından öğrenmekteyiz. Dönemin yayın kurulu da ilk sayıyı yayımladıktan sonra eski dönemlerde Eskişehir Barosu Dergisi'nin yayımlandığını fark ettiklerini şöyle ifade etmişlerdir "Her büyük hukuk örgütü gibi Eskişehir Barosu olarak bizim de bir yayın organımızın olması gerektiği düşüncesi ile yola çıktık ve Yönetim Kurulumuzun 166 sayı ve 20.11.2002 tarihli kararı ile yayın kurumuzu oluşturduk. 1993 yılında baromuzun iki sayı dergi yayınlamış olduğunu tespit ederek bu özverinin devamı kararını aldık.<sup>16</sup>". Metinden de anlaşıldığı üzere 1993 yılında çıkartılan sayılar ancak ikinci sayıda tespit edilmiştir. Bunun neticesi olarak da 2003 yılında yayımlanan ilk sayı, derginin ilk sayısı olarak ortaya konulmuştur. Buna karşın yine metinden

<sup>16</sup> ULUTAŞ, Altan "Değerli Meslekdaşlarım", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 4.

anlaşılabilceği üzere 1984 yılında yayımlanan sayılar hakkında dönemin yayın kurulunun bilgisi bulunmamaktadır<sup>17</sup>.

#### IV) ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ'NİN 3. DÖNEMİ (2003-2008)

Eskişehir Barosu Dergisi, 2003 yılına gelindiğinde yeniden yayın hayatına başlamıştır. Av. Oğuz Sezer Arslan'ın başkanlığı döneminde yeni bir yayın kurulu oluşturulmuştur. Derginin o dönemki yayın kurulunda; Hüseyin Fahri Ünlü, Mehmet Eryılmaz, Mehmet İnci, Mehmet Yüksel, Yusuf Yıldırım, Reşit Dinç Erkara, Aydın Ünlüce, Yaşar Karagöl, Tuba Susoy, Mustafa Avcı, Barış Günaydın ve Çilem Saklavacı yer alırken derginin sorumlu müdürü Altan Ulutaş olmuştur. Derginin bu dönemdeki ilk sayısı Oğuz Sezer Arslan'ın "Başlarken" isimli yazısıyla başlamaktadır. Burada, Eskişehir Barosunun bir dergisinin olmamasının üzücü olduğu, derginin sürekli yayın yapacağı ve bu nedenle eser gönderiminin önemli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesine de teşekkür edilmiş, dekanından araştırma görevlisine kadar birçok akademisyenin dergiye destek verdiği belirtilmiştir<sup>18</sup>. Bu yazının ardından dönemin Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Nüvit Gerek'in "Eskişehir Barosu Dergisi Yayına Başlarken!" isimli yazısına yer verilmiştir. Gerek bu yazıda, Hukuk Fakültesinin Baro tarafından büyük ilgi ve destek gördüğü belirtilerek ortak çalışmalar yapılabileceği konusunda ümitlendiğini belirtmiştir. Ayrıca derginin çıkartılmasından memnuniyet duyduğunu ve başarılar dilediğini belirtmiştir<sup>19</sup>. Bu yazının ardından birçok akademik makaleye yer verilmekle birlikte avukatlar tarafından kaleme alınan deneme ve şiir gibi eserlerin de bu sayıda bulunduğu gözükmektedir. Ayrıca Aydın Ünlüce tarafından, geçmiş dönem Eskişehir Barosu başkanlarının öz geçmişlerinin derlenmiştir<sup>20</sup>.

Nisan ayında yayımlanan ilk sayının ardından Ağustos ayında ikinci, Aralık ayında ise üçüncü sayı çıkartılmıştır. Sayıların içerikleri ilk sayıyla benzer olup hem akademik eserlere hem de avukatlar tarafından kaleme alınan deneme ve şiirlere yer verilmektedir. Bu

<sup>17</sup> Bu da, alanda çalışan hukuk tarihçilerinin Baro arşivlerine yönelik yaptığı eleştirilerin haklılık payı içerdiğini bizlere göstermektedir. Örneğin: AYDIN, Tugay "Türkiye'de Avukatlığın Tarihi Ve İlk Kurulan Barolar Hakkında", *Adalet Dergisi*, s. 516-517.

<sup>18</sup> Yazının tamamı için bkz. ARSLAN, Oğuz Sezer "Başlarken", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 1, s. 3.

<sup>19</sup> Tam metin için bkz. GEREK, Nüvit, "Eskişehir Barosu Dergisi Yayına Başlarken!", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 1, s. 4.

<sup>20</sup> ÜNLÜCE, Aydın "Eski Baro Başkanlarımız", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 1, s. 86-88.

dönemde istikrarlı bir biçimde içerik olarak zengin sayılar çıkartılmıştır. 2005 yılına gelindiğinde, yayın kurulu değişmiş ve Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesinden birçok akademisyen yayın kuruluna dahil olmuştur. Altan Ulutaş sorumlu müdürlük ve yayın kurulu üyeliği yapmaya devam ederken, Mesut Aygün, Ozan Ercan Taşkın, Uğur Kara, Emine Cevahir Çalikuşu, Heval Yıldız ve Seçil Korkut yayın kurulunda görev almaktadırlar. Yayın kurulundaki değişiklik içeriğe de yansımış olup avukatlar ve akademisyenler birçok eserle sayıya katkı sağlamıştır. Ayrıca bu sayıyla birlikte artık şiir ve deneme gibi eserlere yer verilmediği, yalnızca akademik makalelere yer verildiği gözükmemektedir. 2005 ve 2006 yıllarında yayımlanan diğer sayılar da bu doğrultuda ilerlemiş ve akademik olarak çok kıymetli makalelere yer verilmiştir. 2005 Şubat ile 2006 Haziran arasında yayımlanan beş sayıda toplam 70 akademik makale yayımlanmıştır. Bu sayı, dönemin hukuk yayıncılığı bakımından Eskişehir Barosu Dergisi'nin iyi bir yerde olduğunu göstermektedir.

2006 yılının Ekim ayına gelindiğinde Eskişehir Barosu başkanı değişmiş ve Yusuf Yıldırım baro başkanlığına seçilmiştir. Bu değişimin ardından Gökhan Türk, derginin sorumlu müdürü görevindeyken yayın kurulunda; Mesut Aygün, Emine Cevahir Çalikuşu Yazıcı, Pınar Çelik, Ali Çuvalcı, Nihat Günaydın, Uğur Kara, Ozan Ercan Taşkın ve Heval Yıldız Karasu'nun yer aldığı görülmektedir. Yeni yayın kuruluyla birlikte dergi yayın hayatına devam etmiş ve 2006-2008 yılları arasında beş sayı yayımlanmıştır. Bu sayılar yine birçok avukat ve akademisyenin eserlerini içermiştir. Hatta 11 ve 15-16. sayılarda yazarların çoğunluğu akademisyendir. 2008 yılındaki sayının ardından iki yıl boyunca yayın hayatına ara veren dergi, 2010 yılının Temmuz ayında yeni editörü ve yayın kuruluyla bir sayı daha çıkartmıştır ve uzun yıllar yayın hayatına geri dönememiştir.

#### **V) ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ'NİN 4. DÖNEMİ (2010)**

Eskişehir Barosu Dergisi iki yıl yayın hayatına ara verdikten sonra yenilenen yayın kurulu, yayın kurulu başkanı ve editörüyle yeni bir sayı yayımlamıştır. Bu sayıyı ayrı bir dönem altında incelememizin nedeni ise verilmiş olan iki yıllık aradan kaynaklanmaktadır.

Temmuz ayında yayımlanan bu sayıda Seydi Tiftik, yayın kuruluna başkanlık ederken, editörlük görevini Barış Günaydın üstlenmiştir. Ayrıca ilk defa bu sayıda “editör”

ifadesi kullanılmıştır<sup>21</sup>. Yenilenen yayın kurulunda ise Alper Can Aykaç, H. Derya Ormanoğlu, Serap Nur Altın, M. Serhat Kaşıkara ve Y. Sertaç. Serter yer almıştır. Bu dönem ilk defa danışma kuruluna yer verilmiştir. Danışma kurulunda 13 ayrı üniversiteden 23 akademisyen ve 3 avukat yer almaktadır. 2010 yılında yayımlanan bu sayı, 2003 sonrası dönemdeki 17. sayı olmasına ve 2008 yılında Sayı 15-16 adıyla bir sayı yayımlanmasına rağmen 15. Sayı adıyla yayımlanmıştır. Sayıda bu tercihe yönelik herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Derginin bu sayısı da 2005 sonrası sayılarla benzerlik göstermekte olup ağırlıklı olarak akademik makalelere ve karar incelemelerine yer verilmiştir. Ayrıca yeni çıkan hukuki yayınlar için de bir bölüm mevcuttur. Bu sayının ardından dergi, uzunca bir süre yayın hayatına ara vermiştir. 13 yıl boyunca yayın yapmayan Eskişehir Barosu Dergisi, 2023 yılında yayın hayatına geri dönmüştür.

## **VI) ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ'NİN 5. DÖNEMİ (2023-DEVAM ETMEKTE)**

Eskişehir Barosu Dergisi, 2010 yılındaki son sayısının ardından 2023 yılında yeni kurullarıyla birlikte yayın hayatına geri dönmüştür. Yeni sayı, 2003 öncesi Eskişehir Barosu Dergisi'nin varlığı bilinmediği ve henüz arşiv araştırmaları yapılmadığından dolayı 2003-2010 arası ciltler halinde değerlendirilip "Cilt 8 Sayı 1" olarak yayımlanmıştır. Buna karşın ilerleyen dönemlerde Eskişehir Barosu Dergisi'nin tarihsel gelişimi ve yayımlanan sayılar araştırılmıştır. İki tanesi henüz arşive kazandırılmamasına karşın 1984 yılında 4 sayı, 1993 yılında 2 sayı ve 2003-2010 yılları arasında 15 sayı yayımlanmıştır. Esasen 5. dönemde yayımlanan bu ilk sayının 22. sayı olduğu belirtilebilecektir.

Av. Mustafa Elagöz başkanlığı döneminde yeniden yayın hayatına dönen derginin ilk sayısında, Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Av. Faruk Günhan, Editör Av. Samet Sarıkaya, Editör Yardımcısı Av. Hilal Sabire Apaydın ve Dil ve Yazım Editörü Av. Gaye Arslan'dır. Yayın kurulu üyeleri ise Av. Sencer Çelen, Av. Eylem Karacasu, Av. Özlem Sut Dolmuş, Av. Kerem Bağcı, Av. Selin Özdemir Altuğ, Av. Gülsüm Eraslan ve Av. Uğur Can Kalyoncu'dur. Ayrıca derginin danışma kurulu bu sayıda yenilenmiştir.

<sup>21</sup> 1984 yılından bu yana yayımlanan sayılarda editör ifadesine yer verilmemiş, sorumlu müdür ifadesi kullanılmıştır.

Sayı, Av. Aydın Ünlüce ve Av. Cemre Parmaksız anısına ithaf edilmiştir. Dergi, Av. Aydın Ünlüce ve Av. Cemre Parmaksız'ın özgeçmişleriyle başlamaktadır. Ardından Başkanın Sunuş Yazısı'na yer verilmiştir. Burada, en çok gerçekleştirmek istenilen hedeflerden birisinin Baro dergisinin yeniden canlandırılması olduğu ifade edilmiş ve her geçen gün değişen hukuk sistemi içerisindeki güncel gelişmeleri yakından takip edileceği belirtilmiştir.

Mart ayında yayımlanan bu sayıyla birlikte derginin tarihinde ilk defa hakemli makalelere yer verilmeye başlanmıştır. Sayıda, 8 hakemli makale, 4 makaleye ve 2 adet karar incelemesi bulunmaktadır. Ayrıca bu sayıda OSCOLA atf sistemi kullanılmıştır.

Derginin 2023 yılındaki ikinci sayısı Eylül ayında yayımlanmıştır. Bu sayı Av. Özkan Bulgu anısına ithaf edilmiştir. Sorumlu yazı işleri müdür ve editörde herhangi bir değişiklik bulunmazken editör kurulunda değişiklik meydana gelmiş ve yardımcı editör sayısı artırılmıştır. Av. Ebru Özkan, Av. Fatma Ataman ve Av. Gaye Arslan'ın yardımcı editörlük görevinde bulunurken danışma kuruluna yeni akademisyenler eklenmiştir.

Sayı, bir önceki sayıda olduğu gibi ithaf edildiği merhum Av. Özkan Bulgu'nun özgeçmişiyile başlamakta ve Başkanın Sunuş Yazısıyla devam etmektedir. Derginin bu sayısında OSCOLA atf sisteminin terk edilip kendine özgü, basitleştirilmiş bir atf sistemine geçilmiştir. Bir önceki sayıda olduğu gibi hakemli makale ve makalelere yer verilmiştir. Ayrıca Eskişehir Barosu, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Akademisi Kulübü, Türkiye Bilişim Derneği ve Ankara Üniversitesi paydaşlığında hazırlanan ve 5 Mayıs 2023 Cuma günü Eskişehir Barosu Hizmet Binası Av. Cemre Parmaksız Konferans Salonunda gerçekleştirilen Teknoloji ve Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda sunulan bildirilerin özetleri bu sayıda yayımlanmıştır. Bu sayının ardından derginin 40. Yılı olmasından dolayı 2024 yılında 40. Yıl Özel Sayısı'nın hazırlanmasına karar verilmiştir. 15 Haziran 2024 tarihine kadar 40. Yıl Özel Sayısı'na makale kabulü yapılmış, ardından 2025 yılında yayımlanacak yeni sayı için hazırlık süreci başlamıştır. 2025 yılındaki sayının önceki sayılardan büyük farkı atf sisteminin, Gözler tarafından geliştirilen Türk Hukuk Atf Sistemi (TÜHAS) olacak olması ve artık derginin tarihsel geçmişi tam olarak araştırıldığı için "kaçıncı sayının yayımlandığı sorununun" çözülmesi olacaktır<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> TÜHAS hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.tuhas.com.tr/> (E.T.: 21.05.2024).

## SONUÇ

Çalışmamızda Eskişehir'deki hukuk dergiciliği tarihi ve Eskişehir Barosu Dergisi'nin tarihsel gelişimi incelenmiştir. Derginin bir yıldan uzun süre ara vermesi yeni bir dönem olarak adlandırılmıştır. Bu bağlamda, Eskişehir Barosu Dergisi'nin 1984, 1993, 2003-2008, 2010, 2023 ve devamı şeklinde beş ayrı dönemde yayın yaptığı gözükmektedir.

1984 ve 1993 yıllarında yayımlanan sayılarda akademik içerikli yazılar bulunmakla birlikte özellikle 1984 yılındaki sayılar dönemin sosyal yaşantısına da ışık tutmaktadır. 2003 yılına geldiğinde ise ne yazık ki derginin geçmişiyle olan bağın koptuğu ve sayıların isimlendirilmesinde hataya düğüldüğü görülmektedir. İkinci sayıda bu durum fark edilmiş ve okuyucu bilgilendirilmiştir. 2003-2008 yılları arasında kesintisiz bir biçimde yayın yapılması ise çok büyük bir başarıdır. Derginin tüm sayıları bakımından en fazla içeriğe sahip olunan yıllar ise bu dönemde yer alan 2005-2006 yıllarıdır. 2008'de yayın hayatına ara veren dergi, 2010'da yeniden yayımlanmıştır. Ancak sayı numarası bakımından burada da hatalı bir nitelendirmeye gidildiği gözükmektedir. 2010 yılındaki sayının ardından dergi 13 yıllık en uzun arasına girmiş olup 2023 yılına kadar yayın yapamamıştır.

Eskişehir Barosu Dergisi'nin yeniden yayın yapmaya başladığı dönemlerdeki motivasyonlardan birisinin Baro yönetiminde meydana gelen değişim olduğu belirtilebilecektir. Nitekim 1984, 1993 ve 2003 yıllarında dönemin Baro başkanları ve yönetimi değişmiştir. Yeni yönetimler, Eskişehir Barosu Dergisi'ni yeni ve yeniden yayın hayatına kazandırmıştır. Bu durumun istisnasını 2010 ve 2023 yılları oluşturmaktadır. Nitekim 2010 yılında, 2006 yılında Baro başkanı seçilen Av. Yusuf Yıldırım halen görevdeyken 2023 yılında, 2018'de Baro Başkanı seçilen Av. Mustafa Elagöz görevdedir.

Derginin dönemselsel olarak yayın hayatını sonlandırmasındaki en büyük etken ise dergiye gönderilen eserlerin sayısının az olmasıdır. 1984 yılının 2. Sayısında derginin sürekliliği için eser gönderiminin gerekli olduğu belirtilirken 1993 yılındaki ilk sayıda da derginin yayın hayatına ara vermesindeki en büyük neden, eser sayısının azlık olarak belirtilmiştir.

İçerik bakımından, 1984 ve 1993 yıllarındaki sayılar dönemin sosyal yaşantısına ilişkin çalışmalara da yer verirken 2003 yılı itibarıyla bu yazılar yavaş yavaş terk edilmeye başlanmıştır. Eskişehir Barosu Dergisi'nin ilk iki dönemindeki çalışmalar incelendiğinde, avukatların, akademisyenlerin, hakimlerin, Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet

savcılarının, sosyal hizmet uzmanlarının ve adli tıp şube müdürlerinin olmak üzere hukukla ilgili birçok meslekten kimsenin kendi alanlarından eserlerle katkı sağladığı görülmektedir. Günümüzde yayımlanan Eskişehir Barosu Dergisi sayılarında farklı meslek gruplarından hukukçuların eserlerine yer verildiği görülmekle birlikte ne yazık ki bu sayı geçmiş dönemlere göre çok daha sınırlıdır. Nitekim yalnızca Eskişehir Barosu Dergisi bakımından değil, diğer birçok Baro dergisinin güncel sayıları incelendiğinde genelde avukatların ve akademisyenlerin eserlerini paylaştığı görülmektedir. Bu da hukuka ilişkin mesleklerin günümüzde birbirinden ne kadar kopuk olduğunu başka bir göstergesidir.

Eskişehir Barosu Dergisi'nde 2003-2005 yılları arasında avukatlar tarafından kaleme alınan şiir ve denemelere yer verilirken sonraki dönemlerde tam anlamıyla akademik bir dergi yapısına kavuşulmuştur. Nitekim 2023 yılındaki 5. Dönemle birlikte ağırlıklı olarak hakemli makalelere yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere Eskişehir, Cumhuriyet'in ilk yıllarından bu yana hukuk bakımından üretken bir şehir olmayı sürdürmüştür. Gelecek yıllarda yapılacak olan çalışmalarda Eskişehir Barosu Dergisi'nin 1984 yılında yayımlanan 3. ve 4. Sayıları tespit edilecek, Eskişehir Avukat Mecmuası'nın diğer sayıları araştırmacı ve okuyucularla buluşturulacak, Hukuk Dergisi Eskişehir'in varsa diğer nüshaları tespit edilip online arşivlere taranacak ve belki de bu çalışmalar esnasında, günümüzde unutulmuş ancak dönemine iz bırakmış olan başkaca hukuk dergileri keşfedilecektir.



**KAYNAKÇA**

- Ahmed Hilmi, “Temyiz Mahkemesinde Davası Olanlara Kolaylık”, *Avukat Mecmuası*, 1927, Sayı 12, s. 4.
- ARSLAN, Oğuz Sezer “Başlarken”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 1, s. 3.
- AYDIN, Tugay “Türkiye’de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar Hakkında”, *Adalet Dergisi*, s. 503 - 526.
- ÇAMOĞLU, Akın, “Başlarken”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 1, s. 5.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Aydın Yayınevi, Ankara, 1990.
- GEREK, Nüvit, “Eskişehir Barosu Dergisi Yayına Başlarken!”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 1, s. 4.
- KURT, Kazım, “Süreklilik” *Eskişehir Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 2, s. 2.
- ULUTAŞ, Altan “Değerli Meslekdaşlarım”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 4.
- ÜNLÜCE, Aydın “Eski Baro Başkanlarımız”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2003, Sayı 1, s. 86-88.
- VARLIK, M. Bülent, “Eskişehir Basın Tarihi Üzerine Bibliyografik Notlar”, *Kebikeç*, Sayı 15, 2003, s. 185-190.
- Yayın Kurulu, “Yeniden Merhaba”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 1993, Sayı 1, s. 2.
- <http://www.osmanlicagazeteler.org/index.php> (E.T: 16.05.2024).
- <https://www.tuhas.com.tr/> (E.T.: 21.05.2024).
- <https://www.yargitay.gov.tr/150/tarihce.html> (E.T: 16.05.2024).



# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Eskişehir Barosu Futbol, Voleybol ve Masa Tenisi Takımları

### Av. Necmi Kapar'la Söyleşi<sup>1</sup>

Akın Çamoğlu'nun Baro başkanı olduğu dönemde, Baro'nun sosyal faaliyetleri çerçevesinde spor yapanlar -o zamanlar toplam sayımız yüz elli iki yüz civarındaydı- olarak oluşturduğumuz bir takımdı. Doğrudan bir spor kulübü değildi. Bizim de meslek büyüğümüz olan, sonraları noter olarak mesleğine devam eden Av. Kutlu Vardar'ın bir minibüsü vardı. O minibüsle her hafta sonu Karayolları'nın çim sahasına giderdik. Mübaşirler, katipler, avukatlar, genç savcılar, stajyerler o minibüse doluşur futbol oynamaya giderdik. Daha sonrasında -herhalde Akın Bey aracılık etmişti- o yıl gerçekleşecek olan Eskişehirspor Beşiktaş maçından önce Atatürk Stadyumu'nda bir maç organize edildi. Bu maçta bizim takımımızla, Emniyet personelinin oluşturduğu takım karşılaştı. Maç 1-1 berabere bitmişti. Maçtaki tek golümüzü Av. Nevzat Kozluca, serbest vuruştan atmıştı. O gün çekilen bu fotoğraf, eski Adliye Binası'ndaki Baro Odası'nda uzun yıllar asılı kaldı.



<sup>1</sup> Bu söyleşi, 80'li yılların ikinci yarısında faaliyet göstermeye başlayan Eskişehir Barosu Masa Tenisi takımı ve yine aynı yıllarda Atatürk Stadyumu'nda Eskişehir Emniyet Spor'la karşılaştırma gerçekleştiren Eskişehir Barosu Futbol Takımı'nda yer almış olan Av. Necmi Kapar'la 30.05.2024 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

O günkü karşılaşmada çekilen fotoğraftaki isimler de şu şekilde: Sol üstte başta yer alan, biraz önce bahsettiğim golü de atan Av. Nevzat Kozluca. Mevkii olarak orta sahada oynuyordu. Serbest avukatlık yaptı, daha sonrasında Eskişehir Osmangazi Üniversitesi'nde hukuk müşavirliği yapıp emekli oldu. Yanındaki Av. Akın Çamoğlu'ydu. Üç dönem Baro başkanlığımızı yaptı. Onun yanındaki Av. Kazım Kurt, o zamanlar avukattı, takımımızın forvetiydi. Yanındaki Av. Şükrü Kırdemir, en kıdemlimizdi. Onun yanındaki Savcı Ziya Delen, bizlerle birlikte çok faaldi. Sağ üst köşede yer alan, Av. Cevdet Karanfil, Emirdağlıydı, sanırsam halen Emirdağ'da avukatlık yapıyor. O zamanlar stajyerdi, biraz sert oynuyordu. Bu maçta, karşı takımdaki bir polis arkadaşımız kafa attığında burnu kırılmıştı. Sol alttaki, biraz önce bahsettiğim, bizleri minibüsüyle çim sahaya götüren Av. Kutlu Vardar. Yanındaki Savcı Metin Kurt. O zamanlar o da stajyer savcıydı. Eskişehir'de uzun yıllar savcılık yaptı, şu anda İstanbul'da savcılık yapıyor. Yanındaki Av. Vedat Karabacakoğlu, iki üç yıl önce rahmetli oldu. Yanındaki kaleci, Av. Necmi Kapar. Sağ alttaki de Av. Mustafa Ardil. Eşiyle birlikte Yelkovan İşhanı'nda halen avukatlığa devam ediyorlar. Aynı zamanda, yine Akın Bey, Kazım Bey gibi isimlerin de olduğu bir voleybol takımımız vardı. Kapalı spor salonunda voleybol maçları yapıyorduk. Bazen antrenmanlara gidiyorduk. Devamında Eskişehir Kuruluşlar Arası Masa Tenisi Ligi'ne katılım gösterdik. Mürvet Hanım vardı, ben vardım, Sedat Aydoğdu vardı, daha sonraları o da noter oldu, uzun yıllar boyunca masa tenisi takımı olarak faaliyette bulunduk.



Bu fotoğraf, Baro'nun masa tenisi takımı. En soldaki benim, Ufuk Uysal, Sedat Aydoğdu, Mehmet Makkaf şimdi Ankara'da noter, Mürvet Beyaz, sağ üst köşedeki ise salim isimli bir arkadaşımızdı, eski milli masa tenisçilerinden. Her takımın bir adet kurum dışı kontenjanı vardı. Bunun da Baroda büyütülmüş hali mevcuttu ve uzun yıllar boyunca duvarda asılıydı.



Bu fotoğraf yine bir turnuvada, Üniversite'de çekilmişti. Burada seremoniye gidiyoruz. Ufuk Bey bayrağı taşıyor. İl üçüncülüğümüz oldu, dördüncü, beşinci olduğumuz yıllar oldu.

# **HAKEMLİ MAKALELER**





# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Gizli Soruşturma Yapan Adli Kolluk Görevlisi

Prof. Dr. Berrin AKBULUT \*

### Öz

Kolluk görevlileri suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delilleri toplamak amacıyla, alıcı kılığına girerek veya sıradan bir kişi davranarak faaliyet gösterebilmektedir. Yargıtay bu şekilde faaliyet gösteren kişilere, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi adı vermektedir. Kolluk görevlilerinin bu şekilde faaliyet göstermelerinin hangi şartlarda kabul edileceği, elde ettikleri delillerin kullanıp kullanılmayacağı, kişileri suç işlemeye azmettirdikleri veya teşvik ettiklerinde cezalandırılıp cezalandırılmayacakları doktrin ve uygulamada belirlenmeye çalışılmakta, tartışmalara neden olmaktadır.

Yapılacak bu çalışmada yukarıda belirtilen hususlar Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi, azmettirme, teşvik etme, hukuka aykırı delil, Cumhuriyet savcısı.

\* Profesör Doktor, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı, bakbulut@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8045-2784.

\***Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.\***

Gönderilme Tarihi: 7 Mayıs 2024 / Kabul Tarihi: 18 Mayıs 2024.



# ESKİSEHIR BAR ASSOCIATION JOURNAL

## Judicial Law Enforcement Officer Conducting a Confidential Investigation

### Abstract

In order to identify the crime and its perpetrator and to collect the evidence related to the crime, law enforcement officers may operate by posing as a buyer or by acting as an ordinary person. The Court of Cassation refers to such persons as judicial law enforcement officers who conduct confidential investigations. The conditions under which such activities of law enforcement officers will be accepted, whether the evidence they obtain can be used, and whether they can be punished when they incite or encourage people to commit crimes are tried to be determined in doctrine and practice and cause discussions.

In this study, the above-mentioned issues will be explained within the framework of the decisions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

### Keywords

Judicial law enforcement officers conducting confidential investigations, solicitation, incitation, unlawful evidence, public prosecutor.



## I. KAVRAM VE ŞARTLAR

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi, Yargıtay tarafından kullanılan bir kavramdır. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 139'daki gizli soruşturmacıdan<sup>1</sup> ayırmak için gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi kavramı kullanılmaktadır. Yargıtay tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararları ve CMK'nin düzenlemesi göz önünde bulundurularak CMK'nin 139. maddesi dışında kalan suçlar yönünden adli kolluk görevlisinin kimliğini gizleyerek suç delillerini elde etmek ve suç faillerini yakalamak için faaliyette bulunması halinde gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin varlığı kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Yargıtay'a göre gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlileri, kışkırtıcı ajan gibi hareket edemezler. Suç işleme kararı olmayan bir kimsede, suç işleme kararı verdirtemezler<sup>3</sup>. Yargıtay gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi kavramını tercih ederken doktrinde kışkırtıcı ajan veya ajan-provokatör kavramı kullanılmaktadır. Kışkırtıcı ajan veya ajan-provokatör, devlet organlarının kontrolü veya himayesi altında diğer kişileri suç işlemeye sevk eden kişi anlamında kullanılmaktadır. Kışkırtıcı ajanın herhangi bir kişi veya kolluk görevlisi olabileceği kabul edildiği gibi<sup>4</sup> kolluk görevlisi için ajan provokatör, herhangi bir kişiye ise kışkırtıcı ajan ibaresini kullanan yazarlar da bulunmaktadır<sup>5</sup>.

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi için CMK'nin 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirme yapılması gerekir. Görevlendirmenin kural olarak yazılı, ancak acele hallerde sözlü olarak da yapılması mümkündür. Sözlü emrin, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilmesi gerekmektedir (CMK m. 161/3). Adli kolluk görevlileri, suç teşkil eden bir olayla karşılaştıklarında el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirecek ve onun emri çerçevesinde de hareket

<sup>1</sup> Gizli soruşturmacı koruma tedbiri ilk kez 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile düzenlenmiştir. 5271 sayılı CMK ile gizli soruşturmacı koruma tedbiri yeniden düzenlenmiş ve 139. maddede hükme bağlanmıştır.

<sup>2</sup> CGK, 30.06.2015, E. 2015/10-233, K. 2015/258; Yargıtay 4. CD, 23.06.2022, E. 2020/16445, K. 2022/15901; Yargıtay 4. CD, 13.04.2022, E. 2020/6996, K. 2022/10061.

<sup>3</sup> Yargıtay 18. CD, 28.06.2016, E. 2015/24056, K. 2016/14287; Yargıtay 18. CD, 27.06.2016, E. 2015/23774, K. 2016/14240; Yargıtay 18. CD, 16.05.2016, E. 2015/23934, K. 2016/10544.

<sup>4</sup> ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 531.

<sup>5</sup> EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 419.

edebilmektedirler (CMK m. 161/2). Adli kolluk görevlisinin bu şekilde Cumhuriyet savcısının emri çerçevesinde hareket ettiği ve kimliğini gizlemesi halinde de kurallara uygun hareket eden adli kolluk görevlisinden bahsedilebilecektir. AİHM de, sınırların belirlendiği ve güvence altına alındığı durumlarda gizli soruşturma yapılmasını kabul etmektedir<sup>6</sup>. Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü emri olmadan ya da Cumhuriyet savcısına bilgi vermeden kimliğini gizleyerek adli işlem yapan adli kolluk görevlisinin eylemi hukuka aykırı olacak<sup>7</sup> ve elde ettiği deliller suçun ispatında kullanılamayacaktır (CMK m. 217/2)<sup>8</sup>.

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi “*Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delilleri toplamak amacıyla, alıcı rolüne girerek, suça azmettirmeden veya teşvik etmeden*” hareket edebileceklerdir (örneğin uyuşturucu madde alabileceklerdir). Yargıtaya göre, “*adli kolluk görevlilerinin amacı, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak değil sanıkların buldukları mahalde uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapan kişileri tespit ederek, bu suça ilişkin delilleri toplamak olup, aldıkları uyuşturucu maddeyi devralma ve mal edinme iradeleri bulunmadığından, somut olayda gerçek bir alım satım söz konusu olmayıp, gerçekleştirilen eylem sanığın suçunu delillendirme işlemidir*”<sup>9</sup>. Gizli görevlinin işlenen veya işlenmek üzere olan suçu ortaya çıkartmak için

<sup>6</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire Burak Hun-Türkiye Davası, 15 Aralık 2009, Başvuru No: 17570/04.

<sup>7</sup> “*Somut olayda; yukarıda sözü edilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde, Cumhuriyet savcısının CMK'nin 160 vd. maddelerine göre yaptığı yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın, ihbar üzerine tutanak görevlisi polislerin sanığı arayıp fuhuş için kendilerini misafir edip edemeyeceklerini sordukları, sanığın misafir edeceğini söylemesi üzerine kolluk görevlilerinin inceleme dışı sanığı takip ederek sanığa ait adrese gittikleri, müştekinin burada bulunduğu, müşteki ile polislerin 50,00 TL karşılığında fuhuş için anlaşmışları, polis memurunun müşteki ile odaya geçtikten sonra kolluk görevlilerinin kimliğini açıkladıkları, ardından işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Savcılığına haber verilerek diğer işlemlerin gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Sanığın, yukarıda açıklanan eylem nedeniyle fuhuş suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açılıp bu eylem nedeniyle cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, yukarıda belirtilen ilkelere uygun bir gizli soruşturma için adli kolluk görevlendirmesi yapılarak elde edilmiş bir delil bulunmadan, kolluk görevlilerinin müdahalesi olmaksızın, sanığın aşamalarda atılı suçu işlemediğine ilişkin savunmasının aksine cezalandırılmasına yeter kuşkuyu aşan kesin ve yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması, Kanuna aykırı*”, Yargıtay 4. CD, 23.06.2022, E. 2020/16445, K. 2022/15901. Aynı yönde Yargıtay 4. CD, 13.04.2022, E. 2020/6996, K. 2022/10061.

<sup>8</sup> Yargıtay 4. CD, 23.06.2022, E. 2020/16445, K. 2022/15901; Yargıtay 4. CD, 13.04.2022, E. 2020/6996, K. 2022/10061.

<sup>9</sup> CGK, 30.06.2015, E. 2015/10-233, K. 2015/258.

şüphelilerle temas kurarak suçüstü yakalanmalarını sağlaması AİHM tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) uygun bulunmaktadır<sup>10</sup>. Bunun için yetkili makamların bilgisi dahilinde yetkileri sınırlandırılmış şekilde hareket etmeleri gerekir<sup>11</sup>. Mahkeme sadece kolluk görevlilerini değil, kolluk görevlileriyle işbirliği içinde hareket eden kişilerin eylemlerini de kabul etmektedir. Mahkeme, Lüdi/İsviçre Kararında<sup>12</sup> adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul etmemiştir. Zira olayda İsviçre makamları, Alman polisi tarafından haberdar edilmiş ve polisin eylemi tetkik hakiminin (soruşturma

---

<sup>10</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire Burak Hun-Türkiye Davası, 15 Aralık 2009, Başvuru No: 17570/04; Vlachos/Yunanistan, 18 Eylül 2008, Başvuru No: 20643/06. "...Ancak kolluk görevlilerinin, CMK'nin 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delilleri toplamak amacıyla, alıcı rolüne girerek, suça azmettirmeden veya teşvik etmeden şüpheliden uyuşturucu madde satın alması mümkündür. Bu durumlarda adli kolluk görevlisinin 5271 sayılı CMK'nin 139. maddesi uyarınca değil, 160 ve devamı maddeleri uyarınca görevlendirilmesi yeterlidir. (Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 474) Gizli görevlinin işlenen veya işlenmek üzere olan suçu ortaya çıkartmak için şüphelilerle temas kurarak suçüstü yakalanmalarını sağlaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun bulunmuştur (AİHM'nin Lüdi/İsviçre, 15.06.1992 gün ve 12433/1986 sayılı kararı). Ancak görevlinin suç işlemeye niyeti olmayan kişileri suç işlemeye teşvik ve azmettirmesi AİHS'nin ihlali olarak kabul edilmiştir (AİHM'nin Teixeira de Castro/Portekiz, 09.06.1998 gün ve 25829/94 sayılı kararı). Somut olayda; sanıklar Menekşe ve Yeliz'e isnat olunan uyuşturucu madde ticareti suçunun "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olması" nedeniyle, mahkemece 5271 sayılı CMK'nin 139. maddesi uyarınca "gizli soruşturmacı" görevlendirilmesine karar verilmesi isabetli olmayıp, alıcı rolüne girerek sanıklardan uyuşturucu madde satın alan görevlilerin gizli soruşturmacı değil gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlileri olarak kabul edilmeleri gerekir. Bu görevlilerin ancak "suça azmettirmeden veya teşvik etmeden" elde ettikleri deliller hukuka uygun olacaktır. Kolluk görevlilerince, öncelikle suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması, suç işlenmesinden sonra ise işlenmiş olan suçun tespit edilerek, bu konudaki delillerin toplanması ve suç işlediği belirlenen kişinin başka bir suç işlemeye yönlendirilmeden yakalanıp adalet önüne çıkarılması gerekirken, şüphelinin ceza sorumluluğunu artıracak şekilde davranışlarda bulunmaları halinde gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde düzenlenen "hukuk devleti" ilkesi, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde hüküm altına alınan "adil yargılanma" hakkı ihlal edilmiş olacaktır", CGK, E. 2014/10-843, K. 2015/280; CGK, E. 2014/10-848, K. 2015/136.

<sup>11</sup> BİRTEK, Fatih: "Teixeira De Castro / Portekiz Davası (44/1997/828/1034)", *TBB Dergisi*, 2010, Sayı 91, s. 424.

<sup>12</sup> "Alman polisince uyarılan kanton yetkilileri, İsviçre'deki uyuşturucuyu satmayı amaçlayan geniş kaçakçı ağına sızması için yeminli bir görevli seçmişlerdir. Operasyonun amacı, uyuşturucunun teslim edildiği sırada kaçakçıları yakalamaktır. Bu nedenle Toni, kendisine 200.000 İsveç frangı değerinde 2kg. kokain satmaya hazır olduğunu söyleyen başvurulanla iletişim kurmuştur", CENGİZ, Serkan/DEMİRAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRIDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İşığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 85.

hakiminin) bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiştir. Ayrıca Alman polis memurlarının rolünün gizli bir ajan olarak sınırlandırılmış olduğunu kabul etmiştir<sup>13</sup>.

Kimliğin gizlenerek yapılan adli işlem doğrudan uygulanan bir işlem niteliğinde olmayıp ikincil bir işlemdir. Dolayısıyla bu tedbirin gerekliliği ve orantılılığının mutlaka Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenmesi gerekmektedir<sup>14</sup>. Gerekli ve orantılı olmadığı hallerde Cumhuriyet savcısının emir vermemesi gerekmektedir. Bu halde hukuka aykırı emrin varlığı söz konusu olacaktır (TCK m. 24). Emrin sorgulanmadığı, yerine getirilmesinin zorunlu olduğu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk Cumhuriyet savcısına ait olacaktır (CMK m. 161/3 kapsamına giren sözlü emirlerde). Emrin hukuka aykırılığının denetlenebildiği hallerde ise emrin denetlenmesi, emrin hukuka aykırılığı noktasında kolluk görevlisinin hataya düşmesi durumunda ise TCK m. 30/4 uygulanması gerekmektedir. Yargıtay verilen emrin suç teşkil ettiğini bildiği ancak emrin bağlayıcı olduğunu zannettiği olaylarda yerinde olmayarak sorunu 30/4 kapsamında çözmektedir. TCK m. 30/4'ün uygulanması için kişinin fiilin suç teşkil ettiğini, hukuka aykırılık oluşturduğunu bilmemesi gerekir. Belirtilen durumda ise görevli fiilin suç teşkil ettiğini bilindiğinden TCK m. 30/4 uygulanamaz<sup>15</sup>. Verilen emrin hukuka aykırı olduğu ve denetleme imkânı bulunduğu bir durumda, görevlinin bu emrin yerine getirilmesi zorunlu olan bir emir olduğunu düşünerek yapması halinde ise TCK m. 30/3 kapsamında kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata

---

<sup>13</sup> BİRTEK, s. 424.

<sup>14</sup> Yargıtay 4. CD, 23.06.2022, E. 2020/16445, K. 2022/15901; Yargıtay 4. CD, 13.04.2022, E. 2020/6996, K. 2022/10061.

<sup>15</sup> “Sanığım, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, esasen hukuk düzeninde kabul edilmeyen “konusu suç teşkil eden emrin ifası”nın, askeri hiyerarşi içinde mutlak itaat ve emrin muhtevasını sorgulayamama ilkelerinin sonucu olarak bağlayıcı olduğu hususunda kaçınılmaz bir yanılığa düşüp düşmediği; olağan dönemlerde de aranan, failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı, rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları gibi kriterlerin, siyasi tarihi itibarıyla darbe geleneğinin demokrasi kültüründen daha baskın olduğu ülkede suç tarihi itibarıyla yaşanan kalkışmanın olağanüstü şartları nazara alınarak değerlendirilmesi, mevcut irade ve bilgisini, eylemin haksızlığını algılama, davranışlarını bu algılama doğrultusunda yönlendirme ve böylece haksızlığı tercih etmeme bakımından kendisinden beklenebilen tercih ve tutum noktasında kullanıp kullanmadığı ex ante bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında kaçınılmaz bir yanılığa düştüğünün kabul edilmesi gerekmele, kaçınılmaz izin yanılıgı kusuru tamamen ortadan kaldıracığından TCK'nın 30/4 maddesi delaletiyle, 5271 sayılı CMK'nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”, Yargıtay 3. CD, 09.06.2022, E. 2021/15268, K. 2022/3386.

söz konusu olacaktır. Konusu suç teşkil eden emrin ise hiçbir şekilde yerine getirilmemesi, aksi takdirde hem emri verenin hem de emri yerine getiren kişinin sorumluluğu söz konusu olacaktır (TCK m. 24).

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin işlem yaptığı hallerde gizli görevlinin tutanakları suçun ispatında belirleyici, esas faktör olmaması gerekmektedir. Sadece tutanıklara dayanarak değerlendirme yapılmamalıdır. Başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir<sup>16</sup>. AİHM, Teixeira De Castro/Portekiz Kararında temel olarak iki polis memurunun ifadelerine dayanılarak başvuranın mahkûm edildiğini kabul ettiği olayda hak ihlali kararı vermiştir<sup>17</sup>. Kolluk görevlisinin tutanağı başka delillerle birlikte delil olarak kullanılıyorsa mutlaka kolluk görevlilerinin dinlenmesi, sanığa kolluk görevlilerini sorgulama, kolluk görevlilerin beyanlarına karşı savunma yapma imkânı verilmelidir<sup>18</sup>. AİHM, mahkûmiyet kararının birden fazla delile dayanılarak verildiği hallerde, delillerden biri olmaksızın failin suçu işlediği noktada vicdani kanaat oluşamayacağı hallerde, mahkûmiyet kararının verilmesi için sanığa esaslı delili test etme imkânının verilmesini kabul etmektedir<sup>19</sup>.

## II. GİZLİ SORUŞTURMA YAPAN ADLİ KOLLUK GÖREVLİSİNİN HUKUKA AYKIRI HAREKETİ VE DELİL ELDE ETMESİ

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi uygulaması kabul edilmekle birlikte, suç işleyen kişileri yakalamak ve delil elde etmek için hareket ederken kişileri suça azmettirmemesi, teşvik etmemesi gerekmektedir. Aksine uygulama, yani görevlinin suç işlemeye niyeti olmayan kişileri azmettirmesi veya suç işlemeye teşvik etmesi AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali niteliği taşımaktadır<sup>20</sup>. AİHM'nin önüne gelen bir olayda polis memurlarının suça teşvik ettiklerini kabul etmiştir<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire Burak Hun-Türkiye Davası, 15 Aralık 2009, Başvuru No: 17570/04.

<sup>17</sup> Teixeira De Castro/Portekiz Kararı, 9 Haziran 1998, 44/1997/828/1034.

<sup>18</sup> Yargıtay 4. CD, 23.06.2022, E. 2020/16445, K. 2022/15901.

<sup>19</sup> KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2023, s. 434.

<sup>20</sup> Vlachos/Yunanistan Kararı, 18 Eylül 2008, Başvuru No: 20643/06; Teixeira de Castro ve Vanyan/Rusya Kararı, 15 Aralık 2005, Basvuru No: 53203/99,

<sup>21</sup> “8. Mr. Francisco Teixeira de Castro, 1995 yılında doğmuş, Campelos'te (Guimaraes) yaşayan bir Portekiz vatandaşıdır. Söz konusu tarihte bir tekstil fabrikasında çalışmış ve hapis hanesinden serbest bırakıldığı zamandan beri iş bulamamıştır. A. İki polis görevlisinin müdahalesi ve

Mahkemeye göre, “Yetkili makamların, Teixeira de Castro'nun uyuşturucu satıcısı olduğundan şüphe etmek için iyi bir nedeni olmadığı anlaşılmaktadır. Aksine, sabıka kaydı bulunmamaktadır ve hakkında hazırlık soruşturması başlatılmamıştır. Kendisiyle yalnızca V. S. ve E. O.'nun aracılığını yaptıkları sırada karşılaşan polis memurları da kendisini tanımamaktaydı. Ayrıca, uyuşturucu başvuranın evinde değildi. Uyuşturucuları, kendisinin de başka bir kişiden elde ettiği üçüncü bir şahıstan edinmiştir. Yüksek Mahkeme kararı da yakalandığı sırada başvuranın polis memurlarının aradığı miktardan fazla uyuşturucuya sahip olduğunu ve polisin kendisinden yapmasını istediğinden öteye geçtiğini ... göstermemektedir. Hükümet'in, başvuranın suçları işlemek durumunda kaldığına ilişkin iddiasını destekleyen deliller mevcut değildir. Bu koşullardan anlaşılması gereken, söz konusu iki polis memurunun, esasen pasif olarak Teixeira de Castro'nun suçunu soruşturmakla kalmayıp suçun işlenmesine teşvik edici bir etki yarattıklarıdır”<sup>22</sup>.

---

başvuranın yakalanması 9. Uyuşturucu ticaretinin gözetlenmesi operasyonunu ile ilgili olarak, Famaliçao polis merkezi Kamu Güvenliği Polisi'nden (PSP) iki sivil polis memuru, kendi tüketimi için esrar satın almaktan ikinci derece uyuşturucu ticaretinin şüphelisi olan V. S. ile defalarca kişisel ilişki kurmuştur. Sivil polisler, V. S. vasıtasıyla, ondan birkaç kilo esrar satın almak istediklerini teklif edip, ona uyuşturucuyu sağlayan kişinin kimliğine ulaşabileceklerini ümit etmişlerdir. Onların polis memuru olduğunun farkında olmayan V. S. bir uyuşturucu sağlayıcısı bulmaya razı olmuş ancak, iki görevlinin ısrar etmiş olmasına rağmen, V. S. her hangi bir sağlayıcı bulamamıştır. 10. 30 Aralık 1992 tarihinde, gece yarısından kısa süre önce, iki polis memuru V. S.'nin evine gidip eroin satın almak istediklerini belirtmiştir. V. S., Francisco Teixeira de Castro dan, biraz eroin bulabilecek biri olarak bahsetmiş ve ancak Francisco Teixeira de Castro'nun adresini bilmediği için adresi F. O. dan tedarik etmesi gerekmekteydi. Daha sonra dördü birlikte alıcı olduğu iddia edenlerin (gizli polislerin) aracında, başvuranın (Francisco Teixeira de Castro) evine gitmişlerdir. Başvuran Francisco Teixeira de Castro, F.O'nun isteği üzerine dışarıya çıkmış ve iki polis memurunun bulunduğu otomobile binmiş ve V.S. ile birlikte burada bulunmuştur. Polis memurları, Portekiz Bankası'ndan temin ettikleri bir para çantası göstererek, 200.000 escudo (PTE) fiyat üzerinden 20 gram eroin satın almak istediklerini söylemişlerdir. 11. Mr. Teixeira de Castro eroin tedarik etmeyi kabul etmiş ve F.O.'nun eşliğinde, kendi arabası ile başka birinin (J.P.O) evine gitmiştir. J.P.O ise, başka birinden, birinin ağırlığı on gram, diğer ikisinin ağırlığı beşer gram olan üç eroin poşeti temin etmiş ve döndüğünde para ile takas etmek suretiyle onları başvurana (Mr. Teixeira de Castro) teslim etmesine rağmen aldığı para miktarının 100.000 PTE'nin üstünde olduğunu tam olarak bilmemekteydi. 12. Daha sonra başvuran, uyuşturucuları V. S.'nin evine götürmüş ve V.S. bu arada dışarıda bekleyen iki polis memurunun yanına geri dönmüş ve evin içerisinde pazarlık yapmıştır. Polis memurları, V. S.'nin davetiyle içeriye girmiş; daha sonra başvuran cebindeki eroin poşetlerinden bir tanesini dışarı çıkardığı sırada, iki polis memuru kimliklerini açıklamış ve başvuranı, V. S. ve J.P.O yu saat 02.00 sıralarında yakalamıştır”, Bkz.: BİRTEK, s. 414, 415.

<sup>22</sup> CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/MCBRİDE/TEZCAN, s. 85

Yukarıda belirtilenlerden de anlaşıldığı gibi gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin suç işlemeye niyeti olmayan kişileri azmettirmesi veya suç işlemeye teşvik etmesi kabul edilmemektedir. Somut olayda kolluk görevlilerinin faili suça kışkırtması ve mücadelesi olmadan suçun işlendiğine dair delil elde edilemiyorsa, polis memuru hukuka aykırı davranmış ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir<sup>23</sup>. Dolayısıyla kolluk görevlileri kişileri suç işlemeye azmettirmeyecekler veya teşvik edemeyecekler, etmişlerse de elde ettikleri delil kullanılamayacaktır. Anayasa Mahkemesine göre, “*daha önce işlenmiş olduğu iddia edilen bir suça ilişkin şüphenin söz konusu olmadığı durumlarda, devletin kamu görevlileri aracılığıyla suç işleyebileceği tahmin edilen kişilerin suç işlemesine imkân verebilecek bir ortamı hazırlaması ve böylelikle kişilerin suç işlemesine imkân sağlaması kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda hukuk devleti ilkesine aykırı olarak başlatılan soruşturma kapsamında kişilerin cezalandırılması yoluna gidilmesi adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla bağdaşmaz*”. Mahkemeye göre, görevlilerin edilgen (pasif) bir tutum takınıp, suçun işlenmesinde aktif olarak rol almamaları gerekmektedir<sup>24</sup>. AİHM, kolluk görevlilerinin provokasyonu (tuzağa düşürmesiyle) toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının haklı kılamayacağını belirtmektedir. Böyle bir uygulamanın sanığı, *ab initio*’dan ve esasen adil yargılama hakkından yoksun bırakır nitelikte olduğunu ifade etmektedir<sup>25</sup>. AİHM’e göre “*kolluk görevlilerinin müdahalesi olmadan söz konusu suçun işlenebileceğini gösterir somut bir olgu mevcut olmadığı hâlde bu görevlilerin aktif olarak bir suçun işlenmesine etkili olmaları hâlinde yargılama hakkaniyete uygun yürütülmemiş ve Sözleşme’nin 6. maddesi ihlal edilmiş olur*”<sup>26</sup>. Ancak sanığın suç işleme potansiyeline sahip bir kişi olması ve somut olayda görevlinin müdahalesinden önce failin suç işleme hazırlığında olduğunun başka delillerle ispatlanması halinde elde edilen delilin kullanılması mümkündür<sup>27</sup>. Polis memurlarının faili suça kışkırtması ve müdahalesi olmadan suçun

<sup>23</sup> Yargıtay 18. CD, E. 2015/23578, K. 2017/2268.

<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesi, Muhsin Hükümdar Başvurusu (2), K.T.5.3.2020, Başvuru No. 2016/69274.

<sup>25</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire Burak Hun-Türkiye Davası, 15 Aralık 2009, Başvuru No: 17570/04.

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi, Muhsin Hükümdar Başvurusu (2), K.T.5.3.2020, Başvuru No. 2016/692.

<sup>27</sup> “15 Mart 2001 tarihinde, polis tarafından yürütülen bir operasyon çerçevesinde, alıcı gibi davranan X isimli bir kişi başvuruları cep telefonundan aramış ve kendisine on beş tablet esktasy temin etmesini istemistir. Başvuran teklifi kabul etmiş ve Ö.V. isimli bir kişi ile iletişime geçmiştir. Ö.V., talep edilen uyuşturucuyu kargo yolu ile başvurana göndermiştir. 16 Mart 2001 tarihinde, başvurana, önce, kargoyu almak için kargo şirketine gitmiş ve ardından, kargoyu teslim etmek için

işlendiğine dair delil elde edildiğinde de suçu işleyen kişinin cezalandırılmasında hukuka aykırılık görülmemektedir<sup>28</sup>. Dolayısıyla ister herhangi bir kişinin isterse kolluk

*X adlı kişi ile arabasında buluşmuştur. Başvuran, X'e onbeş tablet esktasy vermiş ve karşılığında, seri numaraları alınmış 300.000.000 eski Türk Lirası (yani söz konusu dönemde yaklaşık 335 Euro) almıştır. Parayı almasının hemen ardından, başvuran, suçüstü yakalanmıştır. Polis memurları, başvuranın üzerinde, 333.475.000 TL (olayların meydana geldiği dönemde, yaklaşık 375 Euro), 200 Amerikan Doları, 9 tablet esktasy ve 0,42 gram esrar ele geçirmiştir... Mevcut davada, AİHM, polis operasyonu çerçevesinde müdahil olan ve alıcı olarak davranan X takma adlı bir kişinin kendisine ekstasy tabletleri temin etmesi için başvurunu cebinden aradığını, başvuranın bu talebi kabul ettiğini, talep edilen uyuşturucuları getirttiğini, polis memurlarının başvuranı, uyuşturucuları verdiği sırada suçüstü yakaladıklarını, bilahare başvuranın, uyuşturucu edinmek ve satmak suçundan mahkûm edildiğini gözlemlemektedir. AİHM, başvuran tarafından istlenen suç oluşuran unsurlara, yani uyuşturucu edinme ve satma suçuna ajan X'in neden olduğu görüşündedir. Nitekim söz konusu ajan, Hun'un suç teşkil eden eylemini sadece pasif bir şekilde incelememiş, başvuranı telefonla arayarak ve kullanımı ve satışı yasa ile yasaklanan madde temin etmesini talep ederek başvuranı suça azmettirmiştir. Başka bir deyişle, Hükümet'in ifadelerinin aksine, başvuran suç işleme potansiyeline sahip olmuş olsa bile, dosya unsurlarına göre, somut hiçbir unsur, ajan X'in müdahalesinden önce, başvuranın suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu ortaya koymamıştır. Bu bağlamda AİHM, özellikle, başvuranın adli sicilinin temiz olmasını ve organize bir örgütün söz konusu olmamasını dikkate almaktadır. Mevcut davada söz konusu az miktardaki uyuşturucu başvuranın evinde bulunmamıştır. Başvuran, ajan X'in talebi üzerine, uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden temin etmiştir", Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire Burak Hun-Türkiye Davası, 15 Aralık 2009, Başvuru No: 17570/04.*

<sup>28</sup> "Ancak parada sahtecilik, uyuşturucu madde ticareti ile fuhuş gibi suçlarda faille ulaşmak ve delil elde etmek amacıyla kolluk görevlisinin kimliğini gizleyerek delil toplanmasının hukuka uygun olup olmadığı ile bunun hangi hallerde hukuka uygun sayılacağıın tespiti gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 tarih, 2014/10-454 esas, 2015/156 karar sayılı kararında CMK'nin 139. maddesi dışındaki suçlar yönünden de kolluk görevlilerinin CMK'nin 160 vd. maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delilleri toplamak amacıyla alıcı rolüne girerek suça azmettirmeden ve teşvik etmeden şüpheliden uyuşturucu madde satın almasını mümkün görmüştür. Aynı kararda bu durumda görev yapan görevlinin gizli soruşturmacı değil "gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi" olduğunu, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin suça teşvik etmeden veya azmettirmeden elde ettiği delillerin hukuka uygun olacağına hükmetmiştir. AİHM verdiği kararlarda, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi yöntemine başvuru halinde, yapılan başvuruları AİHM'nin 6. maddesi kapsamında ele almaktadır. Aşağıda AİHM kararlarında kabul edilen ilkelere yer verilecektir. Öğretide "gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin "CMK'nin 160 vd. maddeleri uyarınca görevlendirilmesi yeterli görülürken, ...uygulamada sıkça başvuru ve muhakemede tanık olarak dinlenebilen gizli soruşturma yapan polis tedbirinin kapsam ve sınırlarının belirsizliği bakımından bunun hukuk devleti bakımından ciddi sorunlar yarattığı düşüncesindedir. (Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK) (CHKD. Cilt 2. sayı 1-2-2014 s. 142.) Dairemizce YCGK kararları, AİHM kararları ve CMK'deki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde CMK'nin 139. maddesi dışında kalan suçlar yönünden adli kolluk görevlisinin kimliğini gizlemesi halinde rolü "gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi" olarak kabul edilmektedir. Bu kişinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların varlığı aranmaktadır. 1-) Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiçbir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket edemez. Önceden failde bulunmayan suç işleme kastı yaratılarak, fail suç işlemeye azmettirilmemelidir. Her ne kadar organize suçlardaki artış uygun önlemler alınmasını gerektirse de adil yargılamadan vazgeçilmemeli bu sebeple amaca ulaşmak uğruna



görevlisinin diğer kişileri suçta sevk etmesinin uygulama açısından kabul edilmediği, azmettirilmek suretiyle fiili gerçekleştiren kişinin azmettirildiği suç açısından elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Yargıtay da verdiği bir kararda kolluk

---

*adil yargılamaya hakkı feda edilerek polisin kışkırtması sonucu elde edilen delil meşru kabul edilmemelidir. (Teixeria de Cortro Peri (36)/Portekiz davası Başvuru No:44/1997/828/1034). Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi soruşturma sırasında pasif bir davranışta bulunmanın ötesine geçmemeli, suçun işlenmesine teşvik eder bir tarzda etki uygulamamalıdır. (Costro/Portekiz per. 38). Somut olayda polis memurlarının faili suçta kışkırtması ve mücadelesi olmadan suçun işlendiğine dair delil elde edilemiyorsa, polis memurunun kışkırtıcı ajan rolüne geçtiğinin ve adil yargılama hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir. (Aynı yönde Costro-Portekiz per.39). Mahkemelerce sadece gizli görevlinin tutanaklarına dayanarak değerlendirme yapılmamalıdır, tutanaklar başka sonuca götürecek unsurlarla teyit edilmelidir. (a Contrario, Burak-Hun-Türkiye davası) (Hun-Türkiye davası başvuru no:17570/04). Sanık suç işleme potansiyeline sahip bir kişi olsa bile somut olayda görevlinin müdahalesinden önce failin suç işleme hazırlığında olduğunun başka delillerle desteklenmesi gerekir. Yani failin müdahale olmadan suçu işleyeceğinin başka delillerle kanıtlanması gerekir. (Hun-Türkiye davası).2-) CMK'nin 160 vd. maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan bir görevlendirmenin bulunması gerekir. CMK'nin 160 ve 161. maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısının gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi görevini, yazılı veya acele hallerde sözlü olarak vermesi gerekir. Cumhuriyet Savcısının yazılı veya sözlü emri olmadan yine CMK'nin 161/2. maddesi uyarınca adli kolluk görevlisinin Cumhuriyet Savcısına bilgi vermeden kimliğini gizleyerek adli işlem yapması hukuka aykırı olup elde ettiği delil de hukuka aykırı olduğundan, bu şekilde elde edilen CMK'nin 216/3. maddesi gereği hükme esas alınmaz. Kimliğin gizlenerek adli işlem ifası olağan bir işlem olmayıp ikincil bir tedbirdir. Bu tedbirin gerekliliği ve orantılılığının mutlaka Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenmesi gerekir. AİHM Hun-Türkiye davasında bu konuya şöyle temas etmiştir. "AİHS sınırları belirlendiğinde ve güvence altına alındığında gizli ajanla müdahaleye tolerans gösterebilir. "AİHM İsviçre-Lüdi kararında İsviçre makamlarının Alman polisi tarafından haberdar edilmesi, olayın soruşturma hakiminin bilgisi dâhilinde yürütülmesi sebebiyle 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. (Lüdi-İsviçre kararı başvuru No:12433/86).3-) Kolluk görevlisinin tutanağı delil olarak kabul edildiğinde diğer delillerle birlikte tutanağa da dayanılıyorsa mutlaka tutanak düzenleyiciler dinlenmeli, sanığa, tutanak ve düzenleyicilerinin anlatımlarına karşı savunma yapma imkânı sağlanmalıdır. AİHM Calabro-İtalya kararında "Gizli ajanın ifadeleri, başvuranın mahkûmiyetinde belirleyici faktör olmamıştır. Buna ek olarak başvurana yargılama aşamasında, soruşturmada görev alan polis memurlarının sorgulama, polis operasyonunun niteliği ve kullanılan usulleri netleştirme fırsatı vermiştir. Bu sebeple adil yargılama hakkı ihlal edilmemiştir", Yargıtay 18. CD, E. 2015/23578, K. 2017/2268.*

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırı delilin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu hukuka aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığını etkilemesine bakmaktadır: Anayasa Mahkemesi, Özlem Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2022/73725. "Bu konuda değerlendirme yapılırken delillerin elde edildiği koşulların onların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde şüphe doğurup doğurmadığının da dikkate alınması gerekir (Güllüzar Erman, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 61). Hakkaniyete uygun bir yargılama, delillerin gerçekliği ve güvenilirliği konusundaki kuşkuların giderilmesini, delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine etkili bir şekilde itiraz etme fırsatının tanınmış olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi de delillere yönelik hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili olarak başvuruçulara delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalara karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğini, bu konuda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gözetilip gözetilmediğini, savunmanın menfaatlerinin korunması için onlara yeterli güvenceler sağlanıp sağlanmadığını incelemektedir (Orhan Kılıç, §§ 47, 48)", Anayasa Mahkemesi, Ferhat Kara

görevlilerinin kışkırtması sonucunda silah satan kişinin silah ticareti suçundan sorumlu tutulamayacağını, 6136 sayılı Kanunun m. 13/1'deki silah taşımak veya bulundurmamak suçundan sorumlu olacağına karar vermiştir<sup>30</sup>. Kolluk görevlilerinin eylemleri ise

*Başvurusu, Başvuru No: 2018/15231. AİHM, "Bir delilin kabul edilebilir olup olmadığını veya başvuru sahibinin gerçekten suçlu olup olmadığını belirlemenin görevi olmadığını vurgulayan AİHM; bu konuda çözümlenmesi gereken sorunun -delilin elde edilmiş şekli de dâhil olmak üzere- yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit edilmesi olduğunu ifade etmektedir. AİHM'e göre bu hususta yapılacak değerlendirme, söz konusu hukuka aykırılığın ve Sözleşme'deki başka bir hakkın ihlali durumunda tespit edilen ihlalin niteliğinin incelenmesini de kapsayacaktır. Yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı değerlendirilirken savunma haklarına saygı gösterilip gösterilmediğine de bakılmalıdır. Özellikle başvurucuya delillerin özgünlüğüne itiraz etme ve kullanımına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği değerlendirilmelidir. Buna ek olarak elde edildiği koşulların delilin doğruluğu ve güvenilirliği üzerinde şüphe oluşturup oluşturmadığı hususu da dikkate alınmalıdır. Bir delilin başka delillerle desteklenmesi tek başına yargılamanın hakkaniyetini zedelemese de delilin güçlü olmasına ve güvenilirliği konusunda riskin bulunmamasına bağlı olarak destekleyici delil ihtiyacı da zayıflar (Bykov/Rusya [BD], B. No: 4378/02, 10/3/2009, §§ 89, 90; Ilgar Mammadov/Azərbaycan (No.2), B. No: 919/15, 16/11/2017, §§ 208, 209). 109. AİHM'e göre yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı değerlendirilirken dava konusu suçun cezalandırılması ile amaçlanan kamu yararının ağırlığı da dikkate alınabilir ve gözetenilen kamu yararı, kişinin aleyhindeki delillerin hukuka uygun olarak toplanmasını gerektiren kişisel yarar karşısında üstün gelebilir (Jalloh/Almanya, § 97). Özellikle de tespit edilen Sözleşme ihlalinin mahiyetine yönelik yapılan incelemeye ilişkin olarak AİHM, birçok davada gizli dinleme araçlarının kullanımının Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açtığını zira bu şekilde yapılan müdahalenin kanuna uygun olmadığını belirtmiştir. Ancak bu şekilde elde edilen bilgilerin delil olarak kabul edilmesi -belirli bir davanın kendisine özgü koşullarında- Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile güvence altına alınan adil yargılanma ilkesi gereklerine aykırılık teşkil etmemiştir (Khan/Birleşik Krallık, B. No: 35394/97, 12/5/2000, §§ 29-35; Bykov/Rusya, §§ 94-105). 110. AİHM'e göre iç hukukta yeterli hukuki temeli bulunmadan veya hukuka aykırı vasıtalar kullanılarak elde edilmiş materyallerin yargılamada kanıt olarak kullanılması kural olarak -başvurucuya gerekli usule ilişkin güvencelerin sağlanmış olması ve materyalin baskı, zorlama ve tuzak gibi yargılamayı lekeleyebilecek yöntemlerle elde edilmemiş olması şartıyla- Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil yargılanma standartlarına aykırılık oluşturmaz (Chalkley/Birleşik Krallık (k.k.), B. No: 63831/00, 26/9/2002)", Anayasa Mahkemesi, Ferhat Kara Başvurusu, Başvuru No: 2018/15231.*

<sup>30</sup> "Dosya kapsamı ve toplanan delillere göre, 20/10/2007 tarihinde Polis Karakoluna gelen ihbarda sanığın silah ticareti yaptığı ihbarı üzerine, aynı gün Polis Memuru... nün telefonundan sanığa ait telefon aranarak 9 mm çaplı Baretta marka tabancanın 900,00 TL bedelle satışı konusunda anlaşma yapıldığı, saat 15.00 sıralarında tabancanın teslimi için buluşulduğunda sanığın yakalanarak tabancaya el konulduğu, sorgusunda daha önce ...'e silah sattığını ve anlaşmazlık sebebiyle silahı geri alacağını söyleyen sanığa görevlilerin ...'i telefonla arattıkları ve saat 16.00 sıralarında yapılan buluşmada ...'deki ... seri numaralı tabancaya el konulduğu, yine sanığın üzerinde yakalanan tabanca ile ...'de ele geçen tabancayı ...'tan aldığını söylemesi üzerine görevlilerin sanığa telefonla ...'i arattırdıkları, kararlaştırılan saat 18.00'deki buluşmada da ...'nin üzerinde bir adet seri numarasız tabancanın yakalandığı anlaşılmıştır. Türk Ceza Kanununun 1. maddesine göre Ceza Kanununun amacı "Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir." Ancak suç işlenmesinin önleneyeğinden bahisle, başkalarına suç işletilmesi bu amaçla bağdaşmamaktadır. Kızgınlık, kırgınlık, öfke veya elem sebebiyle yahut ikramiye almak veya şüphelinin mallarına el koymak veya satın almak, eşi ile evlenmek, ünlü olmak, adını basında duyurmak, küçük hatalarının görülmemesi amacıyla kolluk kuvvetlerine yardım etmek gibi

herhangi bir amaçla, bir kimseye yönelik kışkırtıcı faaliyetlerde bulunulup ona suç işlettirilmesi, suç işlemeye yönlendirilmesi halinde yüklenen suçun oluşup oluşmayacağı ve suça kışkırtılan failin sorumluluğu olaysal olarak belirlenmelidir. Mevcut olan bir soruşturmada, suçun ortaya çıkarılmasını sağlamak için görevlilerin faaliyette bulunmaları mümkündür. Ancak Devletin görevi suç işlenmesini önlemek olup, organları vasıtasıyla kişilere suç işletmesi veya suç işleme eğilimini kuvvetlendirmesi, teşvik etmesi düşünülemez. Hukuk Devleti bireylerin hak ve özgürlüklerini korur. Devlet organlarının birtakım sebeplerle kişilere suç işletmesi ve sonra da failleri cezalandırması, cezalandırma hakkının kötüye kullanılmasıdır. Kamu görevlileri, görevlerini yerine getirirken Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa ve yasalarla bağlı olup kabul edilen ilkelere aykırı davranamazlar. Bireyin hileli davranışlarla aldatılarak suç işlemesinin sağlanması devlete olan güveni zayıflatacağı gibi temel hakları da ihlal edecektir. Suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin heyecanlandırılarak, tahrik edilerek, duygularından yararlanılarak kışkırtılıp suçüstü yakalatmak veya cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bir suç işlemeye yöneltilmesi, suç işlemesine yardım edilmesi, suç işlemesi için olanak tanınması halinde ona verilecek ceza adil olmayacaktır. Zira fail tarafından, hiçbir etki olmadan özgür iradesiyle işlenmesine başlanmış bir fiil olmayıp kışkırtma olmadığı takdirde belki de bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır. Manevi duyguların ön plana çıkarılarak aldatılıp suç işletilmesi, özgür iradesinin etki altına alınması halinde suç kastı olaysal olarak değerlendirilmeli delillerin elde edilmiş biçimi üzerinde durulmalı, hukuka aykırı olup olmadığı tartışılmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 38, CMK'nin 148. maddeleri uyarınca yasak olarak elde edilen delillere dayanılarak hüküm kurulamaz. CMK'nin 206. maddesine göre de, kanuna aykırı şekilde elde edilen deliller reddolunmalı, 217. madde gereğince hukuka uygun şekilde elde edilen delillere dayanılarak karar verilmelidir. Ayrıca CMK'nin 230/1-b maddesinde, hükme esas alınmayan hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin mahkûmiyet kararının gerekçesinde gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamayacağından kolluk görevlilerinin, suçun ortaya çıkarılmasına yönelik faaliyetleri sırasında Anayasa ve AİHS'nde kabul edilen ilkelere uygun davranmaları, bireylerin haklarını ihlal etmemeleri zorunludur. Nitekim, AİHM'nin Teixeira de Castro/Portekiz, 09 Haziran 1998 kararında, iki sivil polis memurunun; uyuşturucu satıcılığı yaptığından şüphelenilen bir kişiyle görüşüp onun, başkasından temin ettiği uyuşturucuyu polis memuruna teslim ederken yakalandığı olayda, polis memurlarının başvurucunun suç işleme kapasitesini esasen pasif bir şekilde soruşturmakla kalmadıklarını, aksine suçun işlenmesini kışkırtacak şekilde kişiyi etkilediklerini, hareketlerinin görev tanımını aştığını, memurların müdahale olmaksızın suçun işleneceğini gösteren hiçbir şey bulunmadığını, bu sebeple AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Yine, 21.03.2002 tarihli Calabro/İtalya ve Almanya davasında, bir suçun polis tarafından kışkırtılması halinde adil yargılanmaktan söz edilebilmesi için polisin kışkırtması olmasaydı bile suçun işleneceğine dair kesin kanıtların bulunması gerektiği belirtilmiştir. Vlachos/Yunanistan, 18 Eylül 2008- Teixeira de Castro ve Vanyan/Rusya, 15 Aralık 2005 tarihli kararlarında AİHM'nce, sınırları belirlendiği ve güvence altına alındığında gizli ajan ile müdahaleye tolerans gösterilebilse bile polis provokasyonun ardından toplanan delillerin kullanılmasına kamu yararının haklı kılınmayacağı, böyle bir uygulamanın esasen adil yargılama hakkından yoksun bırakır nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır. AİHM'nin, Ramanaukas/Litvanya kararında, belirlenen ajanların, güvenlik güçleri mensupları veya onların isteğiyle müdahil olan kişiler yalnızca pasif bir şekilde suç teşkil eden eylemi incelemekle sınırlı kalmayıp bir sonuca ulaşmak için yani kanıt toplanarak veya kanıt sürmek için başka türlü işlemeyeceği bir suça azmettirmek nitelikte bir kişi üzerinde etkili olursa polisin provokasyonun mevcut olduğu kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Daire 15.12.2009 tarihli Burak Hun/Türkiye davasında; "Ajanın, başvuranın suç teşkil eden (uyuşturucu madde edinme ve satma suçu) eylemini sadece pasif bir şekilde incelememiş, başvurunu telefonla arayarak ve kullanımı ve satışı yasa ile yasaklanan madde temin etmesini talep ederek başvurunu suça azmettirmiştir. Başka bir deyişle, başvuran suç işleme potansiyeline sahip olmuş olsa bile dosya unsurlarına göre, somut hiçbir unsur, ajan X'in müdahalesinden önce, başvuranın suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu ortaya

(azmettirme veya teşvik etme olmadan yapılan) CMK'nin 160 vd. maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan bir görevlendirmenin bulunması sınırlandırılması şartıyla hem Yargıtay tarafından hem de AİHM tarafından hukuka uygun kabul edilmektedir. Hukukumuz açısından yetkili merciin emrinin ifası kapsamına giren bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Buna karşılık kişileri suça azmettirmek veya teşvik etmek suretiyle suç işlenmesine sebep olan kolluk görevlilerinin fiilleri hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Yargıtay, adli kolluk görevlilerinin delil elde etmek amacıyla şüpheliden farklı tarihlerde eroin satın almalarının gerçek anlamda alım-satım ilişkisi olmadığını, delillendirme işlemi niteliğinde bulunduğunu belirterek birden fazla fiilin varlığını ve zincirleme suç kurallarının uygulanmasını kabul etmemektedir. Kolluk görevlilerinin şüphelinin ceza sorumluluğunu artıracak şekilde davranışlarda bulunmalarını (birden fazla satın alma eylemlerini ve bunların zincirleme suç kapsamında kabul edilmesini)

---

*koymamıştır. Bu bağlamda AİHS, özellikle başvuranın adli sicilinin temiz olmasını ve organik bir örgütün söz konusu olmamasını dikkate almaktadır. Mevcut davada söz konusu az miktardaki uyuşturucu başvuranın evinde bulunmamıştır. Başvuran, ajan X'in talebi üzerine uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden temin etmiştir. AİHM, mevcut davada, başvuranın mahkûmiyetinin özellikle, ihtilaflı polis operasyonu aracılığıyla toplanan kanıtlara dayandığı değerlendirmesinde bulunmaktadır. Nitekim dosya unsurlarına ve Hükümet'in görüşüne göre, söz konusu kanıtlar, başka nisbi unsurlarla teyit edilmemiştir. Polis soruşturmasının zorluklarını ve önemine dikkat eden AİHM, yukarıda söylenenler göz önüne alındığında, ajan X'in işlediği başvuranın işlediği suçu işlemeye azmettirici etkisi olduğu ve hiçbir şeyin, X'in müdahalesi olmadan, söz konusu suçun işlenebileceğini göstermediği kanaatindedir. Söz konusu müdahaleyi ve ihtilaflı ceza davasında kullanılmasını göz önüne alan AİHM, başvuranın davasının, AHİS'nin 6. maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşmıştır." Failin, atılı suçu işlediğine dair yoğunlaşmış kuşku bulunması, bir soruşturmaya başlanmış olması halinde, bu kuşkuların giderilmesi için adli makamların bilgisi dâhilinde gizli soruşturmacı, muhbir, gizli görevli kullanılması mümkündür. Görevlinin müdahalesi adil yargılama hakkını ihlal edici nitelikte olduğu takdirde, sanığın suçu işlediğini gösteren diğer delillerin mahkûmiyete yeterli olup olmadığı, suçun nasıl işlendiği, suç eşyasının nerede ve nasıl bulunduğu, değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir. Sanığın, kişisel ihtiyacı sebebiyle başka bir kişiye silah sattığına dair dosyada delil bulunmamaktadır. Yukarıda anlatılanlar birlikte değerlendirildiğinde somut olayda, kendisinin silah alıcısı olarak tanınan polis memurunun kıskırtması olmasaydı bile silah ticareti yapacağına ya da yaptığına dair mahkûmiyetini gerektirir nitelikte kesin, şüpheden uzak ve yeterli delil elde edilemediği, ceza hukukunun şüpheden sanık yararlanır genel ilkesi de göz önüne alındığında, yakalanan silah adedine göre sanığın eyleminin 6136 Sayılı Kanun'un 13/1. madde ve fıkrasındaki suçu oluşturduğu, 5237 Sayılı TCK'nin 3, 61/1. maddeleri de değerlendirilerek alt sınırın üzerinde ceza verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde silah ticareti suçundan karar verilmesi suretiyle fazla ceza tayini...", Yargıtay 8. CD, 05.12.2017, E. 2015/15679, K. 2016/11110.*

Anayasa’da ifade edilen hukuk devleti ilkesine (m. 2) ve AİHS’nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkına aykırılık olarak nitelendirmektedir<sup>31</sup>.

---

31 “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir” hükmü yer almakta olup, hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, bağımsız yargı denetimine açık olan devlettir. Yargı organları da yargılama yaparken hukuk devleti ilkelerine dolayısıyla anayasa ve kanunlara uygun olarak hareket etmelidirler. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde hüküm altına alınan “adil yargılanma hakkı” kişilerin hukuk devleti kuralları içinde yargılanmasını öngörür. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını engeller. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce verilen kararlarda; ajan veya polis memurlarınca, uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna ilişkin olarak kişiyi suça azmettirme veya teşvik etme yoluyla elde edilen delillerin kullanılması “adil yargılama hakkının ihlali” olarak kabul edilmiştir. (AİHM’nin Burak Hum/Türkiye Davası, 15.12.2009 gün ve 17570/04 sayılı kararı ve Sepil/Türkiye Davası, 12.11.2013 gün ve 17711/07 sayılı kararı) Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Adli kolluk görevlilerince 02.06.2012 tarihinde sanıktan eroin satın alınmasından sonra, onüç gün içerisinde toplam üç kez daha eroin satın alınmıştır. Adli kolluk görevlilerinin amaçları, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak değil, sanığın bulunduğu mahalde uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapan kişileri tespit ederek, bu suça ilişkin delilleri toplamak olup, sanıktan aldıkları eroini devralma ve mal edinme iradeleri bulunmadığından, olayda gerçek bir alım satım söz konusu olmayıp, gerçekleştirilen eylem sanığın suçunu delillendirme işlemidir. Kolluk görevlilerince, öncelikle suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması, suç işlenmesinden sonra ise işlenmiş olan suçun tespit edilerek, bu konudaki delillerin toplanması ve suç işlediği belirlenen kişinin başka bir suç işlemeye yönlendirilmeden yakalanıp adalet önüne çıkarılması gerekirken, şüphelinin ceza sorumluluğunu arttıracak şekilde davranışlarda bulunmaları halinde gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde düzenlenen “hukuk devleti” ilkesi, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde hüküm altına alınan “adil yargılanma” hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Adli kolluk görevlilerince şüphelinin suç ortağı ya da ortaklarının olup olmadığı veya başka bir yerde gizlediği uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunup bulunmadığını tespit etmek gibi nedenlerle, şüphelinin ilk alımdan sonra yakalanmayarak görevlilerce birden fazla alım yapılması durumunda da, esasen tek bir alım olayı ile şüphelinin satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma suçu ve suçunun delilleri ortaya çıktığından, şüphelinin sonraki alımlara konu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi önceki alımlardan sonra temin ettiğine ilişkin delil bulunmadığı ahvalde, satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurmanın temadi ettiği kabul edilip, hareketin en ağırına göre ceza verilecek, birden fazla alım olduğundan bahisle TCK’nin 43. maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Adli kolluk görevlilerince, 02.06.2012 tarihinde sanıktan eroin alınması üzerine, sanığın “satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma” suçu ve bu suça ilişkin deliller tamamen ortaya çıkmıştır. Adli kolluk görevlilerinin daha sonra aldıkları eroini, sanığın ilk satıştan sonra temin ettiğine ilişkin bir delil de bulunmamaktadır. Olayda adli kolluk görevlileri ile sanık arasında gerçek anlamda bir alım satım söz konusu olmadığından ve adli kolluk görevlilerince sanıktan yapılan ilk alımla sanığın “satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma” suçuna ilişkin olarak delillendirme işlemi yapıldığından, sanıktan yapılan sonraki alımların TCK’nin 43. maddesi kapsamında ayrı suç oluşturduğunun kabulü mümkün değildir”, CGK, E. 2014/10-843, K. 2015/280. Aynı yönde CGK, E. 2014/10-848, K. 2015/136.

### III. GİZLİ SORUŞTURMA YAPAN ADLİ KOLLUK GÖREVLİSİNİN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlilerin ajan provokatör olarak hareket edemeyecekleri, kişileri suça teşvik edemeyecekleri veya azmettirmeyecekleri Yargıtay tarafından kabul edilmekle beraber, kolluk görevlilerin bu şekilde hareket etmeleri halinde ne şekilde hareket edileceği konusu ceza hukukunda tartışılmaktadır. Doktrinde gizli soruşturma yapan kolluk görevlilerin kişileri suça azmettirdikleri veya teşvik etmeleri halinde ceza hukuku açısından sorumlu olup olmayacakları, sorumlu olmayacaklarsa neden dolayı sorumlu olmayacakları noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu noktada bir görüş, şeriklik için çifte kastın bulunması gerektiği, fiile ilişkin kastın da suçun tamamlanmasına yönelik olması gerektiği, söz konusu kişilerde suçun tamamlanmasına yönelik kast olmadığından, kişilerin suç tamamlanmadan yakalanması için hareket edildiğini, dolayısıyla kolluk görevlilerinin cezalandırılmayacaklarını ileri sürmektedir<sup>32</sup>. Diğer görüşe göre, kişileri suça sevk eden kolluk görevlisinin bu kişiyi suçüstü halinde yakalaması durumunda iştirak halinde işlenen gönüllü vazgeçme hükümleri (TCK m. 41) gereğince cezalandırılmayacaktır<sup>33</sup>. Diğer bir görüş, hukuka uygun nedenleri veya mazeret nedenleri (zorunluluk hali) gereğince kolluk görevlilerinin cezalandırılmayacaklarını belirtmektedirler<sup>34</sup>. Bir başka diğer görüş, fiil, önceden alınan tedbirler nedeniyle hukuki değeri ihlal etmeyeceği için tipe uygun olsa da suç oluşturmayacağını (işlenemez suç) ifade etmektedir<sup>35</sup>. Başka bir görüş, fiilin şekli anlamda tamamlandığı anda hukuki değer ihlal edildiğini, fiilin tamamlanması azmettirenin kastı kapsamı içinde kalıyorsa azmettirme kastının bulunduğu ve kolluğun cezalandırılabilceğini ifade etmektedir (şekli tamamlanma sınırı teorisi)<sup>36</sup>. Bir diğer görüş, kolluk fiilin teşebbüs aşamasına kadar ilerlemesi için hareket ettiği, suçun konusunun başkaca tehlikeye düşmesinin söz konusu olmadığı hallerde

<sup>32</sup> ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 428.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. II)*, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997, s. 503; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 531, 532.

<sup>34</sup> DEMİREL, Muhammed: "Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği", *CHD*, Nisan 2018, Sayı 36, s. 124 vd.

<sup>35</sup> Bu görüş için bkz.: ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 533.

<sup>36</sup> HEINRICH, Bernd: *Ceza Hukuku, Genel Kısım-II* (Editör: Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 341.

azmettirmenin gerçekleşmeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak fiilin tamamlanması hesaba katılmışsa veya eylemin şekli olarak tamamlanması zorunlu ise (sırf hareket suçları) azmettirmenin mümkün olacağını kabul etmektedir (hukuken korunan değeri tehlikeye sokma sınırı teorisi)<sup>37</sup>. Bir başka görüş, kolluğun davranışıyla suçun şekli anlamda tamamlanma aşamasına geçse de maddi anlamda tamamlanmadığını, genel anlamda kastının da bulunmadığını ileri sürmektedir (fiilin maddi anlamda tamamlanması ayrımını esas alan görüş)<sup>38</sup>. Bir başka görüş ise, kolluğun eyleminin maddi yönden tamamlanmasını göze alması, ancak hukuki değerın onarılamaz şekilde zedelenmesini istememesi halinde cezalandırılmaması gerektiğini kabul etmektedir (hukuki değerin onarılamaz şekilde zedelenmesi teorisi)<sup>39</sup>. Ayrıca doktrinde şeriklerin cezalandırma temeline göre de değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bunlardan kusura iştirak teorisi, azmettirmeyi, faili başlı başına suç yoluna bulaştırması nedeniyle cezalandırılması gerektiğini kabul ettiğinden kolluk görevlilerinin şerik olarak cezalandırılması gerektiğini benimsemektedir. Bağlılık teorisine dayalı nedensellik teorisi ise, kolluk görevlilerinin netice haksızlığını gerçekleştirmek istemediklerini, bu nedenle şerikliğin cezalandırılabilir olmadığını, hareketin haksızlığının mevcut olan haksızlığın şerike yüklenemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bizim de katıldığımız kastın suçun tamamlanmasına yönelik değil de failin fiili üzerinden hukuki değerin ihlal edilmesine yönelik olması gerektiğini kabul eden bağlı hukuki değere saldırı teorisi ise, şerikliğin haksızlığını kısmen failin fiilinden, kısmen de katılanın kendisinin hukuki değere saldırısından kaynaklandığını, şerikliğin kendisine karşı da korunan hukuki değeri ihlal ettiği takdirde mevcut olduğunu kabul ettiğinden, doğrudan değil de failin fiiline katkı sağlamak suretiyle hukuki değeri ihlal eden kişinin fail üzerinden hukuki değeri ihlal etme kastı olmadığında, tam tersine hukuki değerin ihlal edilmesini önleme amacıyla hareket ettiğinde kişinin cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> HEINRICH, s. 340.

<sup>38</sup> DEMİREL, s. 133, 134.

<sup>39</sup> HEINRICH, s. 343.

<sup>40</sup> Görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz.: DEMİREL, s. 144 vd.

Kolluk görevlilerinin kontrolü altında herhangi bir kişinin kullanılması halinde de azmettirmeye azmettirme çerçevesinde kolluk görevlilerinin sorumluluğu yukarıdaki gibi çözümlenmeye çalışılacaktır<sup>41</sup>.

## SONUÇ

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi, uygulamada CMK'nin 160 vd. maddeleri gereğince suç işleyen veya suç işleme şüphesi altında olan kişileri yakalamak ve delil elde etmek amacıyla görev yapmaktadırlar. Dolayısıyla da yargı kararlarına konu olan bir uygulamadır. Uygulamada gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlilerinin hangi durumlarda elde ettiği delillerin kullanılabilceğinin özellikle AIHM kararları çerçevesinde açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir. Adli kolluk görevlilerinin kişileri ajan provokatör gibi suça azmettirmeyecekleri, teşvik edemeyecekleri kabul edilmektedir. Ancak söz konusu adli kolluk görevlilerinin belirtilen şekilde hareket edemeyecekleri kabul edilmekle birlikte, tersi şekilde davranmaları durumunda ceza hukuku bakımından sorumlu olup olamayacakları, sorumlu olmayacaklarsa hangi gerekçeyle bunun mümkün olacağı bir netliğe kavuşturulamamıştır. Kanaatimizce şeriklik haksızlığını kısmen failin fiilinden, kısmen de kendisinin hukuki değere saldırısından aldığından, suç delillerini elde etmek ve kişileri yakalamak için hareket eden kolluk görevlisinin fail üzerinden hukuki değeri ihlal etme kastı olmadığına, tam tersine hukuki değer ihlal edilmesini önleme amacıyla hareket ettiğinde sorumlu olmayacağını kabul etmek gerekir.

---

<sup>41</sup> DEMİREL, s. 103.



**KAYNAKÇA**

BİRTEK, Fatih: “Teixeira De Castro / Portekiz Davası (44/1997/828/1034)”, *TBB Dergisi*, 2010, Sayı 91, s. 409-430.

CENGİZ, Serkan/DEMİRRAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRIDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.

DEMİREL, Muhammed: “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, *CHD*, Nisan 2018, Sayı 36, s. 101-160.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. II)*, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997.

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.

HEINRICH, Bernd: *Ceza Hukuku, Genel Kısım-II* (Editör: Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2023.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.



## **Malpraktis (Kötü/Hatalı Uygulama) Kurumuna Sağlık Hukuku Açısından Genel Bir Bakış**

**Uzm. Dr. Şeyhmus KAYA<sup>1</sup> ve Dr. Öğr. Üyesi Semih YUMAK<sup>2</sup>**

### **Öz**

Malpraktis; etik, hukuk, tıbbi, eğitimsel ve yönetsel alanda tartışılan bir konudur. Kötü/Hatalı uygulama olarak Türkçeye çevrilecek olan Malpraktis kavramı aslında tüm meslek gruplarındaki kötü uygulamaları tanımlamak için kullanılır. Yapılacak olan her türlü tıbbi müdahale belli bir risk içermektedir. Tıbbi müdahalede tıp biliminin kabul ettiği standartlar çerçevesinde yapılan tedaviler ve girişimler sonrası ortaya çıkan istenmeyen sonuçlara komplikasyon denilir. Komplikasyonlardan sağlık çalışanlarının sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir. Tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan istenmeyen sonucun komplikasyon mu yoksa malpraktis mi olduğu ayırımı oldukça önemlidir. Malpraktis sadece hukuki bir kavram olarak kalmayıp, ilgili dava sayıları arttıkça tıp alanında ‘Defansif Tıp’ adı verilen yeni bir yaklaşımın da ortaya çıkmasına neden olmaya başladı. Bu çalışmada malpraktis-komplikasyon ayırımı ve hekimlerin bu kavramlarla ilgili sorumlulukları temel alınarak, malpraktisin halk sağlığı üzerindeki etkileri de tartışılmaya çalışılmıştır.

### **Anahtar Kelimeler**

Malpraktis, Komplikasyon, Tıbbi Müdahale, Defansif Tıp, Tıp Hukuku.

<sup>1</sup> Eskişehir Şehir Hastanesi, Uzman Doktor, seyhmuskaya@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8701-6675

<sup>2</sup> Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Dr. Öğr. Üyesi, semih.yumak@ogu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2086-4522.

**\*Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.\***

Gönderilme Tarihi: 15 Haziran 2024 / Kabul Tarihi: 6 Temmuz 2024.



## ESKİSEHIR BAR ASSOCIATION JOURNAL

### **A General Overview of Malpractice (Bad/Inaccurate Application) Institution in Terms of Health Law Malpracticis**

#### **Abstract**

Malpractice; is a debated issue in the ethics, legal, medical, educational and administrative fields. The concept of Malpractice, which can be translated into Turkish as Bad/Faulty practice, is actually used to describe bad practices in all professional groups. However, unfortunately, in our country, this concept is used only for malpractices in the medical field. Any medical intervention carries a certain risk. In medical intervention, undesirable consequences that occur after treatments and interventions carried out within the framework of the standards accepted by medical science are called complications. It is accepted that healthcare professionals are not responsible for complications. It is very important to distinguish whether the undesirable result resulting from medical intervention is a complication or malpractice. Malpractice is not only a legal concept, but as the number of related cases increases, it has begun to lead to the emergence of a new approach called 'Defensive Medicine' in the field of medicine. In this study, the effects of malpractice on public health are examined, based on the distinction between malpractice and complications and the responsibilities of physicians regarding these concepts., we tried to discuss the distinction between malpractice and complications and the responsibilities of physicians regarding these concepts.

#### **Keywords**

Malpractice, Complication, Medical Intervention, Defensive Medicine, Medical Law.

## GİRİŞ

Hekimlik, insanlığın ilk var olduğu dönemlerden beri insanın en çok ihtiyaç duyduğu, yapılan işin özü gereği insanlığın en temel hakkı olarak kabul edilen yaşam hakkı ile ilgili olan ve verdiği hizmet nedeni ile toplum içinde belirli bir saygınlığı hak etmiş bir meslektir. Hekimlik mesleğini yapanların yaptıkları her türlü tıbbi müdahale bir risk içermektedir. Hekimlerin yaptıkları bu tıbbi müdahalenin tıbbin kabul ettiği standartlar içinde olması ve tıbbi müdahaleyi yaparken sahip olduğu bilgi ve beceri ile kendilerinden beklenen özen içerisinde yapmaları gerekmektedir. İşte beklenen bu özenin gösterilmediği durumlarda tıbbi müdahalede buldukları hastalarında beklenmeyen sonuçlar geliştiğinde bu sonuçlardan hekimlerin sorumluluğu konusu ortaya çıkmaktadır.

1992 yılında yapılan 44. Dünya Tabipler Birliği genel kurulunda, “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde malpraktis tanımlanmıştır<sup>3</sup>. Malpraktis; etik, hukuk, tıbbi, eğitimsel ve yönetsel alanda tartışılan bir konudur ve tıp hukukunun temel konularından birini oluşturmaktadır.

Tıp alanında teknolojinin gelişmesi ve bu teknolojik bilginin kullanılmasına paralel olarak tıbbi bilginin artması, hekimlerin bu bilgiye kolay ulaşması ve bu bilgileri kullanmaları nedeni ile daha önce yapmadıkları/yapamadıkları tıbbi müdahaleleri yapar duruma gelmişlerdir<sup>4</sup>. Böylece yaptıkları müdahaleler ile daha fazla risk almaya, bu durumla eş zamanlı olarak daha fazla şikâyet edilmeye ve malpraktis davaları ile karşı karşıya kalmaya başladılar.

Türk hukukunda gerek ceza hukuku açısından gerekse de özel hukuk kapsamında malpraktise özel herhangi bir kanun bulunmamaktadır. Hekimlere karşı açılan malpraktis davalarının çoğu Türk Ceza Kanunu (TCK) açısından ‘*kast, olası kast, taksir ve bilinçli taksir*’ ile yaralama ya da öldürme suçları olarak değerlendirilebilmektedir. Açılan bu davaların büyük çoğunluğu hekim lehine sonuçlanmakla birlikte, hekimlerin dava süreçleri oldukça sıkıntılı geçmektedir. Bu süreç neticesinde de hekimler arasında ‘*defansif tıp*’ olarak adlandırılan bir davranış modeli şekillenmeye başlamıştır.

<sup>3</sup> DEĞDAŞ, Ulaş Can. “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki Ve Cezai Sorumluluk”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 6, s: 41-65.

<sup>4</sup> KARBEYAZ, Kenan. Malpraktis. Eskişehir Osmangazi Üni. Yayınları. 2018.

Defansif tıpta, hekimlerin tanı koymak için daha fazla tetkik yapmaları, yapabilecekleri tıbbi müdahaleleri yapmaktan imtina etmeleri ve uzmanlık alanları olarak riskli bölümlerden uzaklaşmaları şeklinde davranışlar görülür hale gelmiştir<sup>5</sup>.

Hekimlerin tıbbi müdahaleler sonrasında karşılaştıkları istenmeyen sonuçların malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğu sorumluluk açısından oldukça önemlidir. Tıbbi müdahalede tıp biliminin kabul ettiği standartlar çerçevesinde yapılan tedaviler ve girişimler sonrası ortaya çıkan istenmeyen sonuçlara komplikasyon denilir. Komplikasyonlardan sağlık çalışanlarının sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir.

Bu çalışmada öncelikle malpraktis kavramı açıklanıp sonrasında komplikasyon, komplikasyon ile arasındaki farklar üzerinde durulup, malpraktis olgusunun halk sağlığı üzerindeki etkileri anlatılmaya çalışılacaktır. Çalışmamızda hekimlerin özel hukuk boyutu ile ilgili olan hukuki sorumluluk (tazminat sorumluluğu), çalıştığı kuruma karşı olan idari sorumluluğu ve de mesleki etik açısından sorumluluğu üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmayacaktır.

## I. MALPRAKTİS

Malpraktis; etik, hukuk, tıbbi, eğitimsel ve yönetsel alanda tartışılan bir konudur. Kötü/Hatalı uygulama olarak Türkçeye çevrilecek olan malpraktis kavramı aslında tüm meslek gruplarındaki kötü uygulamaları tanımlamak için kullanılır. Hatalı uygulamalar tıp alanında meydana gelirse ‘*Tıbbi Malpraktis*<sup>6</sup>’ olarak isimlendirilir<sup>7</sup>. Mevcut tüm meslekler için geçerli olan malpraktis kavramı ülkemizde daha çok tıbbi alanda yapılan hatalı uygulamalar için kullanılmaktadır.

### A. Tanım

Kötü/Hatalı uygulama anlamına gelen malpraktis, latince ‘*Male*’ ve ‘*Praxis*’ sözcüklerinden oluşmuştur<sup>8</sup>. 1992 yılında yapılan 44. Dünya Tabipler Birliği genel kurulunda, “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde malpraktis tanımlanmıştır<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> KARBEYAZ, s.4

<sup>6</sup> Tıbbi malpraktis ifadesi tüm sağlık çalışanları için geçerli olmakla birlikte, çalışmamızda sağlık çalışanlarının tamamını tanımlar şekilde hekim ifadesi kullanılmıştır.

<sup>7</sup> KARBEYAZ, s.6

<sup>8</sup> KARBEYAZ, s.6

<sup>9</sup> DEĞDAŞ, s.42

Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Hasta Güvenliği Vakfı tarafından malpraktis tanımı şu şekilde yapılmıştır<sup>10</sup>: ‘*Hastaya sunulan sağlık hizmeti sırasında bir aksamının neden olduğu, kasıtsız, beklenilmeyen sonuçlar*’. The Joint Commision on Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO)<sup>11</sup> ise; ‘*sağlık hizmeti sunan bir profesyonelin uygun ve etik olmayan bir davranışta bulunması, mesleki uygulamalarda yetersiz ve ihmalkâr davranması sonucu hastanın zarar görmesi*’ şeklinde tanımlamaktadır. Türk Tabipler Birliği tarafından yayınlanmış olan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ikinci bölüm Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpraktis) başlıklı 13. maddesinde<sup>12</sup> malpraktis; *Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması"* anlamına gelir şeklinde tanımlanmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından hazırlanan ve kanunlaşmadan sadece tasarı şeklinde kalan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı<sup>13</sup> m.3-d’de ise Tıbbi Kötü Uygulama kavramına yer verilmiş ve bu maddede malpraktis ‘*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum*’ şeklinde tanımlanmıştır. Tıbbi uygulama hatası olarak tanımlanan malpraktis en geniş şekli ile ‘*Hizmeti sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan dış hekim, fizyoterapist, psikolog ve diyetisyen gibi sağlık personelinin öneri ve/veya uygulamaları sonucu hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak iyileşmesinin gecikmesinden, hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamını içermektedir*’ şeklinde ifade edilebilir<sup>14</sup>.

Yukarıda anlatılanları ele aldığımızda malpraktis kavramının tıp biliminin vardığı son nokta ele alınarak, hekimin sahip olduğu bilgi ve becerisi ile yaptığı tıbbi müdahalenin mevcut standarta uygun olmaması, standartın altında müdahalede bulunması veya hiç müdahalede bulunmaması olarak ortaya çıkan bir kavram olduğu

<sup>10</sup>TÜRKMEN, Hülya / EKTİ GENÇ, Rabia: “Ebelik ve yeni doğanda malpraktis”, *Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2017, Cilt 20, Sayı 2, s.154- 159.

<sup>11</sup> TÜRKMEN / EKTİ GENÇ, s.154

<sup>12</sup> [https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h\\_etikkural.pdf](https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf) E.T.18.03.2024

<sup>13</sup> ÖZDİLEK, Ali Osman: Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu. [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_300.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_300.htm), E.T.23.03.2024

<sup>14</sup> KARBEYAZ, s.6

söylenbilir<sup>15</sup>. Bu noktada tıbbi standart kavramını açıklamak konunun daha iyi anlaşılması açısından uygun olacaktır.

## B. Tıbbi Standart Kavramı

Tıbbi standart; kısaca tıp biliminde kabul görmüş temel ilke ve kurallardır<sup>16</sup>. Daha geniş bir tanımlama yapmak gerekirse; *Tıp biliminin gelişim süresince gelişen ve bu bilimle uğraşanların geneli tarafından kabul gören ve tıbbi uygulamalar sırasında uygulanan tedavi yöntemleri olarak tanımlanabilir*<sup>17</sup>.

Yargıtay 15.HD<sup>18</sup>. “...‘Tıbbi Standart’ hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır...” şeklinde tıbbi standart kavramını tanımlamıştır. Bu standart kurallardan sapma da ‘*tıbbi hata*’ olarak kabul edilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK)<sup>19</sup> ‘*Doktorun, tıbbi müdahale sırasında standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış, eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir*’ şeklinde tıbbi hatayı tanımlamıştır. Yargıtay Ceza Kurulunun (YCK) başka bir kararında<sup>20</sup> “...*doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbin ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır...*” şeklinde bir açıklama yaparak tıbbi standart kavramının teşhis ve tedavideki önemini belirtmiştir.

Yukarıda açıklanan tıbbi standart kavramı için ayrıca belirtmek gerekir ki, hekimin yapmış olduğu tıbbi hatanın karşılaştırılacağı kabul edilen tıbbi standart, tıbbin söz konusu olan ülkedeki gelişim seviyesi esas alınarak belirlenir<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> DEĞDAŞ, s.51

<sup>16</sup> UYGUR, Atiye B: “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 144, s: 355-381.

<sup>17</sup> DEĞDAŞ, s.51

<sup>18</sup> Yargıtay, 15 HD., T. 30.09.2019, E. 2019/2716, K. 2019/3692

<sup>19</sup> Yargıtay, CGK., T.16.05.2017. E. 2017/271, K. 2017/278

<sup>20</sup> Yargıtay, CGK., T. 09/12/2014. E.2014/12-103, K. 2014/552

<sup>21</sup> DEĞDAŞ, s.52

### C. Tarihçe

Hekimlik mesleği ile ilgili tarihi belgelere bakıldığında malpraktis kavramının ilk olarak M.Ö 1700'lü yıllarda Mezopotamya'daki Babil Şehir Devletine ait Hammurabi Kanunlarında<sup>22</sup> rastlanmaktadır. Bu kanunların 211. ve 219. maddelerinde hekimlerin sorumlulukları ile ilgili ifadelerle rastlanmaktadır<sup>23</sup>.

M.Ö. 451-449 yılları arasında Roma İmparatorluğunda yazılan 12 Levha kanunlarında hekimlerin yaptıkları girişimler nedeni ile ihmal ve acemiliklerinden dolayı sorumlu olacakları ifade edilmiştir<sup>24</sup>. M.Ö. 286 yılında Roma'da yayınlanan '*Lex Aquilia*' da hukuki ve cezai sorumluluk birbirinden ayrılmış olup günümüz haksız fiil sorumluluğunun temelleri atılarak, kusur kaynaklı sorumluluk bireyselleştirilmiştir<sup>25</sup>. Süreç içerisinde kusur kavramı hekimlerin sorumluluğunda vazgeçilmez bir şart olarak zamanımıza kadar gelmiştir.

M.Ö. 200 lü yıllarda Hindistan'da yazıldığı düşünülen Manu ve Zorostra kanunlarında hekim sorumluluğunun günümüzdeki bilirkişilik kurumuna benzetilebilecek bir jüri topluluğu tarafından belirlenildiğine dair ifadeler bulunmaktadır. Bu kanunlarda ayrıca, jüri tarafından mesleğini kötü uygulayan hekime para cezası verildiği, eğer ki aynı suç ikinci defa tekrar edilirse hekimin ölüm cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir<sup>26</sup>.

Tarihte tıp biliminin ileri bir seviyede olduğu bilinen Mısır'da hekimlerin tüm tıbbi bilgilerin kayıtlı olduğu bir ciltte bağlı oldukları ve bu ciltteki klasik teşhis ve tedaviyi yapan hekimin yaptığı tıbbi işlemde doğan zararlı sonuçtan sorumlu olmayacağı, ancak ciltte yazılı olmayan yeni bir tedavi şekli uyguladığında hasta iyileşemez ya da ölür ise,

---

<sup>22</sup> KARBAYAZ, s.9

<sup>23</sup> Şayet hekim birisine bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürür ise veya onun gözünü harap eder ise iki eli kesilir. M. 219, Şayet hekim esire bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürür ise onun yerine esir verecektir. M. 219, Şayet onun göz perdesini bronz neşter ile açıp harap etmiş ise, esirin bedelinin yarısını öder. M.211.

<sup>24</sup> KARBAYAZ, s.9

<sup>25</sup> BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, 1972, s.46.

<sup>26</sup> ERER, Sezer: Bursa Tabip Odası Onur Kurulu Dosyalarında Tıp Etiği Sorunlarının Değerlendirilmesi. Uludağ Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Deontoloji Anabilim Dalı, Bursa, 2007, 26.



bu işlemi yapan hekimin yaptığı işlemden dolayı ölüm cezasına çarptırılacağı yazılıdır<sup>27</sup> Tarihi belgeler incelendiğinde İngiltere’de 1374 yılında görülen bir davada<sup>28</sup>, bir cerrah yaptığı ameliyat nedeni ile yargılanmış ve bu davada ilk defa tıbbi kusur ve hatadan bahsedilmiştir<sup>29</sup>. 1389 yılında Fransa’da Marsilya Kraliyet Mahkemesi önünde görülen davada, hekim para cezasına çarptırılmış<sup>30</sup>. İlk Malpraktis davası, Amerika Birleşik Devletlerinde 1794 yılında açılmıştır<sup>31</sup>. Söz konusu davada; davacının eşini ameliyat eden hekimin, ameliyat sırasında saldırgan ve duygusuz bir şekilde davranarak eşinin ölümüne

<sup>27</sup> KARBAYAZ, s.10

<sup>28</sup> ÖZESEN, Toygün Anıl / KAYA, Kenan: “Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı’na Hatalı Tıbbi Uygulama İddiası ile Başvuran Olguların Değerlendirilmesi (2015-2019)”, *Dicle Tıp Dergisi*, 2021, Cilt 48, Sayı 4, s: 829-838

<sup>29</sup> KAHYAOĞLU KHALİL, Elif: 2015-2020 Yılları Arasında Yargıtay’a İntikal Etmiş Malpraktis Dosyalarının Sağlık Yönetimi Açısından Analizi. Ordu Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Yönetimi Ana Bilim Dalı, Ordu, 2022, 8.

Dava, İngiltere’de gerçekleşmiş, John Swanlond isimli Londralı bir cerrah, Stratton adlı eli ezilmiş bir hasta ile elindeki problemi düzelteceğine ilişkin belli bir ücret karşılığında sözleşme yapmış, fakat tedavi sonrasında hastanın elinde kalıcı deformiteler meydana gelmiş bu nedenle doktorun sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasıyla hasta ve eşi doktora dava açmış, doktor sorumluluktan kaçmaya çalıştıysa da mahkeme, tıbbi hata ve aksiliklerden kaynaklanan vakalarla ilgili temel prensipleri ortaya koymuştur. Mahkeme Başkanı John Cavendish, kararında, “doktor kendi hatasından dolayı hastaya zarar vermişse sorumludur ama eğer mesleğini özenle uygulamasına rağmen tedavide başarılı olamazsa sorumluluk doğmaz” şeklinde görüş bildirmiş böylece bu dava, Mahkeme Başkanı olan John Cavendish’in tıbbi kötü uygulamaya dair kıstas belirlemesi açısından önem kazanmıştır.

<sup>30</sup> ÖZDİLEK, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_300.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_300.htm)

5 Kasım 1389 tarihinde Marsilya Kraliyet Mahkemesi önünde görülen bir dava o dönemde hekimlerin sorumluluğu ile ilgili bize güzel bir örnek oluşturmaktadır. Karara göre: “Abraham Bönadesin isimli Marsilyalı bir hekim, André Aycardet isimli bir balıkçıya karşı başarısız bir tıbbi girişimde bulunmakla suçlanıyordu. Davada Bondavin’in sorumluluğu iki ana noktada toplanmıştı: 1. Abraham Bondavin’in, Aycardet’i iyileştirme bahanesiyle ve ondan para sızdırmak gayesiyle, tedavinin çok ciddi sonuçları olacağını ve tedavinin sonunda ölebileceğini veya sakat kalabileceğini Aycardet’e açıklamadan, Aycardet’in yaşamının geri kalanını sakat geçirmesine yol açacak şekilde tıbbi müdahalede bulunmuş olması. 2. Abraham Bondavin’in, bilgin olmasına ve hekimlik yapma ruhsatına rağmen ve mesleğini icra etmek için ettiği yemini bozarak ve tamamen yeminine karşı bir şekilde, cerrahi müdahale prensiplerini göz ardı etmiş olması Olay ise şu şekilde gerçekleşmişti. Aycardet’i muayene eden Bondavin, ona eczacıya gitmesini ve ısırgan otu ve diğer başka otlardan elde edilen bir merhem yaptırmasını ve ayaklarından başına kadar bu merhemi sürmesini böylece vücudundaki yanıkların iyileşeceğini söylemişti. Fakat merhem tam tersi bir etki yaptı ve Aycardet’in vücudundaki yaralar tahammül edilemez bir hale geldi. Aycardet’in annesi bir dava açmaya karar verdi çünkü oğlunun ellerinde ve ayaklarında kalıcı felç oluşmuştu. Bilirkişilerin de katılımıyla duruşma açıldı. Bondavin sıcaklık tedavisine dayanarak savunmalarını haklı çıkarmaya çalıştı. Fakat yargılama sonunda biri 25 lira diğeri 20 lira olan iki ayrı para cezasına çarptırıldı.

<sup>31</sup> KAHYAOĞLU KHALİL, s.8

neden olduğu gerekçesi ile açılmış ve dava sonrası hekim para cezasına (40 İngiliz sterlini) mahkûm edilmiştir.

#### D. Malpraktis İle İlgili Mevzuat

Ülkemizde doğrudan tıbbi malpraktisle ilgili olarak gerek cezai gerekse de hukuki sorumluluğu düzenleyen herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Buradan hekimlerin yapmış oldukları hatalı tıbbi müdahale nedeni ile herhangi bir sorumluluğu olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır.

Hekimlerin yapmış oldukları hatalı tıbbi uygulamalar (tıbbi malpraktis) sebebi ile cezai (Türk Ceza Kanunu açısından), hukuki (Türk Borçlar Kanunu açısından), idari (Çalıştığı kuruma karşı idari sorumluluk) ve de mesleki etik açısından (Türk Tabipler Birliği Mesleki Etik Kuralları açısından) sorumlulukları söz konusu olacaktır<sup>32</sup>. Hekimin yapmış olduğu hatalı uygulama aynı anda hem ceza davası, hem hukuk davası hem de disiplin soruşturması şeklinde idari soruşturmanın konusunu oluşturabilmektedir<sup>33</sup>.

Özel hukuk açısından hekimlerin sorumluluğu bir sözleşmeye ya da haksız fiil sorumluluğuna dayanır. Burada kural sözleşmeye dayanan sorumluluk olmakla birlikte, ortada bir sözleşmenin olmadığı hallerde ise sorumluluk haksız fiile dayandırılmaktadır<sup>34</sup>. Sözleşme ya da haksız fiil nedeni ile açılacak tazminat davalarında hekimin çalıştığı yer-kurum davanın kime karşı açılacağı konusunda önem arz etmektedir.

Bireysel olarak kendi özel muayenehanesinde hasta bakan bir hekime karşı açılacak tazminat davası, hekim ile hasta arasında kurulduğu kabul edilen vekâlet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesi nedeni ile hekime karşı adli yargıda açılır<sup>35</sup>.

Hekim özel hastanede çalışıyorsa bu durumda hasta ile hekim arasında bir sözleşme söz konusu olmayıp hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen bir

<sup>32</sup>[https://deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset\\_bahar\\_18/hekiminhukukisorumlulugumalprakti s.pdf](https://deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset_bahar_18/hekiminhukukisorumlulugumalprakti s.pdf). E. T.14.03.2024

<sup>33</sup> ERSOY, Yüksel: “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53, s:168

<sup>34</sup> DEMİR, Mehmet / KIRKİT, Ecem: “Komplikasyon – Malpraktis Ayırımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Sayı 1, s.58-91.

<sup>35</sup> [https://www.batur.av.tr/blog-post/tibbi-mudahaleden-dolayi-tazminat-tam-yargi-davasi#\\_ftn5](https://www.batur.av.tr/blog-post/tibbi-mudahaleden-dolayi-tazminat-tam-yargi-davasi#_ftn5) E.T. 14.03.2024

birleşik sözleşme kurulur<sup>36</sup>. Bu durumda açılacak olan tazminat davası hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından dava özel hastaneye karşı açılacaktır<sup>37</sup>.

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimlerin çalıştığı kuruma karşı idari sorumluluğu mevcuttur. Bu sorumluluk, idarenin hekimin yapmış olduğu hatalı tıbbi uygulama nedeni ile hekime karşı yürüteceği disiplin soruşturması şeklinde olacaktır<sup>38</sup>.

Tazminat davaları bakımından hekimlere karşı açılacak davalar, ceza davalarından farklı olarak herhangi bir kurumun iznine bağlı olmadan doğrudan açılabilmektedir<sup>39</sup>.

Hekimler mesleki etik açısından da Türk Tabipler Birliğine karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 3-6. maddeleri arasında sayılan belirli fiilleri gerçekleştiren hekimler, yapmış olduğu fiile karşılık gelen uyarma cezası, para cezası, geçici olarak meslekten alıkoyma cezası ve oda bölgesinde çalışmanın yasaklanması şeklinde disiplin cezaları ile karşı karşıya kalabilmektedir<sup>40</sup>.

Bir fiilin ceza hukuku açısından suç olarak değerlendirilebilmesi için, fiilin kanunda belirtilen tipe uygun olması (Tipiklik), fiilin hukuka aykırı bir şekilde kasten ya da taksir ile işlenmesi gerekmektedir<sup>41</sup>.

Çağdaş ceza hukuku anlayışı kusursuz ceza verilmeyeceği anlayışına dayandığından sadece fiil sonrası meydana gelen neticeden dolayı failin sorumluluğunu kabul etmemektedir. Failin kusur yeteneğine sahip olması ve fiili kusurlu bir irade ile gerçekleştirmesi gerektiğini kabul etmektedir. Burada kusur, suç teşkil eden fiili gerçekleştiren failin, yaptığı eylemin anlam ve sonuçlarını anlayacak durumda olup, fiili kasten ya da taksir ile işlemesi durumudur<sup>42</sup>.

Hekimlerin cezai sorumlulukları ile ilgili olarak, hekimlere karşı, TCK'daki '*kast, olası kast, taksir ve bilinçli taksir*' ile yaralama ve ya öldürme suçlarından davalar

<sup>36</sup> GÖZPINAR KARAN, Gülşah: *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*. Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul, 2015, 59.

<sup>37</sup> SEYHAN, Ahmet. "Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği". *Eskişehir Barosu Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, s: 70-185.

<sup>38</sup> HAKERİ, Hakan: *Tip ve Sağlık Hukuku El Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin yayınları, 2023, s.432

<sup>39</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.425

<sup>40</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.33

<sup>41</sup> ÜMİT, Ceyda: "Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, Sayı 32, s: 197-246

<sup>42</sup> ÜMİT, s.199

açılmaktadır<sup>43</sup>. Hekimlik mesleğinin doğası gereği, bu mesleği icra edenlerin kasten öldürme ve yaralama suçlarını işlemeleri pek mümkün görünmemekle birlikte nadiren de olsa gerçekleşebilmektedir<sup>44</sup>. Hekimler hakkında daha çok taksirle öldürme veya yaralama nedeni ile ceza davaları açılmaktadır<sup>45</sup>.

Türkiye’de çalışan hekimlerin büyük kısmı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışıp kamu görevlisi statüsünde oldukları için, görevleri nedeni ile ilgili bir suç bakımından hekimlere karşı doğrudan bir dava açılmamaktadır. 4483 sayılı kanuna tabi kamu görevlileri açısından görevleri ile ilgili bir suç kapsamında savcılık tarafından soruşturma açılabilmesi için bu kanunda öngörülen, kamu görevlisi hakkında idari merciinin bir ön inceleme yaparak soruşturma izni vermesi gerekmektedir<sup>46</sup>. Bu soruşturma iznini 2022 yılında yayınlanan Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem Ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına Ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir. Bu yönetmeliğe göre soruşturma iznini verecek merci Mesleki Sorumluluk Kurulu olarak belirtilmiştir. Bu kurul aynı zamanda özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının, soruşturma izinleri içinde karar verecek merci durumuna gelmiştir<sup>47</sup>.

12/10/2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5237 sayılı TCK 21-22. maddesinde kast ve taksir tanımlanmıştır. TCK 21. maddesinde ‘*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*’ denilerek kast ve olası kast tanımlanmıştır. TCK 22. maddesinde ise ‘*...Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır...*’ denilerek taksir ve bilinçli taksir tanımı yapılmıştır.

<sup>43</sup> KARBEYAZ, s.14

<sup>44</sup> DEĞDAŞ, s.63

<sup>45</sup> KARBEYAZ, s.17

<sup>46</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.425

<sup>47</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220615-14.htm>, E.T. 14.03.2024

Taksirin ne olduğu, kast ile arasındaki farkı ve neden taksirin cezalandırılması gerektiği konusunda bazı görüşler ortaya atılmıştır<sup>48</sup>. Bu görüşler; Hukuka aykırı araçlar teorisi<sup>49</sup>, öngörebilme teorisi<sup>50</sup>, önleme teorisi<sup>51</sup> ve yanılma teorisi<sup>52</sup> olarak sayılabilir<sup>53</sup>. Bu görüşler içerisinde en çok kabul gören öngörebilme teorisidir<sup>54</sup>.

TCK’ daki maddeler irdelendiğinde ‘*öngörülebilirlik*’ kavramının taksir konusunda önemli olduğu görülmektedir. Burada üzerinde durulması gereken nokta öngörülebilirliğin kime, neye göre öngörülebilir olduğudur. Failin yapmış olduğu fiilde gerekli özen ve dikkati göstermiş olduğunu kabul edebilmek için ‘Model Ajan Teorisi’ olarak da adlandırılabilir<sup>55</sup> objektif<sup>56</sup>, subjektif<sup>57</sup> ve karma<sup>58</sup> ölçüt kullanılabilir.

Hekimlere karşı açılan davalarda öngörülebilirliğin hekimler tarafından ölçülüp değerlendirileceği kabul edilmektedir<sup>59</sup>. YCGK<sup>60</sup>, öngörülebilirlik ile ilgili olarak bir kararında, “...*Neticenin öngörülebilmesi ( tahmin edilebilmesi ) ise, failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar...*” şeklinde bir ölçüt belirlemiştir.

<sup>48</sup> ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: “Türk Ceza Kanunu’nda Taksir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, Sayı 3, s: 315-338

<sup>49</sup> Bu görüşe göre fail, hukuka aykırı araçlar kullanarak sonucun meydana gelmesine neden olmuştur. Burada sonucu öngörüp görmemesi önem taşımamaktadır,

<sup>50</sup> Bu görüşe göre fail iradi olarak yapmış olduğu fiilin sonucunu öngörebilecekken yapmış olduğu özensizlik nedeni ile öngörememesi söz konusudur.

<sup>51</sup> Bu görüşe göre fail sonucu öngörmesine rağmen sonucun oluşmasını engellememiştir.

<sup>52</sup> Bu görüşe göre failin taksirli olmasının nedeni kaçınılmaz bir yanılığının olmasıdır.

<sup>53</sup> ÇİTÇİOĞLU, s.322-324

<sup>54</sup> ZAFER, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2019, s.323

<sup>55</sup> ZAFER, s.330

<sup>56</sup> Bu ölçütte yapılan fiil genel ve soyut bir biçimde değerlendirilir. Orta standartta, akli başında, tedbirli bir insan düşünülerek öngörülebilirlik değerlendirilir.

<sup>57</sup> Bu ölçütte somut fiilin koşulları ve failin kendisi esas alınarak öngörülebilirlik değerlendirilir.

<sup>58</sup> Bu ölçütte somut fiil objektif koşullar içerisinde failin kendi özelliklerine sahip tedbirli ve makul bir insan ölçü alınarak öngörülebilirlik değerlendirilir.

<sup>59</sup> HAKERİ, Hakan: *Tıp Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012, s.328.

<sup>60</sup> Yargıtay, CGK., T. 11.05.2004, E. 2004/2-97 K. 2004/115

Suç tanımlarındaki ayrımı aşağıdaki tablodaki gibi özetleyebiliriz.

	Netice	Neticenin Meydana Gelmesi
Taksir	Öngörülüyor	İstenmiyor
Bilinçli Taksir	Öngörülüyor	İstenmiyor
Olası Kast	Öngörülüyor	Umursanmıyor (Göze alınıyor)
Kast	Öngörülüyor	İsteniyor

Tablo 1: Öngörülebilirlik bakımından suç tanımı

Yukarıdaki tablo göz önüne alınarak suç tanımlarına örnek verecek olursak;

*Kasten öldürme:* Ülkemizde ötenazi<sup>61</sup> yasak olan bir uygulama olması nedeni ile bu uygulama ancak kasten yapılır.

*Kasten yaralama:* Askere alınmak istemeyen hastasının tek böbreğine zarar veren hekimin uygulaması<sup>62</sup>.

*Taksir ile öldürme:* Penisilin ilaç uygulaması yapılan hastanın anafilaksi neticesi ile ölmesi<sup>63</sup> (Hastanın penisilin alerjisinin olmadığı veya bilinmediği farz edilecek).

*Bilinçli taksir ile öldürme:* Penisilin ilaç uygulaması yapılan hastanın anafilaksi neticesi ile ölmesi<sup>64</sup> (Hastanın penisilin alerjisinin olduğu bilinecek, ancak hekim daha önceki mesleki deneyimleri ile yaşadığı benzer olaylara dayanarak bir şey olmayacağını düşünecek).

<sup>61</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.432

Ötenazi: İyileşmesi olanaksız, bedensel veya ruhsal ileri derecede ıstırap verici bir hastalığın sonlandırılması için ölümün sağlanması.

<sup>62</sup> KARBAYAZ, s.16

<sup>63</sup> KARBAYAZ, s.17

<sup>64</sup> KARBAYAZ, s.18

## E. Malpraktis Nedenleri

Hekim hastasının tedavisini mevcut tıbbi bilgilerin ışığında yaparken, dikkatsizliği, tedbirsizliği, özen eksikliği, bilgi ve beceri eksikliği nedeni ile hastasına zarar verebilmektedir<sup>65</sup>. Hastanın tedavisi sonrası ortaya çıkan istenmeyen sonuçta malpraktis nedenini oluşturacaktır.

### 1. Dikkatsizlik

Yapılmaması gereken bir işlemin tıbbi uygulama sırasında yapılması. Örneğin; hastaya oksijen yerine karbondioksit verilmesi<sup>66</sup>.

### 2. Tedbirsizlik

Engellenebilecek bir riski engellemek konusunda yetersiz, gecikmiş ya da unutmuş olmak. Örneğin; Alerjisi olduğu ilaca, test dozunda bile olsa anafilaksi oluşacak hastaya ilaç uygulama sırasında ihtiyaç olan malzemeyi mevcut bulundurmamak.

### 3. İşinde Acemilik-Yetersizlik

Hekimin mesleğindeki temel bilgileri bilmemesi, ana beceriden yoksun olması. Örneğin; Hekimin trakea (soluk borusu) yerine özefagusu (yemek borusu) entübe (solutma işi) etmesi.

### 4. Özen Eksikliği

Kabul edilmiş tıbbi standartları uygulamamak. Örneğin: kanaması olan ve şoka girme ihtimali olan hastayı bekletmek.

### 5. Emir ve Yönetmeliklere Uymamak

Hekimin, uymak zorunda olduğu mevzuata ve amirinin kendisine verdiği hukuka uygun emirleri yerine getirmemek. Örneğin; Acil, servise 112 ekipleri ile getirilen hastayı almamak, tıbbi standartlar içinde olmayan bir tedavi uygulamak.

## F. Türleri

<sup>65</sup> GÜNGÖR, Pınar / DOĞAN MERİH, Yeliz / YAŞAR KOCABEY, Meryem: "Farklı Ülkelerin Malpraktis Konusunda Yasal Düzenleme Girişimleri, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", *Zeynep Kamil Tıp Bülteni*, 2012, Cilt 43, Sayı 4, s: 128-138

<sup>66</sup> KARBEYAZ, s.19

Malpraktis sadece tıbbi uygulama sırasında değil aynı zamanda uygulama öncesi ve uygulama sonrasındaki dönemlerde de ortaya çıkabilecek tıbbi hatalar olarak kabul edilmektedir<sup>67</sup>. Tıbbi hataların bu denli çeşitli olması hata türlerini sınıflandırmamızı gerektirir.

### 1. Teşhis Hataları

Hekimlerin, hastaların hastalıklarını teşhis etme yükümlülüğünü nasıl ve hangi yöntemle yerine getirmeleri gerektiği ile ilgili herhangi bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak hekim teşhis yükümlülüğünü yerine getirirken, yapması gereken bütün tetkikleri ve müdahaleleri yapmakla ve bunların sonucunda elde ettiği verileri doğru yorumlamakla yükümlüdür.

Her teşhis hatası malpraktis olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü hastalığın belirtilerinin her zaman açık olmaması ve benzer belirtilerin farklı hastalıklarda ortak olması sebebiyle yanlış konulan bir teşhis mutlaka hata olarak değerlendirilmemelidir. Teşhis hataları daha çok, eksik ön muayene ve yetersiz hasta öyküsü alma ile teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>68</sup>.

Teşhis hatalarına örnek olarak, ailesinde şeker hastalığı öyküsü olan ve bulantı– kusma şikâyeti ile başvuran hastanın şeker değeri ölçülmeyp hastada mevcut olan şeker hastalığının teşhis edilmemesi, ince-uzun vücut yapısına sahip genç hastanın nefes almakla ani başlangıçlı göğüs ağrısında akciğer grafisi çekilmeyip pnömotoraksın

<sup>67</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.372

<sup>68</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.372-376



(akciğerin sönməsi) atlanması verilebilir. Teşhis hataları ile ilgili Yüksek Sağlık Şurası<sup>69</sup> ve Yargıtay<sup>70</sup> kararları bulunmaktadır.

## 2. Tedavi Hataları

Hastanın tedavi süreci ancak teşhis aşaması sona erdikten sonra başlayacaktır. Bu aşamada hekimden beklenen yapacağı tedaviyi tıp biliminin kabul etmiş olduğu standartlara göre yapmasıdır. Tıp bilimi sürekli olarak gelişmekte ve bu nedenle hastalıkların tedavi yöntemleri de değişebilmektedir. Bu nedenle hekimlerin son tedavi yöntemlerini takip etmek ve bu yöntemleri uygulama yükümlülükleri bulunmaktadır. Mevcut tedaviler içinde hekim, uygun gördüğü tıp biliminin kabul ettiği tedaviyi uygulamakta serbesttir<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> AKTARAN TÜRKAN, Hülya / TUĞCU, Harun: “2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları”, *Gülhane Tıp Dergisi*, 2004, Cilt 46, Sayı 3, s.223.

Yüksek Sağlık Şurası'nın malpraktis ile ilgili vermiş olduğu bir kararında; 49 yaşında trafik kazası geçiren hastanın, kaldırıldığı hastanenin acil servis doktoru tarafından muayenesinin yapıldığı, ancak hastanın hayati tehlikesinin olmadığını belirten geçici rapor verilerle evine yollandığı ve aynı gün hastanın evinde öldüğü belirtilmiştir. YYS (YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI) kararında, dosyada hastaya ait filmlerin olmadığı, otopsi tutanağından, ölümün, künt beden travmasına bağlı çok sayıda kaburga kırığı ile birlikte iç organ yaralanmasından gelişen iç kanamanın etkisiyle meydana geldiğinin anlaşıldığı, dolayısı ile hekimin hastayı dikkatli muayene etmediğinden ve toraks travmasını iyi değerlendirmediklerinden dikkatsizlik ve tedbirsizlik açısından kusurlu olduğuna karar verilmiştir.

<sup>70</sup> Yargıtay, 13.HD., T.21.9.2017, E. 2016/6074 K.2017/8426

Günümüzde birçok istenmeyen durumun, bebek daha anne karnında tespit edilebilme imkânı varken, bunun yapılmamış/yapılamamış olması ve maddi/ manevi zararlara yol açmaktadır. “...davalı doktorun bebeğin anne karnında yanlış pozisyonda durduğunu tespit edemediğini, anne karnında gerekli müdahaleyi yapmaması sonucu Bülent'in sağ kolu eksik doğduğunu, bu durumun davalı doktorun mesleğin gerektirdiği gerekli özen ve ihtimamı göstermemesinden kaynaklandığını belirterek...” Yargıtay 2 CD T:24.5.1995 E:4916/6186 sayılı kararında; “...Ateşli silah mermi çekirdeği ile yaralanıp kaldırıldığı Ankara Hastanesinde çene ve boyun solundaki yaralarına dikiş atılıp evine gönderilen ve yakınmalarının artması üzerine ertesi gün tekrar aynı hastaneye başvurulduğunda sol göğüs omuru dış kısmında yumuşak dokuları arasında mermi çekirdeği bulunduğu fark edilip Hacettepe Hastanesine sevk edilen ve aynı gün orada ölen C.T.nin otopsi raporuna göre ölümünün ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı birinci göğüs omur kırığı ile birlikte omurilik zedelenmesi sonucu meydana geldiği ve kişiye bir adet mermi çekirdeği isabet ettiği ve kaldırıldığı Ankara Hastanesinde ateşli silah yarası tespit edilerek gereken şekilde müdahale ve tedaviye devam edilmesi halinde yaralının kurtulmasının tıbben mümkün olup olmadığı, ... tedavideki yanılma ve geç müdahalenin ölümün husulünde etkisi bulunup bulunmadığı, ... tayin ve tespiti gerektiği gözetilmeden noksan araştırmayla karar verilmesi yasaya aykırıdır

<sup>71</sup> DEĞDAŞ, s.55

Tedavi hataları karşımıza şu şekillerde çıkabilmektedir; Müdahale yapılmaması, eksik ön muayene ve yeterli öykü alınmaması, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi, yanlış ilaç seçme veya uygulamayı yanlış yapma, yanlış organın ya da hastanın ameliyat edilmesi. Yargıtay dairelerince verilen kararlarda tedavi hatalarına örnek olarak, hekimin kendi uzmanlık alanından olmayan ve kullanma yetkisi olmayan bir cihazı kullanarak tedavi girişiminde bulunması<sup>72</sup>, hekimin acil servise gelen hastaya başka bir sağlık mensubu arkadaşına telefonla talimat vererek tedavi yaptırması<sup>73</sup>, travma sonrası hastayı travma takibine alıp gözlem yapması gerekirken hekimin hastayı gözlem altında tutmayıp taburcu etmesi<sup>74</sup>, ameliyat sonrası hastanın vücut içinde yabancı madde unutulması<sup>75</sup>, hastanın burnuna yapılan işlem sonrası burun içinde kırık iğne ucu unutulup hastanın ıstırap çekmesine neden olması<sup>76</sup>, hekimin penisilin uygulamasından önce hastaya test yapmaması<sup>77</sup> verilebilir.

### 3. Tedavi Sonrası Hatalar

Hekimlerin özen yükümlülüğü sadece tedavi aşamasında olmayıp, tedavi sonrasında bu yükümlülükleri devam etmektedir<sup>78</sup>. Hekim, yapmış olduğu tedavi ya da girişim sonrası başarı ve/veya başarısızlığını mutlaka takip etmeli ve bu davranış hekime yüklenmiş bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>79</sup>. Hekim tedavi sonrası hastasına yapılıp-yapılmaması gereken aktiviteleri, uyması gereken diyeti, kullanması gereken ilaçları<sup>80</sup> gibi uyarı ve önerilerde bulunmalıdır<sup>81</sup>.

## II. KOMPLİKASYON

Komplikasyon için birden fazla tanım yapılmıştır. Bir tanıma göre komplikasyon; tıp biliminin eriştiği gelişmişlik düzeyi içerisinde yapılan standart tedavi ya da müdahaleye rağmen, her türlü tedbir alınmasına karşın ortaya çıkması kaçınılmaz

<sup>72</sup> Yargıtay, 4. HD., T. 17.12.2016, 1976/692 E. K. 1976/11046

<sup>73</sup> Yargıtay, 9. CD., T. 30.04.2007. E. 2007/8605, K. 2007/3604

<sup>74</sup> Yargıtay, 9. CD., T. 20.11.2006. E 2006/4047, K. 2006/6290

<sup>75</sup> Yargıtay, 13. HD., T. 14.03.1983, E. 1983/7237, K.1983/1783

<sup>76</sup> Yargıtay, 13. HD., T. 06.11.2000, E. 2000/8590 K. 2000/9569

<sup>77</sup> Yargıtay, 13. HD., T. 19.09.2006, E2006/6680, K. 2006/12109

<sup>78</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.386

<sup>79</sup> UYGUR, s.377

<sup>80</sup> UYGUR, s.378

<sup>81</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.386

olan zarar<sup>82</sup> olarak tanımlanmaktadır. Başka bir tanımda ise komplikasyon; hekim yapmış olduğu tıbbi müdahale sırasında ya da sonrasında, hekim tarafından ortaya çıkabilmesi öngörülebilir ancak önlenmesi mümkün olmayan zararlar olarak tanımlanmaktadır<sup>83</sup>. Yargıtay tarafından yapılan bir tanıma göre ise komplikasyon; ‘*hekimin tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren her şeyi doğru yapmasına rağmen yine de istenmeyen bir sonucun meydana gelmesidir...*’<sup>84</sup>. Aslında komplikasyon hukukta izin verilen risk olarak da tanımlanabilir<sup>85</sup>.

Hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahale nedeni ile sorumluluğu kusur prensibi temel alınarak değerlendirilmektedir<sup>86</sup>. Ortaya çıkan komplikasyon bir mesleki hataya direkt bağlı olmadığı sürece hekimin hukuki açıdan sorumluluğuna neden olmaz. Yeter ki hekim tıp biliminin kabul ettiği standartlar içerisinde davranmış olsun<sup>87</sup>. Hekimin oluşan bir komplikasyondan sorumlu olmaması için, tıbbi müdahale öncesi hastayı tamamen aydınlatmış ve hukuka uygun olarak aydınlatılmış rızasını almış olmalıdır. Böyle bir durumda komplikasyon ortaya çıksa hekim sorumlu olmayacaktır<sup>88</sup>.

Komplikasyon ile ilgili alınmış rızanın gerektiği ile ilgili Yargıtay kararları mevcuttur<sup>89</sup>. Ancak her ne kadar komplikasyon gelişebilme ihtimali hastaya anlatılmış ve işleme ilgili rızası alınmış olsa bile ortaya çıkan komplikasyon hekim tarafından iyi bir şekilde yönetilememişse<sup>90</sup> hekimin komplikasyon nedenli sorumluluğu ortaya çıkabilir<sup>91</sup>.

---

<sup>82</sup> HAKERİ, Hakan: Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı. [https://www.toraks.org.tr/site/sf/books/pre\\_migration/966bcb30758ee1957827b5beb1b5b88e396a3b99b5346b05fb6028dd2fe2c667.pdf](https://www.toraks.org.tr/site/sf/books/pre_migration/966bcb30758ee1957827b5beb1b5b88e396a3b99b5346b05fb6028dd2fe2c667.pdf), E.T: 25.04.2024

<sup>83</sup> DEMİR / KIRKİT, s.82

<sup>84</sup> Yargıtay, HGK., T. 07.07.2021, E. 2017/2244, K. 2021/961

<sup>85</sup> DEĞDAŞ, s.63

<sup>86</sup> HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s.24

<sup>87</sup> DEMİR / KIRKİT, s.83

<sup>88</sup> DEĞDAŞ, s.60

<sup>89</sup> Yargıtay, 13.HD., T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842 “Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur...” Yargıtay, 13.HD., T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687; “...ameliyattan önce böyle bir ihtimalden hiç bahsetmemiş olmasına rağmen, davalı doktorun hata ve kusuru nedeniyle, ameliyat sırasında sol kolundaki sinirlerin kesilmesi sonucu sol kolunun felç olduğunu...”

<sup>90</sup> HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s.25

<sup>91</sup> Yargıtay, 13.HD., E.2015/40778, K.2017/3963 T.5.4.2017 “...Mahkemece, her ne kadar mevcut durumu “... gelişen mesane hasarının her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal ve kusura izafe edilemeyen komplikasyon...” olarak niteleyen adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş ise de, idrar kesesindeki yırtığın boyutu göz önünde

### III. MALPRAKTİS-KOMPLİKASYON AYIRIMI

Tıp camiası ile hukuk camiasının tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan istenmeyen sonuca yaklaşımları farklılıklar göstermektedir. Tıp camiası istenmeyen her sonucu komplikasyon olarak değerlendirirken, hukuk camiası istenmeyen sonucu ancak hekime yüklenilemeyen durumlar karşısında komplikasyon değerlendirmesi yapmaktadır<sup>92</sup>.

Hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan istenmeyen sonucun malpraktis mi komplikasyon mu olduğu hekimin sorumluluğu açısından oldukça önemlidir. Hekimin mevcut tıbbi standarttan dışına çıkarak yaptığı müdahaleler sonucu oluşan zararlar malpraktis olarak değerlendirilirken, tıbbi standartlar içerisinde yapılan, öngörülebilir ancak önlenemeyen zararlar ise komplikasyon olarak tanımlanmaktadır<sup>93</sup>.

Tıp hukuku açısından malpraktis-komplikasyon ayırımı her somut olayın özelindeki tıbbi durumlara göre yapılır. Somut olayda yapılan tıbbi müdahalenin yaratabileceği zararın öngörülebilirlik ve önlenebilirlik oranları kapsamında malpraktis yahut komplikasyon olarak değerlendirilebilir<sup>94</sup>.

---

bulundurulduğunda, davalı doktorun ortaya çıkabilecek riskleri ortadan kaldırmak adına ameliyat öncesi ve sonrası yapması gereken girişimlerin neler olduğunun, ameliyat sırasında durumun tespit edilip edilmediğinin, ameliyat sonrasında derhal müdahale edilip edilmediğinin, zararın azalması veya ortadan kaldırılması adına ne yapıldığının, bu aşamalarda davalı doktorun ihmalinin ve kusurunun bulunup bulunmadığının da tartışılması gerekir...”

<sup>92</sup> ÖZCAN, Zeynep / ÖZCANOĞLU, Ayşe Betül: “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, Sayı 16, s: 289-315

<sup>93</sup> DEMİR / KİRKİT, s.85

<sup>94</sup> DEMİR / KİRKİT, s.85

Malpraktis-Komplikasyon ayırımını bir tabloda gösterecek olursak;

<b>Girişim Türü</b>	<b>Olumsuzluk Durumu</b>	<b>Girişim Sonrası Tedbir</b>	<b>Sonuç</b>	<b>Durum</b>
Tıbbi standartlara uygun girişim	Olumsuzluk öngörülüyor	Olumsuzluk geliyor, gerekli girişimde bulunuluyor	Kötü	Komplikasyon
Tıbbi standartlara uygun girişim	Olumsuzluk öngörülüyor	Tedbir alınıyor	Kötü	Komplikasyon
Tıbbi standartlara uygun girişim	Olumsuzluk öngörülüyor	Tedbir alınmıyor	Kötü	Malpraktis
Tıbbi standartlara uygun olmayan girişim	Olumsuzluk öngörülüyor ya da öngörülüyor	Tedbir alınıyor ya da alınmıyor	Kötü	Malpraktis
Hukuka aykırı girişim	Olumsuzluk öngörülüyor ya da öngörülüyor	Tedbir alınıyor ya da alınmıyor	Kötü ya da iyi	Malpraktis
Onam alınmadan yapılan girişim	Olumsuzluk öngörülüyor ya da öngörülüyor	Tedbir alınıyor ya da alınmıyor	Kötü ya da iyi	Malpraktis

Tablo 2: Malpraktis-Komplikasyon ayırımı

Yukarıda hekimlerin yapmış oldukları tıbbi girişimlerin yer aldığı tablomuzu bir bütün olarak değerlendirdiğimizde ortaya çıkan sonuç, hekimlerin yapmış oldukları tıbbi girişimlerde malpraktis ile karşı karşıya kalma ihtimallerinin daha yüksek olduğunu görüyoruz. Özellikle de onam alınmadan yapılan girişimler ve hukuka aykırı girişimler, sonuç olumlu olsa bile malpraktis olarak değerlendirilir.

#### IV. MALPRAKTİSTE BİLİRKİŞİLİK

Malpraktis iddiası ile mahkemelerde açılan davalarda söz konusu iddianın, malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğu konusu sadece hukuk eğitimi almış kişilerce tespiti mümkün olan bir olgu değildir. Çünkü bu kavramlar ancak tıp eğitimi almış ve uzmanlaşmış bilirkişilerce karar verilebilecek bir durumdur<sup>95</sup>. Bu nedenle mahkemeler 17/12/2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun (CMK) 63. maddesi<sup>96</sup> ve 4/2/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 266. maddesi<sup>97</sup> gereği çözümü uzmanlık isteyen durumlarda bu konuda uzmanlaşmış bilirkişilere başvuruyorlar. Malpraktis konusu da çözümü uzmanlık isteyen bir durum olduğundan, pratik uygulamada başta Adli Tıp Kurumu olmakla birlikte, üniversitelerin ilgili bölümleri, eğitim araştırma hastaneleri ve alanında uzman kişiler (akademisyen, hekim) bilirkişi olarak başvuru tüzeli ve gerçek kişileri oluşturmaktadır. Bilirkişi raporlarında önemli olan raporun içeriği ve niteliğidir. Hazırlanan bilirkişi raporunun, zarar verdiği iddia edilen hekimin yaptığı uygulama ile yapılması gereken uygulamanın ne olduğunu gösteren nedenlerin, mahkeme ve taraflarca denetime elverişli olacak şekilde açıklayıcı bir rapor olmalıdır. Aksi takdirde rapor mahkemece yetersiz sayılıp, yeni bir bilirkişi raporunun alınması yoluna gidilmektedir<sup>98</sup>. Bir Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararında bilirkişi raporunun içeriğinin sınırları belirtilmiştir<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s.27

<sup>96</sup> CMK Madde 63 – (1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. (Değişik cümle: 3/11/2016-6754/42 Md.) Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. (Ek cümle: 3/11/2016 6754/42 Md.) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.

<sup>97</sup> HMK Madde 266- (1)Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. (Değişik cümle: 3/11/2016-6754/49 Md.) Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. (Ek cümle: 3/11/2016-6754/49 Md.) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.

<sup>98</sup> HAKERİ, *El Kitabı*, s.400-402

<sup>99</sup> Samsun BAM, 5. HD., T. 25.11.2020, E. 2020/1332 K. 2020/1993 "...müteveffanın tedavisine ilişkin seyrin tespiti, bu olayda davalıların ayrı ayrı hafif bile olsa kusurlarının olup olmadığı, var ise kusurlarının niteliğinin net şekilde açıklanması, tedavi yönteminin tıbben uygun yöntem olup

Başvurulan bilirkişilere mahkemelerce sorulan soru ‘söz konusu olan tıbbi uyumsuzluğın, zararı verdiği iddia edilen hekim ile aynı şart ve özellikte olan başka bir hekim tarafından oluşan istenmeyen sonucun öngörülüp görülemeyeceği’ hususudur. Bilirkişilerce ‘zarar verdiği iddia edilen hekim ile aynı şart ve özellikte olan başka bir hekim....şartlarına dikkat ederek istenmeyen sonucun öngörülebileceği ve ...önlemleri alarak istenmeyen sonucu önlemesi gerekirdi’ şeklinde bir açıklama yapılabiliniyorsa hekim kusurlu olarak kabul edilmektedir<sup>100</sup>.

## V. MALPRAKTİSİN HALK SAĞLIĞINA ETKİSİ

Son dönemlerde hasta ile hekim arasındaki ilişkide büyük değişimler yaşanmaya başlanmıştır. Daha önceleri şifa veren ellerin sorgulanmadığı, yaptığı her uygulamaya saygı ile yaklaşan hekimler son dönemlerde yaptığı uygulamalar nedeniyle sorgulanmaya başlanan bir figür haline geldi. Böylece daha önce var olan paternalist (babacıl) ilişki terk edilmeye başlanmış olup artık hastaların daha çok şikâyetçi olmaya başladığı bir ilişki başlamış bulunmaktadır<sup>101</sup>. Bu değişimin oluşma sebepleri olarak, sağlık hukukunda meydana gelen gelişmeler, basında özellikle tıbbi hatalara yönelik haberlerin çok fazla sayıda yayınlanması, tıp bilimindeki ilerleme, kişilerin sağlık konusunda farkındalıklarının artması, hasta haklarının daha ön plana çıkması ve bu hakların kullanılması ile ilgili araçlara daha kolay ulaşılabilir olması verilebilir<sup>102</sup>. Bu değişimlerden dolayıda hastalar özellikle teşhis ve tedavi basamaklarında artık hekimlere karşı daha fazla şikâyetçi olmaya başlamış ve malpraktis dava sayılarında gözle görülür bir artış söz konusu olmuştur.

olmadığı, davalı tarafça uygulanan tıbbi müdahale sırasında hastanın tüm özelliklerinin titizlikle göz önüne alınıp alınmadığı, komplikasyon bulunup bulunmadığı ve varsa komplikasyonun meydana gelmemesi ile komplikasyonun yönetimi hususunda davalı tarafın gerekli özen ve titizliği gösterip göstermediği, ayrıca yapılacak ameliyatın niteliği ve oluşabilecek komplikasyonlar konusunda davalı tarafça aydınlatılmış onam yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, sonuç olarak tıbbin gerek ve kurallarına göre olayda davalı tarafların sorumluluğunu gerektirecek ihmal veya hatalı işlem bulunup bulunmadığı hususlarında nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve yargı denetimine elverişli, önceki raporları da irdeler şekilde bilirkişi kurulu raporu alınmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken...”

<sup>100</sup> DEĞDAŞ, s.61-62

<sup>101</sup> TÜRE, Oğuzhan: “Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından <sup>[1]</sup>Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 127, s: 32-41

<sup>102</sup> MANSUR, Fatma / CEYLAN, Ömer: “Defansif Tıp ve Defansif Tıp Konusunda Yapılan Akademik Çalışmalar Üzerine Bir Derleme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 3, s: 721-744

Hekimlere karşı açılan dava sayılarındaki artış, hekimleri daha fazla savunmacı bir hale getirmiş, hekimleri yapacakları işlemlerde çekinik davranmaya itmiştir. Günümüzde hekimlerin tüm tıbbi süreçte malpraktis davaları ile karşılaşmamak için, teşhisten tedaviye kadarki süreçte tıbbi olarak gerekmeyen fazladan tahlil isteme, radyolojik görüntüleme kullanma, fazladan ilaç yazma, sıkıntı yaşayacağını düşündüğü hastaları sevk etme şeklindeki eylemleri ile karşılaşmaktadır<sup>103</sup>. Hekimlerin uyguladıkları bu tutum literatürde ‘*defansif tıp*’ kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır.

## VI. DEFANSİF TIP

Defansif tıp kavramı 1970 li yıllarda Amerika Birleşik Devletlerinde(ABD) hekimlere karşı açılan davalar sonrasında literatüre girmiş bir kavramdır. Bu kavramı en yalın hali ile tanımlayacak olursak; hekimlerin malpraktis davaları ile karşılaşmamak adına, sorumluluktan kaçınmaları olarak tanımlanabilir. Daha geniş bir tanımlama yapacak olursak, hekimlerin kendi aleyhlerine açılacak olan davalarla ya da hasta ve/veya yakınlarından gelecek olan şikâyetlerle karşılaşmamak adına, gereksiz tahlil, görüntüleme, ilaç yazma ve kullanma, fazladan tıbbi işlemler yapma, ihtiyaç olmamasına rağmen konsültasyonlar isteme ve sıkıntı yaşayacağını düşündüğü hastaları sevk etme şeklinde tanımlanabilir<sup>104</sup>.

Defansif tıp uygulamasına başta ABD olmak üzere, Avrupa ülkelerinde, uzak doğuda Japonya’da ve Türkiye’de sık karşılaşılmaktadır<sup>105</sup>. 2012-2022 yılları arasında Türkiye’de Sağlık Bakanlığı aleyhine kamu sağlık hizmetlerinin kusurlu bir şekilde sunulduğu iddiası ile 5933 yargı davası açılmış ve bu davalarda yaklaşık 5,3 milyar TL tazminat talep edilmiş. Bu davalar sonucunda ise toplam 172 milyon TL tutarında tazminat ödetilmesine karar verilmiş. Ayrıca hekimler hakkında açılan ceza davalarında, taksirle yaralama iddiası ile açılan davaların %95’inde, taksirle öldürme suçu iddiası ile açılan davaların ise %90’ında hekimler kusursuz bulunmuş<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> ŞAHİN, Büşra / ALCALI, Özgü: “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 41, s: 483-510

<sup>104</sup> MANSUR / CEYLAN, s.723-724

<sup>105</sup> MANSUR / CEYLAN, s.722

<sup>106</sup> <https://medimagazin.com.tr/guncel/doktorlara-5-yilda-6-bin-malpraktis-davasi-acildi-99848>. E.T.28.03.2024



---

Defansif tıp uygulaması aktif ve pasif olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkabilir.

### A. Aktif Defansif Tıp

Hekimin, hasta ve/veya yakınlarından gelecek suçlama ve açılacak davalara karşı, kendi savunmasını kuvvetli bir şekilde yapmak adına tıbbi olarak hastanın tanısı ve tedavisi için olumlu bir katkı sağlamayan gereksiz tıbbi işlemler yapması olarak tanımlanabilir<sup>107</sup>. Hekimlerin en fazla başvurdukları aktif defansif tıp girişimleri şu şekilde sıralanabilir<sup>108</sup>;

- Gereklili olmayan laboratuvar tetkikleri istemek.
- Gereklili olmayan radyolojik görüntülemeler istemek.
- Hastaları gereğinden fazla süre ile hastanede yatırmak.
- Hasta için gerekli olmadığı halde fazladan konsültasyon istemek.
- Çok fazla ayrıntılı hasta kayıtları tutmak.
- Hastalara yapılacak tıbbi girişim detaylarını çok fazla olacak şekilde anlatmak.
- Tanı için gereğinden fazla girişimsel tetkik önermek.
- Hastanede yatan hastaları daha fazla ziyaret etmek.

### B. Pasif Defansif Tıp

Hekimin, hasta ve/veya yakınlarından gelecek suçlama ve açılacak davalara karşı, kendi bilgi ve tecrübesi yeterli olmasına rağmen yüksek riskli tıbbi girişim gereken hastalara müdahale etmemesi ve hastadan kaçınması olarak tanımlanabilir<sup>109</sup>. Hekimlerin en fazla başvurdukları pasif defansif tıp girişimleri şu şekilde sıralanabilir<sup>110</sup>.

- Yüksek riskli olabilecek tıbbi girişimlerden kaçınma.
- Hekime dava açma ihtimali yüksek olan hastaları muayene etmemek.

---

<sup>107</sup> KARBEYAZ, s.35

<sup>108</sup> ÜNAL, Özgün: *Defansif Tıp Uygulamaları, Öncülleri ve Sonuçları*, Sakarya Üniversitesi İşletme Enstitüsü Sağlık Yönetimi ABD, Sakarya, 2020, 17.

<sup>109</sup> MANSUR / CEYLAN, s.726

<sup>110</sup> ÜNAL, s.19

- 
- Birkaç hastalığı birlikte taşıyan kompleks hastalardan uzak durma.
  - Hekimin, kendince riskli saydığı hastayı başka bir hekime yönlendirme veya sevk etme.
  - Gerekli olmamasına rağmen fazladan ilaç reçeteleme.
  - Risk yaşamamak adına mesleği bırakma.

### C. Defansif Tıp Uygulamasının Neden Olduğu Sonuçlar

Defansif tıp uygulamalarının hekimler için zaman ve itibar kaybı ile birlikte kişisel sıkıntılar gibi dolaylı maliyetlerinin yanında doğrudan ülke ekonomisini etkileyen maddi sonucuda bulunmaktadır. Ne yazık ki bu defansif tıp uygulamalarının yaratmış olduğu doğrudan maddi kaybı tam olarak belirlemek mümkün değildir. Ancak defansif tıp ile ilgili çalışmaların en yaygın olarak yapıldığı ülkelerden biri olan ABD’de, 1987 yılında defansif tıp maliyetinin 12 milyar dolar olduğu ve bu maliyetin giderek arttığı belirtilmiştir. 2000 yılı öncesinde yapılan tüm sağlık harcamaları içinde defansif tıp uygulamalarının %5 ile %9 arasında maliyeti olduğu belirtilmektedir<sup>111</sup>.

Ülkemizde defansif tıbbın yarattığı mali kayıpla ilgili doğrudan bir çalışmamaya rastlanmamakla birlikte 2020 yılında defansif tıp uygulamaları kapsamında retrospektif olarak 596 hastanın dosyasının incelendiği bir çalışmada<sup>112</sup>, laboratuvar istemlerinde defansif tıp uygulama oranının %10,6, görüntüleme ise %14,20 olduğu belirtilmiştir. Defansif tıp uygulamalarının hekimler arasındaki yaygınlığı göz önüne alındığında, bu uygulamanın ülke ekonomisine çok fazla miktarda mali yük getirdiği aşikârdır.

Defansif tıp uygulamalarının ülke ekonomisine getirdiği maddi yük boyutunun yanında, hekimlerin Tıpta Uzmanlık Sınavı (TUS) ile uzmanlık alanlarından bölüm seçme iradelerinde de değişikliğe yol açmıştır. Malpraktis dava sayılarındaki artıştan dolayı hekimler, TUS ile riskli bölümleri tercih etmekten uzak bir davranış sergilemeye başladılar<sup>113</sup>. Bu davranış sonucu beyin cerrahisi, genel cerrahi, kadın hastalıkları ve

---

<sup>111</sup> MANSUR / CEYLAN, s.729

<sup>112</sup> ÖZER, Kubilay / ASLAN, Şebnem: “Defansif Tıp Uygulamalarının Belirlenmesi: Karma Yöntem Araştırması”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 2020, Cilt 23, Sayı 4, s: 639–664.

<sup>113</sup> KAYA, Abdülkadir / AKTÜRK, Zekeriya / ÇAYIR, Yasemin / TAŞTAN, Kenan: “2007-2013 arası Tıpta Uzmanlık Sınavları: Bir Trend Analizi”, *Ankara Medical Journal*, 2014, Cilt 14, Sayı 2, s: 53-58.

doğum, kalp-damar cerrahisi, çocuk sağlığı ve hastalıkları gibi ana bölümlerin tercih edilmemeye başlanmakta ve sonuç olarak bu bölümlerde yeterli sayı ve nitelikte uzman hekimin yetişmemesi riskine yol açmaktadır.

Ülkemizde çalışan hekimler arasında da yaygın bir şekilde görülen defansif tıbbi uygulamaların; başta ülke ekonomisi ve sağlık sistemi olmak üzere hekime, hastaya büyük etkilerinin olduğu açıktır. Ülkemizdeki mevcut sosyoekonomik ve politik koşullar göz önüne alındığında, sayıları zaten az olan yeterli ve nitelikli hekimlere ulaşmanın sıkıntılı olduğu gerçeği göz önüne alındığında, mevcut hekimlerin defansif tıbbi uygulamalara yönelmesi ile birlikte bu sıkıntı daha da hissedilir olmaya başlamıştır.

Hekimlerin gerekmeden bir tıbbi girişim yapması, gerekli olmayan laboratuvar tetkikleri istemeleri ve radyolojik görüntüleme yaptırımları, riskli hastaların başka bir hekim ve birimlere sevk etmesi hastalar açısından hem teşhis süresinin hem de tedaviye ulaşma zamanının uzamasına neden olmaktadır. Bu durumla ilişkili olarak defansif tıbbi uygulamalar aynı zamanda sağlık birimlerinde yoğunluğun artmasına, sebep olduğu ekonomik kayıplar nedeni ile hem hastanın iktisadi durumunda hem de ülke ekonomisine ciddi anlamda olumsuz etkileri olmaktadır<sup>114</sup>.

## VII. SONUÇ

Hekimlik mesleği insanlığın var olması ile var olan bir meslektir. Bu mesleğin doğası gereği yapılan her türlü girişim bir risk barındırmaktadır. Hekimler yapmış oldukları tıbbi girişimler sonrası ortaya çıkan istenmeyen zararlardan sorumluluğu, tıp hukuku içinde önemli bir konudur.

Meslekte yapılan kötü/hatalı uygulama anlamına gelen malpraktis kavramı her meslekte söz konusu olmasına rağmen daha çok tıp alanındaki hatalı uygulamaları çağrıştırmaktadır. Hekimlerin yapmış oldukları girişimin tıbbi standardın dışında olması durumunda sorumlulukları doğmaktadır. Hekimler malpraktis davalarında tazminat sorumluluğu açısından en hafif kusurundan bile sorumlu iken, ceza hukuku anlamındaki cezai sorumlulukları ancak yapmış oldukları tıbbi müdahaleye uyan ve TCK' da suç olarak belirtilmiş bir davranışı gerçekleştirmeleri sonucu sorumlulukları ortaya

<sup>114</sup> ŞAHİN / ALCALI, s.492-493

çıkılmaktadır. Bu nedenle TCK kapsamında hekimler kast ve taksir ile yaralama ve öldürme suçlarından yargılanmaktadırlar. Hekimlik mesleğinin doğası gereği, bu mesleği icra edenlerin kasten öldürme ve yaralama suçlarını işlemeleri pek mümkün görünmemekle birlikte nadiren de olsa gerçekleşebilmektedir. Hekimler hakkında daha çok taksirle öldürme veya yaralama nedeni ile ceza davaları açılmaktadır.

Malpraktis davalarında suçlanan hekimin yapmış olduğu tıbbi girişim sonrası ortaya çıkan istenmeyen sonucun malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğu sorusu oldukça önemlidir. Çünkü hekimlerin komplikasyondan doğan sorumlulukları yoktur. Bu nedenle mahkemeler bu sorunun cevabını bulmak için CMK ve HMK'da bulunan mevcut maddeler ve de Yargıtay kararlarına uyarak bilirkişi kurumundan faydalanmaktadırlar.

Son dönemlerde artan malpraktis dava sayıları nedeni ile hekimlerde defansif tıp olarak adlandırılan ve çekinik ya da savunmacı bir tıbbi uygulama anlayışı gelişmiştir. Bu anlayış sebebi ile hekimler, hasta ve/veya yakınları tarafından kendisine yöneltilecek suçlamalar ya da açılacak davalarda savunmasını güçlendirebilmek için teşhis ve tanı için gerekli olmayan laboratuvar tetkikleri ile radyolojik görüntülemeler yapamaya çalışmaktadırlar. Aynı zamanda kendi bilgi ve tecrübesinin yeteceği bir hastalık ile karşılaştığında da bu hastayı sevk etme girişiminde bulunmaktadır. Bu işlemler sonucunda da hem hekim hem de hasta için zaman kaybının yanında, iktisadi anlamda ülke ekonomisine ciddi bir maliyet eklenmektedir.

Hekimlerin, dava edilme korkusu ile bir ömür geçiremeyecekleri gerçeğinden yola çıkarak TUS ile daha az riskli bölümleri tercih ettikleri görülmeye başlanmıştır. Bunun sonucu olarak, gelecekte ana bölümlerden (kadın hastalıkları ve doğum, çocuk sağlığı ve hastalıkları, genel cerrahi, beyin cerrahi gibi) yeterli sayı ve nitelikte uzman hekim yetişmeyecektir. Bu sayı ve nitelik olarak ortaya çıkacak olan hekim eksikliğinin, halk sağlığı açısından önemli riskler yaratacağı gerçeğini göz ardı etmememiz gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen sebepler sonuç itibarı ile bireylerin sağlık hakkını kullanmaları açısından sorunlar yaratacaktır. Unutmamak gerekir ki sağlık hakkı anayasamızın 56/1 ve 56/3 maddesinde 'Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir' 'Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık

---

kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler' şeklinde belirtilmiştir. Böylece anayasamız sağlık hakkı açısından devlete pozitif bir yükümlülük yüklemiştir. Bu nedenle devletin bu konuda gerekli olan tedbirleri alarak bireylerin sağlık hakkını sağlıklı bir şekilde sürdürülmesini sağlaması gerektiği kanaatindeyiz.

**KAYNAKÇA**

AKTARAN TÜRKAN, Hülya / TUĞCU, Harun: “2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları”, *Gülhane Tıp Dergisi*, 2004, Cilt 46, Sayı 3.

BAYRAKTAR, Köksal: *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, Sermet Matbaası, 1972.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: “Türk Ceza Kanunu’nda Taksir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, Sayı 3, s: 315-338

DEĞDAŞ, Ulaş Can. “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki Ve Cezai Sorumluluk”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 6, s: 41-65.

DEMİR, Mehmet / KIRKİT, Ecem: “Komplikasyon – Malpraktis Ayırımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Sayı 1, s.58-91.

ERER, Sezer: *Bursa Tabip Odası Onur Kurulu Dosyalarında Tıp Etiği Sorunlarının Değerlendirilmesi*. Uludağ Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Deontoloji Anabilim Dalı, Bursa, 2007.

ERSOY, Yüksel: “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53.

GÖZPINAR KARAN, Gülşah: *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*. Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul, 2015.

GÜNGÖR, Pınar / DOĞAN MERİH, Yeliz / YAŞAR KOCABEY, Meryem: “Farklı Ülkelerin Malpraktis Konusunda Yasal Düzenleme Girişimleri, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”, *Zeynep Kamil Tıp Bülteni*, 2012, Cilt 43, Sayı 4, s: 128-138

HAKERİ, Hakan: *Tıp Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012.

- 
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı. [https://www.toraks.org.tr/site/sf/books/pre\\_migration/966bcb30758ee1957827b5beb1b5b88e396a3b99b5346b05fb6028dd2fe2c667.pdf](https://www.toraks.org.tr/site/sf/books/pre_migration/966bcb30758ee1957827b5beb1b5b88e396a3b99b5346b05fb6028dd2fe2c667.pdf) , E.T: 25.04.2024
- HAKERİ, Hakan: *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin yayınları, 2023.
- KAHYAOĞLU KHALİL, Elif: *2015-2020 Yılları Arasında Yargıtay'a İntikal Etmiş Malpraktis Dosyalarının Sağlık Yönetimi Açısından Analizi*. Ordu Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Yönetimi Ana Bilim Dalı, Ordu, 2022.
- KARBEYAZ, Kenan. *Malpraktis*. Eskişehir Osmangazi Üni. Yayınları. 2018.
- KAYA, Abdülkadir / AKTÜRK, Zekeriya / ÇAYIR, Yasemin / TAŞTAN, Kenan: “2007-2013 arası Tıpta Uzmanlık Sınavları: Bir Trend Analizi”, *Ankara Medical Journal*, 2014, Cilt 14, Sayı 2, s: 53-58.
- MANSUR, Fatma / CEYLAN, Ömer: “Defansif Tıp ve Defansif Tıp Konusunda Yapılan Akademik Çalışmalar Üzerine Bir Derleme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 3, s: 721-744
- ÖZCAN, Zeynep / ÖZCANOĞLU, Ayşe Betül: “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, Sayı 16, s: 289-315
- ÖZDİLEK, Ali Osman: Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu. [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_300.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_300.htm), E.T.23.03.2024
- ÖZER, Kubilay / ASLAN, Şebnem: “Defansif Tıp Uygulamalarının Belirlenmesi: Karma Yöntem Araştırması”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 2020, Cilt 23, Sayı 4, s: 639-664.
- ÖZESEN, Toygün Anıl / KAYA, Kenan: “Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'na Hatalı Tıbbi Uygulama İddiası ile Başvuran Olguların Değerlendirilmesi (2015-2019) ”, *Dicle Tıp Dergisi*, 2021, Cilt 48, Sayı 4, s: 829-838

- 
- SEYHAN, Ahmet. “Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği”. *Eskişehir Barosu Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, s: 70-185.
- ŞAHİN, Büşra / ALCALI, Özgü: “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 41, s: 483-510
- TÜRE, Oğuzhan: “Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından [1]Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 127, s: 32-41
- TÜRKMEN, Hülya / EKTİ GENÇ, Rabia: “Ebelik ve yeni doğanda malpraktis”, *Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2017, Cilt 20, Sayı 2, s: 154- 159.
- UYGUR, Atiye B: “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 144, s: 355-381.
- ÜMİT, Ceyda: “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, Sayı 32, s: 197-246
- ÜNAL, Özgün: *Defansif Tıp Uygulamaları, Öncülleri ve Sonuçları*, Sakarya Üniversitesi İşletme Enstitüsü Sağlık Yönetimi ABD, Sakarya, 2020, 17.
- ZAFER, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2019.





## Mahsup Düzenlemesindeki “Şahsi Hürriyeti Sınırlama Sonucu Doğuran Bütün Hâller”in Kapsamı

Av. Arb. Ersin ŞARE<sup>1</sup>

### Öz

Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 63. maddesine göre *hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir.* İlgili hükümde, *şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller* ifadesine yer verilmiş ve tutuklama tedbiri dışında, şahsi hürriyeti sınırlandıran diğer tedbirlerin de mahsuba konu olabileceği kabul edilmiştir. Ancak *şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller* ifadesinin kapsamının ve sınırının ne olduğuna ilişkin olarak kanunda bir belirleme yapılmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) düzenlenen koruma tedbirleri haricinde, Hem idari nitelikte yakalamada ve muhafaza altına almada geçen süreler hem de idari iş ve işlemler nedeniyle kişilerin özgürlüğünün sınırlandırıldığı süreler, kesinleşmiş cezalardan mahsup edilebilmelidir. Örneğin Türkiye’de ikamet izni bulunan bir yabancı, suç işlediği iddiası ile sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezinde idari gözetim altına alınmış ve sonradan bu kişinin suçsuz olduğu tespit edilmiş ise, idari gözetim altında bulunduğu süre, başka bir suçtan verilen cezadan mahsup edilebilmelidir.

### Anahtar Kelimeler

Mahsup, Yakalama, Tutuklama, Adli Kontrol, İdari Gözetim.

<sup>1</sup> Avukat, Arabulucu, Mersin Barosu, ersinshare@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-1441-5146.

**\*Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.\***

Gönderilme Tarihi: 30 Mart 2024 / Kabul Tarihi: 5 Nisan 2024.



## **The Scope Of “All Cases Resulting from Limitation of Personal Freedom” in the Deduction Regulation**

### **Abstract**

According to Article 63 of the Turkish Penal Code (TPC), the periods spent due to all situations that occurred before the verdict was finalized and resulted in limiting personal freedom are deducted from the sentenced prison sentence. In the relevant provision, the expression "all situations that result in limiting personal freedom" is included and it is accepted that, apart from the arrest measure, other measures that limit personal freedom may also be subject to offset. However, there is no determination in the law regarding the scope and limit of the expression "all situations that result in limiting personal freedom". Apart from the protection measures regulated in the Code of Criminal Procedure (CCP), both the periods spent in administrative capture and custody and the periods in which the freedom of individuals are restricted due to administrative affair and process should be deducted from the final sentences. For example, if a foreigner with a residence permit in Türkiye is taken under administrative custody for a certain period of time at a deportation center for deportation on the grounds that he has committed a crime, and it is later determined that this person is innocent, the period during which he is under administrative custody should be deducted from the sentence imposed for another crime.

### **Keywords**

Deduction, Caption, Detention, Judicial Control, Administrative Custody.

## GİRİŞ

Bir suçun işlenmesini önlemek için ya da suç işlendikten sonra birtakım tedbirlerin alınması gerekir ve belli koşullarda, bu tedbirler kapsamında, kişilerin özgürlüğü sınırlandırılabilir. Örneğin sarhoşluğu, uyuşturucu madde alışkanlığı ya da akıl rahatsızlığı nedeniyle çevreye zarar verebilme potansiyeli olan ya da bulunduğu durum itibarıyla zarar görme ihtimali bulunan kişinin, muhafaza altına alınması ve böylece hürriyetinin, belli süreliğine kısıtlanması gerekebilir; bu türden tedbirlere *önleme tedbiri* adı verilmektedir<sup>2</sup>. Suç işlendikten sonra, suç teşkil eden olayın aydınlığa kavuşabilmesi adına delil toplanabilmesi; sağlıklı ve hızlı bir ceza yargılamasının yürütülebilmesi; ceza yargılaması sonucu verilen hükmün yerine getirilebilmesi ve muhakeme masraflarının tahsili için, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, geçici nitelikte olan tedbirlere başvurulabilmektedir; bu türden tedbirlere ise *koruma tedbiri* denmektedir<sup>3</sup>. Koruma tedbirlerinde, ilgili makamları harekete geçiren *suç şüphesi* iken; önleme tedbirlerinde, harekete geçirmenin dayanağı *tehlikedir*<sup>4</sup>.

Hem farklı kanunlarda düzenlenen önleme tedbirleri hem de CMK'de öngörülen koruma tedbirleri, türüne göre az ya da çok insan hak ve hürriyetlerini sınırlandırır ve temel hak ile özgürlüklere müdahale anlamı taşır<sup>5</sup>. Suçluluğu henüz belli olmamış

<sup>2</sup> KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 833-834. Önleme tedbirinde, sadece çevreye zarar verme tehlikesi bulunan kişiler değil, tehlikeye maruz kalmaları olası olan kişiler de muhafaza altına alınabilmektedir. Bkz. GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 403.

<sup>3</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 834, 837; TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2021, s. 251; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 230; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 391; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SİRMA GEZER, Özge / SAYGILAR, Yasemin F. / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 443.

<sup>4</sup> ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 328. Önleme tedbiri niteliğindeki tedbirler için genel bir düzenleme bulunmazken, çeşitli kanunlarda, hangi koşullarda önleme tedbirine başvurulacağına ilişkin hükümler yer almaktadır; koruma tedbirleri ve bu tedbirlerin koşulları ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve hatta Anayasa'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

<sup>5</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 838; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 230; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 375.

kişilerin, hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına yol açtığından, mahzurlu tarafları bulunmaktadır; ancak bir suçun işlenmesinin önlenmesi için ya da işlenen bir suçun soruşturulmasında mecburi olarak bu tedbirlere başvurulmaktadır<sup>6</sup>. Bununla birlikte ilerleyen süreçte, toplanan deliller sonucu ortaya çıkan yeni durum; muhafaza altına alınan, yakalanan, gözaltına alınan veya çıkarıldığı mahkemece tutuklanan yani hakkında önleme ya da koruma tedbiri uygulanan kişinin, haksız bir şekilde özgürlüğünün kısıtlandığını gösterebilir. Örneğin tutuklu yargılanan bir kişi, yargılama sonunda beraat edebilir. Böyle bir durumda, başlangıçta haklı görünen ancak yapılan yargılama sonucunda esasen haksız olduğu anlaşılan tutuklama tedbirinden zarar gören kimsenin, bu zararının nasıl telafi edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>7</sup>.

Tutuklanan (ya da özgürlüğü başka biçimde sınırlanan) kişi, yargılama sonunda beraat etmese bile, tutuklu kaldığı sürenin, mahkemece hükmedilen cezanın infazında, göz önünde bulundurulması gerekir. Zira esas olan, masumiyet karinesi gereği, kişilerin özgürlüğünün sınırlandırılması yoluna gidilmeden yargılama yapılmasıdır<sup>8</sup>. Kaldı ki ne tutuklama ne de kişilerin özgürlüğünü sınırlandırıcı diğer tedbirler, cezalandırma aracı olarak kabul edilemezler<sup>9</sup>. Önleme ya da koruma tedbirlerinin amacı ile ceza mahkûmiyetinin neticeleri ve infazında güdülen amaç, birbirinden farklıdır. Bu nedenle hakkında, özgürlüğünü sınırlandırıcı koruma tedbiri uygulanan kişi, koruma tedbirinin uygulandığı süre içerisinde, esasında cezasını peşinen infaz etmiş sayılmaz<sup>10</sup>.

Yargılama sonunda haksız bir şekilde uygulandığı anlaşılan koruma tedbirinden doğan zararın karşılanması için, 5271 sayılı CMK'nin 141 ila 144 maddelerinde *koruma tedbiri nedeniyle tazminat* düzenlemelerine yer verilmiştir. Ancak bir kişinin haksız bir şekilde özgürlüğünün kısıtlanmasının telafisinin tek başına, Devlet tarafından ödenen maddi ve manevi tazminatla sağlanması mümkün değildir. Nitekim hem haksız bir şekilde

---

<sup>6</sup> Koruma tedbirlerinin haklı olup olmadığı ancak muhakeme sonunda tespit edilir. Koruma tedbirlerine başvurulduğu sırada bulunan koşullara göre karar verilmişse, örneğin tutuklama talebinde bulunduğu sırada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunuyorsa, verilen tutuklama kararı görünüşte haklıdır ve hukuka uygundur. Bu haklılık özde değil, görünüşte haklılıktır. Bkz. GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 392; ÜNVER / HAKERİ, s. 333; CENTEL / ZAFER, s. 377.

<sup>7</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 494.

<sup>8</sup> CENTEL / ZAFER, s. 413.

<sup>9</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 920.

<sup>10</sup> GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 395, 424.

uygulanan koruma tedbirlerinin telafisinin sağlanması hem de tüm şahsi hürriyeti sınırlayan hâllerin kesinleşmiş cezanın infazında göz önünde bulundurulmasının bir gereği olarak 5237 sayılı TCK'nin 63. maddesinde mahsup düzenlemesine yer verilmiştir.

TCK'nin 63. maddesine göre *hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün beşyüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır.* İlgili hükümde, *şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller* ifadesine yer verilmiş ve tutuklama tedbiri dışında, şahsi hürriyeti sınırlandıran diğer tedbirlerin de mahsuba konu olabileceği kabul edilmiştir<sup>11</sup>. Ancak *şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller* ifadesinin kapsamının ve sınırının ne olduğuna ilişkin olarak kanunda bir belirleme yapılmamıştır. Bu durumda, idari nitelikte tedbirlerin; mesela uyuşturucu madde etkisinde olan ve suç işleme potansiyeli bulunan bir kişi, belli süreliğine muhafaza altına alındığında ya da suç işlediği şüphesi bulunan bir kişi hakkında, belli süreliğine, *belirli yerlere gitmeme* şeklinde adli kontrol kararı uygulandığında, kişilerin hürriyetlerinin sınırlandırıldığı bu sürelerin, kesinleşmiş ceza mahkûmiyetinden indirilip indirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, mahsuba konu olan, *şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâllerin* kapsamı ve sınırları belirlenmeye çalışılacaktır. Ancak öncesinde, konuyu daha anlaşılır kılmak için TCK'nin 63. maddesinde düzenlenen mahsup konusuna ilişkin genel açıklamalarda bulunulacaktır.

<sup>11</sup> Bkz. TCK 63. maddenin gerekçesi: “Böylece teknik anlamda tutukluluk sayılmamakla beraber şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin tümünün de tutukluluk gibi mahkûmiyet süresine mahsup edilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle, madde metninde ‘hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün hâller’ ibaresi kullanılmıştır.”

## I. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 63. MADDESİNDEKİ MAHSUP DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

### A. Mahsup İşleminin Hukuki Esası

Hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunmayan ve suçlu olduğu henüz bilinmeyen bir kişinin, bir suç soruşturması kapsamında olsa bile, özgürlüğünden mahrum bırakılması haksızlıktır. Görünüşte haklı olması yeterli kabul edilerek verilen ve temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan bu tedbirlerin; yapılan yargılama sonucunda mesnetsiz ve haksız olduğunun anlaşılması durumunda, devletin kişilere karşı telafi ve tazmin yükümlülüğü doğar<sup>12</sup>. İşte kişinin hürriyetinden mahrum kaldığı sürenin, mahkûmiyet sonucu verilen cezadan indirilmesi bu haksızlığın giderilmesi ya da telafi edilmeye çalışılmasıdır<sup>13</sup>. Esasında mahsup işlemi ile yapılanın, cezadan indirim değil; hak ve nesafet kuralları gereği yapılan bir denkleştirme olduğu ifade edilmektedir<sup>14</sup>. Bu yönüyle mahsup işlemi, anayasal düzeyde güvence altında olan kişi özgürlüklerinin korunmasında da işlev görmektedir<sup>15</sup>.

Her ne kadar mahsup kurumu TCK'de, genel hükümler bölümünde ve *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* başlığı altında düzenlense de, mahsup işleminde mahkemenin takdir yetkisinin bulunmaması ve infazla görevli makamların, mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği tarihe kadar, kişinin özgürlüğünü yoksun kılan süreleri, ilgili kararda belirtilmiş olmasa da, ceza hesaplamasında göz önünde bulundurmamak zorunda

<sup>12</sup> Görünüşte haklılık kavramının anlamı için bkz. dipnot 5. Yakalama, gözaltı veya tutukluluk gibi tedbirlerin uygulandığı ceza soruşturmasında, beraat ya da kovuşturmayaya yer olmadığı gibi kararlar verilmesi durumunda, uygulanan bu tedbirlerin mesnetsiz olduğu ortaya çıkmış olacaktır. Ancak beraat ya da kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilse bile, bu tedbirlerin hukuka aykırı hale gelmeyeceği ancak devletin tazmin yükümlülüğünün doğacağı belirtilmektedir. Bkz. YAŞAR, Ercan: "Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 30, Sayı 3, s. 1373, 1382.

<sup>13</sup> İÇEL, Kayıhan: "Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, Cilt 29, Sayı 3, s. 569; EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 755; TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 418.

<sup>14</sup> ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 686; KORUCULU, İrmak: *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 446.

<sup>15</sup> ARSLAN, Çetin / KAYANÇİÇEK, Murat: *Cezadan Mahsup*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 8-9.

olmaları<sup>16</sup> hususları dikkate alındığında, mahsubun daha çok infaz hukukunu ilgilendiren bir kurum olduğuna söylemek mümkündür<sup>17</sup>.

## B. Mahsup İşleminin Takdiri ya da Zorunlu Olması Konusunda 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kabul Ettiği Sistem

Şahsi hürriyeti sınırlayıcı sonuçlar doğuran hâllerin, cezadan mahsup edilmesi konusunda, ülke kanunlarında farklı sistemler kabul edilmektedir. Tutukluluk tedbiri bağlamında bir değerlendirme yapıldığında; ilk sisteme göre tutuklu kalınan süre, mahkûm olunan cezadan hiçbir surette mahsup edilmez<sup>18</sup>. İkinci sistemde; tutuklama tedbirinin uygulamasında, kişinin bir kusuru yoksa, mahsup işlemi uygulanabilir<sup>19</sup>. Üçüncü sistemde; tutuklu kalınan sürenin, mahkûmiyet nedeniyle verilecek cezadan indirilip indirilemeyeceği hâkimin takdirindedir<sup>20</sup>. Son sistemde ise; mahkûm olan kişi, ister kendi kusuruyla ister hiçbir kusuru olmadan tutuklu kalmış olsun, kanundaki şartlar

<sup>16</sup> ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 502.

<sup>17</sup> DURSUN, Hasan: "Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Cilt 5, Sayı 7, s. 516, 518. Şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran hâllerin, ceza belirlendiği sırada dikkate alınması nedeniyle maddi suç hukuku sahasında düzenlendiği belirtilmektedir. Bkz. YAŞAR, s. 1382. Mahsup işleminde ceza hafifletilmemekte, suçun karşılığı olan ceza verilmekte ancak şahsi hürriyeti sınırlayıcı sonuç doğuran hâllerin karşılığının, infazdan düşülmesine karar verilmektedir. Bu nedendir ki mahsubu, cezayı hafifletici bir neden olarak kabul etmek mümkün değildir. Bkz. KORUCULU, s. 445-446.

<sup>18</sup> Bu sistemin temel hareket noktasının, ceza soruşturmasında belli durumlarda tutuklama biçimindeki koruma tedbirine başvurunun zorunlu olması ve her vatandaşın, suçların kovuşturulmasında devlete, yardımcı olma yükümlülüğünün bulunması olduğu ifade edilmektedir. Bkz. İÇEL, Kayıhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 746.

<sup>19</sup> Cezanın infazı aşaması için öngörülen, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun (CGTİHK) 100/2 maddesindeki özel mahsup düzenlemesinde, hükümlü kendi kusuruyla hastalığına neden olmuşsa, hastanede geçen sürenin, cezasından infaz edilemeyeceği belirtilmiştir. Benzer düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 461. maddesinde yer almaktadır: "*Mahkûm, cezanın yerine getirilmesine başladıktan sonra, hastalık dolayısıyla ile cezaevi dışında bir tedavi kurumuna götürülmüşse, tedavi kurumunda geçen süre, mahkûm hastalığa cezanın yerine getirilmesine ara verdirmek amacı ile yol açmamışsa ceza süresine dahil edilir (1). Savcılık bu son halde mahkemeden karar almak zorundadır (2).*" İlgili kanun hükmü ve çevirisi için bkz. YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih / OKTAR, Ayla: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 569.

<sup>20</sup> Alman Ceza Kanunu'nda bu sistem benimsenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin 1. fıkrasına göre hükümlü, *dava konusunu teşkil eden veya etmiş olan fiil dolayısıyla ile, tutuklanmış veya başka bir şekilde özgürlüğü kısıtlanmış ise, özgürlüğü kısıtlanarak geçen bu süre, süresi belli olan hapis cezası veya adli para cezasından indirilir. Ancak, hükümlünün eylemden sonraki davranışı indirmeyi haklı göstermiyorsa, mahkeme kısmen indirme yapılmasına veya hiç indirme yapılmamasına karar verebilir.* Kanun hükmü ve çevirisi için bkz. YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried; *Alman Ceza Kanunu (StGB)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 39-40.

oluşmuşsa, hâkimin takdirine bakılmaksızın ve zorunlu olarak, mahsup işlemi yapılmaktadır<sup>21</sup>.

5237 sayılı TCK’de, zorunlu indirim sistemi kabul edilmiştir<sup>22</sup>. Mahsup işlemi yönünden hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır<sup>23</sup>. Bu sistemde mahkemenin görevi, mahsup için gerekli koşullarının oluşup oluşmadığını kontrol etmekten ve mahsup hakkı doğmuş ise yapılan indirimde bir hesap hatasının olup olmadığını denetlemekten ibarettir<sup>24</sup>. Kişinin, kendi kusuru ile özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olması, özgürlüğün kısıtlandığı sürenin kesinleşmiş ceza mahkûmiyetinden indirilmesine engel değildir (Örneğin bir kişi işlemediği halde bir suç üstlenmiş ve bundan dolayı tutuklu kalmış olabilir)<sup>25</sup>. Şahsi hürriyeti sınırlayıcı hal nedeniyle, öncesinde devlet tarafından kişiye tazminat ödemesi yapılmış olsa dahi, şahsi hürriyetinden yoksun kalınan sürenin, mahkûmiyet sonucu verilen cezadan indirilmesi gerekir<sup>26</sup>.

Özgürlüğü sınırlayıcı hâllerin, mahkûmiyet sonucu verilen cezadan indirilmesi hükümlü için bir haktır<sup>27</sup> ve her zaman talep edilebilir. TCK’nin 63. maddesindeki hüküm emredici nitelikte bulunduğundan, hem kararı veren hâkim hem de cezayı infaz edecek makam, mahsup kapsamına giren hâlleri resen göz önünde bulundurmalıdır<sup>28</sup>. Bu nedendir ki şahsi hürriyeti sınırlandırma sonucu doğuran hâllerin, ilgili kararda mahsup edilmemiş olması, mutlak bozma nedeni değildir<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> İÇEL, Genel Hükümler, s. 747.

<sup>22</sup> CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 601.

<sup>23</sup> ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 497.

<sup>24</sup> BIYIKLI, Hasan: “Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, 1983, Cilt 9, Sayı 3, s. 274.

<sup>25</sup> İÇEL, Mevkufen Geçen, s. 575; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 603; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 502.

<sup>26</sup> ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 26-27. Arslan/Kayançişek’e göre bu gibi durumlarda ödenen tazminatın, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca hükümlüden iadesi istenebilecek ve verilen cezadan mahsup işlemi yapılacaktır. Bkz. ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 27.

<sup>27</sup> DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 14. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, 2020, s. 313.

<sup>28</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Genel Hükümler, s. 686, 688; BIYIKLI, s. 288.

<sup>29</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 758; İÇEL, Mevkufen Geçen, s. 578; ayrıca bkz. Yargıtay, 2. CD., T. 18.05.2021, E. 2020/4984, K. 2021/9686: “Sanığın gözaltında geçirdiği sürenin TCK’nin 63. maddesi uyarınca cezadan mahsup edilmesinin infaz aşamasında gözetilmesi mümkün görülüşü;” karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.



### C. Mahsup Kararı ve Mahsup İşlemi

Esas olarak mahsup kararını vermeye yetkili mahkeme, üzerinde mahsup yapılacak olan cezayı veren mahkemedir<sup>30</sup>. Kararı veren mahkeme sadece, şahsi hürriyeti sınırlayan hâllerin mahsup edilmesi yönünde karar verir; suça karşılık gelen cezayı belirledikten sonra, tutuklu kalınan süreyi, belirlenen cezadan düşmek suretiyle temel cezayı belirleme şeklinde bir uygulama yapamaz<sup>31</sup>.

Mahsup kararı vermek ile mahsup işlemi yapmak arasında fark vardır. Mahsup kararı verildiğinde, karar henüz kesinleşmemiştir; mahsup işleminin yapılabilmesi için ise, kesinleşmiş bir mahkûmiyet ve mahsup kararının bulunması gerekir<sup>32</sup>. Mahsup kararını vermede sadece mahkemeler ya da hâkimlikler yetkiliyken; mahsup işlemi, cezanın infazını yürüten makam yani infaz savcılıkları yapmaktadır.

Genellikle mahkûmiyet kararıyla birlikte, başka bir ifade ile, mahkûmiyet kararına ilişkin hükmün içerisinde, mahsup kararı verilmektedir. Ceza mahkûmiyeti veren mahkeme, mahsuba ilişkin karar almamış olsa bile infaz savcısı, mahsup işlemi için mahkemelerden ya da infaz hâkimliklerinden, bu yönde bir karar verilmesi talebinde bulunabilir<sup>33</sup>; zira yukarıda belirtildiği üzere mahsup, esasında infaz hukuku ile ilgili bir kurumdur. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun (CGTİHK) 99. maddesinde, infaz aşamasında cezaların toplanması yönünden yetkili makam olarak infaz hâkimlikleri gösterilmiştir; bu bağlamda daha önce mahsup kararı olmaması nedeniyle, şahsi hürriyeti sınırlayan hâllerin, kesinleşmiş cezalardan mahsup edilip edilmeyeceğine karar verecek merci, infaz hâkimlikleri olacaktır<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> İÇEL, Genel Hükümler, s. 749; CMK'nin 232. maddesinin 2. fıkrasının d bendinde yer alan; *hükmün başında, sanığın gözaltında veya tutuklu kaldığı tarih ve süre ile halen tutuklu olup olmadığı yazılır* hükmü, mahsup işleminin kararı veren mahkemece yapılacağına bir göstergesidir.

<sup>31</sup> Bkz. Yargıtay, 4. CD., T. 22.09.1936, E. 1936/2141, K. 1936/7351; kararı aktaran EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 758.

<sup>32</sup> DURSUN, s. 532.

<sup>33</sup> HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 720.

<sup>34</sup> Bkz. 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 4. maddesinin 6 fıkrası. Kişi hakkında, işlemiş olduğu birden fazla suç nedeniyle birden fazla mahkûmiyet hükmü verilmiş olabilir. Bir görüşe göre böyle durumlarda mahsup işlemi, her bir mahkûmiyet için verilen cezalardan ayrı ayrı değil, cezaların toplanması sonucu elde edilen ceza üzerinden yapılmalıdır. Bkz. İÇEL, Mevkufen Geçen, s. 561-562; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 756; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 924. Başka bir görüşe göre 5237 sayılı TCK'de, cezaların içtması kurumuna yer verilmemiştir ve

Mükerrer mahsup kararı, muhatabı açısından kazanılmış hak oluşturmaz<sup>35</sup>; mahsubun, esasında infaz hukuku kurumu oluşu<sup>36</sup>, böyle bir kabulü zorunlu kılmaktadır. Hükümlü hakkında verilen cezalar yönünden, hatalı bir şekilde birden fazla mahsup kararı verilmişse, bu hata resen düzeltilecektir.

Mahsup işlemi, hapis cezasının infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre üzerinden yapılmaktadır<sup>37</sup>. Ancak bu durumda, koşullu salıverilme müddeti göz önünde bulundurulmalı; koşullu salıvermeden faydalanmaya hak kazanan hükümlü yönünden, koşullu salıvermeye hak kazandığı tarihe kadarki fiilen ceza infaz kurumunda kalması gereken süre üzerinden mahsup işlemi yapılmalıdır<sup>38</sup>. Bununla birlikte Yargıtay tarafından verilen bir kararda; TCK'nin 63. maddesine göre yapılacak mahsup işleminde, koşullu salıverme tarihinin değil, bihakkın tahliye tarihinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>39</sup>.

Mahsup işlemi yapıldıktan sonra, kişinin haksız bir şekilde hürriyetinin sınırlandığı arta kalan bir süre varsa; başka bir ifade ile kişi, sonuç cezaya göre cezaevinde kalması gereken süreden daha fazla bir müddet tutuklu kalmış ise, bu süre yönünden CMK'nin 141. maddesi kapsamında tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır<sup>40</sup>.

5237 sayılı TCK'nin 63. maddesinde yer verilen düzenleme esas alındığında; mahsup kararı ve işleminin, iki koşula bağlandığını söylemek mümkündür: Bunlardan

---

mahsubun ne şekilde yapılacağı belirsizliğini korumaktadır; böyle durumlarda süre olarak en fazla hapis cezası öngören cezadan mahsubun yapılması gerekmektedir. Bkz. ARSLAN / KAYANÇIÇEK, s. 61. Cezaların toplanması sonucu ortaya çıkan toplam cezadan mahsup yapılması daha doğrudur. Ancak bu durumda, suç tarihi itibarıyla mahsup işleminin yapılmasının mümkün olmadığı bir ceza yönünden de mahsup işlemi yapılması gibi bir sonuç ortaya çıkabilecektir. İnfaz Hâkimliği, cezaların içtiması ve mahsubu yönünden karar alırken, bu hususu göz önünde bulundurmalıdır. Bkz. Yargıtay, 9. CD., T. 04.03.2022, E. 2022/299, K. 2022/1727; karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>35</sup> Bkz. ARSLAN / KAYANÇIÇEK, s. 55; DURSUN, s. 553.

<sup>36</sup> İnfaz hukuku kurumları yönünden, kazanılmış hakkın söz konusu olamayacağı belirtilmektedir. Bkz. ÖZEN, Mustafa: *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 607.

<sup>37</sup> APİŞ, Özge: *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 244.

<sup>38</sup> DURSUN, s. 554.

<sup>39</sup> Bkz. Yargıtay, 11. CD., T. 30.05.2007, E. 2006/4111, K. 2007/3784; kararı aktaran ARSLAN / KAYANÇIÇEK, s. 24-25.

<sup>40</sup> APİŞ, s. 246.

ilki, *kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetinin bulunması*; diğer ise, *karar kesinleşmeden önce şahsi özgürlüğü sınırlama sonucu doğuran bir hâlin* mevcut olmasıdır.

## 1. Kesinleşmiş Ceza Mahkûmiyetinin Bulunması

Mahsuptan söz edebilmek için, öncelikle yargılamanın bir ceza mahkûmiyetiyle sonuçlanması gerekir<sup>41</sup>. Ayrıca mahsup işleminin yapılabilmesi için, hükmedilen mahkûmiyete ilişkin cezanın, fiilen ve hukuken infazı mümkün olmalıdır<sup>42</sup>.

Sadece hapis ve adli para cezaları yönünden mahsup mümkündür<sup>43</sup>; diğer yaptırım niteliğindeki hükümler yönünden mahsup işleminin yapılması olanaklı değildir<sup>44</sup>. Bu bağlamda, yargılama sonunda güvenlik tedbirine hükmedilmesi hâlinde, mahsup işlemi yapılamaz<sup>45</sup>. Yine yargılama sonunda verilen hükümde, iyileştirme niteliğinde bir tedbire hükmedilmiş ise, bu tedbir üzerinden de mahsup işlemi yapılması mümkün değildir<sup>46</sup>.

5237 sayılı TCK'nin getirdiği sistemde, hapis cezasına mahkûm edilmenin bir sonucu olarak hak yoksunluklarına (TCK madde 53) hükmedilmektedir. *Hak yoksunlukları* adı verilen tedbirlerin infazına, cezayla birlikte ya da cezanın infazından sonra başlanmaktadır<sup>47</sup>. Hak yoksunlukları, mahkûmiyet sonucu verilen hapis cezasına paralel olarak infaz edildiğinden, asıl cezadan mahsup işlemi yapılması, hak

<sup>41</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, Genel Hükümler, s. 687.

<sup>42</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 603.

<sup>43</sup> DÖNMEZER / ERMAN, s. 314.

<sup>44</sup> Arslan/Kayançiçek'e göre adli para cezası dışında kalan ve hapis cezasından çevrilen diğer seçenek yaptırımlar açısından mahsup yoluyla indirimle gidilemez. ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 65; aynı doğrultuda görüş için ayrıca bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 503.

<sup>45</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 756; İÇEL, *Mevkufen Geçen*, s. 748; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 500: "*Kaldı ki, güvenlik tedbirlerinin süresi önceden belli olmadığı için bunlar hakkında mahsup işleminin yapılması, bu kurumun niteliğine uygun değildir.*"; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 880.

<sup>46</sup> YAŞAR, s. 1381. Belli koşullar sağlandığında; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden, bulunduran ya da uyuşturucu madde kullanan kişiler hakkında TCK'nin 191. maddesi uyarınca, hapis cezası yerine tedavi ve iyileştirme tedbiri uygulanabilmektedir. Uyuşturucu madde kullanan kişi hakkında asgari bir yıl, azami üç yıl süre ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilmektedir (Bkz. TCK 191/3. madde). Mahsup yoluyla tedavi sürecinin yaşandığı denetimli serbestlik süresinin azaltılması mümkün değildir.

<sup>47</sup> GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)", *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt I*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 363.

yoksunluklarının infaz süresini de etkileyecektir. 5237 sayılı TCK'de, verilen ceza mahkûmiyeti neticesinde ortaya çıkan ve ömür boyu süren hak yoksunlukları öngörülmemiştir. Bu nedenle mahkûmiyet sonucu verilen hapis cezasının infaz edilmesi ile birlikte kişi; sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesi hakkını yeniden kazanacaktır (Bkz. TCK madde 53/2). Bununla birlikte TCK'nin 53. maddesinin 1. fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükümlenen cezanın yarısından bir katına kadar, kamu görevinin üstlenilmesi hak ve yetkisinin yasaklanmasına karar verilebilmektedir (Bkz. TCK madde 53/5). Örneğin kamu görevlisi olan failin, zimmet suçunu işlemesi hâlinde, TCK'nin 53. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, cezanın infazından sonra geçerli olmak üzere, belli süreliğine daha, belli haklardan yoksun kalmasına hükmedilebilecektir<sup>48</sup>. Cezanın infazından sonra da devam eden bu hak yoksunlukları yönünden, mahsup işlemi yapılmak suretiyle, ilgili sürenin kısaltılması mümkün değildir<sup>49</sup>. Yine, taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, 53. maddenin 6. fıkrasında öngörülen, sürücü belgesini geri alma biçimindeki tedbirin süresi, mahsup işlemi ile kısaltılamaz.

Mahsup işlemi, bir suç kapsamında verilen hapis cezaları için söz konusu olabileceğinden, belli tür fiiller için öngörülen tazyik ya da disiplin hapsi süreleri üzerinden mahsup işlemi yapılamaz<sup>50</sup>. Bu bağlamda, CMK'nin 60, 71 ve 124. maddelerinde yer verilen özel tutuklama durumları, disiplin hapsi niteliğinde olduğundan<sup>51</sup>, mahsup yoluyla, bu türden disiplin hapsinin sonlandırılması ya da süresinin kısaltılması mümkün değildir. Yine 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca hükmedilen tedbir kararlarının

<sup>48</sup> ŞARE, Ersin: "Zimmet Suçunda Fail", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 20, Sayı 2, s. 344.

<sup>49</sup> İÇEL, Mevkufen Geçen, s. 573; ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 682.

<sup>50</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Genel Hükümler, s. 689. Dursun'a göre öğretide herhangi bir gerekçe gösterilmeden ve değerlendirme yapılmadan disiplin hapsinde geçirilen sürelerin mahsuba konu olamayacağı savunulmasına karşın, bu sürelerin mahsuba konu edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Bkz. DURSUN, s. 529.

<sup>51</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 392.

gereklere aykırı hareket edenlere verilen zorlama hapsinin süresi üzerinden mahsup işlemi yapılamaz<sup>52</sup>.

Bir görüşe göre özgürlükten mahrum edilme sürelerinin, yargılama sonucunda verilen ağırlaştırılmış müebbet ya da müebbet hapis cezalarından indirilmesi mümkün değildir<sup>53</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezalarında, tıpkı süreli hapis cezalarında geçerli olduğu gibi, koşullu salıverme hükümleri uygulanabilmektedir ve verilen ceza, fiilen ömür boyu sürmez; örneğin müebbet hapis cezasına çarptırılan kişi, cezasının 24 yılını doldurduktan sonra koşullu salıverme hakkını elde edebilir; işte mahsup işlemi bu süre üzerinden yapılmalıdır<sup>54</sup>. Yargıtay da naklettiğimiz son görüştedir ve hakkında müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilen hükümlünün gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürelerin, cezasından mahsup edilmesi gerektiğine hükmetmektedir<sup>55</sup>.

Kişi hakkında hem hapis cezası hem de adli para cezasına hükmedilmiş ise, öncelikle hapis cezasından mahsup işlemi yapılacak, sonra adli para cezasından mahsup işlemi gerçekleştirilecektir<sup>56</sup>. Kişiye verilen kısa süreli hapis cezası, adli para cezasına çevrilmiş ise, mahsup işlemi hapis cezası üzerinden değil, adli para cezası üzerinden yapılacaktır; kaldı ki TCK'nin 50/5. maddesi uyarınca bu gibi durumlarda asıl

---

<sup>52</sup> 6284 sayılı Kanunu'nun 13. maddesi: “*Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur (1). Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi on beş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez (2). Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir. Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir (3).*”

<sup>53</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 756; TOROSLU, s. 419.

<sup>54</sup> İÇEL, Mevkufen Geçen, s. 749; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 605; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 501; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 880; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, Genel Hükümler, s. 687.

<sup>55</sup> Bkz. Yargıtay, 1. CD., T. 27.10.2020, E. 2020/1444, K. 2020/2587; Yargıtay, 1. CD., T. 22.06.2020, E. 2020/1077, K. 2020/1386; karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>56</sup> ÖNDER, s. 683; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 605.

mahkûmiyet adli para cezasıdır<sup>57</sup> ve TCK'nin 63. maddesindeki hüküm uyarınca adli para cezası üzerinden mahsup işlemi yapmak kişinin lehinedir<sup>58</sup>.

Ertelenmiş hapis cezaları bakımından da mahsup işlemi yapılabileceği ve erteleme söz konusu olduğunda, önce mahsubun yapılması ve sonrasında denetim süresinin, bu mahsup işlemine göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>59</sup>. Gerçekten TCK'nin 51. maddesi uyarınca hapis cezasının ertelenmesi kararı verildiğinde, belirlenen sonuç ceza, denetim süresine etki edecektir; zira TCK'nin 51/3. maddesinde, denetim süresinin alt sınırının, mahkûm olunan ceza süresinden az olamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte hapis cezasının ertelenmesi kurumunun getiriliş amacı, belli yükümlülüklerle, sanığın almış olduğu cezanın, cezaevine girmeden, dışarıda infaz etmesinin sağlanmasıdır. Böyle bir durumda, denetim süresi sorunsuz bir şekilde geçirilse dahi verilen mahkûmiyet varlığını korumaktadır. İnfazın ertelenmesi anlamını taşıyan TCK 51. maddesi uyarınca hükmedilen ertelenmiş mahkûmiyetlerde, soyut ceza üzerinden mahsup işlemi yapılması sanığın lehine değildir; çünkü kişi zaten denetim süresi boyunca cezasını dışarıda infaz etmektedir. Denetim süresi içerisinde suç işlendiğinde ve ertelenmiş cezanın kısmen ya da tamamen infazına karar verilerek sanığın cezaevine alındığı bir durumda, mahsup işleminin yapılması daha isabetlidir. Yine sanık hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi durumunda, şahsi hürriyeti sınırlayan hâller yönünden mahsup kararı verilebilir<sup>60</sup>; ancak mahsup işleminin, denetim süresi içerisinde yeniden suç işlenmesi ya da yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi nedeniyle hüküm açıklandığında yapılması daha doğru olacaktır.

<sup>57</sup> İÇEL, Mevkufen Geçen, s. 749; KORUCULU, s. 460.

<sup>58</sup> TCK'nin 63. maddesinin son cümlesinde, “Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün beşyüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır.” hükmü yer almaktadır.

<sup>59</sup> ÖZEN, Mustafa: “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2009, Cilt 15, Sayı 1-2, s. 117.

<sup>60</sup> ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 28; aynı doğrultuda karar için bkz. Yargıtay, 18. CD., T. 11.01.2016, E. 2015/30987, K. 2016/108; karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

### **a. Şahsi Özgürlüğü Sınırlama Sonucu Doğuran Hâllerin, Başka Bir Suç Nedeniyle Hükmedilen Cezadan İndirilip İndirilemeyeceğine İlişkin Tespitler**

TCK'nin 63. maddesinde, gerçekleştirilen fiil ve karşılığı olan suç nedeniyle, şahsi hürriyeti sınırlayıcı bir tedbir uygulanmışsa ve aynı fiilin karşılığı suç nedeniyle yargılama yapıp mahkûmiyet kararı verilmişse, şahsi hürriyeti sınırlayan sürenin, mahkûmiyet sonucu verilen cezadan indirileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte ilgili hükümde, bir suç nedeniyle, şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bir tedbirin, işlenen başka bir suçtan dolayı verilen cezadan indirilip indirilmeyeceğine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir<sup>61</sup>.

Öğretide, şahsi hürriyetin sınırlandırıldığı sürenin, bir başka suçtan dolayı verilen cezadan indirilebileceği kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Bir görüşe göre bir başka suçtan verilen cezadan, yine bir başka suç isnadı nedeniyle hürriyetin sınırlandırıldığı sürenin indirilmesinin dayanağı CMK'nin 144/1-a maddesidir. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteyemeyecek olan kişileri belirten hükümde yer alan, *gözetli ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler* ifadesi, tutukluluk ve gözetli sürelerinin, başka bir suçtan dolayı hükmedilmiş olan cezadan indirim yapılmasına olanak sağlamaktadır<sup>63</sup>.

765 sayılı TCK'nin 40. maddesinde, 5237 sayılı TCK'nin 63. maddesinde yer verilen düzenlemeyle benzer nitelikte olan bir hüküm yer almaktaydı. 765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde, 06.03.1940 gün ve 5-68 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile, bir suç nedeniyle şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bir tedbire ilişkin sürenin, işlenen başka bir suçtan dolayı verilen cezadan indirilebileceği kabul edilmişti<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Mahsup kurumunun düzenlendiği İsviçre Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde, başka herhangi bir yargılama kapsamında geçirilen tutukluluk süresinin de, ceza belirlenirken dikkate alınabileceği açıkça belirtilmiştir.

<sup>62</sup> YÜCE, Turhan Tufan: *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985, s. 183; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 501; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 643.

<sup>63</sup> ÖZTÜRK / ERDEM, s. 501.

<sup>64</sup> Şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bir hâlin mahsup edilebilmesi için, mahkûmiyete sebep olan fiil ile hürriyeti sınırlama sonucuna yol açan fiilin aynı olması gerektiği savunulmaktaydı ve ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı eleştirilmekteydi. Karar ve eleştirisi için Bkz. DEMİREL,

Aynı anlayışın, 5237 sayılı TCK'nin yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 31.01.2006 tarihli kararında; 06.03.1940 gün ve 5-68 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına atf yapılmış ve bir suç nedeniyle, şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bir tedbire ilişkin sürenin; işlenen başka bir suçtan dolayı verilen cezadan indirilebileceğine hükmedilmiştir<sup>65</sup>.

Özgürlüğün kısıtlandığı suç ile mahkûm olunan suçun yargılamasının, farklı mahkemelerde yapılması, mahsup işleminin yapılmasına engel değildir<sup>66</sup>. Hatta askeri mahkemede yapılan yargılama sırasında hürriyetin kısıtlandığı hâller, adli yargı mahkemelerince verilen cezalardan mahsup edilebilir<sup>67</sup>. Kanun değişikliği nedeniyle yapılan uyarılama yargılaması sonucunda, hükümlünün yeni kanuna göre fazladan cezaevinde kaldığı süre, başka bir suçun cezasından indirilebilmelidir<sup>68</sup>. Ayrıca kişinin tutuklu kaldığı süre, yapılan yargılama sonucunda verilen ceza miktarını aşıyorsa; fazladan tutuklu kalınan sürenin, bir başka mahkûmiyet nedeniyle verilen cezadan indirilmesi mümkündür<sup>69</sup>.

Cezası ertelenen kimsenin, kişi özgürlüğünden mahkûm kaldığı sürenin, bu kararın kesinleşmesinden önce işlediği suçtan dolayı mahkûm olduğu cezadan indirilmesi mümkündür<sup>70</sup>. Aynı durum, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği hâllerde de geçerlidir.

---

Hakkı: “Mevkufiyetin Mahkûmiyetin Mahsubu-Genişletici Tefsir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1956, Cilt 13, Sayı 1, s. 204-207.

<sup>65</sup> Bkz. Yargıtay, CGK., T. 31.01.2006, E. 2006/4, K. 2006/7; karar için bkz. ŞİRİN, Osman / AŞANER, Halim / GÜVEN, Özcan / YALVAÇ, Gürsel / ÖZDEMİR, Muzaffer / EREL, Kemalettin: *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Eylül 2004-Temmuz 2008*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 242-255.

<sup>66</sup> ÇOLAK, Haluk / ALTUN, Uğur: “Cezanın Belirlenmesi Araçlarından Birisi Olarak Mahsup”, *Adalet Dergisi*, 2007, Cilt 98, Sayı 28, s. 17.

<sup>67</sup> ZAFER, s. 499.

<sup>68</sup> ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 40.

<sup>69</sup> ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 44.

<sup>70</sup> TOROSLU, s. 419; ayrıca bkz. Yargıtay, CGK., T. 30.12.2003, E. 2003/8-291, K. 2003/303: “*Bu itibarla hükümlünün, ertelemeye konu hüküm nedeniyle gözaltında kaldığı bir ve tutuklulukta kaldığı seksen beş günün, ertelemeye konu suçla ilgili hükmün kesinleşmesinden önce işlediği 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık suçundan hükmolunan dört yıl iki ay hapis cezasından mahsubu*



## **b. Şahsi Özgürlüğü Sınırlama Sonucu Doğuran Hâllerin, Başka Bir Suç Nedeniyle Hükmedilen Cezadan Mahsubuna Zaman Yönünden Sınırlama Getirilmesi**

Kişinin suç işlediği iddiasıyla hürriyeti kısıtlanabilir ve yapılan yargılama neticesinde beraatine karar verilebilir ve bu karar kesinleşebilir<sup>71</sup>. Haksız şekilde tutuklu kaldığı sürenin, işlediği başka bir suç nedeniyle verilecek cezadan indirilmesi mümkün kılındığında kişide, yeniden suç işlediği takdirde cezaevine girmeyeceği düşüncesi oluşabilir. Bu nedendir ki mahsup işlemine zaman yönünden sınırlama getirilmesi zorunluluğu doğmuştur<sup>72</sup>.

Öğretide, bir görüşe göre kişinin haksız şekilde hürriyetinin sınırlandığı yargılamada verilen beraat kararı mahsup için belirleyicidir ve mahkûmiyete neden olan fiilin, beraat kararının kesinleşmesinden önce işlenmesi gerekir<sup>73</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, şahsi hürriyetin sınırlandığı ve yargılama sonucunda beraat kararı verilen suç, mahkûmiyetle neticelenen suçtan sonra işlenmiş olmalıdır<sup>74</sup>.

765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay bu konuyu, bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile aydınlığa kavuşturmuştu: 06.03.1940 gün ve 5-68 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda; bir başka suç yönünden mahsubun yapılabilmesi için, mahsuba konu olan ve mahkûmiyetle sonuçlanan suçun, failin şahsi hürriyetinin kısıtlandığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesi gerektiği belirtilmişti. 5237 sayılı TCK'nin 63. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra da, Yargıtay tarafından aynı görüş benimsenmiş ve mahsuba, zaman yönünden sınırlama getirilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>75</sup>.

---

*gerektiğinden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.*" Karar için bkz. ÇOLAK / ALTUN, s. 21-29.

<sup>71</sup> Sadece beraat değil, kovuşturmayaya yer olmadığı ya da zamanaşımı veya şikayetten vazgeçme sebebiyle düşme kararı verildiği hâllerde de; kişinin bu yargılamalar kapsamında hürriyeti sınırlandırılmış ise, mahsup kararı verilebilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 499.

<sup>72</sup> BIYIKLI, s. 278.

<sup>73</sup> İÇEL, Mevkufen Geçen, s. 575; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 757; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 604; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 881; ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 28, 31.

<sup>74</sup> DÖNMEZER / ERMAN, s. 314; ÖZEN, Cezanın Belirlenmesi, s. 116.

<sup>75</sup> Bkz. Yargıtay, CGK., T. 31.01.2006, E. 2006/4, K. 2006/7: "Burada önemli olan husus, mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce

06.03.1940 gün ve 5-68 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının içeriğindeki değerlendirmeler dikkate alındığında; bir suçun yargılaması sırasında kişinin hürriyetinin sınırlandırıldığı sürenin, bir başka suç nedeniyle verilen cezadan mahsup edilebilmesi için, kişinin ilgili yargılamada mutlak surette beraat etmesi ya da ceza almaması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılabilir. Ancak farklı bir görüşe göre mahsup işlemi yapılabilmesi için, hürriyetten yoksun kılınmasına neden olan suçun yargılamasının, mutlak surette sonuçlanması gerekmez<sup>76</sup>; hatta tutuklu kalınan suç nedeniyle sonradan mahkûmiyet hükmü dahi verilebilir. Esas alınması gereken, üzerinde mahsup işlemi yapılacak mahkûmiyete konu suçun, tutuklu kalınan yargılama sonuçlanmadan önce işlenmesidir<sup>77</sup>. Tutuklu kalınan yargılamada, sonrasında mahkûmiyet kararı verilse bile; hiç tutuklu kalınmamış gibi verilen cezanın tamamının infazına karar verilebilecektir<sup>78</sup>. Yargıtay, istikrarlı bir biçimde kararlarında; şahsi hürriyeti sınırlandırıcı bir tedbir olan tutukluluğun mahsubunda, tutukluluğa konu soruşturmanın sonuçlanmasının gerek bulunmadığı, tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşmesinden önce bir başka suçun ya da suçların işlenmesinin mahsup için yeterli olduğu, tutuklu kalınan suçun beraat ya da mahkûmiyetle sonuçlanmasının mahsup yönünden bir önem taşımadığı görüşünü yansıtmaktadır<sup>79</sup>.

Adli hata barındıran bir hüküm nedeniyle özgürlüğü kısıtlanan ve daha sonra yargılamanın yenilenmesi sonucunda cezası ortadan kaldırılan kişi, haksız yere cezaevinde kaldığı süreye ilişkin olarak tazminat talebinde bulunabileceği gibi<sup>80</sup>, işlediği başka bir suç nedeniyle verilen ceza yönünden mahsup talebinde bulunabilmelidir. Bunun gibi bir durumda, mahsup yapılmasındaki ölçüt; kişinin haksız yere cezaevinde kaldığı süreye güvenerek yeni bir suç işleyip işlemediği olmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sonucu vermiş olduğu iki kararda farklı bir görüşü benimsemiştir:

---

*işlenmesidir.*”; karar için bkz. ŞİRİN / AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ / ÖZDEMİR / EREL, s. 242-255.

<sup>76</sup> HAKERİ, s. 719.

<sup>77</sup> BIYIKLI, s. 284; ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 31.

<sup>78</sup> ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 34. Bir suç nedeniyle tutuklu kalınan süre, bir başka suç nedeniyle verilen cezadan mahsup edilmiş ve sonrasında tutuklu kalınan suçtan da kişi mahkûm edilmiş ise; tutuklu kalınan süre tekrardan mahsup edilemez. Bkz. APİŞ, s. 244.

<sup>79</sup> Bkz. Yargıtay, CGK., T. 31.01.2006, E. 2006/4, K. 2006/7; karar için bkz. ŞİRİN / AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ / ÖZDEMİR / EREL, s. 242-255.

<sup>80</sup> AKYÜREK, Güçlü: *Yargılamanın Yenilenmesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 212-218.

Anayasa Mahkemesine göre eğer hukuk sistemince belirlenenden daha fazla bir süre kişiler hürriyetin yoksun bırakılmışlarsa, mahsubun mecburiliği ilkesi gereği şahsi hürriyeti sınırlandıran hâllerin, işlenen bir başka suç nedeniyle verilen cezadan mahsup edilebilmesi gerekir ve böyle bir durumda zamansal sınır gerekçesiyle kişilerin mahsup talepleri reddedilmemelidir<sup>81</sup>.

## 2. Karar Kesinleşmeden Önce Şahsi Özgürlüğü Sınırlama Sonucu Doğuran Bir Hâlin Bulunması

TCK'nin 63. maddesindeki düzenleme lafzı esas alındığında, mahsubun diğer koşulu; karar kesinleşmeden önce şahsi özgürlüğü sınırlama sonucu doğuran bir hâlin mevcudiyetidir. Mahsup konusunun düzenlendiği 765 sayılı TCK'nin 40. maddesinde, kesinleşmiş cezadan indirilecek özgürlüğü kısıtlayıcı hâlin karşılığı olarak *tutuklama* anlamına gelen, *mevkufiyet* tabiri kullanılmıştı. Her ne kadar kanunda mevkufiyet şeklinde, dar kapsamlı bir ifadeye yer verilmiş olsa da öğretide; kişinin bir ceza kovuşturması nedeniyle hürriyetinden yoksun bırakılmasının ya da hürriyeti ile ilgili olarak serbest hareket edebilme imkanının elinden alınmasının, mevkufiyet tabirine dahil olduğu ifade edilerek<sup>82</sup>, kanunun uygulama alanı genişletilmekteydi. 5237 sayılı TCK'de *şahsi hürriyeti sınırlayıcı bütün hâller* ifadesine yer verilmesi suretiyle özgürlüğü

<sup>81</sup> Bkz. AYM, İkinci Bölüm, Başvuran Hasan Gülbahar, B. No: 2014/17112, T. 30.10.2018, para. 50-51: “Somut olayda başvurucunun koşullu salıverilmesinden sonra deneme süresi içinde işlediği ikinci suç nedeniyle başvurucu hakkındaki koşullu salıverme kararı geri alınmıştır. Geri alınan koşullu salıverme sonrasında cezanın infazı devam ederken yapılan kanun değişikliği ile başvurucunun durumundaki kişiler yönünden koşullu salıvermenin geri alınamayacağı düzenlenmiştir. Mahkeme de bunun üzerine başvurucu hakkındaki koşullu salıvermenin geri alınması kararını kaldırmıştır. Koşullu salıvermenin geri alınması kararı kaldırılmasına rağmen -geri alınan bu karara dayanılarak- başvurucunun tutulduğu bu süre (koşullu salıverme tarihinden sonraki tutulduğu süre) bir başka suçtan aldığı cezadan mahsup edilmemiştir. Bu durum başvurucunun mahsup talep ettiği ceza bağlamında hapiste kalma süresinin uzamasına neden olacaktır. Bu sürenin bir başka suçtan verilen cezadan mahsubuna ilişkin yargı organlarının mahsuba karar verme bakımından takdir yetkilerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira hukuk sisteminde mahsubun mecburiliği söz konusudur. Bu durumda başvurucunun hukuk sistemince belirlenenden daha fazla bir süre hürriyetinden yoksun kalmasının Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında (mahkemece verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezanın infazı olarak) hukuka uygun bir tutma niteliğinde bulunduğu söylenemeyecektir. Başvurucunun hukuk sistemince belirlenenden daha fazla bir süre hürriyetinden yoksun kalmasının hukuki bir temeli bulunmadığından uzayan bu tutma süresinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.” Diğer karar için bkz. AYM, Birinci Bölüm, Başvuran Ercan Bucak (2), B. No: 2014/11651, T. 16.2.2017, para. 45-54.

<sup>82</sup> ÖNDER, s. 680.

kısıtlayan her durum mahsup kapsamına<sup>83</sup> alınmış ve eski kanundaki belirsizlik sona erdirilmiştir.

Şahsi hürriyeti sınırlandırıcı sonuç doğuran hâllerin, mahsuba konu olabilmesi için fiilen gerçekleşmiş olması gerekir<sup>84</sup>. Bu bağlamda kişi hakkında gözaltı ya da yakalama kararı verilmiş olması yeterli değildir; mahsup yapılabilmesi için bu tedbirlerin fiilen infaz edilmiş olması gereklidir. Kural olarak bir günlük şahsi özgürlüğü sınırlama sonucu doğuran hal, bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza ile denk kabul edilmekte<sup>85</sup>; kişinin özgürlüğünün sınırlandırıldığı gün sayısına eşit olacak biçimde, kesinleşmiş cezadan mahsup işlemi gerçekleştirilmektedir<sup>86</sup>.

Mahsuba konu olan, şahsi hürriyeti sınırlayıcı tedbirlerin; ceza infaz kurumu dışında, farklı yerlerde icra edilmesi mümkündür<sup>87</sup>. Kolluk gözetiminde nezarethanede, Adli Tıp Kurumunda gözlem altına alınmada ya da hastanede geçen süreler ile güvenlik görevlilerince götürülürken yolda geçirilen süreler; cezaevinde geçirilmemiş olan şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran hâllerdendir ve mahkûmiyet sonucu verilen cezadan mahsup edilmelidir<sup>88</sup>.

TCK'nin 63. maddesinin gerekçesinde; *teknik anlamda tutukluluk sayılmamakla beraber şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin tümünün de tutukluluk gibi mahkûmiyet süresinden mahsup edilmesinin öngörüldüğü ve bu nedenle, madde metninde hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün hâller ibaresinin kullanıldığı*

<sup>83</sup> DEMİRBAŞ, s. 642.

<sup>84</sup> YAŞAR, s. 1389; KORUCULU, s. 447.

<sup>85</sup> ÖNDER, s. 682. Ancak, CMK'nin 109 maddesinin 3 fıkrasının j bendinde belirtilen *konutunu terk etmemek* yükümlülüğü altında geçen her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınacaktır. Bkz. CMK 109. madde 6. fıkra 3. cümle.

<sup>86</sup> Bununla birlikte TCK'nin 63. maddesinde, hükmedilen adli para cezaları yönünden farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. TCK'nin 63. maddesinin 2. cümlesinde; *Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır.* hükmüne yer verilmiştir. 7499 sayılı Kanunu'nun 9. maddesi ile yapılan değişiklikten önce, adli para cezasında alt sınır 20 TL olarak belirlenmişti. Alt sınırdan adli para cezasına hükmedildiği bir durumda, bir gün tutuklu kalan kişi hakkında verilen adli para cezası üzerinden, 5 güne denk gelen miktarda indirim yapılmaktaydı. İsviçre Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin 2. cümlesinde ise; *bir günlük tutukluluk, bir günlük adli para cezası birimine karşılık gelmektedir* hükmüne yer verilmiştir.

<sup>87</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 757; DURSUN, s. 530.

<sup>88</sup> DÖNMEZER / ERMAN, s. 313.

*belirtilmiştir*<sup>89</sup>. 5237 sayılı TCK’de *şahsi hürriyeti sınırlayıcı bütün hâller* şeklinde kapsayıcı bir ifadeye yer verilmesi olumlu bir gelişme olmakla birlikte, *hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin* kapsamının ve sınırının ne olduğuna ilişkin belirsizliği, beraberinde ortaya çıkarmıştır.

## II. MAHSUBA KONU OLAN “ŞAHSİ ÖZGÜRLÜĞÜ SINIRLAMA SONUCU DOĞURAN HÂLLER”İN KAPSAMI

5271 sayılı CMK’de düzenlenen koruma tedbirlerinden belli bir kısmının, şahsi özgürlüğü sınırlayıcı nitelikte olduğundan şüphe bulunmamaktadır. Yine çeşitli kanunlarda öngörülen bazı idari tedbirler de şahsi özgürlüğü sınırlayıcı niteliktedir. Hangi koruma tedbirlerinin mahsuba konu olabileceği hususu, CMK’deki tasniflemeye ve sınırlandırmaya bağlı kalınarak aşağıda açıklanacaktır. Yine aşağıda, şahsi hürriyeti sınırlandıran, idari nitelikteki tedbirlerin, mahsuba konu olup olamayacağı hususunda değerlendirmelerde bulunulacaktır.

### A. Adli Yakalama

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 4. maddesindeki tanıma göre yakalama; *kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade etmektedir*. Bu tanım, bir karara dayanılarak yapılan yakalama işlemini kapsamamaktadır. Esasen adli yakalamanın, ya fiili duruma ya da bir karara (müzekkere) dayandığını söylemek mümkündür<sup>90</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda bir yakalama emrinin düzenlemesi mümkün olmadığı için, Cumhuriyet savcısı, kolluk, hatta herkes tarafından, bireylerin özgürlüğünün geçici olarak yoksun bırakılması<sup>91</sup>; fiili yakalamadır<sup>92</sup>. Tutukluluğa sevk edilen şüphelinin, serbest bırakılması kararına itiraz sonucu, itiraz merciince şüphelinin

<sup>89</sup> Bkz. TCK’nin 63. maddesinin gerekçesi.

<sup>90</sup> CENTEL / ZAFER, s. 378.

<sup>91</sup> ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 448.

<sup>92</sup> CENTEL / ZAFER, s. 378.

tutulması için ya da sorgudan kaçan şüpheli ya da sanık hakkında yakalama emri düzenlenebilmektedir; böyle durumlarda yakalama, bir karara yani yazılı müzekkereye dayanmaktadır. Hâkim, mahkeme, Cumhuriyet savcısı ya da kolluk görevlileri tarafından çıkarılan yakalamalarda; başka bir ifade ile müzekkereye dayanan yakalamalarda, yakalanan kişi en geç yirmi dört saat içinde yetkili makam, hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmalıdır<sup>93</sup>.

Kanunda belirtilen usuller ve koşullar uyarınca bir kişi yakalandığında<sup>94</sup>, Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilir (CMK 90/5). Yakalanan kişi Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda ya gözaltına alınır ya da serbest bırakılır (CMK 91/1). CMK'de, yakalanan şüphelinin durumunun Cumhuriyet Savcısına bildirilmesi ya da Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkarılması yönünden bir azami süre belirlemesi yapılmamıştır. Yakalama ve gözaltı biçimindeki koruma tedbirlerinin bağımsız koruma tedbirleri olduğu göz önünde bulundurulduğunda, haklı olarak kanundaki bu eksiklik eleştirilmekte; yakalandıktan sonra gözaltına almaya kadar geçecek süre açısından bir üst sınırın belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>95</sup>. Gözaltı süresinin başlangıcının, gözaltı kararı verilmesi değil, yakalama anı<sup>96</sup> olduğu dikkate alındığında; yakalanarak Cumhuriyet savcısına bildirimde bulunmak için kişinin muhafaza altına alınmasında geçen süre ile akabinde gözaltında geçen sürenin toplamı, gözaltı için kanunda belirtilen azami süreyi aşmamalıdır. Azami sürenin aşıldığı durumda hukuka aykırılık oluşacaktır ve aşkın bu sürenin de kesinleşmiş cezadan mahsup edilmesi gerekir. Müzekkereye dayanan yakalamalarda, mahkeme önüne çıkarılmadaki azami süre yirmi dört saattir; bu süre içerisinde ya da belirlenen bu sürenin üzerinde kişinin özgürlüğü kısıtlanmışsa; yine kesinleşmiş cezadan mahsup edilmelidir.

Çok kısa süreli özgürlüğü kısıtlamalar yakalama olarak kabul edilmemektedir<sup>97</sup>. Bu bağlamda bir kişiyi durdurma yakalama sayılmaz; yakalamadaki ölçüt, kişinin fiilen denetim altına alınıp alınmadığı ve hareket özgürlüğünü istediği gibi kullanıp

<sup>93</sup> Bkz. CMK 94. madde 1. fıkrası; ayrıca bkz. CENTEL / ZAFER, s. 395-396.

<sup>94</sup> 5271 sayılı CMK'de yakalamanın şartları, yakalayanın herhangi bir kimse veya kolluk görevlisi olmasına göre farklı şekilde düzenlenmiştir.

<sup>95</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 351.

<sup>96</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 277.

<sup>97</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 843; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 405.

kullanmadığıdır<sup>98</sup>. Sonuç olarak, çok kısa süreli özgürlüğü kısıtlamalar mahsuba konu olmaz.

## B. Gözaltına Alma

Yakalama ve gözaltı, CMK’de iki farklı koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir; buna göre yakalama işlemi hem bireyler hem de kolluk gücü yapabilmektedir; ancak gözaltı kararı, mülki idari amirlere tanınan istisnai yetkiyi hariç tutulursa<sup>99</sup>, ancak savcının yazılı ya da sözlü talimatı ile mümkündür<sup>100</sup>.

Gözaltı; kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, yakalanan kişi hakkında yapılacak ceza muhakemesi işlemlerinin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar, kanunda belirtilen süreler içerisinde özgürlüğünün kısıtlanmasıdır<sup>101</sup>. Yakalamanın mutlak şekilde gözaltı kararı ile sonuçlanması gibi zorunluluk yoktur<sup>102</sup>; yakalanan kişi Cumhuriyet savcısının talimatı ile gözaltına alınmadan serbest bırakılabilir<sup>103</sup>.

Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre (12 saat) hariç, en fazla 24 saattir. Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle gözaltı süresi her defasında ayrı ayrı karar almak koşulu ve Cumhuriyet savcısının yazılı talimatı ile en fazla üç gün uzatabilir (Bkz. CMK madde 91/3). Bu bağlamda gözaltı süresi en fazla dört gündür<sup>104</sup>. En yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmek için yolda geçen süre 12 saati

<sup>98</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 852; ÜNVER / HAKERİ, s. 336; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 448.

<sup>99</sup> CMK’nin 91/4. maddesinde, mülki idari amirlere, belli koşullarda gözaltı yetkisi tanınmıştır. Mülki idari amirlere tanınan bu gözaltı yetkisi öğretilerde eleştirilmektedir. Bkz. GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 392; ÜNVER / HAKERİ, s. 349-350.

<sup>100</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 232. Centel ve Zafer’e göre gözaltına alma emri yazılı olmalıdır. Bkz. CENTEL / ZAFER, s. 387.

<sup>101</sup> GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 417; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 459.

<sup>102</sup> ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 460.

<sup>103</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 339.

<sup>104</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 232.

aşarsa, aşan süre gözaltı süresine dahil kabul edilecektir<sup>105</sup>. Yol için belirlenen 12 saat azami süredir ve sadece yolda geçmesi muhtemel süre için öngörülmüştür; azami gözaltı süresi olan 24 saat ile yol için belirlenen azami süre olan 12 saati toplayarak, esasında gözaltı süresinin en fazla 36 saat olduğu şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkün değildir<sup>106</sup>.

Gözaltı için belirlenen azami süre içerisinde şüphelinin, hâkim huzuruna çıkarılmadığı durumlarda kendiliğinden serbest bırakılması gerekir<sup>107</sup>. Bununla birlikte, kanun hükmünün bir gereği olarak, yakalanan kişi, Cumhuriyet savcısının talimatı olmadan serbest bırakılamaz<sup>108</sup>. Gözaltı için kanunda öngörülen sürenin aşıldığı durumlarda; aşkın sürenin de kesinleşmiş cezadan mahsup edilmesi gerekir.

Zor kullanılarak yakalanan kişiler veya yakalama sonrası gözaltına alınmasına karar verilen şüpheliler sağlık kontrolünden geçirilir<sup>109</sup>. Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir<sup>110</sup>. Kişinin sağlık kontrolünden geçirildiği süreler de, esasında gözaltı süresine dahildir ve kesinleşmiş cezadan mahsup edilmesi gerekir.

İndirimin tam gün hesabına göre yapılması gerektiği, örneğin iki güne yayılan ancak 17 saat süren bir gözaltı söz konusu ise, mahkûmiyetten yapılacak indirimin 2 gün değil, 1 gün olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>111</sup>. Diğer bir görüşe göre bir günü bulmayan ve gözaltında geçirilen bu saatler hükümlü lehine bir gün gibi değerlendirilerek verilen cezadan mahsup edilmesi gerekmektedir<sup>112</sup>. Son görüş, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması yönünden daha isabetlidir; bu nedenle yirmi dört saati geçmeyen ancak iki güne yayılan gözaltı süresinin; tam iki gün gözaltı yapılmış gibi kabul edilerek cezadan mahsup edilmesi gerekmektedir.

<sup>105</sup> ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 462; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 420.

<sup>106</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 356.

<sup>107</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 882.

<sup>108</sup> Bkz. CMK 91. madde 1. fıkra 1. cümle.

<sup>109</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 9. maddesinin 1. fıkrası.

<sup>110</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 9. maddesinin 2. fıkrası.

<sup>111</sup> ÖZTÜRK / ERDEM, s. 502.

<sup>112</sup> ARSLAN / KAYANÇIÇEK, s. 16; KORUCULU, s. 454.



### C. Tutuklama

Tutuklama, henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadan, hâkim veya mahkeme kararına dayanılarak şüpheli ya da sanık konumunda olan kişinin, hürriyetinden mahrum edilmesidir<sup>113</sup>. Tutukluluk işlemi, failin kaçması veya delilleri yok etmesi ya da değiştirmesi ihtimali gibi, kanuni sebeplerle verildiğinden ceza değil, bir tedbirdir<sup>114</sup>. Niteliği itibariyle tutuklama, öne çekilmiş bir cezalandırma aracı da değildir<sup>115</sup> ve bu yüzden tutuklu kişi, yargılama sonucunda verilme ihtimali bulunan cezayı, tutukluluk süresi boyunca peşinen infaz etmiş sayılmaz. Tutukluların, tıpkı cezasını infaz eden kişiler gibi aynı şartlarda bulunmaları, tutukluluğun bir infaz aracı olduğunu göstermez<sup>116</sup>. Sonuç olarak, tutuklulukta geçen sürelerin, kesinleşmiş cezadan indirilebilmesi için dayanak bir norma ihtiyaç vardır. Bu bağlamda 5237 sayılı TCK'nin 63. maddesi dayanak normdur ve ilgili hükümde yer verilen *şahsi hürriyeti sınırlayıcı bütün hâllerin* kapsamı içerisine, tutuklama tedbiri de girmektedir. Tutuklama kararının infazına başlandığı tarih ile tutukluluk tedbirinin sona erdiği tarih arasında geçen süre kesinleşmiş cezadan mahsup edilecektir.

Kişilerin yakalanıp gözaltına alınmadan da tutuklanması mümkündür. Örneğin duruşmada, kişinin tutuklanmasına karar verilebilir. Böyle bir durumda, mahsuba konu tutukluluk süresinin hesaplanmasında, sürenin başlangıcı tutuklama tarihi olacaktır<sup>117</sup>.

6526 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle yapılan 21.2.2014 tarihli değişiklikten önce kişi, bir yakalama emri müzekkeresine dayanılarak yakalandığında ilgili hâkim veya

<sup>113</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 252; Tutuklamanın, ceza muhakemesinde, kişi hürriyetini sınırlayan en ağır koruma tedbiri olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ÜNVER / HAKERİ, s. 366.

<sup>114</sup> TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953, s. 624. ÜNVER / HAKERİ, s. 367. Ünver/Hakeri'ye göre bir koruma tedbiri olan tutuklamanın iki amacı vardır: Şüphelinin yargılamada hazır bulunmasının sağlanması ve bununla bağlantılı olarak bilahare verilecek kararın uygulanmasının garanti altına almak ve ikinci olarak da delillerin muhafazasıdır. Bkz. ÜNVER / HAKERİ, s. 367.

<sup>115</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 251; ÜNVER / HAKERİ, s. 367; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 468.

<sup>116</sup> Tutuklanan kişi, kural olarak tutukevi adı verilen yere konur. Ancak ülkemizde, yeterli tutukevi bulunmaması ve fiziksel imkansızlıklar nedeniyle tutuklular cezaevine konmaktadır. Bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 487.

<sup>117</sup> GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 437.

mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkiminin önüne çıkarılırdı. Yakalanan kişi o yer sulh ceza hâkimi tarafından serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmek üzere tutuklanırdı. Buna uygulamada, yol tutuklaması adı verilmekteydi. Yol tutuklaması, sadece alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar için mümkündü<sup>118</sup>. Yol tutuklaması kapsamında, nakil için geçen süreler de kesinleşmiş cezadan mahsup edilmekteydi. 5271 sayılı CMK'nin 94. maddesinin 2. fıkrası ile yol tutuklaması uygulaması ortadan kaldırılmıştır. İlgili hükme göre *yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.*

İlk derece mahkemesince sanık, hükmen tutuklu bırakılmış ise, kanun yolu sürecinde gerçekleşen tutukluluk süresi de kesinleşen cezadan indirilmelidir<sup>119</sup>. Kanun yolu süreci dahil olmak üzere yargılama neticelenene kadar kişilerin süre sınırı olmadan tutuklu kalmaları mümkün değildir; tutuklu olarak kalınabilecek azami süreler CMK'nin 102. maddesinde belirlenmiştir.

İnfaz bir sıra dahilinde yapılmaktadır. Tutuklu durumunda bulunan kişi hakkında, işlediği başka bir suç nedeniyle ceza verilebilir ve bu ceza hükmü, tutuklu olduğu sırada kesinleşebilir. Böyle bir durumda; kesinleşen ceza hükmünün infazına öncelik verilmekte, tutukluluk durumu sona erdirilip kişinin kesinleşen cezasının infazına başlanmaktadır<sup>120</sup>. Mahsup işlemi yapılırken tutuklama kararının infaz gördüğü tarihler esas alınır; tutuklu haldeyken başka bir yargılamada verilen cezanın infazına başlanmışsa, infazın başladığı tarihten sonraki günler mahsuba konu olmaz.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 4/A maddesinde polise, belli koşullarda, kişileri durdurma ve kimlik sorma yetkisi verilmiştir. Aynı maddenin 9. fıkrasında; "*Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi*

<sup>118</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 865.

<sup>119</sup> CENTEL / ZAFER, s. 444.

<sup>120</sup> CENTEL / ZAFER, s. 433.

*tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.”* hükmüne yer verilmiştir. Kimliğinin tespiti amacıyla gözaltına alınan ya da tutuklanan kişinin, bu işlemlerde kendi kusuru olsa bile, özgürlüğünün kısıtlandığı sürenin kesinleşmiş ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi mümkündür<sup>121</sup>.

#### **D. Gözlem Altına Alma ya da Hastanede Geçirilen Süreler**

CMK'nin 74. maddesine göre *fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın, akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafin dinlenmesinden sonra resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir*<sup>122</sup>.

Gözlem altına almada, failin şuru tetkik edilmektedir ve bu yönüyle beden muayenesinden farklıdır<sup>123</sup>. Gözlem altına alma tedbiri sadece Adli Tıp Kurumu'nda değil, diğer sağlık kuruluşlarının bünyesinde de mümkündür<sup>124</sup>.

Bir görüşe göre gözlem altına almada, esas amacın kişinin akıl sağlığının yerinde olup olmadığını tespit edilmesi olduğundan ve doğrudan kişinin hürriyetinden mahrum bırakılma gayesi taşınmadığından, bu gibi hâllerde geçen süreler cezalardan mahsup

<sup>121</sup> Nitekim 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 4/A maddesinin 10. fıkrasında; *“kimliğini tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması hâlinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair belge verilir.”* hükmü yer almaktadır.

<sup>122</sup> Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmi sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez (Bkz. CMK madde 74/3). Gözlem altına alma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur (Bkz. CMK madde 74/4).

<sup>123</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 989-991.

<sup>124</sup> Bkz. Askeri Yargıtay, 1. D., T. 27.5.2015, E. 2015/383, K. 2015/387: *“Sanığın, GATA Haydarpaşa Eğitim Hastanesi Psikiyatri Kliniğinde 10.10.2011-14.10.2011 tarihleri arasında adli gözlem altında geçirdiği sürelerin, hakkında verilen cezadan mahsup edilmesi gerekir.”* Karar için bkz. DEMİRACI, Fahrettin: Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 4. Baskı, Seçkin Yayinevi, Ankara, 2021, s. 828.

edilmemelidir<sup>125</sup>. Ancak öğretideki çoğunluk, gözlem altında geçen sürelerin, cezadan mahsup edilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>126</sup>.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 74/son maddesinde; “*resmi müessesede gözlem altına alınma süresi, ileride verilecek cezadan ve muhafaza ve tedavi tedbirinin asgari süresinden indirilir*” hükmü yer almaktaydı. 5271 sayılı CMK’de, benzer hükme yer verilmemiştir. TCK’nin 63. maddesinde belirtilen *şahsi hürriyeti sınırlayıcı hâller* arasında, gözlem altına alınma da dahildir ve gözlem altında geçen süre kesinleşmiş cezadan mahsup edilmelidir.

Gözaltındayken ya da tutuklu durumdayken, kişilerin sağlık kontrolü ya da tedavileri için hastaneye sevk edildiği durumlarda; hastanede geçen süreler gözaltı ve tutukluluk sürelerine dahildir. Ancak gözaltına alınmadan ya da tutuklama kararı olmadan da kişiler, sağlık kuruluşlarına sevk edilebilirler. Örneğin CMK’nin 75. maddesi uyarınca delil elde etmek için şüpheli veya sanığın; dış beden muayenesine, iç beden muayenesine, vücudundan örnek alınmasına kısaca beden muayenesine karar verilebilir<sup>127</sup>. Beden muayenesi için sağlık kuruluşlarında geçen sürelerin de cezadan mahsup edilmesi gerekir.

Kişi suç işlediği olayda ağır yaralanmış olabilir ve uzun bir süre hastanede tedavisinin yapılması gerekebilir. Bu tedavi, gözaltı işleminin, fiilen uygulanması mümkün olana kadar sürebilir. Tedavi amaçlı tıbbi müdahale kapsamında, kişinin gözaltına alınmasına ya da tutuklanmasına kadar hastanede geçirdiği sürelerin, cezadan mahsup edilmesi mümkün değildir.

## **E. Adli Kontrol**

Kişi hürriyetini, kesin hükmünden önce, en ağır şekilde sınırlayan tutuklama tedbirine alternatif olmak üzere CMK’de, adli kontrol adı altında bir dizi tedbire yer verilmiştir<sup>128</sup>. Tutukluluk tedbirine göre kişi özgürlüğünü daha az kısıtlayan adli kontrol

<sup>125</sup> Bkz. EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 757.

<sup>126</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 993.

<sup>127</sup> ALAN, Esra: “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt I*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 47.

<sup>128</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 267. 1412 sayılı CMUK’ta yer almayan ve ilk defa 2001 Tasarısı ile düzenlenen adli kontrolün; Alman, İtalyan ve özellikle Fransız Hukuku göz önünde

tedbirine yer verilmesiyle, tutuklama ile serbest bırakma arasındaki zorlu seçimde, sorgu yapan hâkime alternatif bir vasıta verilmiştir<sup>129</sup>. Alternatif bir vasıta niteliğinde olmasına rağmen adli kontrolün, bağımsız bir koruma tedbiri olduğunun kabulü gerekir<sup>130</sup>.

Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunduğu ve tutuklama tedbirinin somut olayda orantısız olacağının anlaşıldığı durumlarda, adli kontrol kararı verilmektedir; aynı soruşturma kapsamında bir ya da daha fazla adli kontrol tedbirine başvurmak mümkündür.<sup>131</sup> Kanunda adli kontrol kapsamında uygulanacak yükümlülükler sınırlı olarak belirlenmiştir; adli kontrol adı altında kişilere, kanunda belirtilenler dışında, özgürlüğünü sınırlandırıcı yükümlülükler getirilemez.<sup>132</sup>

CMK'nin 109/6. maddesine göre kural olarak adli kontrol altında geçen süre, muhakeme sonucunda hükmedilen cezadan indirilemez.<sup>133</sup> Bunun sebebinin, adli kontrol kapsamında öngörülen yükümlülüklerin, kural olarak kişi özgürlüğüne müdahale oluşturmaması gösterilmektedir.<sup>134</sup>

Bununla birlikte, kanundaki istisnai hüküm nedeniyle, CMK'nin 109/3-j maddesinde düzenlenen *konutu terk etmeme* adli kontrolü ile CMK'nin 109/3-e maddesinde düzenlenen *uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek* şeklindeki adli kontrol yönünden mahsup kararı verilebilecektir<sup>135</sup>. Ancak, (j) bendinde belirtilen *konutunu terk etmeme* yükümlülüğü kapsamında, konutta geçen her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınacaktır<sup>136</sup>.

---

bulundurularak hukukumuzda kazandırıldığı ifade edilmektedir. Bkz. ÜNVER / HAKERİ, s. 394; CENTEL / ZAFER, s. 446.

<sup>129</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 275.

<sup>130</sup> GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 443.

<sup>131</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 268-269; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 446.

<sup>132</sup> GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 446.

<sup>133</sup> Bkz. CENTEL / ZAFER, s. 452.

<sup>134</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 286-287.

<sup>135</sup> Bkz. CMK 109. madde 6. fıkra 2. cümle: “*Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) ve (j) bentlerinde belirtilen hâllerde uygulanmaz.*”

<sup>136</sup> Bkz. CMK 109. madde 6. fıkra 3. cümle.

*Konutunu terk etmeme ya da uyarıcı veya uyarıcı maddeden veya alkol bağımlılığından arınmak için hastaneye yatma şeklinde adli kontroller kadar yoğunlukta olmasa da; kanunda yer verilen diğer bazı adli kontrol türleri, kişi hürriyetini önemli derecede sınırlandırmaktadır: Yurt dışına çıkma yasağı (CMK madde 109/3-a) ile belirli bir yerleşim bölgesini terk etmeme (CMK madde 109/3-k) ya da belirlenen yer veya bölgelere gitmeme (CMK madde 109/3-l) biçimindeki adli kontrol türlerinin, serbest dolaşım özgürlüğünü ve dolayısıyla kişi özgürlüğünü sınırlandırdığı bir gerçektir<sup>137</sup>.*

Yürürlükten kaldırılmadan önce, 765 sayılı TCK'de; hürriyeti bağlayıcı cezalar arasında, sürgün cezası da öngörülmüştü. Sürgün cezası, suçun işlendiği ya da suçtan zarar gören kişi veya hükümlünün ikamet ettiği yerleşim yerinden, en aşağı altmış kilometre uzakta bulunan ve mahkeme ilamında yazılı olan bir şehir veya kasabada, hükümlünün ikamete zorunlu tutulmasıydı. Bu cezanın süresi altı aydan beş yıla kadardı. Hükümlü sürüldüğü ve ikamete zorlandığı yerde tamamen serbestti; ailesini götürebilirdi ve orada ticaret yapabiliyordu. Sürgün cezasına hükmedildiğinde, tutuklu kalınan her bir günlük süre, üç günlük sürgüne eş sayılarak sürgün müddetinden indirilmekteydi<sup>138</sup>.

Şüpheli ve sanığın mahkeme tarafından belirlenen yeri veya yerleşim bölgesini mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın terk etmemesini ifade eden<sup>139</sup> belirli yerleşim bölgesini terk etmemek yükümlülüğü (CMK madde 109/3-k) ile şüpheli veya sanığın mahkeme tarafından belirlenen yere veya yerleşim bölgesine mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın gitmemesini ifade eden<sup>140</sup> belirlenen yer veya bölgelere gitmemek yükümlülüğünün (CMK madde 109/3-l), tıpkı sürgün cezası gibi bir etki doğurduğunu ve kişi özgürlüğünü önemli derecede sınırlandırdığını söylemek mümkündür. Ancak, kanundaki düzenlemeler nedeniyle, bu türden adli kontrolde geçen sürelerin, verilen

<sup>137</sup> YAŞAR, s. 1377. Hatta belli aralıklarla karakola ya da adliyedeki birimlere imza atma yükümlülüğünü getiren adli kontrol yükümlülüğünün de, kişi özgürlüğünü sınırlandırdığı ifade edilmektedir. Bkz. YAŞAR, s. 1377. Yaşar'a göre yalnızca hürriyeti kısıtlama sonucu doğuran koruma tedbirleri değil, diğer tüm temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğinde olan koruma tedbirleri de mahsuba konu edilmelidir. Bkz. YAŞAR, s. 1386. Hatta kişi hürriyetini kısıtlama sonucunu doğurmasalar da, adli kontrol tedbirleri mahsuba konu olmalıdır. Bkz. YAŞAR, s. 1393.

<sup>138</sup> TANER, s. 613-614.

<sup>139</sup> Bkz. Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, madde 56/1-ç; ayrıca bkz. GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 448.

<sup>140</sup> Bkz. Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, madde 56/1-d; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 448.

cezadan mahsup edilmesi mümkün değildir. CMK'nin 109/3-j maddesinde belirtilen, konutunu terk etmeme yükümlülüğü için öngörülen sisteminin, bu türden adli kontroller için de getirilmesi yerinde bir karar olacaktır.

14.04.2020 tarihli 7242 sayılı kanunla, CMK'nin 109. maddesinin 4. fıkrasında değişikliğe gidilmiştir. Yapılan değişikliğe göre *maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında, hayatını yalnız idame ettiremediği, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ayı geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine, adli kontrol altına alınmasına karar verilebilmektedir*<sup>141</sup>. Tutukluluk tedbiri yerine uygulanan adli kontrol kararının mahsuba konu olabilmesi için, yukarıda açıkladığımız gibi, uygulanan adli kontrol türünün, CMK'nin 109/3-j maddesinde ya da CMK'nin 109/3-e maddesinde düzenlenen adli kontrol türü olması gerekmektedir.

## F. Zorla Getirme ve İfade Alma

CMK'de koruma tedbirleri arasında sayılmasa da, zorla getirmenin, bir ceza muhakemesi işleminin yapılmasını sağlamaya yönelik, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan bir tür koruma tedbiri olduğu savunulmaktadır<sup>142</sup>. Zorla getirme kararı verildiğinde, şüpheli veya sanık derhal, olanak bulunmadığında yol süresi hariç en geç yirmi dört saat içinde, zorla getirme kararı çıkaran hâkimin, mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkarılır ve sorgusu yapılır ya da ifadesi alınır<sup>143</sup>. Zorla getirme, bunun için haklı görülecek bir zamanda başlar ve hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından, sorguya çekilmenin veya ifade almanın sonuna kadar devam eder<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMAGEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 498.

<sup>142</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 293; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 457.

<sup>143</sup> Bkz. CMK 146. madde 3. fıkra; ayrıca bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMAGEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 504.

<sup>144</sup> Bkz. CMK 146. madde 4. fıkra; ayrıca bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMAGEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 504.

Zorla getirme kararı uyarınca şüpheli veya sanığın, zorla getirme kararı çıkaran hâkimin, mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkarılmasında geçen süre ile makul ve katlanılması gereken zaman dilimini aşan ifade ve sorgu sürelerinin toplamının, hakkaniyet gereği mahsuba konu olması gerekir<sup>145</sup>; kaldı ki bu işlemlerin yapıldığı süreçte, şüpheli veya sanığın, süreci sona erdirmeye ilişkin olarak tasarruf yetkisi bulunmamaktadır<sup>146</sup>.

### G. Şahsi Hürriyeti Sınırlama Sonucu Doğuran İdari Önleme Tedbirleri

Kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması için gerekli olan hâllerde, suç işlenmemiş olsa bile, jandarma veya polis, suç şüphesi altında bulunmayanların tehlikeye maruz kalmalarını ya da tehlike yaratmalarını önlemek adına<sup>147</sup>, idari nitelikte yakalama veya muhafaza altına alma gibi, kişi özgürlüğünü kısıtlayan nitelikte tedbirler alabilmektedir<sup>148</sup>.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasının F bendinde; *toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişiler* yönünden polise, idari yakalama yetkisi verilmiştir. Bu kişilerin, suç teşkil eden fiilleri olmasa bile, buldukları durum itibarıyla hem kendilerinin hem de başkalarının güvenliği açısından tehlike oluşturduklarından yakalanıp muhafaza altına alınabilmektedirler<sup>149</sup>. Bir görüşe göre idari yakalama sonucu kişinin muhafaza altına alınması, gözaltına alma ile eşdeğer kabul edilemez<sup>150</sup>. Başka bir görüşe göre ise, yakalama işleminin, kolluk görevlileri tarafından önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirildiği hâllerde; geçirilen sürelerin, TCK'nin 63. maddesi kapsamında, şahsi hürriyeti sınırlayıcı hâller kapsamında

<sup>145</sup> DURSUN, s. 528; KORUCULU, s. 453.

<sup>146</sup> DURSUN, s. 528; KORUCULU, s. 453.

<sup>147</sup> CENTEL / ZAFER, s. 378.

<sup>148</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 845.

<sup>149</sup> SOYASLAN, Doğan: "Yakalama", *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt I*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 661. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda yapılan 2.6.2007 tarih ve 5681 sayılı değişiklikten önce, kimliğini kanıtlayamayan veya gösterdiği belgenin doğruluğundan şüphe edilen kişilerin, idari olarak yakalanıp, kimliğini kanıtlayıncaya kadar muhafaza altına alınmasına karar verilebilmekteydi ve muhafaza altına alma süresi yirmi dört saati geçemezdi. Bu yetki idari-önemle amaçlı yakalama kapsamında değerlendirilmekteydi. Bkz. Soyaslan s. 660.

<sup>150</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 340.



değerlendirilmesi ve mahsuba konu olması gerekmektedir<sup>151</sup>. Son görüş daha isabetlidir; özellikle keyfi bir uygulama sonucu, idari bir kararla yakalama yapıp kişilerin özgürlüğünün sınırlandırıldığı bir durumda; kişilerin özgürlüğünün sınırlandırıldığı sürenin, ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi mümkün olmalıdır.

İdari iş ve işlemler nedeniyle, kişilerin özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olabilir. İdari iş ve işlemler için öngörülen süreç nedeniyle hürriyeti kısıtlanan kişinin, makul ve orantılı olmayan bir süre dilimi içerisinde özgürlüğü kısıtlanmış ise; bu sürelerin de mahsup işlemine konu edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>152</sup>. Örneğin suç işlemek suretiyle, kamu düzeni veya kamu güvenliğini açısından tehdit oluşturan yabancılar (6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu -YUKK- madde 54/d) yönünden, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce sınır dışı etme kararı alınabilmektedir (YUKK madde 53). Kolluk tarafından yakalanan yabancılar hakkında, sınır dışı etme değerlendirme ve kararı alma süreci, kırk sekiz saati geçemez (YUKK madde 57/1). Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır ya da YUKK'nin 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür (YUKK madde 57/2). Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancıların iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir (YUKK madde 57/3).

YUKK'de öngörülen idari gözetim kararını, idari merciler almış olsa da; nihayetinde bu kararlar, tıpkı ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanmasında olduğu

<sup>151</sup> Bkz. DURSUN, s. 521.

<sup>152</sup> DURSUN, s. 523.

gibi, kişilerin özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olmaktadır<sup>153</sup>. Kaldı ki özgürlüğün, CMK ya da başka bir kanuna göre sınırlandırılmış olması arasında fark bulunmamaktadır<sup>154</sup>. Bu nedenle Türkiye’de ikamet izni bulunan bir yabancı, suç işlediği iddiası ile sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezinde idari gözetim altına alınmış ve sonradan bu kişinin suçsuz olduğu tespit edilmiş ise, idari gözetim altında bulunduğu süre, verilen başka bir cezadan mahsup edilebilmelidir.

Tehlikenin önlenmesi kapsamında alınan idari tedbirlere itiraz etmek mümkündür; itirazı denetleyecek merci, hakkında idari tedbir uygulanan kişinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğidir<sup>155</sup>.

### III. MAHSUP İLE İLGİLİ ÖZEL DÜZENLEMELER VE HÂLLER

#### A. Yurt Dışında Gerçekleşen Şahsi Hürriyeti Sınırlayıcı Hâllerin Mahsubu

TCK’nin 16. maddesine göre *nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup edilir*. TCK’nin 16. maddesinin uygulanabilmesi için, şahsi özgürlüğü sınırlama sonucu doğuran fiil ile mahkûmiyete neden olan fiilin aynı olması gerekmektedir; bu yönüyle TCK’nin 63. maddesinden farklılık göstermektedir.<sup>156</sup> Kanunda yer verilen bu hükmün lafzı esas alındığında, bir görüşe göre başka bir suç nedeniyle yurt dışında gözaltı ya da tutuklulukta geçirilen süreler, yerel mahkemelerce verilecek cezalardan mahsup edilemez<sup>157</sup>. Başka bir görüşe göre ise, farklı suçlara ilişkin olup yabancı ülkede gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran sürelerin, TCK’nin 16. maddesi uyarınca indirilmesi mümkün olmasa bile, TCK 63. madde uyarınca mahsup işleminin yapılabilmesi gerekir<sup>158</sup>. Yargıtay tarafından verilen bir kararda; Vatikan Devlet Başkanına karşı gerçekleştirilen öldürmeye

<sup>153</sup> AKTAŞ, Mehmet: “Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ‘Özgürlük ve Güvenlik Hakkı’ Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, 2019, Cilt 2, Sayı 2, s. 66.

<sup>154</sup> ÖZTÜRK / ERDEM, s. 500.

<sup>155</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 847.

<sup>156</sup> ÖZEN, Cezanın Belirlenmesi, s. 117.

<sup>157</sup> DURSUN, s. 526; TÖNGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 462.

<sup>158</sup> ARSLAN / KAYANÇİÇEK, s. 85.

teşebbüs eylemi nedeniyle, İtalya’da gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürelerin, Türkiye’de işlediği başka suçlardan dolayı verilen cezalardan indirilmesinin yasal dayanağının bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>159</sup>.

Yurt içinde geçen sürenin mahsubu bakımından *hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran hâller* ibaresi kullanılmışken; yurt dışında geçen sürelerin mahsubu için sınırlama getirilmiş ve sadece gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürelerin mahsup edilebileceği hüküm altına alınmıştır<sup>160</sup>. Sınırlayıcı bu hüküm nedeniyle, gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürelerin dışında, başkaca hürriyeti sınırlandıran bir tedbir uygulanmış ise bu sürelerin, TCK 16 maddesi uyarınca mahsuba konu olamayacağı belirtilmektedir<sup>161</sup>. Ayrıca mahsup işlemi yapılırken, kişinin fiilen hürriyetinin kısıtlandığı süre esas alınmaktadır; yurt dışı mahkemesince verilen cezanın doğrudan, yurt içindeki mahkeme tarafından verilen cezadan mahsup edilmesi, doğru bir uygulama olarak kabul edilmemektedir<sup>162</sup>.

TCK’nin 16. maddesinin yanı sıra, TCK’nin 188/2 maddesinde, özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. TCK’nin 188/2. maddesine göre “*uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir.*” Başka bir ülkeye uyuşturucu veya uyarıcı madde ihraç edildiğinde, ihraç edilen ülke yönünden ithal suçu oluşacağından, böyle bir özel hükme yer verilerek, failin mükerrer olarak cezalandırılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

<sup>159</sup> Bkz. Yargıtay, 1. CD., T. 20.01.2006, E. 2006/1, K. 2006/3; kararı aktaran ARSLAN / KAYANÇIÇEK, s. 86.

<sup>160</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, Genel Hükümler, s. 689; DURSUN, s. 519.

<sup>161</sup> YAŞAR, s. 1390.

<sup>162</sup> Bkz. Yargıtay, 9. CD., T. 17.04.2014, E. 2014/47, K. 2014/4747; karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

## B. İnfaz Aşamasında Söz Konusu Olan Mahsuba İlişkin Özel Düzenlemeler

Mahsup ile ilgili genel düzenleme TCK'nin 63. maddesidir. Bununla birlikte hükmün kesinleşmesinden sonra, infaz aşamasını ilgilendiren, özel düzenlemeler de bulunmaktadır<sup>163</sup>.

CGTİHK'nin 110/1. maddesindeki koşulları taşıyan hükümlüler hakkında hükmedilen cezaların, hafta sonu ya da geceleri, ceza infaz kurumunda çektirilmesine infaz hâkimliğince karar verilebilmektedir. Özel infaz usulüne son verildiği bir durumda, hafta sonu ve gece infaz gibi, özel infaz usulleri uygulanmak suretiyle geçirilen süreler, infaz aşamasında mahsup edilmektedir (CGTİHK'nin 110/7)<sup>164</sup>.

CGTİHK'nin 110/2-3-4 maddelerinde belirtilen koşulları taşıyan hükümlüler hakkında hükmedilen cezaların, konutunda çektirilmesine, infaz hâkimliğince karar verilebilmektedir. Özel infaz usulüne son verildiği bir durumda, hapis cezasının konutunda infaz edilmesi gibi, özel infaz usulleri uygulanmak suretiyle geçirilen süreler, infaz aşamasında mahsup edilmektedir (CGTİHK'nin 110/7).

CGTİHK'nin 106/3. maddesi kapsamında, adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma tedbiri uygulanabilir. Sonradan bu tedbire uyulmaması hâlinde, kişinin çalıştığı günler hapis cezasından indirilir<sup>165</sup>.

CGTİHK'nin 100/1 maddesine göre cezanın infazına başlandıktan sonra hastalık nedeniyle hükümlünün, ceza infaz kurumundan hastaneye kaldırılması hâlinde, burada geçirdiği süre, cezadan indirilir. Ancak, cezanın infazını durdurmak için hükümlü, hastalığına kasten neden olmuşsa bu hükümden yararlanamaz (CGTİHK'nin 100/2).

CGTİHK'nin 100/1 maddesine göre koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün on beş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır. 15 yaşın altında, hükümlü konumunda, cezası infaz edilen suçta sürüklenen çocuklar hakkında mahsup işlemi yapılırken, bu hüküm dikkate alınacaktır.

<sup>163</sup> DURSUN, s. 511.

<sup>164</sup> SOYASLAN, Doğan: *İnfaz Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 106; APİŞ, s. 245.

<sup>165</sup> APİŞ, s. 245.

### C. Suçların İctiması Yönünden İctihat Yoluyla Öngörülen Mahsup

Suçların içtimasında, belli koşulların sağlanması hâlinde, birden fazla gerçekleştirilen suçlar tek suç olarak kabul edilip, tek suçtan ceza verilmekte ya da tek suçtan verilen cezadan artırım yapılmaktadır. Örneğin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda işlenen uyuşturucu madde ticareti suçunda, zincirleme suçun koşulları varsa, tek bir cezaya hükmedilip, bu cezadan TCK'nin 43/1. maddesinde belirtilen oranlar aralığında artırım yapılmaktadır. Bununla birlikte zincirleme olarak işlenen uyuşturucu madde ticareti suçlarının her birinin, farklı mahkemelerde yargılması yapılmış olabilir. Hatta zincirleme olarak işlenen bu suçlardan biri hakkında karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş olabilir. İşte bu durumda, zincirleme işlenen suçlardan diğerinin yargılmasını gerçekleştiren mahkeme, sadece bir uyuşturucu madde ticareti suçundan hüküm kurmakta, sonrasında zincirleme suç hükmü uyarınca bu cezadan TCK'nin 43. maddesi uyarınca artırım yapmakta, mükerrer cezalandırmanın önüne geçmek için de, zincirleme suçun parçası olan ve daha önce karar verilerek kesinleştirilen ilk yargılamadaki cezanın, ikinci yargılamada hükmedilen cezadan mahsubuna karar vermektedir<sup>166</sup>. Buradaki mahsup işlemi, verilen soyut cezalar üzerinden yapılmaktadır; mahsup kararı ve işlemi için, ilk yargılamada verilen ceza nedeniyle kişinin hürriyetinin sınırlanmış olması zorunlu değildir. Oysa TCK'nin 63. maddesindeki mahsup hükmünün uygulanabilmesi için, fiilen kişinin şahsi hürriyetinin sınırlandırılmış olması gerekir. Bu yönüyle suçların içtima yönünden, içtihat yoluyla geliştiren bu yöntemin dayanağı olarak TCK'nin 63. maddesini göstermek sorunludur<sup>167</sup>. Bu nedenledir ki, tamamlama

<sup>166</sup> Bkz. Yargıtay, 11. CD., T. 13.02.2023, E. 2021/19135, K. 2023/594; Yargıtay, 5. CD., T. 13.06.2022, E. 2021/8749, K. 2022/6673; kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. İctihat yoluyla geliştirilen bu usul eleştirilmekte ve bunun için ayrı kanuni düzenleme yapılması savunulmaktadır. Bkz. YERDELEN, Erdal / BOZ, Burak: "Suçların İctimainda Tamamlama Muhakemesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 56, s. 161, 163: "Kanaatimizce, tamamlama muhakemesinde gerçekleştirilen mahsup nedeniyle mükerrer cezalandırma söz konusu değildir. Ancak sonraki yargılamada non bis in idem prensibi ihlal edilmektedir... İkinci yargılamayı yapan mahkeme ilk yargılamaya konu fiilin suç olmadığı, başka bir suç teşkil ettiği veya verilecek cezanın daha farklı biçimde tayini gibi hususlarda ilk yargılamayı yapan mahkemenin kararını doğru kabul etmeye zorlanmaktadır. Diğer taraftan ikinci yargılamayı yapan mahkeme de işlenen suçların aynı suç işleme kararı kapsamında olup olmadığı yahut aynı fiil ile işlenip işlenmediği noktasında ilk yargılamayı yapan mahkemenin yerine geçmekte, bir anlamda onun verdiği kararı değiştirmektedir."

<sup>167</sup> Bkz. YERDELEN / BOZ, s. 164-165: "Her ne kadar ceza muhakemesi hukukunda sınırlayıcı ve istisnai niteliğinde olmayan hükümler bakımından kıyas mümkün olsa da kanaatimizce TCK m. 63, bu bağlamda kıyasa elverişli değildir."

muhakemesi olarak adlandırılan usulün netliğe kavuşturulması için, kanunda ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>168</sup>.

## SONUÇ

Bir suçun işlenmesini önlemek için ya da suç işlendikten sonra, bir takım tedbirlerin alınması gerekir ve tedbirler çerçevesinde kişilerin özgürlükleri sınırlandırılabilir. Kesinleşmiş bir mahkeme hükmü bulunmadan kişilerin özgürlüğünün sınırlandırılması, yargılamada başvurulması gereken son seçenektir; hatta yargılama sonucunda, uygulanan tedbirin haksız olduğu anlaşılabilir. Haklı ya da haksız bir şekilde, yargılama sonuçlanmadan şahsi hürriyeti sınırlandıran bir tedbir uygulandığında, bunun tazmini ve telafisi gerekebilir. TCK'nin 63. maddesinde yer verilen mahsup düzenlemesi, şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâllerin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların tazmini ve telafisinde, en önemli araçlardan biri olarak kabul edilmektedir. TCK'de kabul edilen sistemde; yargılama sonuçlanmadan gerçekleşen şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller, koşulları oluşmuşsa zorunlu olarak kesinleşmiş cezadan indirilmektedir; mahsup işlemi yönünden hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır.

TCK'nin 63. maddesindeki mahsup düzenlemesinde; bir suç nedeniyle şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bir tedbirin, işlenen başka bir suçtan dolayı verilen kesinleşmiş cezadan indirilip indirilmeyeceğine ilişkin açık hükme yer verilmemiştir. Hem öğreti hem de uygulama ittifakla, şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bir tedbirin, işlenen başka bir suçtan dolayı verilen kesinleşmiş cezadan indirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte haksız şekilde tutuklu kalınan sürenin, işlenen başka bir suç nedeniyle verilecek cezadan indirilmesi, bireylerde, yeniden suç işlediği takdirde cezaevine girmeyeceği düşüncesini oluşturabilecektir. Bu nedendir ki mahsup işlemine, zaman yönünden sınırlama getirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Zaman sınırı, kişinin tutukluluk süresinin varlığına güvenerek yeni bir suç işleyip işlemediği üzerinden belirlenmelidir.

Mahsup konusunun düzenlendiği 765 sayılı TCK'nin 40. maddesinde, kesinleşmiş cezadan indirilecek özgürlüğü kısıtlayıcı hâlin karşılığı olarak *tutuklama*

<sup>168</sup> Bkz. YERDELEN / BOZ, s. 174.

anlamına gelen, *mevkufiyet* tabiri kullanılmıştı. 5237 sayılı TCK’de ise *şahsi hürriyeti sınırlayıcı bütün hâller* şeklinde kapsayıcı bir ifadeye yer verilmiştir. Kapsayıcı bir ifadeye yer verilmesi olumlu bir gelişme olmakla birlikte, *hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin* kapsamının ve sınırının ne olduğuna ilişkin belirsizliği, beraberinde ortaya çıkmıştır.

CMK’de yer verilen ve şahsi özgürlüğü sınırlayan her koruma tedbirinin, kendiliğinden mahsuba konu olabileceğini söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, CMK’nin 109/6. maddesinde, kural olarak, adli kontrol altında geçen sürelerin, muhakeme sonucunda hükmedilen cezadan indirilemeyeceğine ilişkin açık bir hükme yer verilmiştir. Adli yakalama, gözaltı, tutuklama, zorla getirme veya gözlem altına alma gibi koruma tedbirlerinin mahsuba konu olabileceğinde şüphe bulunmamakla birlikte, önemli derecede özgürlüğü sınırlandırıcı nitelikte bulunan diğer koruma tedbirlerinin de mahsuba konu olabilmesi için ayrı bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Suç işlenmesini ya da kişilerin suça maruz kalmalarını önlemek için bir takım idari tedbirlerin alınması mümkündür. Hem idari nitelikte yakalama ve muhafaza altına alma gibi, kişi özgürlüğünü kısıtlayan nitelikte tedbirler nedeniyle geçen süreler hem de idari iş ve işlemler nedeniyle kişilerin özgürlüğünün sınırlandırıldığı süreler, başka bir fiil nedeniyle verilen cezadan mahsup edilebilmelidir. Örneğin Türkiye’de ikamet izni bulunan bir yabancı, suç işlediği iddiası ile sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezinde idari gözetim altında alınmış ve sonradan bu kişinin suçsuz olduğu tespit edilmiş ise, idari gözetim altında bulunduğu süre, başka bir suçtan verilen cezadan mahsup edilebilmelidir.

---

**KAYNAKÇA**

- AKTAŞ, Mehmet: “Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ‘Özgürlük ve Güvenlik Hakkı’ Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, 2019, Cilt 2, Sayı 2, s. 61-78.
- AKYÜREK, Güçlü: *Yargılamanın Yenilenmesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ALAN, Esra: “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt I*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 45-58.
- ARSLAN, Çetin / KAYANÇIÇEK, Murat: *Cezadan Mahsup*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- APIŞ, Özge: *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- BIYIKLI, Hasan: “Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, 1983, Cilt 9, Sayı 3, s. 272-289.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- ÇOLAK, Haluk / ALTUN, Uğur: “Cezanın Belirlenmesi Araçlarından Birisi Olarak Mahsup”, *Adalet Dergisi*, 2007, Cilt 98, Sayı 28, s. 4-44.
- DEMİRAG, Fahrettin: *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.



- 
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- DEMİREL, Hakkı: “Mevkufiyetin Mahkûmiyetin Mahsubu-Genişletici Tefsir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1956, Cilt 13, Sayı 1, s. 204-207.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 14. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, 2020.
- DURSUN, Hasan: “Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Cilt 5, Sayı 7, s. 507-558.
- EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt I*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 339-365.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- İÇEL, Kayıhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- İÇEL, Kayıhan: “Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, Cilt 29, Sayı 3, s. 560-579.
- KORUCULU, Irmak: *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

- 
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZEN, Mustafa: *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZEN, Mustafa: “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2009, Cilt 15, Sayı 1-2, s. 75-120.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR, Yasemin F. / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- SOYASLAN, Doğan: *İnfaz Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- SOYASLAN, Doğan: “Yakalama”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt I*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 659-673.
- ŞARE, Ersin: “Zimmet Suçunda Fail”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 20, Sayı 2, s. 313-365.
- ŞİRİN, Osman / AŞANER, Halim / GÜVEN, Özcan / YALVAÇ, Gürsel / ÖZDEMİR, Muzaffer / EREL, Kemalettin: *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Eylül 2004-Temmuz 2008*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

- 
- TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİÖĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2021.
- TÖNGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih / OKTAR, Ayla: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried; *Alman Ceza Kanunu (StGB)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- YAŞAR, Ercan, “Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 30, Sayı 3, s. 1367-1407.
- YERDELEN, Erdal / BOZ, Burak: “Suçların İçtimanda Tamamlama Muhakemesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 56, s. 155-176.
- YÜCE, Turhan Tufan: *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.



## Kabahatler Hukukunda İştirak

Cumhuriyet Savcısı Adayı Abdullah Cahid AKBAL\*

### Öz

5326 sayılı Kabahatler Kanunu kabahatlerin yer aldığı maddeleri kural olarak tek kişinin failliğini esas alarak düzenlemiştir. Tek failin tipikliği gerçekleştirmesini esas alınarak hazırlanmış bu maddeler birden çok kişi tarafından tipikliğin gerçekleştirilmesi halinde yaptırım uygulama noktasında yetersiz kalır. Maddelerin bu noktadaki yetersizliğini gidermek için tek faili esas alarak düzenlenen maddeleri kapsam üzere yasanın 14. maddesinde iştirak kurumu düzenlenmiştir. Yasanın 14. maddesinde iştirak kurumunun düzenlenmesi sayesinde kabahatlere ilişkin tipikliğin birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda tipikliği gerçekleştiren kişiler kanuni şartları da taşıyorsa yaptırma muhatap olacaktır. Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanunda yer alan iştirak düzenlemeleri belli noktalarda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundan ayrılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

İştirak, Kabahat, Suç, Fail, Şerik.

\*T.C. Adalet Bakanlığı Cumhuriyet Savcısı Adayı, Selçuk Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi, [acakhukuk@gmail.com](mailto:acakhukuk@gmail.com), ORCID: 0000-0003-4700-1687.

**\*Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.\***

Gönderilme Tarihi: 26 Şubat 2024 / Kabul Tarihi: 6 Mart 2024.



# ESKİSEHIR BAR ASSOCIATION JOURNAL

## Participation in Misdemeanor Law

### Abstract

The Misdemeanor Law No. 5236 regulates the articles of misdemeanors on the basis of the perpetrator of a single person as a rule. These articles, which are prepared on the basis of individual realization of typicality, are insufficient in terms of sanctioning if more than one person performs typicality. In order to eliminate the inadequacy of the articles at this point, rules of participation are regulated in article 14 of the law, including the articles regulated by misdemeanors. Thanks to the regulation of rules of participation in Article 14 of the law, in the event that more than one person perpetrates the typicality of misdemeanors, those who perform the typicality will be subject to sanctions if they meet the legal requirements. In addition, the participation regulations in the Misdemeanors Law No. 5326 differ from the Turkish Penal Code No. 5237 at certain points.

### Keywords

Participation, Fault, Crime, Perpetrator, Partner

## GİRİŞ

Bu çalışmada kabahatler hukukunda iştirak kurumunun düzenli bir metin çerçevesinde anlaşılması ve okuyucuların istifade etmesi amaçlanmıştır. Birinci bölümde iştirak tanımlanmış ve iştirakin temelinde yer alan teorilere değinilmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu(KK) yürürlüğe girmeden önce kabahatler 765 sayılı Türk Ceza Kanunu(ETCK) kapsamında düzenlenmekteydi. Ayrıca kabahatler hukuku ile ceza hukuku arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu sebeplerle kısaca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu(TCK) kapsamında iştirak kurumuna yer verilmiştir. Ardından KK'nin 14. maddesi detaylı olarak incelenmiş ve nihai olarak iştirak, KK'nin genel kanun niteliğinin düzenlendiği 3. madde çerçevesinde değerlendirilmiştir.

### I. GENEL OLARAK İŞTİRAK

#### A. Kavramsal Çerçeve

İştirak, Türk Dil Kurumu(TDK) kapsamında manası itibariyle “*ortaklık, ortak olma, paydaşlık*”<sup>1</sup> demektir; ceza hukuku ve kabahatler hukuku bağlamında ise “*Tek bir kişi tarafından işlenebilen suçların veya kabahatlerin birden çok kişinin katılımıyla gerçekleştirilmesine iştirak adı verilmektedir.*”<sup>2</sup>. Suçun işlenmesine iştirak eden kişilere de şerik denilmektedir. Şerik, TDK'deki manası itibariyle “*ortak*”<sup>3</sup> demektir. Kabahatler hukuku kapsamında iştirak kabahatin özel görünüm şeklidir.

İştirakte, şeriklerin kabahatin işlenmesine sağladıkları katkı, neticeye etki edecek düzeyde ve neticeyle ilgilidir. Sağlanan katkının bu düzeyde olması hasebiyle şeriklerin sorumluluğu yoluna gidilerek şeriklere yaptırım uygulanabilmektedir<sup>4</sup>. Şeriklerin sağladığı bu nedensel katkı fiil icra edilirken olmalıdır. Aksi durumda fiil tamamlandıktan sonra sağlanan katkı iştirak kapsamında değerlendirilemeyeceği için ilgili şahıslar şerik

<sup>1</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi- E.T. 12/11/2022)

<sup>2</sup> AKBULUT, Berrin, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. (sayfa) 410.

<sup>3</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 12/11/2022)

<sup>4</sup> ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.472.

olarak sorumlu tutulamayacaktır. Eğer kesintisiz işlenen bir kabahat söz konusu ise bu kabahate iştirak yaptırım tayin edilinceye kadar mümkün olacaktır<sup>5</sup>.

İştirak halinde gerçekleştirilen fiil birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmesine rağmen ihlal tektir. İhlalde payı olanlar yaptırıma muhatap olurken neticenin oluşumuna katkısı olmayan şahısların sorumlulukları gündeme gelmeyecektir. Dolayısıyla iştirak hükümlerinin yaptırım uygulanmasını sınırlayan bir yönü de vardır<sup>6</sup>.

İştirakin oluşumu için birden çok kişinin bulunması, kabahat veya suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi ve birden çok kişinin fiilin işlenişine katkıda bulunması gerekmektedir<sup>7</sup>. Bu unsurlara ek olarak şerikte iştirak iradesi bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

## B. Geniş-Dar Faillik

Geniş faillik teorisi fiilin işlenişine sağlanan katkıların eşitliğini savunur. Geniş faillik teorisi tipikliğin hareket ve netice unsurunu dolayısıyla failliği geniş yorumlar. Fiilin işlenişine sağlanan katkıların eşit kabul edilmesi ile tipiklik geniş yorumlanmış olur<sup>8</sup>. Geniş faillik teorisinde faillerin hepsinin neticeye vücut veren bir sebebi olmuştur ve bu sebepler arasında üstünlük aramak doğru olmaz. Şeriklerin yaptıklarından ziyade kasıtlarının yöneldiği netice önem arz eder. Bu sistemde sağlanan katkıları arasında herhangi bir oranlama yoluyla ayırım yapılmaması hasebiyle fail-şerik ayırımı ve fiilin işlenişine sağlanan katkıları farklı yaptırımlara tabi tutmaya gerek görülmemiştir. Geniş fail sisteminde fail-şerik ayırımı yoktur ancak fail kavramı şeriklik düzeyinde sağlanan katkıları da bünyesinde barındırmaktadır<sup>9</sup>.

Dar fail sistemine geldiğimizde, tipiklik dolayısıyla faillik dar yorumlanmaktadır<sup>10</sup>. Tipikliği gerçekleştiren, kanun maddesini ihlal eden kimse fail

<sup>5</sup> AKBULUT, Berrin, *Kabahatler Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 433.

<sup>6</sup> Mitsch, Wolfgang, *Ordnungswidrigkeiten, Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2005; s. 124, Aktaran: AKBULUT, s.411; aynı yönde bkz. : KANGAL, Zeynel T. , *Kabahatler Hukuku*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 155.

<sup>7</sup> TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.325.

<sup>8</sup> DEMİREL, Muhammed, *Suçta İştirake Bağlılık Kuralı*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017, s. 8.

<sup>9</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.433.

<sup>10</sup> DEMİREL, s.30

adedilmektedir. Müstakil olarak bir kişinin tipikliği gerçekleştirilmesi esasından hareket ederek haksızlık içeren maddelerin düzenlendiği kanunlarda, birden çok kişinin tipikliği gerçekleştirilmesi durumunda yaptırım tayin edebilmek adına genel hükümler kısmında iştirak düzenlenmektedir. TCK ve KK'nin haksızlık içeren maddeleri dar fail kavramını esas alınarak düzenlenmiştir. Birden çok kimse tarafından ihlalin gerçekleştirilmesi durumunda yaptırım tayin edebilmesi için TCK'nin ikinci kısım dördüncü bölümde (37,38,39,40,41. maddeler), KK'nin 14. maddesinde yani genel hükümler kısmında iştirak düzenlenmiştir<sup>11</sup>. KK ve TCK'de olduğu gibi haksızlık içeren maddeler dar fail esas alınarak düzenlenmişse iştirak hükümlerinin yaptırım uygulanması genişleten bir yönü de olacaktır<sup>12</sup>. Ayrıca dar faillik kavramı, doğrudan faillik üzerinden hareket eder<sup>13</sup>.

### C. Teklik ve İkilik Sistemi

Suç ve kabahatin oluşumunda kişilerin katkılarının ne şekilde değerlendirileceği<sup>14</sup> noktasında ikilik sistemi ve teklik sistemi gündeme gelmektedir,

İkilik sistemi şeriklerin suça katkıları oranında cezalandırılmaları gerektiğini, bir kısım şeriklerin yazılı ceza ile bir kısmının ilgili hükümde yazılı yaptırımdan daha azı<sup>15</sup> ile bir kısmının da daha fazlası ile cezalandırılması gerektiğini savunur.

Tek faillik sistemine geldiğimizde kural olarak bu sistem geniş faillik kavramından hareket eder<sup>16</sup>. Geniş faillik teorisi de fiilin işlenişine sağlanan katkıları eşit kabul ederek<sup>17</sup> fiilin işlenmesine katılanları eşit düzeyde yaptırıma muhatap kılar. Teklik sistemi de esas aldığı geniş faillik teorisi gibi fiilin işlenişine sağlanan katkıları eşit kabul eder<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> KANGAL, s.155; AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.434.

<sup>12</sup> GROPP, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin, 2005, s.350; Aktaran: AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.434.

<sup>13</sup> Mitsch, s.124; Aktaran: AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.434

<sup>14</sup> BALCI, Meral, "Tek Faillik Sistemine İlişkin Değerlendirme", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.(Cilt) 15, S.(Sayı) 44, Aralık 2020, s. 997.

<sup>15</sup> ÖZEN, Mustafa "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, Mayıs-Haziran 2007, s.239.

<sup>16</sup> KİENAPFEL, Diethelm/ HÖPFEL, Frank/ KERT, Robert, *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*, MANZ'sche Verlags, Wien, 2016, s.222; NYDEGGER, Micha, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, Nomos, Baden- Baden, 2012, s.60; Aktaran: BALCI, s.1000.

<sup>17</sup> DEMİREL, s. 8.

<sup>18</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.435.



Katkıların eşit kabul edilmesi yaptırım tayini noktasında da eşitliğin uygulanacağı manasına gelmemelidir. KK m. 14 kabahatin işlenmesine iştirak edenler arasında ceza tayini noktasında ayırım yapmamıştır<sup>19</sup> ancak ileride değinileceği üzere KK m.17/2 bu konuda değerlendirilebilir. Nitekim yaptırım tayin edilirken kişilerin bireysel kusur ve katkılarının göz önünde bulundurulmasının teklik sisteminin gayesi olduğu söylenmektedir<sup>20</sup>. Teklik sisteminde eşitlik “*niceliksel*” değil “*niteliksel*” bir eşitliktir. Bundan mütevellit müeyyide tayininde kişinin katkısının derecesi göz önünde bulundurulmalıdır<sup>21</sup>.

KK göz önüne alınırsa maktu olmayan idari para cezalarında bireysel kusur ve katkının değerlendirilmesi olanaklıdır. Maktu olan idari para cezalarında ise kabahatin işlenişine katılanlar arasında ayırım yapmak olanaklı değildir<sup>22</sup>.

KK'nin iştirake ilişkin hükümleri içeren 14. maddesi teklik sistemi esas alınarak düzenlenmiştir. Bu yüzden KK'de azmettiren, yardım eden, dolaylı fail, müşterek fail gibi ayrımlara yer verilmeden tüm şerikler doğrudan fail kabul edilmiştir. Her ne kadar şeriklik türlerine kanun içerisinde yer verilirse de faillik kavramı şeriklik türlerini kapsamaktadır<sup>23</sup>.

Fail-şerik ayrımı yapılmasa da kabahate iştirak edenlerin tespit edilmesi noktasında şeriklik düzeyinde sağlanan katkıların değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Faillik ve şeriklik seviyesinde katkı sağlayanların sorumluluğuna gidilecek ve bu seviyelerde katkı sağlayanlar sorumlu tutulacaktır<sup>24</sup>.

Teklik sisteminin esas alınması yani kabahatin işlenişine iştirak eden herkesi fail olarak sorumlu tutmak uygulama açısından büyük bir kolaylık sağlamaktadır. KK'nin uygulayıcıları her zaman hukukçu olmamaktadır. Hukukçu olmayan kişilerden fail-şerik

<sup>19</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.436.

<sup>20</sup> Rebmann, Kurt/Roth, Werner/Herrmann, Siegfried, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, Band 1, 3. Auflage, 15. Lieferung, Stand 2010; Aktaran: AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.436.

<sup>21</sup> TOROSLU/TOROSLU, s.324.

<sup>22</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.436.

<sup>23</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.435.

<sup>24</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.436.

ayrımı yapmasını istemek uygulayıcı ve uygulama açısından güçlük oluşturacaktır. Dolayısıyla teklik sisteminin esas alınması uygulayıcı ve uygulamayı rahatlatmaktadır<sup>25</sup>.

KK kapsamında uygulayıcının yapması gereken iştirakin mevcut olup olmadığını tespit etmektir, iştirakin müşterek faillik, azmettirme veya yardım etme seviyesinde olması uygulayıcının problemi değildir<sup>26</sup>.

Teklik sisteminin benimsenmesi noktasında kabahatlerin taksirle de işlenebileceğinin kabul edilmesi etkili olmaktadır<sup>27</sup>. Doktrindeki hakim görüşe göre kabahati taksirli olarak işleyen kişi fail olarak kabul edilmeli ve tipikliğin gerçekleştirilmesine katılan her hareket eş değer kabul edilmelidir<sup>28</sup>.

#### D. Türk Ceza Kanunu Kapsamında İştirak

TCK'nin iştirake ilişkin düzenlemeleri ikilik sistemi esas alınarak hazırlanmıştır<sup>29</sup>. TCK'de ikilik sisteminin benimsenmesinin yansımaları suça iştirak edenlerin aynı oranda değil suça sağladıkları katkı oranında cezalandırılmaları olarak görülmektedir<sup>30</sup>. Suça katkıları oranında cezalandırılacak olan şerikler; azmettiren, yardım eden ve fail olarak nitelendirilmektedir. İştirak TCK'nin birinci kitap (genel hükümler), ikinci kısım, dördüncü bölümünde 37 ila 41. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

TCK'nin 37. maddesinin 1. fıkrasında kanuni tanımdaki fiili birlikte gerçekleştiren kişilerin fail olarak sorumlu olduğu belirtilerek müşterek faillik düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasına geldiğimizde birinci cümlede suçun işlenmesinde bir başkasını

<sup>25</sup> Trunk, Stefan, Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zum Kriminalstrafrecht, Bochum 1987, s. 73; Schumann, Heribert, *Zum Einheitstätersystem* des § 14 OWiG, Berlin 1979, s.9; Göhler, Erich, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 15. , neu bearbeitete Auflage, München 2009, § 14, kn. 2; Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. , neu bearbeitete Auflage, München 2006- Rengier, § 14, kn. 2. Aktaran: AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.437.

<sup>26</sup> Mitsch, s. 127. Aktaran: Aktaran: AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.437.

<sup>27</sup> Mitsch, s. 128. Aktaran: Aktaran: AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.438.

<sup>28</sup> ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul, 1996, s.181.

<sup>29</sup> AKBULUT, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.754; aynı yönde bkz.(bakınız) : ERDEM, Mustafa Ruhan, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. : 5, Aralık 2005, s.204; KESKİN, Serap, "Suç Ortaklığı", *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998. s.229; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.450.

<sup>30</sup> ÖZEN, s.239.

araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilerek dolaylı faillığe değinilmiştir. İkinci cümlede de dolaylı faillikte kusur yeteneği olmayan kişinin araç olarak kullanılması durumunda failin cezasında artırımı gidileceğine değinilmiştir.

TCK'nin 37. maddesinin gerekçesinde de görüleceği üzere müşterek faillğin oluşması için faillerin birlikte suç işleme iradesine sahip olmaları ve fiil üzerinde ortak hakimiyet sağlamaları gerekmektedir. Ortak hakimiyetin varlığı tipikliğin oluşumunun faillerden her birinin elinde olmasıyla saptanır. Burada müşterek faillerin fiilleri suçun oluşumu noktasında birbirini tamamlayıcı niteliktedir ancak her zaman fiillerin birbirini tamamlaması zorunlu değildir. Faillerin her birinin fiili tek başına suçun oluşumu için yeterli olmasına rağmen failler neticenin gerçekleşme ihtimalini artırmak için müşterek olarak suçu işleyebilir. Faile, ondan habersiz bir biçimde, suçun işlenmesi öncesi veya esnasında yardım edilmesi durumunda müşterek faillik değil yardım etme düzeyinde şeriklik oluşacaktır.

Yine gerekçeye baktığımızda dolaylı faillikte arka planda bulunan kişinin cezalandırılmasının sebebi olarak araç kişinin iradesi ve davranışı üzerinde hakimiyet kurulması gösterilmiştir. Kusur yeteneği olmayan kişinin araç olarak kullanılması durumunda failin cezasında artırımı gidilmesinin sebebi olarak suç işlenmesinin yanında araç kişinin istismar edilmesi gösterilmiştir.

TCK'nin 38/1. maddesine göre azmettirme; suç işleme düşüncesi olmayan bir kişiyi suç işlemeye ikna etmek şeklinde tanımlanabilir. Görüldüğü üzere azmettirmede failde herhangi bir suç işleme düşüncesi bulunmazken failde sıfırdan suç işleme düşüncesi oluşturulması söz konusudur. Yine 38. maddeye göre azmettiren kişi suçun cezası ile cezalandırılır ancak azmettirilen kişi çocuksa veya altsoy-üstsoy ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılması suretiyle kişi azmettirilmişse verilecek ceza arttırılacaktır.

TCK'nin 39/2. maddesinde failin suç işleme kararını kuvvetlendirmek, faili suçta teşvik etmek, suçun işlenmesi sonrasında faile yardım edeceğini taahhüt etmek, suçun işlenmesi noktasında faile yol göstermek, suçun işlenmesi için araçları temin etmek, suç işlenmesinin öncesinde veya sonrasında yardımda bulunarak suç işlenmesi kolaylaştırmak gibi hareketlere ve faile maddi manevi yardım eden kişinin yardım eden

sıfatıyla şerik olarak sorumlu tutulacağına değinilmiştir. Yine 39. maddenin 1. fıkrası gereği yardım eden kişi suçun cezasından daha az bir ceza ile cezalandırılacaktır.

Yardım etme maddi ve manevi yardım etme olarak ikiye ayrılmaktadır. Manevi yardım türlerinden olan suç işleme kararını kuvvetlendirmede fail suç işlemeye karar vermiştir yardım eden kişi faili, fiili icra aşamasına geçmeye yönlendirmektedir. Suça teşvikte suç işleme konusunda karasız olan failin suç işlemeye karar vermesi sağlanmaktadır. Suç işlenmesi sonrasında yardım taahhüdünde suç işlenmeden önce faile yardım taahhüdünde bulunup failin suç işleme noktasındaki tereddütleri giderilerek fail cesaretlendirilmektedir. Suçun işlenmesi noktasında yol göstermede faile adeta fikir verilerek bir nevi suçun işlenmesi kolaylaştırılmaktadır<sup>31</sup>.

Maddi yardım türlerinden olan suç işlenmesi için araçları temin etmekte suçun işlenmesi için faile taşıt, silah vs. araçların suçun işlenmesinden önce sağlanması söz konusudur. Suç işlenmesinin öncesinde veya sonrasında faile müşterek fail olmayacak düzeyde maddi yardımda bulunulması söz konusudur<sup>32</sup>.

## II. KABAHTLERE İŞTİRAK

### A. Fail Düzeyinde Sorumluluk

KK'nin 14/1. maddesine baktığımızda, "*Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.*" denilerek iştirak kurumunda teklik prensibinin esas alındığını görmekteyiz. Yani iştirak faillik düzeyi ile sınırlı olup TCK'nin aksine azmettirme ve yardım etme kurumuna yer verilmemiştir.

Yukarıda da zikredildiği üzere ikilik sisteminde yardım eden, azmettiren ve fail ayırımına gidildiği için şeriklere verilecek cezaların belirlenmesi açısından problemler yaşanabilmektedir. Tek faillik sisteminde; ikilik sisteminde olduğu gibi şerikler arasında ayırma gidilmediği için cezaların belirlenmesi ikilik sistemine nazaran daha kolay olmaktadır<sup>33</sup>. "*Zaten bu nedenle de ... Türk Kabahatler Kanunu'nun iştirake ilişkin*

<sup>31</sup> TOROSLU/ TOROSLU, s.353.

<sup>32</sup> TOROSLU/ TOROSLU, s.353, 354.

<sup>33</sup> Kienapfel, Diethelm : "*Das Prinzip der Einheitstäterschaft*", JuS 1974, s. 3 Aktaran: DEMİREL, s. 18.

*düzenlemesinde (md. 14) tek faillik sistemi kabul edilmiştir... Her ne kadar Türk Kabahatler Kanunu'nun ilgili maddesinin gerekçesinde yer almasa da kabahatler bakımından tek faillik sisteminin kabul edilmesinin arka planında daha kolay bir hukuk uygulaması beklentisinin ve olağan idari işlemleri kolaylaştırma amacının olduğu rahatlıkla belirtilebilir<sup>34</sup>."*

Madde gerekçesinde, "*Maddenin birinci fıkrasında, kabahatlere iştirak haliyle ilgili olarak tek tip fail sistemi kabul edilmiştir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişiler arasında fail ve şerik (azmettiren veya yardım eden) ayrımı gözetilmemiştir.*" denilerek teklik sisteminin esas alındığı gösterilmiştir.

Kabahatin işlenişine katılan kişilerin olaya katkısı bizzat olayı gerçekleştirme biçiminde olmayabilir. Bu kişilerin olaya sağladıkları katkı TCK bağlamında bir suç söz konusu olsaydı yardım etme veya azmettirme olarak değerlendirilebilirdi ancak KK'nin 14/1. maddesi bağlamında bu kişilerin olaya katkı oranı az veya çok gibi bir miktar değerlendirmesine gidilmeden fail olduklarına hükmedilecektir. "*Örneğin A, T'de sakin bir mahallede trompetini çalma fikrini oluşturuyor. G'de T'yi arabasıyla bu yere götürüyor. Kanuni tanıma uygun hareketi T yapmaktadır. KK'nin 36. Maddesini doğrudan gerçekleştirmesi nedeniyle yaptırım uygulanır. A ve G'nin katkısı kanuni tanımdaki fiile uygun değildir. Ancak iştirak durumları söz konusu olduğu için 14. Madde gereğince T'nin fiiliyle eşit kabul edilmekte ve 36. Maddeden sorumlu tutulmaktadır.*"<sup>35</sup>

Kanun maddesi ve açıklamalarda da görüldüğü üzere kabahatin işlenişine birden fazla kişi katılsa dahi katılanlar arasında bir ayrıma gidilmeden hepsi fail statüsünde sorumluluğa muhatap olmaktadır.

Danıştay kararlarında da görüleceği üzere kabahatlere iştirak birçok sebeple oluşabildiği gibi özel hukuk sözleşmeleri ile de oluşabilir,

*"...söz konusu baz istasyonunun davacı ile telekomünikasyon şirketi arasında imzalanan kira sözleşmesi uyarınca yapıldığı, baz istasyonu kurulmasına*

<sup>34</sup> DEMİREL, s. 18.

<sup>35</sup> Mitsch, s. 124, Aktaran: AKBULUT, *Karşılaştırma*, s. 435.

*kiralayan tarafından muvafakat edildiği, ruhsatsız yapı yapma fiiline kiralayanın da iştirak etmiş olduğu, ruhsatsız baz istasyonu nedeniyle yukarıda belirtilen Kabahatler Kanunu'nun iştirak hükmü uyarınca, sözleşmenin her iki tarafına da para cezası verilebileceği anlaşıldığından...*"<sup>36</sup>

*"...davacıya 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 14. Maddesi uyarınca para cezası verilebileceğinden ruhsatsız yapı yapma fiiline taşınmaz maliki olan davacının da iştirak etmiş olması sebebiyle davacıya idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından..."*<sup>37</sup>

Her ne kadar madde metninde kabahatin işlenişine iştirak eden herkesin fail olarak yaptırma muhatap kılınacağı belirtilmişse de katkısı diğer katılanlara nispeten az olan kişiye uygulanacak idari para cezasında, haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu nazara alınarak KK'nin 17/2. maddesi<sup>38</sup> çerçevesinde indirim yapılabilir<sup>39</sup>.

KK'nin 14/1. maddesinde bahsi geçen doğrudan failliktir. Doğrudan fail ile anlatılmak istenen kabahat oluşturan fiili bizzat gerçekleştiren kişidir. Ancak faillik kurumu yalnızca doğrudan faillikten oluşmaz. Failliğin farklı türleri vardır. Bu çalışmada ceza hukukunda iştirak kurumuna kısaca yer verildiği ve TCK kapsamında düzenlendiği için müşterek ve dolaylı faillige kısaca değinmekle yetinilecektir.

ETCK döneminde kabahatlerin işlenmesinde dolaylı faillik kurumu kabul görmekteydi ve bu kurum KK çerçevesinde de uygulanabilir. KK'de dolaylı faillik lafzen zikredilmemiştir ancak bu durum dolaylı failliğin uygulanmayacağı manasına gelmemektedir. Dolaylı fail TCK m.37/2'de düzenlendiği üzere, failin işlenmesinde bir

<sup>36</sup> D14D. (Danıştay 14. Dairesi) , E. (Esas Numarası) 2013/8921, K. (Karar Numarası) 2015/2035, T. (Karar Tarihi) 18/03/2015; Benzer nitelikteki kararlar için bkz.: D14D. , E. 2013/5141, K. 2015/1574, T. 03/03/2015; D14D. , E. 2013/8004, K. 2015/2599, T.02/04/2015; D14D. , E. 2013/6911, K.2015/2424, T.31/03/2015; D14D. , E. 2013/6567, K. 2015/2429, T.31/03/2015.

<sup>37</sup> D6D. , E. 2019/5284, K. 2020/1919, T. 18/02/2020. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. : D14D. , E. 2014/213, K. 2016/392, T. 27/01/2016 ; D14D. , E. 2014/2934, K. 2016/3230, T. 21/04/2016; İstanbul BİM (Bölge İdare Mahkemesi) 5. İDD (İdari Dava Dairesi), E. 2017/7, K. 2017/236. , T. 22/02/2017; İstanbul BİM 5. İDD, E. 2016/76, K. 2016/416, T. 15/11/2016.

<sup>38</sup> "İdari para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur"

<sup>39</sup> KANGAL, s. 157.

başkasını araç olarak kullanan kişidir. Dolaylı fail kabahatin işlenmesinde araç kişiyi kullandığı için sorumlu tutulmalı ve yaptırıma muhatap olmalıdır. Doktrinde dolaylı faillikle ilgili olarak ceza hukukunda yapılan belirlemelerin kabahatler hukukunda da uygulanabileceği ifade edilmiştir<sup>40</sup>.

Müşterek failler TCK'nin 37/1. maddesinde düzenlendiği üzere, tipikliği birlikte gerçekleştiren kişilerdir. Kanaatimizce kanun maddesinde kabahatin işlenişine katılan herkesin fail düzeyinde sorumlu olduğu söylendiği için müşterek faillik kurumunun uygulanması da pratik olarak anlamsız olacaktır.

KK m. 14/1. çerçevesinde iştirakin oluşumu iki şekilde olabilir,

Birinci durumda bir kişi kanuni tanımdaki hareketi gerçekleştirirken diğer kişiler kanuni tanımdaki hareketi gerçekleştirmeden fiile katkı sağlarlar. Bir kişi kabahati gerçekleştirirken diğer kişilerin onun kabahati işlemesini kolaylaştırması bu duruma örnek olarak gösterilebilir<sup>41</sup>.

İkinci durumda katılanların hareketleri kül halinde yani bir araya geldiğinde kabahat oluşmaktadır. Ancak katılanların hareketleri cüz olarak yani ayrı ayrı değerlendirildiğinde kabahatin işlenmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda şahıslar birbirinden haberdar ise, şahıslarda iştirak iradesi varsa m. 14/1 çerçevesinde iştirak meydana gelecek ve şahısların her biri fail olarak sorumlu tutulacaktır. Kişiler birbirinden habersiz olarak, aralarında iştirak iradesi olmaksızın hareketlerini gerçekleştirir ve bu hareketlerin bir araya gelmesiyle kabahat oluşursa yan faillik söz konusu olacak ve konu m.14/1 çerçevesinde değerlendirilmeyecektir<sup>42</sup>.

## B. Özgü Kabahat Niteliği

KK'nin 14/2. maddesinde, “*Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir.*” denilerek kabahatin işlenişine iştirak eden kişilerin hepsinde özel faillik niteliği bulunmasa dahi kabahatin işlenişine iştirak edenlerden birisinin özel faillik niteliği taşınması durumunda iştirak eden herkesin fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir.

<sup>40</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.440.

<sup>41</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.445.

<sup>42</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.446, 443, 444.

Özgü fail niteliğinin tüm katılanlara sirayet etmesi esasen KK'de iştirak kurumunun teklik sistemi esas alınarak hazırlanmasıdır.

Bu bahiste özel faillik niteliğinin kabahate iştirak edenlerden hangisinde bulunması gerektiği meselesi gündeme gelecektir. Kanun düzenlemesinde de görüleceği üzere özel faillik niteliğini katılanlardan herhangi birisinde bulunması yeterli olacak ve tüm katılanlar fail olacaktır<sup>43</sup>. Özel faillik niteliğinin arandığı kabahatlere iştirak edenlerin hiçbirinde özel faillik niteliği bulunmazsa katılanların hiçbiri yaptırıma muhatap olmaz<sup>44</sup>.

Hatırlanacağı üzere m.14/1'de kabahatin işlenmesine sağlanan katkı tipikliğe uygun olmasa da katkı sağlayan kişi fail olarak sorumlu tutulmaktaydı. KK m.14/2'de buna benzer bir düzenleme getirilmiş ve kabahatin işlenişine katılan kişilerin bir kısmında özgü faillik niteliği bulunmasa dahi katılanlardan herhangi birisinde özgü faillik niteliği bulunması diğerlerinin de özgü fail olarak sorumlu tutulmasına sebep olmaktadır<sup>45</sup>.

TCK m.40/2'de düzenlendiği üzere bağlılık kuralının çifte fonksiyonu gereği suçun işlenişine katılan ancak fail olamayan kişiler, özgü faile bağlı olarak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olmaktadır. KK m.14'te fail-şerik ayrımına gidilmediği için bağlılık kuralına ihtiyaç duyulmamaktadır. Nitekim kişi özgü faillik niteliğini taşımasa da m.14/2 gereği azmettiren veya yardım eden değil ancak fail olabilir<sup>46</sup>.

Madde 14/2'nin gerekçesinde KK bakımından TCK'nin 40. maddesinde yer alan bağlılık kuralının; özgü faillik niteliğinin arandığı kabahatlerde kabul edilmediğini kişinin kabahate katılması halinde özgü fail niteliğini taşımasa dahi fail olarak sorumlu tutulacağına değinilmiştir.

Ceza hukuku bağlamında özgü faillik niteliği taşımayan suça katılanlar yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>47</sup>. Yine ceza hukukunda yer alan özgü suçlara nazaran kabahatler hukukunda özgü kabahat örneği bir hayli fazladır<sup>48</sup> bu durum 14/2. maddenin işlerliğini artırmaktadır.

<sup>43</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.440.

<sup>44</sup> ROSENKÖTTER, Günter, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 6. Auflage, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden 2002, No:135; Aktaran: KANGAL, s. 164.

<sup>45</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.449.

<sup>46</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.450.

<sup>47</sup> AYDIN, Devrim: *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2008, s.460, 461, 462.

<sup>48</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.248.



Özgü fail olmasa dahi kabahatin işlenmesine iştirak edenlerin fail olarak sorumlu tutulması esas çalışma içeriğinde zikredildiği gibi teklik sisteminde yaptırım tayininin kolay olması sonucuna vücut vermektedir. Aksi durumda özgü faillik niteliği taşımadığı için kabahatin işlenişine iştirak eden kişinin sorumluluğu yoluna gidilemeyecekti ve amiyane tabirle kişinin yaptığı yanına kâr kalacaktı<sup>49</sup>. Ayrıca kanun lafzını incelediğimiz zaman kabahatin işlenmesine katılanlara idari para cezası dışındaki yaptırımların uygulanmayacağını görürüz<sup>50</sup>.

Özgünlük kabahatin temel halinde olduğu gibi nitelikli halinde de olabilir. Bu durum KK uyarınca özgü faillik niteliğinin herhangi bir katılında bulunması yeterli olduğu için problem teşkil etmeyecektir<sup>51</sup>.

Kabahatler hukukunda özgü failliğin arandığı durumlarda dolaylı failliğin uygulanabileceği ifade edilmektedir. Özgü faillik niteliği araç kişi ve araç kullanan kişinin her ikisinde de bulunuyorsa dolaylı failliğin mevcut olduğu söylenebilecektir. Araç kişide özgü faillik niteliği bulunmasa da araç kullanan kişide özgü faillik niteliği bulunuyorsa dolaylı faillik oluşacaktır. Araç kişide özgü faillik niteliği bulunmakta ancak araç kullanan kişide bulunmaktaysa kural olarak dolaylı faillik oluşmayacaktır. Bu kurala istisna olarak araç şahsın kastının varlığı gösterilebilir. Eğer araç şahsın kastı varsa KK'nin 14/2. maddesi gereğince araç kullanan şahıs fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>52</sup>.

### C. İştirak İçin Bulunması Gereken Şartlar

KK'nin 14/3. maddesinin ilk cümlesinde<sup>53</sup> kanun koyucu kabahate iştirak edebilmek için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığını aramıştır. TCK'nin 40/1. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır<sup>54</sup>.

KK'nin 9. maddesinde görüleceği üzere, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, kabahatler kastın yanında taksirle de işlenebilir. Ancak kabahatlere iştirak edebilmek için kasıtlı işlenmiş bir fiilin bulunması gerekmektedir. Madde metninde zikredilen kasıtlı fiili kimin işleyeceği hususunda 14/1. madde uyarınca suça katılan

<sup>49</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.419, s.438.

<sup>50</sup> KANGAL, s.164; Aynı yönde bkz. : AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.250.

<sup>51</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.452.

<sup>52</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.441.

<sup>53</sup> “Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir”  
“Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir...”

herkesin fail kabul edilmesi hasebiyle iştirak sorumluluğu çerçevesinde kabahatin işlenişine katılan herkesin kasıtlı davranması gerektiği söylenebilir. Bu durumda taksirli hareket eden kişinin hangi sıfatı taşıyacağı sorusu akla gelebilir, cevaben taksirle kabahatin işlenişine katılan kişi yan fail kabul edilebilir<sup>55</sup>. Kabahatin taksirle işlenmesi durumunda kabahati işleyen kişi dışında kalan katılanlar fail olarak sorumlu tutulamayacaktır<sup>56</sup>. Yine yaptırıma muhatap olmak için kabahate iştirak edenlerin birbirlerinin kasıtlı olarak hareket edip etmediklerini bilmesi gerekmemektedir<sup>57</sup>.

Kabahate iştirakin oluşması için tabiri caizse çift yönlü bir kast gerekmektedir. İştirak edilecek fiilin kasten işlenmesi gerektiği gibi iştirakin de kasten gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>58</sup>. Kişi taksirli olarak hareket ettiği durumlarda kabahate iştirak etmiş olmaz ancak kanunda fiilin taksirli hali düzenlenmişse sorumlu olur.

Katılan eğer kabahatin kasten işlendiğine dair bir yanılıya kapılıyorsa yani kasten işlenmiş bir kabahat olmamasına rağmen böyle bir düşünceyle hareket ediyorsa, kasten işlenmiş bir kabahat olmadığı için tabii olarak iştirak etmek de mümkün olmayacaktır<sup>59</sup>.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan neticeden kabahatin işlenişine iştirak edenlerin sorumluluğu bakımından kast-taksir kombinasyonundaki gibi temel kabahat bakımından kast, ağırlaşan netice bakımından en azından taksirle hareket etme şartı aranacaktır<sup>60</sup>. Kanaatimizce kabahatlerin nitelikli halinden sorumluluk için evleviyetle temel halden sorumlulukta olduğu gibi katılanların kasten hareket etmesi gerekmektedir.

Yukarıda zikredildiği üzere kanun koyucu 14/3. maddede kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin bulunması şartını aramıştır. Arada ‘ve’ bağlacını kullanmasından bunun kasıt ve hukuka aykırılığın müşterek olarak fiilde bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.

<sup>55</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.442.

<sup>56</sup> İNAN, Atilla/DEMİR, İbrahim, *Türkiye Belediyeler Birliği Açıklamalı-Gereçli Kabahatler Kanunu*, Ankara, 2014, s. 106.

<sup>57</sup> Schwacke, Peter, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 4. Auflage, Stuttgart 2006 s.48; Schumann, s. 23 vd. ; Göhler, s. 14, kn.5; Aktaran: AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.443.

<sup>58</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.453.

<sup>59</sup> AKBULUT, *Kabahatler Hukuku*, s.456.

<sup>60</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.444.

Danıştay kararlarında görüleceği üzere bir şahsın kabahatin işlenişinde dolaylı temsilci olarak bulunması onu yaptırıma muhatap kılmaya yetmeyecek ayrıca madde 14/3-1.cümle gereği kabahatin işlenişinde bu şahsın kastı aranacaktır<sup>61</sup>.

Kabahatlerin işlenişine iştirak edebilmek için kasıt araması gerektiğine dair konumuzla ilgili birçok yüksek mahkeme kararı mevcuttur,

*“Dosya kapsamına göre, gümrük müşavir yardımcısı olan muteriz hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun iştirak hükümlerini düzenleyen 14. maddesi uyarınca idari yaptırım kararı verildiği anlaşılmış ise de, anılan maddenin 3. fıkrasında "Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir..." hükmünün yer alması karşısında, sadece kendisine tevdi edilen belgelere göre beyanname düzenleme yetkisi bulunan gümrük müşavirinin **kastundan söz edilemeyeceği gözetilmeden** başvurunun kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet isabet görülmemiş”<sup>62</sup>*

*“...5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde, bu kişilerin her biri hakkında fail olarak idari para cezası verileceği öngörülmüş; aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise, kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının yeterli olduğu belirtilmiş olduğundan, kabahate iştirak nedeniyle para cezası uygulanabilmesi **için fiile kasıtlı olarak iştirak edildiğinin kanıtlanması gerekmektedir**...”<sup>63</sup>*

<sup>61</sup> D7D. , E. 2012/2912, K.2016/586, T.21.01.2016; D7D. , E. 2011/4161, K.2015/432, T.03.02.2015; D7D. , E. 2011/1822, K. 2015/1129, T.04.03.2015: "...gümrük işlemlerini dolaylı temsil suretiyle takip eden davacının, kasıtlı olarak söz konusu fiile iştirak ettiğine dair herhangi bir tespitin yapılmadığının anlaşılması karşısında, uygulanan para cezasında hukuka uyarlık görülmediğinden, dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararında sonucu itibarıyla eksiklik görülmemiştir.”.

<sup>62</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2012/19683, K. 2012/27208, T. 07/11/2012.

<sup>63</sup> D7D. , E. 2011/4206 , K. 2014/2847, T. 21.5.2014; Benzer nitelikteki kararlar için bkz. : D7D., E. 2011/4206, K. 2014/2847, T. 21/05/2014; D7D. , E. 2010/2792, K. 2014/661, T. 10.2.2014.

Ayrıca kabahatin işlenmesine iştirakin gündeme gelebilmesi için kabahatin tamamlanmış olması gerekmektedir<sup>64</sup> çünkü KK'nin 13. maddesi gereği kabahatlere teşebbüs kural olarak cezalandırılmaz.

Kabahatlere iştirak eden kişilerin hareketi icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Dolayısıyla icrai sorumluluk gibi ihmali sorumlulukta mümkündür. İhmali hareketle iştirakin gündeme gelmesi için katılanın garantör olması gerekmektedir<sup>65</sup>.

#### D. Şeriklerden Bir Kısmının Sorumsuzluğu

KK'nin 14/3. maddesinin 2. cümlesi<sup>66</sup> gereği kabahatin işlenişine iştirak edenlerden herhangi birisinin kusuru yoksa o kişi kusuru bulunmaması hasebiyle yaptırma muhatap olmayacaktır ancak bu durum kusuru bulunan katılanların yaptırma muhatap olması engellemeyecektir. Bu durum madde gerekçesinde, “*kabahatin işlenişine iştirak eden kişilerden birinin, örneğin kusur yeteneğinin olmaması, diğer ortakların idarî para cezası ile cezalandırılmasını engellemez.*” denilerek ifade edilmiştir. TCK'nin 40/1. maddesinin 2. cümlesi de benzer bir hüküm içermektedir<sup>67</sup>.

Aynı durum şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren nedenler açısından da geçerlidir. Bu sebepleri bünyesinde bulunduran katılanlar sebeplerden istifade edebilirken bulundurmayan katılanlar edemez. Ayrıca kabahatin işlenişinde hukuka uygunluk sebebi var ise fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkacak ve iştirak mümkün olmayacaktır<sup>68</sup>. Kişinin diğer katılanların cezalandırılmasını önleyen nedenlere bakılmaksızın kendi kusuruna göre yaptırma muhatap olmasına “*niteliksel bağlılık kuralı*” denilmektedir<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.436.

<sup>65</sup> ROSENKÖTTER, Günter, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 6. Auflage, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden 2002, No:137 ; BOHNERT, Joachim, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 3. Auflage, München 2008. Aktaran: KANGAL, Zeynel T. , s.159; AKBULUT, Berrin, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.43.

<sup>66</sup> “...Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir.”

<sup>67</sup> “...Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”

<sup>68</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s. 444, 445.

<sup>69</sup> KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.486, 487.

## E. Suç-Kabahat Birlikteliği

İşlenen fiil katılanlar arasında özel nitelik taşıyan birisi veya birkaçı açısından suç diğer katılanlar açısından kabahat teşkil ediyorsa KK'nin 14/4. maddesi gündeme gelecektir. Maddede, “*Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır.*” denilerek bu sorun çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu durum yüksek mahkeme kararına da konu olmuştur.<sup>70</sup>

Gerekçede de ifade edildiği üzere maddede bahsedilen durumla karşılaşıldığı zaman KK'de düzenlendiği şekilde fiile katılan herkes fail olarak sorumlu tutulmayacak, TCK'nin 40/2. maddesine göre bir iştirak değerlendirilmesi yapılarak özgü niteliği taşıyan kişi fail diğer şahıslar ancak azmettiren veya yardım eden olabilecektir. TCK açısından özgü faillik niteliği taşıyan bir kişi olmaksızın fiilin gerçekleştirilmesi durumunda fail KK kapsamında yaptırıma muhatap olabilecektir. Aynı fiili özgü fail niteliği taşıyan kişi ile birlikte işlemesi durumundaysa TCK kapsamında cezalandırılacaktır. Durumu izah etmek açısından kanun koyucunun TCK'de yer alan düzenlemeleri asıl norm KK'de yer alan düzenlemeleri yardımcı norm kabul ettiğini ifade etmek yerinde olur<sup>71</sup>.

## F. Genel Kanun Niteliğinin İştirak Açısından Değerlendirilmesi

KK'de yer alan iştirak hükümleri 3. madde<sup>72</sup> gereğince kural olarak diğer kanunlara da uygulanabilecektir. Nitekim Danıştay'ın, bir kararı<sup>73</sup> şu şekildedir;

<sup>70</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2016/929, K. 2016/975, T. 20/10/2016: “...*kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümlerin uygulanacağı kuralının yer aldığı...*”.

<sup>71</sup> AKBULUT, *Karşılaştırma*, s.446.

<sup>72</sup> “(1) Bu Kanunun;

a) *İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,*

b) *Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.”*

<sup>73</sup> D14D. , E. 2015/3557, K. 2018/5058, T. 4.7.2018

---

*"...5326 sayılı Kabahatler Kanununun 14. maddesinde; "Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir." düzenlemesi yer almaktadır.*

*5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde; bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında uygulanacağı, 14. maddesinde; kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verileceği hükme bağlanmıştır..."*

Danıştay'ın zikredilen kararı kanaatimizce KK'nin genel kanun niteliğine değinmiştir ancak bu mutlak bir uygulama değildir. KK'nin idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlara uygulanması için diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması gerekir. KK'nin diğer genel hükümleri ise idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında uygulanır. Çalışmanın konusu itibariyle iştirake ilişkin hükümlerin uygulanacağını söylemek yeterli olacaktır.

## SONUÇ

Kabahatler hukukunda asli kaynağımız olan KK kapsamında iştirak kurumu incelendiğinde TCK'nin aksine kanunun iştirak kurumunda teklik sistemini esas alındığı, kabahatin işlenişine iştirak eden herkesin fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir. KK'nin 14/2. maddesi kapsamında kabahatin işlenişine katılanlardan birisinde özgü faillik niteliğinin bulunması durumunda diğer katılanların da özgü fail gibi sorumlu tutulacağı, KK'nin 14/3. maddesi kapsamında kabahate iştirak edebilmek için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş kabahatin var olması gerektiği, iştirak edenlerin, diğerlerinin sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın yaptırımı muhatap olacağı, KK'nin 14/4. maddesine baktığımızda fiil, işlenişine iştirak edenlerden birisi için suç diğerleri için kabahat oluşturuyorsa katılan herkesin suç esas alınarak sorumlu tutulacağı anlaşılacaktır. Nihai olarak KK'nin 14. maddesi, kanunun 3. maddesi yönlendirmesiyle 3. madde kapsamına giren durumlarda diğer kanunlara da uygulanabilecektir.

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AKBULUT, Berrin, *Kabahatler Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (Kabahatler Hukuku)
- AKBULUT, Berrin, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- AKBULUT, Berrin, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010. (Karşılaştırma)
- AYDIN, Devrim. *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2008.
- BALCI, Meral, “Tek Faillik Sistemine İlişkin Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt:15 Sayı:44 Aralık 2020, s.997-1031.
- DEMİREL, Muhammed, “Suça İştirakte Bağlılık Kuralı”, *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi*, Ankara, 2017.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", *Hukukî Perspektifler Dergisi*, Sayı: 5, Aralık 2005. S.204-215.
- İNAN, Atilla/DEMİR, İbrahim, *Türkiye Belediyeler Birliği Açıklamalı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, Ankara, 2014.
- KANGAL, Zeynel T. , *Kabahatler Hukuku*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KESKİN, Serap, “Suç Ortaklığı”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998, s. 227-233.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

---

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

ÖZEN, Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 70, Mayıs-Haziran 2007.

ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul, 1996.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

<https://0964014d0ab50e27778abed2b29baac4a1454264.vetisonline.com/article/21989>  
(E.T.12.11.2022)

<https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/kullanici-profil>  
(E.T. 14.11.2022)

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.11.2022).





## **Kadınların Adalete Erişimi ve Arabuluculuk: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Bir Değerlendirme**

Av. Arb. Merve Hilal YILDIRIM ÇIRKAN<sup>1</sup>

### **Öz**

Arabuluculuk, dava şartı haline geldiği alanların genişletilmesi ile her geçen gün uygulanmasına daha da tanıklık ettiğimiz bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuğun temel ilkelerinden olan eşitlik ilkesi sürecin sağlıklı ve adil yürütülebilmesi için gereklidir. Arabulucu eşitlik ilkesine riayet ederken, toplumsal cinsiyet kalıplarının ve kendi kültürel kodlarının farkında olmalı, dezavantajlı gruplardan özellikle kadınların sürece katılımında bu hususu göz önünde tutmalıdır. Arabulucu özellikle kadınların adalete erişiminin önündeki engeller hususunda eğitimle ve farkındalıkla donatılmalıdır. Arabulucu, ekonomik güç dengesizliği hallerinde 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen adli yardım kurumunu değerlendirmeli ve güç dengesinin zayıf tarafını oluşturan kadın bu hakları konusunda aydınlatılmalıdır. Tüm çabalarına rağmen arabulucu, güç dengesizliğinin açıkça giderilemeyeceği kanaatine kapıldığı anda süreci kendisi sona erdirmelidir.

### **Anahtar Kelimeler**

Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Arabuluculuk Süreci, Eşitlik İlkesi, Kadınların Adalete Erişimi, Güç Dengesi.

<sup>1</sup> Avukat, Eskişehir Barosu, av.mervehilalyildirim@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5430-5913.

**\*Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.\***

Gönderilme Tarihi: 30 Mayıs 2024 / Kabul Tarihi: 6 Ağustos 2024.



## ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

### Women's Access To Justice and Mediation: An Evaluation In The Context of Gender Equality

#### Abstract

Mediation is a new concept in our law, and it is an alternative dispute resolution method that we witness being implemented more and more every day, with the expansion of the areas where it has become a requirement for litigation. The principle of equality, which is one of the basic principles of mediation, is necessary for the process to be carried out in a healthy and fair manner. While adhering to the principle of equality, the mediator should be aware of gender stereotypes and their own cultural codes, and should take this into consideration in the participation of women, especially women from disadvantaged groups, in the process. The mediator should be equipped with training and awareness, especially regarding the obstacles to women's access to justice. In cases of economic power imbalance, the mediator should evaluate the legal aid institution regulated in the Code of Civil Procedure No. 6100, and women, who are the weak side of the balance of power, should be enlightened about these rights. Despite all his efforts, the mediator must end the process himself as soon as he comes to the conclusion that the power imbalance clearly cannot be resolved.

#### Keywords

Societal Gender Equality, Mediation Processes, Principle of Equality, Women's Access to Justice, Balance of Power.

## GİRİŞ

Arabuluculuk, hukukumuzda önem arz eden bir kavram olup, dava şartı haline geldiği alanların genişletilmesi ile her geçen gün uygulanmasına daha da tanıklık ettiğimiz bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu çalışmada arabuluculuğun temel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin sağlıklı ve adil bir şekilde uygulanabilmesi için toplumsal cinsiyet eşitliğinin nasıl gözetilmesi gerektiği incelenecektir.

Çalışma kapsamında, toplumsal cinsiyet eşitliği, ekonomik güç dengesizlikleri, adli yardım ve barodan avukat tayini gibi konulara değinilecek; özellikle kadınların adalete erişiminde yaşadıkları zorluklar üzerinde durulacaktır. Uluslararası ve ulusal örnekler ışığında, arabulucuların toplumsal cinsiyet farkındalığına sahip olmasının önemi vurgulanacak ve bu farkındalığın adil bir arabuluculuk sürecine nasıl katkı sağlayacağı tartışılacaktır.

Bu çalışmanın önemi, arabuluculuk süreçlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasının, dezavantajlı grupların adalete erişimlerini artırma potansiyelini ortaya koymasındır. Arabuluculukta eşitlik ilkesinin doğru uygulanması, kadınların adalet duygusunu tatmin edecek çözümlere ulaşmalarını sağlayacaktır.

## I. EŞİTLİK İLKESİ

### A. Genel Olarak

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. maddesi "*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar*", 2. maddesi "*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu bildirme ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir*", 7. maddesi "*Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır*", 21. maddesinin 2. fıkrası "*Herkesin ülkesinin kamu hizmetlerinden eşit olarak yararlanma hakkı vardır*", 23. maddesinin 2. fıkrası "*Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır*", 26.

maddesinin 1. Fıkrası ise “Yüksek öğrenim, yeteneklerine göre herkese tam bir eşitlikle açık olmalıdır”<sup>1</sup> şeklinde eşitlik kavramından bahsetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 12 No.lu protokolünün giriş kısmında “Tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle...” ifadesine yer verilmiştir. Ek 12 No.lu protokolle sözleşmenin 14. maddesinde yer bulan “Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanatlar, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanı”<sup>2</sup> ifadesi, ayrımcılık yasağına dolayısıyla eşitlik ilkesine yer vermiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın genel esaslar kısmında kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinde yer alan “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” ifadesi kadın ve erkek arasındaki eşitliğe vurgu yapmış ve ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. Maddenin devamında “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” düzenlemesi ile de devletin güç dengesinin sağlanmasında yapacağı pozitif ayrımcılığın, eşitlik ilkesini zedelemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin son cümlesinde ise “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır” ifadesi ile de eşitlik ilkesinin her seviyeden kişi ve kurumun uyması gereken anayasal bir ilke olduğuna vurgu yapmıştır<sup>3</sup>.

Oysa eşitlik kavramının algılanışı bu kadar basit değildir. Kabul edilen bir görüşe göre; kanun önünde eşitliğin pozitif hukukunun temel ilkelerinden olduğunu ve eğer zihniyet sapmaları devreye girmeseydi sırf bu ilkedен ilhamla hukuk güvenliği

<sup>1</sup>İnsan hakları evrensel beyanname (hsk.gov.tr), E.T. 27.05.2024.

<sup>2</sup>Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1998(Son Değişiklik 01.06.2010), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/aihs/>, E.T. 27.05.2024.

<sup>3</sup>Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, R.G. 09.11.1982 T. 17863 S. 2709 SK.

ve düzeninin sağlanabileceğini düşünülmektedir<sup>4</sup>. Bu görüş, Türk toplumunun kültürel kodlarının yürürlükteki hukukla örtüşmediğini, eşit olmak ile üstün olmak kavramlarının hangisinin daha değerli olduğunun tartışmalı olduğunu ileri sürmektedir. Eğer kültür üstünlüğü daha değerli görülürse, yürürlükteki hukukun eşitlik kabulünün anlamı ve etkisi olmayacaktır. Çünkü zihinler hukuken taahhüt edilen eşitliği algılamayacak, üstünlük belirtilerinden hareketle eşitliğin mevcut olmadığını ve dolayısıyla eşit muamelenin gerekmediği sonucuna varacaktır<sup>5</sup>. Bu görüş ayrıca, eşitlik algısı bozuk olan zihinlerin, toplumda hemen üst-ast şeklinde bir hiyerarşi oluşturma eğiliminde olduklarını belirtmektedir. Böyle bir toplumda, insanlar kendilerinden yukarıda görmedikleri kişileri aşağıda görme ve bu şekilde davranma eğilimine girerler, bu da mağdur etme ihtimallerini artırır. Sonuç olarak, baskın duygunun 'Eşit değiliz ki eşit haklarımız olsun!' olduğu ifade edilmektedir. Durum bu şekilde algılandığında ise artık herkesi eşit sayan hukuk dilini konuşmak mümkün olmayacaktır<sup>6</sup>. Yani, kanun koyucu her ne kadar eşitsiz ifadesini kullansa da eşit olamadığımız gerçeğini görebilmek gerekmektedir.

## B. Güç Dengesizliği

Kantar yapımı ve kullanımına ilişkin birçok çalışmaya ilkökul hayatımızdan itibaren aşına olduğumuz söylenebilir. Kantarlar yalnızca eşit uzunluktaki kollara sahip olanları değil, aynı zamanda eşit olmayan kollara ve kayan bir karşıt ağırlığa sahip olan topuzlu kantarı da içermektedir. Kantar bir nesnenin ağırlığını ölçmek için kullanılan alettir. Topuz ise kantarda kullanıldığında eşit olmayan kollar arasında dengeyi sağlayarak doğru ölçümü sağlayan kantar parçasının adıdır. Mecazi anlamında kantarın topuzunun doğru kullanılmadığı durumlarda orantısızlık ifade eden “kantarin topuzu kaçtı”<sup>7</sup> deyimini de buradan gelmektedir. Yani bir kantarın en önemli meselesi dengedir. Denge kavramı kantarın icadına dayanmakta ve denge kelimesinin Arapça karşılığı olan el-mizan, adalet arayışına denk düşmektedir<sup>8</sup>. Bu

<sup>4</sup>KAYA, Emir: *Hukuk Zihniyeti*, İtalik Yayınevi, Ankara, 2016, s. 276.

<sup>5</sup>KAYA, s. 277.

<sup>6</sup>KAYA, s. 279.

<sup>7</sup><https://sozluk.gov.tr/>, deyimın Türk Dil Kurumu Atasözleri ve Deyimler sözlüğüne göre orijinali “kantarin topunu kaçırmaq” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>8</sup>PARKINSON, Lisa: “*Aile Arabuluculuğu*”, (Ed.) YÜCEL, Yonca Fatma, Ankara, 2018, s. 196.

nedenele hukuk uyuşmazlıklarda güç dengesizliğini arabulucunun dengelemesi neticenin hakkaniyetli olması için elzemdir. Bazı arabuluculuk süreçlerinde tarafların arasında ya güç dengesi yoktur ya da güç dengesi çok azdır. Güç dengesizliğinin kaynağı çeşitli nedenler olabilir. Bunlardan bazıları din, ırk ya da farklı siyasi görüşe sahip olmak ve elbette toplumsal cinsiyet eşitsizliğidir.

Anlaşmazlıkların çözümü taraflar arasındaki güç ilişkilerinden ve kullanmaya veya kullanmamaya karar verdikleri nüfuz yöntemlerinden önemli ölçüde etkilenebilir. Güç, istediğinizi elde etme veya bir şeyi yaptırma kapasitesidir. Nüfuz bir başkasının görüşlerini veya istediklerini elde etmek için yaptığı hareketleri değiştirmek üzere yapılan eylemleri içerir<sup>9</sup>. Müzakerelerde özgüveni düşük, hakları konusunda bilgi sahibi olmayan ya da olamayan, vekille temsil edilemeyen, hukuki ve mali danışmanlık alma şansı olmayan tarafın, donanımlı ve özgüveni yüksek tarafa karşı haklarını ve taleplerini dile getirmesi olasılığı düşüktür. Dolayısı ile müzakere zemininde güç dengesizliği varken yapılan anlaşmanın adil ve eşit olduğundan söz edilemeyecektir. Bu sebeplerden dolayı, arabulucu karşılaştığı uyuşmazlıklarda öncelikle tarafların güç analizini yapmak zorundadır.

Arabulucu güç ve nüfuz analizi yürütürken belirli kaynakları kullanmalıdır. Arabulucu, öncelikle taraflardan her birinin güç ve nüfuz yollarını veya kaynaklarının belirlenmesi, gücün gerçek olduğunu ve bir amaç veya potansiyeli başarmaya çalışmak için hemen kullanılabileceğini, tarafların görece eşit şekil ve miktarda güç ne nüfuzla sahip olup olmadığını ve bunun, anlaşmazlık çözüm yaklaşımı ve yöntemini seçimini ve anlaşmazlığın potansiyel sonucunu etkileyip etkilemeyeceğini tespit etmelidir. Arabulucu, tarafların önemli ölçüde güç ve nüfuz kaynakları, biçimleri ve miktarları varsa (birinin diğerinden daha zayıf olması) adil sonuçlar üretmek için bu farklılıkları eşitleme veya dengeleme konusunda yardımcı olacak destek ve yöntemlere başvurmalıdır<sup>10</sup>. Farklılık gösteren güç temelleri veya ölçümlerinden dolayı simetrisinin belirlenmesinin zor olduğu anlaşmazlıklardaki arabulucular, tarafları birbirinin gücünü, onu uygulamaya teşvik etmeden veya baskıya ortam

<sup>9</sup>MOORE, Christopher W. : *Arabuluculuk Süreci*, Nobel Yayınları, İstanbul, 2016, s. 150.

<sup>10</sup>MOORE, s. 15.

hazırlamadan ölçmeleri için yardımcı olmalıdır<sup>11</sup>. Burada arabulucu taraf odaklarını güç ilişkilerinden ziyade taraf ihtiyaçlarının ve çıkarlarının nasıl tatmin edilebileceği üzerine çekerek, tarafları birbirlerine boyun eğdirmeden anlaşma zeminine getirmelidir.

Taraflar arasındaki güç ve nüfuz ilişkileri genellikle iki şekilde oluşur; simetrik (nispeten eşit güç ve nüfuz temelleri) veya asimetrik (eşit olmayan nüfuz şekilleri ve temelleri). Simetrik güç ilişkilerinde; tarafların hemen hemen eşit güç temellerine ve nüfuz araçlarına sahip oldukları anlaşmazlıklardan söz edilmektedir. Güç simetrisi algısı, genellikle taraflardan biri ya da birden fazlasının güç uygulamaya karar vermesi durumunda, anlaşmazlığın muhtemel sonucunu ölçmede veya öngörmedeki becerilerine bağlıdır. Örneğin; eğer iki kişi bir mülk hakkında anlaşmazlık içerisindeyse ve ikisi de birbirinin sınırsız kaynağa, eşit derecede ehliyetli avukatlara sahip olduğunu ve savlarının arkasında onları destekleyecek emsal kararlara dayanan hukuk olduğunu biliyorsa, birbirlerinin güç algılarını belirlemek daha kolaydır<sup>12</sup>.

Asimetrik güç ilişkilerinde arabulucular, iki tür sorun ile karşı karşıya kalırlar; algısal sorunlar ve aşırı asimetrik ilişkiler. Algısal sorunlarda güçlü tarafın zayıf tarafla aynı güce sahip olduğunu zannetmesi yahut zayıf tarafın gücünü daha üstün görmesi söz konusudur. Aşırı asimetrik ilişkiler ise, bir tarafın daha zayıf pozisyonda olduğu ve tüm tarafların bunu bildiği durumlardır. Arabulucuların güç ilişkileriyle ilgili karşılaştıkları en büyük sorun, ilgili herkesin farkında olduğu, tarafların güç temelleri ve nüfuz araçları arasındaki muazzam farklılıktır. Bağımsız arabulucunun, tarafsızlığa olan bağlılığından dolayı, genellikle etik olarak zayıf tarafı doğrudan savunmasına izin verilmez. Bu durumda arabulucunun birinci görevi tarafların güç ilişkilerini yönetmektir<sup>13</sup>.

Arabuluculuk süreci “silahların eşitliği ilkesini” de içinde barındırır. Bir taraf sürekli olarak diğer tarafı baskılar ve üzerinde hâkimiyet tesis etmeye çalışırsa, arabulucu silahların eşit olmadığını fark etmeli, tarafları mümkün olduğunca finansal

<sup>11</sup>MOORE, s. 520.

<sup>12</sup>MOORE, s. 519.

<sup>13</sup>MOORE, s. 521.

ve hukuksal bağımsız tavsiye almaya teşvik etmelidir. Tek bir tarafa çözüm olacak çareler değil, mevcut tüm seçenekler araştırılmalıdır. Arabulucular, diğer olası seçeneklerin belirlenip dikkate alınmasını sağlayarak, bir tarafın “zaten olması gereken” olarak düşündüğü yanıtı, karşı tarafa dayatmasını engellemelidir. Taraflar bu durumda arabulucunun tarafsızlığından şüpheye düşebilir ancak unutulmamalıdır ki tarafsızlık, hareketsizlik değildir.

Bu görüş ayrıca, eşitlik algısı bozuk olan zihinlerin, toplumda hemen üst-ast şeklinde bir hiyerarşi oluşturma eğiliminde olduklarını belirtmektedir. Böyle bir toplumda, insanlar kendilerinden yukarıda görmedikleri kişileri aşağıda görme ve bu şekilde davranma eğilimine girerler, bu da mağdur etme ihtimallerini artırır. Sonuç olarak, baskın duygunun 'Eşit değiliz ki eşit haklarımız olsun!' olduğu ifade edilmektedir. Çünkü hatalı bir anlaşmanın telafisi yoktur, hatalı bir anlaşmazlığın ise her zaman telafisi mümkündür. Anlaşma halinde taraflar bir daha dava açamazken; anlaşmazlık halinde dava yolu açıktır. Hatta isterlerse tekrar arabulucuya bile gidebilirler<sup>14</sup>.

Arabulucu güç dengesizliklerini, üç düzeyde ve toplumsal cinsiyet farklılıkları çerçevesinde ele alabilir. Birincisi kişisel veya psikolojik farklılıklara dayalı güç ilişkileridir. Arabuluculuk sürecinde kişinin yaşı, eğitim durumu, engellilik durumu, statüsü ve yaşadığı yer gibi farklılıkları güç dengesinde zayıflık olarak karşımıza çıkabilir. Herkesin kendine özgü olduğu unutulmadan her somut vaka kendi içerisinde güç dengesizliği bağlamında ayrı ayrı incelenmelidir. İkinci düzey; söylemsel ve kültürel farklılıklara dayalı güç ilişkileridir. İçerisinde yaşanan toplumun kültürü güç dengesizliklerini pekiştirebilir. Kültürel olarak bazı işlerin kadın işi olarak nitelendirilmesi buna örnek gösterilebilir. Arabuluculuk sürecinde, taraflar ihtiyaç ve menfaatlerini açıklayabildikleri oranda süreç başarılı olmaktadır. Fakat birçok insan kültürel kodları, toplumsal cinsiyet kalıpları, sınıfsal birtakım durumları gibi farklılıkları nedeniyle kendilerini ifade etmekte zorlanabilmektedir. Her kültürün çatışma çözüm yönteminin farklılık arz edeceği unutulmadan arabulucunun kültür çeşitliliğini göz önünde bulundurarak süreci yönetmesi

<sup>14</sup>GÜNDOĞAN, Yurdağül: “Güç Dengesizliği ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Karşısında Arabulucunun Tutumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/4, s. 472.



gerekmektedir. Üçüncü düzey; yapısal alandır. Kimi insanlar daha nitelikli bir hizmeti para karşılığı alırken bazı insanlar bu hizmetlere ücretsizde erişebilmektedir. Bu durum tarafların menfaatleri konusunda ne kadar ısrarcı olabileceklerini gösterebilmektedir. Tarafların sahip olduğu olumsuz ön yargıların yarattığı adaletsizlik dönüştürücü arabuluculuk yöntemleri ile giderilebilir, ancak kolaylaştırıcı arabulucunun böyle bir yetkisi olmadığı unutulmamalıdır<sup>15</sup>.

Avrupa Konseyi tavsiye kararlarında güç dengesizlikleri ve toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri karşısında arabulucuya çok önemli sorumluluklar yüklemiştir. Arabulucuyu güç dengesizliğini giderici önlemler almak, güç dengesizliğini giderememesi halinde süreci sonlandırmakla yükümlü kılmıştır. Aynı şekilde toplumsal cinsiyet eşitliğine karşı duyarlı olma sorumluluğunu yükleyerek, süreç sonunda verilen kararların toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı olmasını tavsiye etmiştir. Bu tavsiye kararları HUAK, HUAK Yönetmeliği ve Türkiye Arabulucuları Etik Kurallarında benimsenerek yerini almıştır<sup>16</sup>.

Tüm bunlarla birlikte unutulmamalıdır ki burada arabulucuya adil bir sonuca ulaşma yükü yüklenmemelidir. Arabulucunun amacı tarafların anlaşma zemini kurmalarına yardımcı olmak ve kararı taraflara bırakmaktır. Eğer taraflardan zayıf konumda olan vardığı anlaşmadan tatmin olmuş ayrılıyorsa artık hukuki olarak daha fazlasını hak edip etmediğinin değerlendirmesi ve endişesi arabulucuya düşmemelidir. Ama sürecin adil yönetimi açısından ve güç dengesizliğinin giderilmesi açısından arabulucu elinden gelen müdahaleyi de yapmış olmalıdır.

### C. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Eşitlik İlkesi

Güç dengesizliği hususunda arabulucunun eşitlik ilkesini gözetme yükümlülüğünden bahsetmiştik. Arabulucunun taraflara eşit davranması, taraflarla yapılan müzakereler ve tüm uyuşmazlık çözüm sürecinde taraflara eşit şekilde yaklaşması ve söz hakkı vermesi demektir<sup>17</sup>. Eşitlik kavramına nazaran alt başlık

<sup>15</sup>(Ed.) YEŞİLIRMAK, Ali, KEKEÇ, Elif Kısmet, BULUR, Alper: *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, 3. Baskı, Ankara, 2021, s. 55.

<sup>16</sup>GÜNDOĞAN, s. 474.

<sup>17</sup>ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1044.

niteliğinde olan hukukî dinlenilme hakkı, yargılama süreci başladıktan sonra, yargılama sürecine iştirak edenlerin yargılamada eşit şekilde muamele görmelerini, iddia ve savunmada bulunma imkanının taraflara eşit şartlarda verilmesini ve maddi vakıanın tespit edilmesini ifade etmektedir<sup>18</sup>. Arabuluculuk sürecinde de hukuki dinlenilme hakkı, eşitlik ilkesinin doğal sonucu olarak aranan temel bir ilkedir<sup>19</sup>.

Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları 2.2. maddesi “*Arabuluculuk sürecinde arabulucunun, tarafların tümüne eşit muamele etmeyi taahhüt etmesi gereklidir*”<sup>20</sup> ifadesini içermektedir. Yine etik kuralların 3.2. maddesine göre “*Arabulucu, tarafların arabuluculukta yeterli fırsata sahip olmasını sağlayacaktır*”. Maddenin devamında arabulucunun tarafların güç dengelerini gözeterek silahların eşit olmadığı kanısına kapılması halinde, süreci sonlandırma yükümlülüğü de düzenlenmiştir.

Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu’nun (CEPEJ) “Aile ve Hukuk Arabuluculuğu’na İlişkin Tavsiye Kararın Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Rehber İlkeler” 37. maddesinin de düzenlenen “*Arabuluculuk sisteminin var olması ve herkes tarafından erişilebilir olması, herkesin arabuluculuktan haberdar olduğu anlamına gelmemektedir*”<sup>21</sup> ifadesi ile arabuluculuk sisteminin işleyişi hakkında bilgi sahibi olmayan tarafın, hukuki destek alamaması durumunda müzakereye eşit şartlarda katılamayacağından açıkça bahsetmektedir. CEPEJ REC 2002 (10) sayılı Medeni Hukuk Meselelerinde Arabuluculuk Konusunda Tavsiye Kararında “*Arabulucular, bağımsız ve tarafsız olarak hareket etmeli ve arabuluculuk süreci esnasında, “silahların eşitliği” ilkesine uyulmasını temin etmelidirler*”<sup>22</sup> ifadesi yer bulmuştur.

<sup>18</sup>TANRIVER, Süha, “Hukuk Yargısı Bağlamında Adil Yargılama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014/53, s. 192., PEKCANITEZ, Hakan: “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000, s. 753.

<sup>19</sup>ERTÜRK, Mustafa: *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s. 25.

<sup>20</sup>Avrupa Arabuluculuk Etik Kuralları  
[http://www.arbuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje\\_belgeleri/trabdavranis.pdf](http://www.arbuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/trabdavranis.pdf), E.T. 27.05.2024.

<sup>21</sup>CEPEJ (Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu) Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna İlişkin Tavsiye Kararın Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Rehber İlkeler, 07.12.2007, [http://www.arbuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje\\_belgeleri/6.pdf](http://www.arbuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/6.pdf), E.T. 27.05.2024.

<sup>22</sup>CEPEJ REC 2002 (10) Medeni Hukuk Meselelerinde Arabuluculuk Konusunda Tavsiye Karar, [http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC\\_2002\\_10\\_Tavsiye\\_Karari.pdf](http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC_2002_10_Tavsiye_Karari.pdf), E.T. 27.05.2024.

Tavsiye kararında CEPEJ rehber ilkelerinde bahsedilen silahların eşitliği ibaresine ne kadar önem verildiği görülmektedir.

Ülkemizde ise gerek arabulucuya başvurma gerek sürecin devamı ve sona erdirilmesinde tarafların eşit haklara sahip olduğu, HUAK 3. maddesinin 2. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Kanun koyucu, gerekçesinde, eşitliğin hemen her konuda özellikle de uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken Anayasal bir ilke olduğundan bahsederek ve *“kendini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen bir tarafın, uzlaşısından değil mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir”* ifadesine yer vermiş, eşitlik ilkesinin önemine vurgu yapmıştır. Yine gerekçe metninde, bir tarafın dışlanarak yahut daha az söz hakkı verilerek gerçek bir anlaşmadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir.

HUAK Yönetmeliği 5. maddesinde kanuna paralel olarak, eşitlik ilkesi düzenlenmiş, tarafların gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahip oldukları ve taraflardan birinin, arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamayacağı düzenlemesi yer almıştır.

Türkiye Arabulucular Etik Kuralları<sup>23</sup>, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü (HİGM) Arabuluculuk Daire Başkanlığı (ADB) tarafından hazırlanmış olup, Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilerek kabul edilmiştir. Etik kuralların 1. maddesinde, arabulucunun eşitliği gözetme yükümlülüğü düzenlenmiş, arabulucunun sürecin her aşamasında eşitliği gözetmesi ve adil olması öğütlenmiştir.

Buraya kadar yaptığımız incelemeler sonucu görülmektedir ki Ulusal ve Uluslararası mevzuatta arabuluculuk sürecinde eşitlik ilkesi çok önemsenmiş ve bolca metinlerde yer almıştır. Fakat ülkemiz özelinde arabuluculuk sürecinde eşitlik ilkesinin uygulanması hususunda bazı endişelere kapılmamak mümkün değildir. Bu nedenle, arabulucuların, tutumlarının, kültür, deneyim ve varsayımlar tarafından belirlenmemesini sağlamak için kendi değerlerinin ve koşullarının farkında olmaları

<sup>23</sup>Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları için bkz. [http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik\\_kurallar.html](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html), E.T. 27.05.2024.

gerekmektedir<sup>24</sup>. Burada “Bangolar Yargı Etiği İlkeleri”nin de<sup>25</sup> arabulucuların yoluna ışık tutabileceği düşüncesindeyiz. Her ne kadar “Bangolar Yargı Etiği İlkeleri” hâkimler hakkında düzenlense de 5. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi uygulayıcı için önemli bir yol gösterici olacaktır. “Bangolar Yargı Etiği İlkeleri” 5.1 maddesinde “*Hâkim; ırk, renk, cinsiyet, din, ulusal köken, sosyal sınıf, engellilik, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik statü ve benzeri diğer hususlar (davaya mesnet olmayan sebepler) dâhil olmak üzere, ancak bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, çeşitli unsurlara dayanan farklılıkların ve toplumdaki çeşitliliğin bilincinde olmalı ve bunları anlamalıdır*” düzenlemesiyle, aslında kanun uygulayıcısının bu farkındalığı anlayabilmesi için kendi farkındalığını yani “kültürel kodlarını” farkında olmasını ve bu farkındalıkla tarafları anlaması gerektiğini vurgulamıştır.

Arabulucu, toplum baskısı, medya ya da diğer kişilerden gelen dış baskılar sebebiyle, taraflardan herhangi birinin kendi kararını verme hakkına zarar vermemelidir. Taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması sağlıklı müzakere ortamının oluşturulması bakımından önem arz eder. Taraflardan birinin süreçte daha az etkin rol oynaması veya dışlanması süreç sonunda arzu edilen sonucun doğmasını engeller. Çünkü uyuşmazlığa düşen tarafların daha önce kurdukları ilişkinin devamlılığının sağlanması açısından eşitlik ilkesi büyük önem taşır. Taraflar arasında uyuşmazlığın bu ilke doğrultusunda çözülmesi süreklilik özelliği olan ilişkilerin devamlılığını sağlar<sup>26</sup>.

Eşitlik birçok zaman güç dengesizlikleri içerisinde bozulabilir. Yahut taraflar, kimin haklı veya haksız olduğuna karar vermesi için arabulucuya baskı yapabilirler, ancak arabulucular yargıya varmaları ya da görüş bildirmelerine yönelik her türlü baskıya direnmelidirler. Arabulucular son derece kararsız ve aralarında tartışan kişilerle de karşı karşıya kalabilirler. Böyle durumlarda bu kişilere neyi, nasıl yapacaklarını anlatmak dürtüsü duymaları son derece doğaldır. Katılımcılarda

<sup>24</sup>PARKINSON, s. 193.

<sup>25</sup>Bangolar Yargı Etiği İlkeleri İçin bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E.T. 27.05.2024.

<sup>26</sup>ŞAHİN, Tuğçem/ ÇELİK, Yasin/ RUHİ, A. Cemal: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 79., ŞAHİN, Tuğçem/ ÇELİK, Yasin/ RUHİ, A. Cemal: *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 48.

arabulucunun bir görüş belirtmesini bekleyebilir, arabulucuyu cevapları bilmesi gereken bir uzman olarak algılayabilirler. Kontrollü bir arabulucu, süreci yukarıdan dikey olarak takip eder. Ancak tarafların artık çözümsüz kaldığı durumlarda HUAK 15. maddesi gereğince çözüm önerisi getirebilir.

Arabuluculuk, bir tahterevallinin denge noktasında durmak gibidir. Arabulucunun ortada pasif durması durumunda, tahterevalli bir yöne ya da diğerine yatabileceği gibi başta olduğu pozisyonda da kalabilir. Diğer taraftan arabulucunun ağırlığını tahterevallinin aşağıdaki ucunda duran katılımcıya doğru kaydırması halinde tahterevalli daha dengeli hale gelebilir, ancak arabulucunun algılanan veya fiili tarafsızlığı kaybedilmiş olabilir<sup>27</sup>. Bu nedenle arabulucu süreç boyunca taraflara eşit davranmalıdır. Güç dengesizliğinin olduğu hallerde tarafsızlığını koruyarak, tarafların süreçte eşit olup olmadığını kontrol etmeli, uygun tedbirleri araştırmalı, gerekli değişiklik ve ayarlamaları yapmalı, hatta gerekiyorsa arabuluculuk sürecini bitirmelidir<sup>28</sup>.

Arabulucu, taraflar arasındaki aşırı güç dengesizliğini, iradilik ilkesini tam olarak uygulamakla giderebilir. Arabulucu bu denkleştirmeyi, serbest iradenin tam olarak varlığının gerekliliğini konu haline getirip işleyerek, güçsüz tarafın iradesini baskı altına alan unsurları bertaraf edip, tarafların süreci her zaman terk edebileceklerine onlara izah ederek yapabilir<sup>29</sup>. Becerikli arabulucular odadaki güç dengesizliklerini yönetmede her iki yönde de küçük müdahaleler yapmayı başarırlar. Daha suskun olan tarafın konuşmasını sağlamak ve bunalmış görünen birini teşvik etmek vb. Arabuluculuk müzakereleri devam ettikçe başta bir tarafa eğimli tahterevalli, git gide dengeye gelebilir.

Birçok uyuşmazlıkta tarafların mali güçleri, nüfuzları, alabildikleri avukatlık hizmetleri, toplumsal statüleri, toplumun tarafın bulunduğu cinsiyete yahut tarafın ırkına, diline yahut dinine karşı taşıdığı önyargılar taraflardan birisini diğerine göre

<sup>27</sup>PARKINSON, s. 195.

<sup>28</sup>YAZICI TIKTIK, Çiğdem: “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi” (Ed.) SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/ YARDIM, Mehmet Ertan: *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 122.

<sup>29</sup>DÜR, Orhan: *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, 2018, s. 252.

daha dezavantajlı duruma düşürebilir. Bu tür durumları ana başlıklar halinde tasnifleyerek incelemek ve arabulucunun, kendi önyargılarından ve toplumun önyargılarından uzaklaşarak tarafların eşit güç dengesinde olmalarını sağlamanın yollarını tartışmak gerekmektedir.

## I. TOPLUMSAL CİNSİYET

Arabulucunun süreç yönetirken bağlı olduğu kurallara ek olarak iki sorumluluğu vardır; toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmek ve güç dengesizliklerini giderici önlemler almak. Toplumsal cinsiyet eşitliği birçok ulusal ve uluslararası yasal düzenleme ile koruma altına alınmış ve insan hakları ile bağlantısı kurulmuş bir kavramdır. Dolayısıyla bu konu arabuluculukta dikkate alınması gereken bir konudur<sup>30</sup>.

### A. Cinsiyet

Cinsiyetin tanımı Türk Dil Kurumuna (TDK) göre, bireye üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiyi ayırt ettiren yaratılış özelliğidir<sup>31</sup>. Bir görüşe göre cinsiyet, kız ve erkek çocukları ile kadın ve erkekler arasındaki biyolojik fark olarak tanımlanır. Bu açıdan yaş, ırk, din gibi diğer toplumsal ve kültürel konulardan bağımsız farklılıkları ifade eder. Hepimiz kız ve erkek çocuklar olarak doğarız, ancak ailemiz ve toplum bize nasıl kadın ve erkek olacağımızı öğretir. Bu öğrenme, aileden başlayarak sokak, okul, medya, çalışma yaşamı gibi kamusal alana ait kurumları da içine alacak şekilde genişleyen bir dizi toplumsallaşma süreci içinde gerçekleşir<sup>32</sup>.

Cinsiyet eşitliği ise kadınlar ve erkeklerin eşit haklar, yaşam beklentileri ve fırsatlarına sahip olduklarında ve kendi yaşamlarına şekil vermek gücünü elde ederek topluma katkıda buldukları zaman gerçekleşmiş olur. Cinsiyetler arası eşitlik, günlük hayatta ve bir bütün olarak toplumda güç, etki ve kaynakların adil ve eşit bir düzeyde dağılımına bağlıdır. Cinsiyet eşitliğinin olduğu toplumlarda her bir bireyin deneyimleri, becerileri ve yetkinlikleri güvence altına alınır ve kullanılır. Böylelikle, belirli bir bağlamda kaynaklar, fırsatlar, kısıtlamalar ve güç dağılımı bakımından

<sup>30</sup>GÜNDOĞAN, s. 475.

<sup>31</sup><https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 26.05.2024.

<sup>32</sup>YEŞİLİRMAK/ KEKEÇ/ BULUR, s. 185.

kadınlar ve erkekler arasındaki farklar temelinde yapılacak bir toplumsal cinsiyet analizinin bu süreçte yapılması gerekir. Çünkü toplumsal cinsiyet analizinin yapılması ile cinsiyete dayalı eşitsizliklerin giderilmesi ve farklı nüfus gruplarının ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli çözümlerin geliştirilmesi mümkün olur<sup>33</sup>.

Özellikle aile arabuluculuğunda, cinsiyete dayalı güç dengesizlikleri; fiziksel, psikolojik ve duygusal istismar; kadının değişime direnme ve engelleme gücündeki zayıflık; duygusal güçsüzlük ve buna bağlı direnç; ekonomik ve bilgiye erişim zorlukları; toplumun kadın üzerinde yarattığı ahlaki ve dini kalıplar ile bu kalıplardan kaynaklanan sosyal etki ve aile desteksizliği şeklinde tasnif edilebilir. Tüm bu sınıflandırmalarda cinsiyet konusu önemli bir yer tutmaktadır. Çünkü çalışmanın ilerleyen kısımlarında da ayrıntılı ele aldığımız üzere kadınlar sırf cinsiyetlerinden ötürü dahi diğer kriterler açısından erkeklerden zayıf duruma düşmektedir. Güç dengesizliği işte burada baş göstermektedir.

Toplumun azınlık bir kesiminde, cinsiyetini biyolojik başlangıçla değil tercihen devam ettiren yahut kendisini herhangi bir cinsiyete ait hissetmeyen bireylerin varlığı gözden kaçmamalı ve bu bireylerin cinsiyet tercihleri nedeniyle toplum tarafından olumsuz algılanarak, uyumsuzluğun çözümü esnasında güç dengesizliğinin zayıf tarafını oluşturabileceği unutulmamalıdır.

2001 yılında Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişikliklerle "*Türk toplumunun temeli olan ailenin temeli eşler arası eşitliğe dayanır*" hükmü getirilerek, 2002 yılında kabul edilen yeni Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) <sup>34</sup> önu açılmıştır. 2004 yılında Anayasa'nın 10. maddesine eklenen cümle ile "*Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür*" hükmü getirilmiştir<sup>35</sup>. Toplumsal cinsiyet eşitliği adına yapılan bu değişiklikler diğer tüm mevzuat değişikliklerinde olduğu gibi Avrupa'ya uyum amacıyla gerçekleşmişse de en azından mevzuatta bu hükümlere yer verilmesi sevindiricidir. Asıl mücadele ise toplumun kültürel kodlarının yasaların önüne geçmesini engellemektir.

<sup>33</sup>HATİBOĞLU EREN, Burcu: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi İçin Toplumsal Cinsiyet Eylem Planı*, Ankara, 2017, s. 3.

<sup>34</sup>R.G. 08.12.2001 T. 24607 S.

<sup>35</sup>ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven/ ARSLAN, Şule: *Türk Hukukunda Kadın, Adalet* Yayınevi, Ankara, 2017, s. 5.

İngiltere’de yapılan, Aile Adaletine Dair Yol Haritalarının Çıkarılması Çalışmasında<sup>36</sup>, arabuluculukta güçlü ve düzenli olarak ortaya çıkan toplumsal cinsiyet önyargısı algıları olduğu tespit edildiğinde, endişelerin arttığı görülmüştür. Çoğu erkek, bu işlemlerde kendilerine karşı önyargılı olduğunu düşünürken, bazı kadınlar erkek arabulucuların kendilerine karşı önyargılı olduklarını ya da bütün aile adaleti sisteminin erkeklerin çıkarlarına yönelik olarak çalıştığını öne sürmüştür. Kadınların 1/3’ü memnuniyetsiz olduklarını bildirmiş, bazıları çocuklarını korumak veya mahkemede davalarla uğraşmamak için meseleyi halledip geride bırakmak üzere taviz verdiklerini veya teslim olduklarını söylemiştir. Araştırmalarda, kadın ve erkeğin uyuşmazlık çözüm süreçlerine gelirken birbiriyle aynı norm ve değerlerle gelmedikleri tespit edilmiştir. Babalar daha çok çocuk ile ilgili finansal meselelere öncelik verirken, anneler birincil bakım veren olarak çocuğun üstün menfaatleri ve ihtiyaçlarını karşılama konularına öncelik vermektedir. Anne ve babaların normları ve öncelikleri arasında böylesine temel bir karşıtlık olmasına rağmen uzlaşma oranlarının yüksek olması, uzlaşmanın samimiyetini sorgulatır niteliktedir<sup>37</sup>.

Her kesimin hizmetine sunulan arabuluculuk hizmetinin herkes için ulaşılabilir olması, biyolojik cinsiyet farklılıklarına karşı geliştirilen tutumun tarafsız ve eşitlik ilkesine uygun olmasını gerektirir. Arabuluculuk, toplumsal cinsiyet eşitliğini temel almalıdır; çünkü çatışmaya neden olan tutumların ve inançların biyolojik cinsiyet, cinsiyet tercihleri, ırk, dini inanç vb. ile biçimlenen farklı güç ilişkileri çerçevesinde ele alınması gerekir<sup>38</sup>.

Arabulucunun güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda tarafsızlığını koruyabilmesi ve eşit davranabilmesi toplumsal cinsiyet kavramına ilişkin farkındalığına bağlıdır. Böyle bir farkındalık için arabulucular değerlendirmelerini yaparken kendilerine şu soruları sorabilirler<sup>39</sup>; Kadınlar ve erkekler aynı ihtiyaçlara, olanak veya kısıtlılıklara ve kaynaklara mı sahip?, Eğer değilse nasıl farklılaşıyorlar?, Arabuluculuk sürecinde planlanan eylemler kadın ve erkekleri nasıl etkiliyor?, Bu etkilerin farklı sonuçları neler?, Kadınlar ve erkeklerin çatışan

<sup>36</sup>PARKINSON, s. 234.

<sup>37</sup>PARKINSON, s. 234.

<sup>38</sup>GÜNDOĞAN, s. 474.

<sup>39</sup>YEŞİLIRMAK/ KEKEÇ/ BULUR, s. 186.



ihtiyaçları veya sınırlılıkları tarafsız bir arabuluculuk sürecinde nasıl ele alınabilir?. Bu sorulara doğru cevapları ancak toplumsal cinsiyetin ihtiyaçlarını bilen bir arabulucu verebilir.

## B. Toplumsal Cinsiyet Kavramı

Toplumsal cinsiyet; farklı cinsiyet özelliklerindeki bireylerin birbirleriyle karşılaştırıldığında güce erişim, yaşam fırsatları, dezavantajlar ve aynı olaylara karşı geliştirilen farklı stratejiler arasından nasıl konumlandıklarını analiz etmek için kullanılan bir kavramdır<sup>40</sup>. Toplumsal cinsiyetin farklı anlamları bulunmaktadır. Bu bağlamda, toplumsal cinsiyet kelimesinin anlamıyla ilgili tarihten söz etmek gerekir. 20. yüzyıl feminizminde, cinsiyet ile toplumsal cinsiyet arasındaki fark belirtilmektedir. Kadın ve erkeklerin biyolojik bakımdan farklılığından söz edildiğinde, cinsiyet farklılığının ve toplumsal cinsiyetin de bu cinsiyetlere verilen sosyal anlamla ilgili olduğu belirtilmiştir. Ancak bu tanım, cinsel yönelimleri farklı olanları içermediği ve cinsiyeti sadece kadın ve erkek olarak belirlediği için yetersizdir<sup>41</sup>.

Toplumsal cinsiyet bir toplumda kadın, erkek yahut yeni adlandırmasıyla cinsiyetsiz<sup>42</sup> olma sürecinin toplumsal karşılığını ifade eder. Bu nedenle biyolojik farklılıklara sahip cinsiyetlerin kendilerinden beklenen rollere uygun davranışlarda bulunması toplum tarafından onaylanır. Bu rollere aykırı davranışlar toplum tarafından eleştiriye maruz kalır. Bu durumun neticesinde ise bireyler toplumsal koşullar içerisinde eşitsizliğe ve ayrımcılığa uğrar.

Cinsiyetler arasındaki eşitlik, farklı cinsiyetten bireylerin güç ilişkileri açısından eşit ve adil bir konuma sahip olması, gündelik yaşamdaki kaynak ve fırsatlara eşit bir şekilde ulaşabilmesi ve tüm toplumda eşit haklara sahip bireyler olarak kabul edilmesini ifade eder. Bu yüzden cinsiyetler arası eşitlik toplumsal cinsiyet eşitliği ile bağlantılıdır. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlandığı bir

<sup>40</sup>YEŞİLİRMAK/ KEKEÇ/ BULUR, s. 185.

<sup>41</sup>UYGUR, Gülriz, "Toplumsal Cinsiyet Ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir", Ankara Barosu Dergisi, S. 5, 2015, s. 122.

<sup>42</sup>Cinsiyetsiz zamininin kullanımı hakkında bkz. , <https://www.birgun.net/haber/oxford-universitesi-cinsiyetsiz-zamir-kullanimina-basladi-139500>, E.T. 30.05.2024.

toplumda, farklı cinsiyetten bireylerin farklılaşan ihtiyaçları, deneyimleri, becerileri ve koşulları dikkate alınarak hareket edilir<sup>43</sup>.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanabilmesi için öncelikle toplumsal cinsiyet eşitsizliğine yol açan durumların tespiti gerekir. Toplumsal olarak kadın, erkek ve cinsiyetsiz bireyler sadece cinsiyetiyle değil kökeni, dini, dili, mesleki konum ve eğitim durumu ile de farklıdırlar. Her biri olaylara farklı tepkiler verir ve alırlar. Aynı durumda evli bir kadınla, bekar bir kadının tavrı yahut kendisine gösterilen tavır değişkenlik gösterebilir.

Bu sebeple arabulucunun, farklı cinsiyet özellikleri nedeniyle kadın ve erkeklerden beklediği davranışları genellemeden her olayın kendi özellikleri içerisinde inceleme yapması gerekmektedir. Örneğin, engelli bir kadın, hem engelli hem yoksul bir kadına göre daha avantajlı konumda değerlendirilebilir. Bu nedenle her olayda tarafların dezavantajları ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda arabulucu güç dengesizliğini dengeleyecek ilk hamleyi yapmış eşitsizliği açıkça tespit etmiş olacaktır. Bu da arabulucudan beklenen eşit davranma yükümlülüğüne uygunluk arz edecektir.

Cinsiyet eşitliği hususunda, Avrupa Konseyinin arabuluculukla ilgili birçok tavsiye kararı bulunmaktadır. “Aile Arabuluculuğu” (Recommendation (98)1)<sup>44</sup>, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk<sup>45</sup>” (Recommendation (2002) 10)<sup>46</sup>, “Aile Ve Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Tavsiye Kararın Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Rehber İlkeler” Avrupa Konseyinin tavsiye kararlarından. Avrupa Parlamenterler Meclisinin “Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetlerin Eşitliği” başlıklı 1639(2003) sayılı tavsiye kararı saydığımız diğer tavsiye kararları tamamlayıcı niteliktedir. İlgili tavsiye kararında; hem teoride hem de uygulamada taraflar arasında eşit güç dengesinin bulunması (8:2), uyuşmazlıkların aile arabuluculuğuna uygun olup olmadığının doğru

<sup>43</sup>YEŞİLİRMAK/ KEKEÇ/ BULUR, s. 187.

<sup>44</sup>ÖZBEK, Mustafa: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı””, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2005, s.71-102.

<sup>45</sup>ÖZBEK, Mustafa: “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri Ve Uygulanması”, *Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 446.

<sup>46</sup>Recommendation No R (2002) 10 Of The Committee Of Ministers To Member States On Mediation In Civil Matters, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76), E.T. 27.05.2024.

bir şekilde tespit edilebilmesi amacıyla, eşler veya aileler arasında güç ilişkisi veya şiddet olup olmadığının kapsamlı bir şekilde incelenebilmesine yönelik standartlaştırılmış tarama araçlarının geliştirilmesi, aile arabuluculuğunun adli yardım sistemine dahil edilmesi (8:4), arabuluculuk anlaşmalarının hukuka ve hakkaniyete uygun olması, arabuluculuk anlaşmalarının yetkili mahkemelerce onaya tabi olması, arabuluculuk hizmetlerine ilişkin resmi bir şikayet sisteminin bulunması, bireysel haklar ve çocuk haklarına ilişkin benzer hususların yansıtılması ve bu hakların güvenceye alınması hususları öne çıkmaktadır<sup>47</sup>.

Çalışmanın bu kısmında şu verilere de göz atmakta fayda görmekteyiz. Türkiye ile birlikte 50 ülkenin üyesi olduğu OECD (Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü) 2021 Türkiye raporuna göre, Türkiye toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda sınıfta kalarak, eşitsizlikte sondan dördüncü olarak yerini almıştır<sup>48</sup>. Her ne kadar bu veriler iş-yaşam dengesi üzerinden kurulmuş olsa da, toplumsal gerçekliği yansıttığı açıktır.

Avrupa Cinsiyet Eşitliği Enstitüsü (EIGE) 2023 yılı Cinsiyet Eşitliği Endeksine göre Avrupa Birliği cinsiyet eşitliği sağlamada yüz üzerinden 70,2 puan alarak, Avrupa ortalamasının da cinsiyet eşitliğinde ne kadar düşük olduğunu tespit etmiştir. Çalışmaya göre, cinsiyet eşitliğinin en az sağlandığı alanın “karar alma mekanizmaları” olduğu belirtilmektedir<sup>49</sup>.

Kadir Has Üniversitesinin “Türkiye’de Yükseköğretimdeki Cinsiyet Eşitsizliği” raporuna göre, arabuluculuk mesleğini icra edecek hukukçuları yetiştiren hukuk fakültelerinde, kadın profesör oranı %25,1 iken, erkek profesör oranı %74,9’dur<sup>50</sup>. Grafikleri incelediğimizde öğretim üyesi dağılımında kadın-erkek sayısı birbirine yaklaşırken, üst düzey yöneticilik, profesörlük gibi yüksek unvan gerektiren işlerde hukukçu akademisyen kadınların dahi açıkça toplumsal cinsiyet eşitsizliği altında ezildiğini görüyoruz. Bunun bir silsile olduğunu düşündüğümüzde meslek

<sup>47</sup>HATİBOĞLU EREN, s. 4.

<sup>48</sup><http://esitlikadaletkadin.org/oecd-ulkeleri-arasinda-turkiye-cinsiyet-esitsizliginde-ilk-sirada/>, E.T. 26.05.2024.

<sup>49</sup>[www.eige.eureport.eu](http://www.eige.eureport.eu), E.T. 26.05.2024.

<sup>50</sup><https://gender.khas.edu.tr/sites/gender.khas.edu.tr/files/inline-files/Turkiyede%20Yuksekogretimdeki%20Cinsiyet%20Esitsizligi.pdf>, E.T. 26.05.2024.

olarak arabuluculuğu seçmiş kadın hukukçuların da toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden etkilendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

2022 yılında Birleşmiş Milletler (BM) tarafından yapılan Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Endeksi'nde Türkiye, son sıralarda yer almaktadır<sup>51</sup>.2016 tarihli Dünya Ekonomik Forumu'nun Küresel Toplumsal Cinsiyet Uçurumu Raporu, Türkiye'nin toplumsal cinsiyet eşitsizliği bağlamında nerede olduğunu göstermektedir<sup>52</sup>.

### C. Toplumsal Cinsiyetin İhtiyaçları

Toplumsal cinsiyetin ihtiyaçları vardır. Bunlar; pratik ve stratejik olmak üzere ikiye ayrılır. Toplumsal cinsiyetin pratik ihtiyaçlarına örnek olarak, kadınların günlük yaşamında kendisinden beklenen sorumluluklarında erkeklere nazaran daha dezavantajlı konumda olması ve bu dezavantajın doğurduğu ihtiyaçları gösterilebilir. Örneğin kadın bir çalışanın adalete erişimi bakımından, işyerinden izin alarak yahut evden çıkarak adliyeye gelmesi erkeklere göre ilave zorluklar içermektedir. Toplumsal cinsiyetin pratik ihtiyaçları karşılandıklarında eşitsizlik yaratan güç ilişkilerinin dönüşümüne ve kadınların güçlenmesine olanak sağlayan stratejik toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarıyla birlikte ele alınmalıdır<sup>53</sup>.

Toplumsal cinsiyetin stratejik ihtiyaçları ise; kadınların erkeklere nazaran kaynak ve fırsatlara erişimi ve bunların kontrolü ile bunlardan yararlanma kapasitelerindeki eşitsizliğin meydan getirdiği ihtiyaçlar gösterilebilir. Bu ihtiyaçların (ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal hakların) eşitlik ilkesi çerçevesinde uygulanmasını sağlayacak eğitim çalışmaları ile azaltılması hedeflenmelidir. Örneğin toplantı günü tayin edilirken, kadının çocuk/yaşlı/ev/hasta bakımından bulabileceği “uygun zaman” a olan ihtiyacı dikkate alınabilir.

### D. Cinsiyetler Arası Eşitlik

Ayrımcılık yasağı konusunda uluslararası alandaki en temel düzenlemeler, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, AİHS ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmeye Ek 12 No.lu Protokol'dür. Ayrımcılık, bu sözleşmelerin hiçbirinde

<sup>51</sup>www.unwomen.org, E.T. 26.05.2024.

<sup>52</sup>www3.weforum.org, E.T. 26.05.2024.

<sup>53</sup>YEŞİLİRMAK/ KEKEÇ/ BULUR, s. 186.

kavram olarak tanımlanmamaktadır<sup>54</sup>. Ancak anılan sözleşmelerin metinleri incelendiğinde, ayrımcılığın cinsiyet, ırk, renk, soy ve etnik köken, milliyet, dil, din ve inanç, yaş, engellilik, politik veya diğer fikirler, medeni hal gibi diğer statüler yönünden yasaklandığı görülmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür”. Maddenin 1. fıkrasında yine kimsenin cinsiyeti yüzünden ayrıma tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 10. maddede düzenlenen eşitlik ilkesinin yanı sıra “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi”ne (CEDAW)<sup>55</sup> taraf olduğumuz düşünüldüğünde sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nin kadınların toplumsal rolleri nedeniyle yaşadıkları ayrımcılık ve eşitsizliği ortadan kaldırmak yükümlülüğü altında olduğunun kabulü gerekir. CEDAW'ın temel amacı, toplumsal yaşamın her alanında kadın-erkek eşitliğini, kalıplaşmış kadın-erkek rollerine dayalı önyargıları ve geleneksel ayrımcılıktaki rolleri ve bunların sayısal ve mali açıdan güçlendirilmeleri gereği, bazı zararlı gelenek ve göreneklerin toplumsal cinsiyet eşitliğini gerçekleştirme doğrultusunda olumsuz bir unsur olması nedeniyle etkinliğinin kırılmasıdır<sup>56</sup>.

Çoğu toplumlarda kadınların erkeklerden daha az güç sahibi olduğu, tarafların arasında büyük bir güç dengesizliği varsa, adil ve eşit bir anlaşmaya varmanın zor olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle kadınların kendi haklarını etkili olarak savunmada yaşadığı zorluklar, toplumun hak kavramı ve kadına biçtiği kalıplar ve öğrenilmiş çaresizlik kadınların haklarını aramak için yapacağı

<sup>54</sup>ALTIPARMAK, Özlem: “Ayrımcılık Yasağı”,[https://insamer.com/tr/ayrimcilik-yasagi\\_110.html](https://insamer.com/tr/ayrimcilik-yasagi_110.html), E.T. 26.05.2024.

<sup>55</sup>The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination (CEDAW); 1975'de Mexico-City'de BM Birinci Dünya Kadın Konferansı müteakip, 1979 yılında kabul edilen bu sözleşme 1981 yılında 20 ülkenin onayı ile yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanan bu sözleşme 19.01.1986'da yürürlüğe girmiştir.

<sup>56</sup>TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, Rıfat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 10.Baskı, Seçkin Yayınları, 2024, s. 496.

başvuruları ve müzakerelerin devamını etkilemektedir. Bu yüzden toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı ve hukuki feminizmin incelenmesi gerekmektedir.

### **E. Hukuki Feminizm**

Bu kavram Ann Scales ile literatüre girmiş bir kavramdır. Feminizm, hukukun erkekler tarafından oluşturulduğunu ve kadınları güçsüzleştirdiğini, ataerkil değerleri ise güçlendirdiğini ileri sürmektedir<sup>57</sup>. Soyun erkeklik üzerinden tanımlanması, cinselliğin kadın bedeni üzerinden tarif edilmesi, kadının annelik veya aile özdeşleştirilmesi ve erkeğin yönetici konumlarda başarı basamaklarını hızla tırmanması bu akımın başlamasında etkili olmuştur. Scales, Hukuki Feminizm adlı kitabında kadınlara önemli bir akıl mirası bırakmış ve cesaret aşılamıştır<sup>58</sup>. Çünkü toplumsal olarak karşılaştığımız birçok eşitsizlik hali hukuk sisteminde de mevcuttur. Hala hâkim ve savcılarda, kadın bedeni üzerinden ataerkil düşüncelerin mevcut olduğu ve kararlarda bu durumun etkili olduğu görülmektedir<sup>59</sup>. Toplumsal cinsiyet veya cinsiyet eşitliği kavramları, feminizm kavramından ayrı düşünülemez. Bazı erkekler ve kadınlar bu kavramın çok keskin olduğunu düşünebilirler, ancak kanaatimizce, eşitliği sağlamak için gereken güç bu akımda mevcuttur.

### **F. Arabuluculukta Cinsiyet Eşitsizlikleri**

#### **1. Şiddet ve Arabuluculuk**

Aile içi şiddet ve istismar toplumun her düzeyinde görülebilir ve buna ilişkin algılar farklılaşabilir. Aile içi şiddet ailenin üyesi olan bir kişiye uygulanan şiddettir ve uyuşmazlığın tarafının kadın olduğu alanlardan birisi cinsel ve cinsiyete dayalı şiddettir. Aile içi şiddetin oluşabileceği veya mevcut olduğu anlaşmazlıklarda arabulucunun kullanımına *Parkinson*, gibi karşı çıkan görüşler mevcuttur<sup>60</sup>. Nitekim HUAKE'a göre aile içi şiddet iddiasının varlığı halinde uyuşmazlıklar arabuluculuk yetkisinin dışında bırakılmıştır. Fakat yine de diğer aile uyuşmazlıklarında aile içi şiddete ilişkin bir emare olup olmadığının arabulucu tarafından hassasiyetle irdelenmesi gerekmektedir. Bir arabulucunun şiddetin tanımlamasını ve çeşitlerini çok

<sup>57</sup>ÖZTÜRK/ YARAR/ ARSLAN, s.45.

<sup>58</sup>SCALES, Ann: *Hukuki Feminizm*, Dost Yayınevi, Ankara, 2019.

<sup>59</sup><https://onedio.com/haber/yargitay-calisanini-taciz-eden-mudur-hakkindaki-karari-bozdu-kalçasına-dokunarak-babacan-tavir-segilemis-910514>, E.T. 30.05.2024.

<sup>60</sup>MOORE, s. 525.

iyi bilmesi gerekir aksi takdirde aile içi şiddeti barındıran bir olayda uyumsuzluk çözümüne gitmeye çalışacaktır ki bu hukuk düzenince korunmamaktadır. Kadınlara yönelik şiddet; fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet olarak tasnif edilebilir.

Fiziksel şiddet erkeğin kendi bedeni veya çeşitli araçları kullanması yoluyla ve daha ziyade sosyal güvencesi olmayan kadınlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. En gözle görülür elle tutulur şiddet türü olduğu için arabulucunun bunu fark etmesi daha olasıdır. İngiliz suç araştırması 2009/10(3/4), kadınların %29'u ve erkeklerin %16'sında aile içi şiddet veya taciz deneyimini rapor etmiştir. Eşinden ayrılan kadınlar diğer gruplara oranla en yüksek riske sahiptir<sup>61</sup>. Boşanma arabuluculuğu 1980'lerde Amerika Birleşik Devletleri'nde geliştiğinde, kadın hakları grupları, şiddet mağduru kadınların arabuluculukta erkek saldırganlarla birlikte yer almasını gerektiren zorunlu arabuluculuğa karşı çıkmışlardır. Şiddet mağduru, faille gerçekleştirilen arabuluculuk toplantısından sonra faille aynı anda binadan ayrılırsa, risk altında kalacaktı. Bu konularda pek çok farklı kurum ve profesyonelin katıldığı çok kapsamlı tartışmalar gerçekleşmiştir. Neticesinde şiddet mağduru kadınların zorunlu arabuluculuktan muaf tutan mevzuat bir ABD eyaletinde yürürlüğe girdiği ifade edilmektedir<sup>62</sup>. Ülkemizde aile içi şiddet iddiasının varlığında uyumsuzluk arabuluculuğa elverişli değil iken uyumsuzluk konusunun aile içi şiddet olmadığı fakat şiddetten korkarak güç dengesizliği ortaya çıkması durumunda özellikle kadınlar için pozitif bir düzenleme henüz mevcut değildir. Anıt Savaş'a<sup>63</sup> göre sadece 2024'nin 5. ayında tam 173 kadın herhangi bir sebeple erkekler tarafından öldürülmüştür. Şiddetin bu denli yoğun olduğu ve yaptırımların yetersiz kaldığı bir hukuk düzeninde kadını arabuluculuk toplantı masasına oturtmak kolay olmayacaktır.

Cinsel şiddet türleri; dayaktan sonra zorla cinsel ilişki, ters ilişkiye(anal) zorlanma<sup>64</sup>, itiraz halinde tecavüze uğrama, fuhşa zorlanma<sup>65</sup>, tecavüz sonucu evliliklere zorlanma gibi sayılabilir<sup>66</sup>. Cinsel şiddet aile içi olabileceği gibi başka türlü

<sup>61</sup>PARKINSON, s. 58.

<sup>62</sup>PARKINSON, s. 59.

<sup>63</sup><http://anitsayac.com/>, Öldürülen kadınlar için dijital anıt, E.T. 30.05.2024.

<sup>64</sup>GENÇCAN, Ömer Uğur: *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 509.

<sup>65</sup>Yargıtay 2. HD, 27.01.2005, 15900-885.

<sup>66</sup>TEZCAN/ERDEM /SANCAKDAR/ÖNOK, s. 497.

de ortaya çıkabilir. Arabulucunun bunu ilk bakışta tespit etmesi zordur. Müzakereler sırasında ortaya çıkan bu durumda arabulucu artık bu durumun aile içi şiddet iddiasını içermesi nedeniyle müzakereleri sonlandırmalı ve şiddet mağdurunu mahkeme yargısına yönlendirmelidir.

Psikolojik şiddet, toplumda birçok kadının maruz kaldığı ama bunun şiddet olduğunu bilmediği için sineye çektiği şiddet türüdür. Dolayısıyla psikolojik şiddetin türlerini öğrenememiş arabulucu için en çok gözden kaçabilecek şiddet türüdür. Psikolojik şiddet, sözel ve duygusal şiddetten oluşur. Sözel şiddet kadınların özgüvenini yok etmeyi amaçlar. Kadının bedeniyle alay etme, yetersizliklerini vurgulama yahut olmayan yetersizliklerini varmış gibi gösterme sözel şiddettir. Duygusal şiddet ise; küçümseme, korkutma, tehdit gibi uygulamalardır. Kadının yargı yoluna başvurması halinde adının çıkacağı iddiası<sup>67</sup>, çocuklarının bir daha yüzünün gösterilmeyeceği korkusu ve toplum tarafından dışlanmaya maruz kalacağı şeklinde söylemler bu duruma örnek verilebilir. Etrafınıza baktığınızda gerçekten de bu tarz söylemlere maruz kalmış ve bu nedenle hakkını aramaktan vazgeçmiş kadınların ne kadarda çok olduğunu görürsünüz. Psikolojik, duygusal ve sözlü taciz, fiziksel şiddetten daha zararlı ve yıkıcı olabilir. Avustralya'da kötüye kullanım üzerine yaptıkları bir araştırmada, ankete katılanların büyük kısmı sözlü, psikolojik ve duygusal kötüye kullanımın her gün gerçekleştiğini ve fiziksel saldırılara kıyasla olumsuz etkilerinin daha yıkıcı ve uzun sürdüğünü belirtmişlerdir<sup>68</sup>.

Ekonomik şiddet ise, kadının kazandığı parayı elinden alma, evin giderlerinin sadece kadına yüklenmesi ve kısıtlı para ile mucizeler beklenmesi olarak sayılabilir de bununla sınırlı değildir. Her birey emek vererek kazandığı paradan öncelikle bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bakımına yetecek işeyi ayırdıktan sonra ortak alınan bir birikim kararı da yoksa kendisine şahsi harcamalar yapabilmelidir. Sağlıklı bir evliliğin temelini bu özel alan oluşturmaktadır. Oysaki özellikle kadınların evin işesine katıldıktan sonra kazandıkları paradan yaptığı alışveriş yahut seyahat harcamaları toplum tarafından hala müsriflikle itham

<sup>67</sup>GENÇCAN, s. 424.

<sup>68</sup>PARKINSON, s. 58.



edilmekte ve birçok kadın kocasından bu tarz harcamalar yaptığı için azar ışıtmaktadır. Bu yönüyle de şiddet ekonomik şiddetin bir türünü oluşturmaktadır<sup>69</sup>.

Aile içi şiddet olgularında, uyumsuzluğun arabuluculuğun yetki alanı dışında bırakılması hem uluslararası arabuluculuk kuralları hem de iç mevzuatımızla düzenlendiğinden, bu düzenlemelerin asıl amacının taraf olduğumuz sözleşmeler gereği kadını zayıf durumunda yalnız bırakmamak ve bu halde artık müzakere masasına özgür iradesi ile oturmayacağına kabulüdür. Bu anlamda cinsiyet eşitsizliğinde kadını korumaya yönelik pozitif bir düzenleme olduğunu söylemek gereklidir.

## 2 .Kadınların Adalete ve Arabuluculuğa Erişimi

Adalete erişim kavramı tarihsel gelişimde farklı tanımlamalarla yer alsada çalışma konumuza en yakın tanımı; kişilerin ortak adalet sorunlarına çözüm getirecek adalet kurumlarını kullanabilmek yetenekleridir. Adalete erişim, insanlar için vazgeçilmez bir haktır. Adalete erişim en kaba tabiriyle mahkemeye erişimi ifade etse de aslında kişinin standartlara uygun şekilde hakkaniyetli bir çözüme ulaşmasını da kapsar. Ayrıca etkin koruma mekanizmalarına yoksul-zengin, kadın-erkek vb. ayırım yapılmaksızın herkesin erişebilmesi de kavramın kapsamı dâhilindedir<sup>70</sup>.

Adalete erişim önündeki engeller kadınlar için söz konusu olduğu kadar yoksullar, yaşlılar, engelliler, etnik ya da dinsel azınlıklar vb. dezavantajlı gruplar için de geçerlidir. Demokratik olmayan ve yoksulluğun sürdüğü ülkelerde gerçek bir adalete erişim mümkün değildir. Nitekim adalete erişim alanında önündeki engelleri bertaraf edebilen yegâne toplumsal kesimin ‘zengin beyaz erkekler’ olup onlar dışındaki tüm toplumsal kesimler sermaye birikimini edinmeme, baskın dili konuşmama/konuşmama, baskın dine mensup olmama, karar ve yürütme mercilerinde söz sahibi olmama ve ırk, cinsiyet gibi etkenler sebebiyle dezavantajlı durumdadırlar<sup>71</sup>.

<sup>69</sup>Yargıtay HGK, 26.11.2008, 2008/2-695 E. 2008/710 K.

<sup>70</sup>AYATA, Gökçeçek: “Kadınların Adalete Erişimi. Mevzuat, Engeller, Uygulamalar ve Sivil Toplumun Rolü”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 22.

<sup>71</sup>AYATA, s. 56.

Adalete erişimin önündeki başlıca engeller<sup>72</sup>, usuli düzenlemeler ve kanun kirliliği nedeniyle giderek karmaşıklaşan hukuk sistemi, hukuki işlemlerin maliyetinin yüksekliği, makul süre kıstasına uyulmaması, hukuk sisteminin giderek hantallaşması, hukuki temsil yokluğu veya hukuki temsilden yararlanma maliyetinin yüksek olması, adli yardım sisteminin yetersizliği, kanunların eksik uygulanması, özellikle de uluslararası sözleşmelerin zaman zaman görmezden gelinmesi, kanun yapma sürecinde uygulamada yaşanabilecek sıkıntıların dikkate alınmaması, hukuki bilgiye erişememe veya bilginin anlaşılır şekilde aktarılamaması nedeniyle yaşanan bilgi eksikliği, yanlış bilgilendirmedir. Tüm bu mevzuat engellerine, toplumun ataerkil düşünme yapısı, yargı mensuplarının ve kalem memurlarının ataerkil önyargıları da eklenince adalete erişim konusunda en çok sıkıntı yaşayanların kadınlar olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

Ülkemizde her ne kadar kanun önünde kadın ve erkek eşitse de günlük yaşamda bunu hissetmek mümkün değildir; çünkü gerçekte kadınların adalete erişiminin önünde erkeklere nazaran yoksulluk, engellilik, okur-yazar olmama, göçmenlik, sosyal hayata dahil edilmeme gibi cinsiyet eşitsizliğinin üzerine eklenen daha da zorlaştırıcı faktörler olduğunu söyleyebiliriz. Buna ek olarak kadınların şiddete uğrama korkusunun erkeklere nazaran daha fazla olduğu, kolluk ve savcılık aşamasında ciddiye alınmadıkları için yaşadıkları manevi çöküntü, verilen tedbir kararlarının uygulamasında yaşanan zafiyetler de kadınların adalete erişimini büyük oranda olumsuz etkilemektedir<sup>73</sup>.

TESEV tarafından 2015 yılında yayınlanan bir rapora göre, kadınların adalete erişiminde arabuluculuk hizmetinin alternatif bir çözüm olabileceği dile getirilmiştir<sup>74</sup>. Akabinde TBMM tarafından “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan” meclis

<sup>72</sup>AYATA, s. 3 vd.

<sup>73</sup><https://onedio.com/haber/23-kere-suc-duyurusunda-bulundugu-ortaya-cikan-ayse-tuba-arslan-in-son-satirlari-ben-olunce-mi-yaritim-edeceksiniz-890761>, E. T. 30.05.2024.

<sup>74</sup><https://www.tesev.org.tr/tr/research/adalete-erisim-icin-yerelden-oneriler/>, E.T. 30.05.2024.

araştırması komisyonu raporunda 2016 yılında arabuluculuğun aile hukuku ihtilaflarında alternatif çözüm yolu olarak kullanımı ayrıntılı olarak ele alınmıştır<sup>75</sup>.

Türkiye’de cinsiyete dayalı ayrımcılık ve eşitsizliğin oranları dikkate alındığında, arabuluculuğun kadınların adalete erişiminde etkili bir çözüm yolu sunup sunmadığı tartışmalıdır. Bir yandan, tarafların eşit olması ve bir arabulucu yardımıyla istişareler yapılabilir olması ve sorunların diyalog yoluyla çözümlenmesi toplumsal cinsiyet eşitliği kültürünün gelişmesine etki edebilir; bu bakımdan arabuluculuk, mevcut hukuk sistemini eksikliklerini gideren bir alternatif olarak değerlendirilebilir. Ancak diğer taraftan, cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalan kadınların mahkeme dışı bir ortamda emniyetinin sağlanmasına ilişkin riskler ve bununla bağlantılı sorunlar da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, bazı kadın örgütleri, kadınların arabuluculuk sürecinden beklendiği şekilde fayda sağlayamayabileceğini öne sürmektedirler. Nitekim kadınların içinde bulunduğu toplumsal koşullar eşit değildir ve kadınlar, yaşamlarını kontrol etme konusunda erkekler kadar bağımsız ve eşit güce sahip değildir. Bu nedenle, kadınların arabuluculuk yoluyla adalete erişimleri, toplumsal cinsiyet eşitsizliği göz önünde bulundurularak tartışılmalıdır.

Adalet Bakanlığı tarafından yapılan bir çalışmada<sup>76</sup> kadınların adalete erişiminde yaşanan engeller ve ihtiyaçlar tespit edilerek arabuluculuk sisteminde uygulaması raporlanmıştır. Buna göre; bazı kadınlar bilgiye erişim ve arabuluculuğu etkili bir şekilde kullanma bakımından dezavantajlı konumdadır, kadınlara bilgi verilmesi için çevrimiçi sistem ve/veya çağrı merkezi hizmeti verilmesi, kadınların adalete erişimi hakkında bilgi veren web sitesi yayınlanması, kadınlar için özel görüşme zamanı ve yeri ayarlanması, arabuluculuk merkezleri ve kadın hakları merkezleri iş birliği ile bilgilendirme yapılması, kadınların mali dezavantajlarını gidermek üzere, avukat, arabulucu desteği ve adli yardımdan faydalandırılması gerekmektedir.

<sup>75</sup>“TBMM Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss399.pdf>, E.T. 30.05.2024.

<sup>76</sup>HATİBOĞLU EREN, s. 8.

Toplumsal cinsiyetle ilgili hangi koşul ve hususların arabuluculuğa uygun olduğu arabulucular için hala karmaşık bir husus olduğundan bakanlıkça yapılan çalışmada şu hususlara değinilmiştir; ilgili mevzuatta bu uyuşmazlıkların açık bir şekilde listelenmesi, uygulayıcılara yönelik eğitimler, çalıştaylar ve seminerler yapılması, arabulucular için etik kurallarda arabuluculuk müzakerelerine kadınların ve dezavantajlı grupların korunması gerektiği vurgulanmalıdır. Arabuluculuk merkezleri, çoğu insanın özel durumuna uygun değildir. Kadınlar, çocuklar, engelli ve yaşlı bireylerin özel ihtiyaçlarına yönelik temel kriterlerin listelenmesi gerekmektedir. Arabulucuların özellikle aile şirketlerine ilişkin uyuşmazlıklarda toplumsal cinsiyet konuları hakkında özel bilgi sahibi olması gerekmektedir. Aile arabuluculuğu için ayrı bir mevzuat, ayrı bir uygulama sistemi ve uzmanlık eğitimi gerekmektedir. Aynı raporda arabuluculuk eğitimine katılım sağlayabilmeleri açısından kadın arabulucu adayları lehine düzenlemeler yapılması gerektiği de vurgulanmıştır.

### **3. Kadınların Avukatla Temsili Ve Hukuki Danışmanlığa Ulaşma İmkânı**

Kadınların adalete erişiminde ilk sorun hukuksal danışma ve vekille temsildir. Yapılan çalışmalarda adli yardım kurumundan tarafların haberdar olmadığı ve bu sebeple faydalandırılmadığı görülmektedir. Adli makamlara başvuru, hukuki bilgiye ulaşma, dava açma süreçlerinde ekonomik kaygılar, kent içi ulaşım olanakları, gündelik hayata ve kent yaşamına katılma gibi süreçlerde eşitsizlik, kadınların adalete erişiminde de büyük rol oynamaktadır.

Kadınların toplumdaki ikincil konumlarının karşılığı, pek çok ulusal hukuk sisteminde, özellikle aile hukuku, mülkiyet ve miras hakları ve istihdam alanlarında görülmektedir<sup>77</sup>. Kadınlar adalet kurumlarına erişim sıkıntısı yaşamaktadır. Yoksulluk ise kadınların adalete erişimi önündeki en büyük engeldir.

Dünya Bankasının güncel verilerine göre Türkiye orta üst düzeyde gelire sahip ülkeler arasında yer almakta ve Dünyanın en büyük 17. ekonomisine sahip ülke unvanı almıştır<sup>78</sup>. Buna 2021 OECD gelir dağılımı eşitsizliği sıralamasında Türkiye

<sup>77</sup>HATİBOĞLU EREN, s. 86. , Erişim 15.09.2019.

<sup>78</sup><https://databank.worldbank.org/data/download/site-content/wdi/maps/world-by-income-wdi-2016.pdf>, E.T. 30.05.2024.

sondan dördüncü ülke olarak yerini almıştır. Gelir dağılımı eşitsizliğinde görülen eşitsizliğin bütün alanlara yansımaları da doğru orantılı olmaktadır.

Türkiye İstatistik Kurumunun (TUİK) “İstatistiklerle Kadın” başlıklı 2023 yılı verilerine<sup>79</sup> göre; Türkiye’nin nüfusunun ve %50,1’i erkek %49,9’u kadınlardan oluşmaktadır. Fakat;

- İstihdam oranı (15 yaş üzeri) erkeklerde %65 iken kadınlarda %30’dur.
- Yarı zamanlı çalışanların istihdam içerisindeki oranında kadınlar %16,1 erkekler ise %6,7 ile yer almıştır.
- Yönetici pozisyonundaki kadın oranı %19,6’dır.
- Hanede 3 yaş altı çocuğu olan 25-49 yaş kadın istihdam oranı %28 iken erkeklerde bu oran %90’dır.
- Elimizdeki bu veriler kadınların daha az ücrete daha çok bedenen çalıştığı işlere yöneldiği, gelir dağılımında eşitsizlik olduğunu göstermektedir. Kadınların okuma yazma oranı artsa ve hatta üniversite mezunu sayısı artsa dahi görüldüğü üzere beyaz yakalı pozisyonlarda kadın istihdamı oranı özellikle de yönetici pozisyonlarında düşüktür.

Bilindiği üzere, hukuki danışmanlık ve temsil işlerinde avukatların kanundan kaynaklanan tekel hakkı vardır. Avukatlık Kanunu’nun<sup>80</sup> 164. maddesine göre avukatlar ücretsiz avukatlık hizmeti sunamaz ve her yıl belirlenen avukatlık asgari ücret tarifesinin altında bir rakama davaya bakamazlar. Her avukat asgarisinden aşağı ücrete dava almaktan yasaklıdır ve aldığı ücret için bu tarife göre serbest gelir mabuzu kesmek ve bu gelirin vergisini ödemek zorundadır. Danışmanlık hizmetleri bu tarife bağlıdır ve ücretlidir. Bu düzenlemeden dolayı, ekonomik güçlük durumundaki kadın, avukatlık hizmetinden faydalanmakta zorlanacaktır.

İşgücü dışında olan kadınların %61,4’ü ev işleriyle meşgul olduğu için, %11,8’i eğitim öğretime devam ettiği için, %5,6’sı hasta bakımı gibi işlerle uğraştığı için işgücünün dışında kalmıştır. Toplumun kadından beklentisinin ülkemizde

<sup>79</sup><http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27594>, E.T. 30.05.2024.

<sup>80</sup>R.G. 07.04.1969 T. 13168 S. , 1136 SK.

özellikle ev işlerinin tamamını kapsayacak ve çocuk bakımının tamamını kapsayacak biçimde olması bunun üzerine bir de aile büyüklerinin yaşlılık ve hastalık durumlarında yine kadının bakıcılığı için oluşan yüksek beklenti kadını istihdam alanı dışında tutmaktadır. Kadınlar istihdam edilmiş olsalar dahi, erkeklere oranla daha düşük ücretli işlerde çalışmakta ve annelik veya kadınlık görevlerinden kalan enerjiyle iş yapma kapasitesine sahip oldukları düşünüldüğünden, sürekli işten çıkarılma tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadırlar." TÜİK 2023 yılı verilerinde 3 yaş altı çocuğu olan kadınların istihdam oranının erkeklere nazaran 3 kat aşağıda olması da bu iddiayı doğrular niteliktedir.

Bu mali güç dengesizliğini çözenin en etkin yöntemi adli yardım sistemidir. Adli yardım Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK)<sup>81</sup> göre iki şekilde sağlanmaktadır. Birincisi yargılama masraf ve harçlardan muafiyet ikincisi ise avukatlık ücretinin hazine tarafından karşılandığı barodan ücretsiz avukat talebi. Adli yardım sistemi yalnızca hukuk uyuşmazlıklarında geçerlidir ceza yargısını kapsamaz. Kişi burada yoksulluğunu belgeleyecek evrakları temin ederek mahkemeye yahut baroların adli yardım bürolarına müracaat eder. Barodan avukat talebi olan ve yoksulluğu tespit edilen tarafa listeden bir avukat ataması yapılır. Bu düzenlemelerin temel amacı ekonomik olarak zayıf durumdaki kişinin adalete erişimini kolaylaştırmaktır. Ve bahsettiğimiz üzere kadınların ekonomik zayıflık içerisinde olma durumu erkeklere nazaran daha fazladır.

CEPEJ 2012 verileriyle hazırladığı raporda göre, Avrupa ülkelerinde kamu mercilerince adalete erişimi kolaylaştırmak amacıyla adli yardım ödeneği olarak ülke sakini başına yaklaşık 8.63 Euro harcanmıştır. Türkiye ise adli yardım ödeneği olarak kişi başı yaklaşık 1.19 Euro harcama ile 44 ülke arasında 27. sırada yer almaktadır. Raporda Türkiye'ye ilişkin verilerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Kanunu sisteminde yapılan ödenek yardımlarına ilave olarak baroların sağladığı avukat desteği yer almaktadır. Türkiye'de kişi başı yaklaşık 1.19 Euro olarak ayrılan ödeneğin %82,3'ü ceza davalarına ayrılırken %17,7'si hukuk davalarına

<sup>81</sup>R.G. 04.02.2011 T. 27836 S. , 6100 SK.

ayrılmış adli yardım bütçesidir<sup>82</sup>. Bu verilerden de görülmektedir ki Türkiye’de adli yardım sistemini hala geliştirmeye ihtiyaç vardır.

Kadınlara verilen hukuki hizmetin altyapısında toplumsal cinsiyetin farkındalığı şarttır. Hukuki destek veren avukatların toplumsal cinsiyet eşitsizliğini farkında olarak aldığı hukuki eğitim verilen hizmetin kalitesi için önem arz etmektedir.

#### **4. Kadınların Adliyeye ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezlerine Fiziksel Erişimi**

Dava açabilmek yahut arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini başlatmak için fiziki olarak adliyeye gelmek zorunluluğu vardır. Her ne kadar UYAP(Ulusal Yargı Ağı Projesi) kapsamında vatandaş portal<sup>83</sup> hizmetleri sağlansa da teknik donanım gerektiren işlemler olması dolayısıyla vatandaşın fiziken adliyede işlem yapması neredeyse zorunluluktur.

Arabuluculuk kurumundan faydalanmak isteyen tarafın, HUAK’a göre arabulucunun taraflarca kararlaştırılmaması halinde, arabuluculuk bürosundan sicile kayıtlı bir arabulucu talep edebileceği düzenlenmiştir. Zorunlu arabuluculuk sisteminde tarafların bir arabulucuda mutabık kalmaları durumu zor olacağı için uygulamada başvuruyu bir tarafın başlattığı ve bu başvuruya göre sicilden sıradaki arabulucunun atandığı görülmektedir. Bahsedilen bu işlemlerin hepsi için uyuşmazlığın tarafı olan kadının fiziken arabuluculuk bürosunda hazır olması gereklidir.

Uyuşmazlığın tarafı olan kadın uyuşmazlığının mahkemelerde görülmesi halinde adliyenin fiziksel şartları gereğince yıpranmaktadır. Duruşmalar için evden adliyeye gelmek hem maliyetli hem de zaman açısından problemlidir. Adliyede kucağında bebeği ya da küçük çocuğu duruşma sırası bekleyen erkek görme olasılığınız çok düşüktür. Ama kadınlar çocuklarını bırakacak kimse bulamadıkları

<sup>82</sup>HATİBOĞLU EREN, s. 92.

<sup>83</sup>UYAP Vatandaş Portalında, vatandaş taraf olarak eklendiği dava ve icra dosyalarını görüntüleyebilmekte elektronik imza yahut mobil imza ile imzaladığı udf formatındaki dokümanı dosyasına sistem üzerinden gönderebilmektedir. Masraf ve harç yatırma işlemleri için UYAP anlaşmalı olduğu bir devlet bankasındaki hesabınızın UYAP’ a bağlı olmasını talep etmektedir. Udf vb. format hariç doküman kabul etmeyen sistem için birçok yazılımı bilgisayarınıza indirip javanızı uyumlu hale getirmelisiniz.

için adliyede saatlerce kapı önlerinde küçük çocukları ile beklemekte üstelik dosyasının ne zaman alınacağını bilmediği ve dosyayı kaçırmak istemediği için hem kendi hem de çocuğunun temel ihtiyaçlarını ötelemektedir. Çoğu adliyede kadınların süt vermesi ve bebek altı değiştirmesi için bebek bakım odası yoktur. Tüm bu fiziksel şartlar kadını hak aramaktan vazgeçirecek noktaya getirebilir.

Arabuluculuk sisteminde de kadının daha iyi imkânlarla müzakereye katıldığından bahsetmek güçtür. Hiçbir erkek müzakere sürecinde çocuğunu bırakabileceği bir yer olup olmadığı endişesi taşımaz. Oysa kadın çocuk sahibi ise ilk önceliği bu düşünce olacaktır. Uygulamada da görülmektedir ki kadınlar görüşmelere çocuklarını da getirmekte, uyuşmazlığın çözümüne odaklanacak motivasyonu kendisinde bulamamaktadır.

Arabulucuya yahut adliyeye erişim kadınlar için sokağa çıkma pratiği açısından da zorlayıcı olmaktadır. Kadınların kentsel-kamusal mekânları kullanma pratiklerine dair yapılan araştırmada, kadınların yaşam alanlarının ev ve mahalle olduğu, yakınlarının izin vermemesi, ev işleri, yaşlı ve çocuk bakımı sebepleri ile kadınların hareket özgürlüklerine engel olduğu, kadınların hane dışı alanla ilişkilerinin genel olarak, ev üzerinden ve birincil ilişkiler üzerinden kurulduğu, kadınların kent içi hareketliliklerinin kısıtlanma sebeplerinin hane içi ilişkiler, güvenlik problemi ve kaygı olduğu tespit edilmiştir<sup>84</sup>.

CEDAW BM Komitesi, seyahat etmekteki zorlukların, ekonomik güçsüzlüğün ve bakımını sağladıkları çocuk yahut yaşlıların, kadınların adalete erişimi açısından büyük sorun teşkil ettiğini vurgulamıştır.

##### **5. Kadınların Adalete Erişiminde Yargısal Maliyetler**

Ataerkil sistemlerde, tüm kaynaklar erkekler tarafından, erkek egemen toplumsal yapıyı sarsmayacak şekilde paylaşılır. Kadınlar sermaye birikiminin, toprağın, üretim araçlarının, yer altı kaynaklarının küresel paylaşımı üzerinde söz hakkına sahip değildir. Erkekler kontrolleri altındaki tüm bu zenginlikleri kullanarak üstyapı üzerindeki belirleyiciliklerini güçlendirirler, dolayısıyla kadınların toplumdaki konumunu değiştirmesi zorlaşır<sup>85</sup>. Bu aslında bir döngüdür ama kadın

<sup>84</sup>HATİBOĞLU EREN, s. 95.

<sup>85</sup>AYATA, s. 57.



ayaklanmaları sayesinde ve gelişen cinsiyet eşitliği kavramı ile kısır döngü olmaktan çıkmıştır.

Kadınların adalete erişimindeki engellerden birisi kadın yoksulluğudur. Dünya Bankası'nın 2022 yılı verilerine göre, dünyada 600 milyon insan yoksulluk sınırının altı olan 2,15 dolardan az bir günlük gelire yaşamını sürdürmeye çalışıyor. Dünyada ortalama 1,2 milyar çok yoksul insanın 3/5 'i kız çocukları ve kadınlarından oluşuyor<sup>86</sup>.

WeForum tarafından hazırlanan 2023 Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Raporu'nda yer alan endekste Türkiye 146 ülke arasında 129. sırada yer alıyor. Bu endekste sıralama ekonomi, sağlık, eğitim ve siyaset alanlarında alınan puanlarla oluşturuluyor<sup>87</sup>. Türkiye'de kadın ve erkek arasındaki makasın en çok açık olduğu alan siyaset ve ekonomi. Ekonomi alanında yer alan farkı rapor şu şekilde özetlemiş "Bir kez daha, kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin en önemli kaynaklarından biri, kadınların işgücü piyasasında yetersiz temsil edilmesidir. İşgücü piyasalarına katılmak, kadınların ekonomik olarak güçlendirilmesi ve çeşitli, kapsayıcı ve yenilikçi organizasyonlar inşa etmek için önemli bir kanal olmuştur. Küresel olarak, nüfus ağırlıklı ortalamalar dikkate alındığında, 15-64 yaşındaki erkeklerin neredeyse %80'i işgücüne katılırken, aynı yaş grubundaki kadınların yalnızca %52,6'sı işgücüne katılmadaki cinsiyet uçurumunun neden %35'in üzerinde kaldığını kısmen açıklamaktadır"<sup>88</sup>.

Rapor sonucundan da anlaşılacağı üzere istihdam politikaları kadından yana değildir. Raporda dikkate değer bir diğer husus ekonomik katılım ve fırsattır. Türkiye bu değerlendirmeye göre 2023 yılında 146 ülke arasında 133. sırada yer alıyor. Türkiye'nin 2023 yılında eşitliğe en uzak olduğu alan ise üst düzey yetkili ve yönetici olarak kadın istihdamıdır<sup>89</sup>. Bu rapora göre Türkiye'nin eşitliğe en uzak olduğu bazı alanlardaki oranlar şu şekilde sıralanabilir:

- Kadınların işgücüne katılım oranı %32,8, erkeklerin ise %70,6.

<sup>86</sup>AYATA, s. 60.

<sup>87</sup>www3.weforum.org, E.T. 30.05.2024.

<sup>88</sup>2023 Global Gender Gap Report, <http://www3.weforum.org>, E.T. 27.05.2024.

<sup>89</sup><https://www.dogrulukpayi.com/bulten/kuresel-cinsiyet-esitsizligi-nde-turkiye-133-sirada>, E.T. 27.05.2024.

- Üst düzey yetkili ve yöneticilerin %19,65'i kadın, %80,35'i erkek.
- Kadınların kazanılan tahmini geliri erkeklerinkinin %24,17'si kadar.
- Mecliste kadınların oranı %17.4, bakanlık görevlerindeki kadınların oranı ise %5.88.

Kadın istihdamının düşük oranda olması tesadüf değildir. Bu durum ataerkil toplumun bir sonucudur. Kimi işkollarında kadınların tercih edilmemesi, kadınların eşdeğer işe eşit ücret almaması gibi istihdam politikaları yanında kadınların eğitime ulaşamaması, geleneksel ve dinsel baskılar, kendilerine biçilen toplumsal cinsiyetçi roller sebebiyle istikrarlı çalışamamaları, birçok işyerinde kreş ve emzirme odasının bulunmaması gibi engeller kadına istihdam hayatında eşitsizlik yaratmaktadır. Çalışan kadınların da pek çoğu özellikle mavi yakalı olarak istihdam edilmektedir. Çünkü kapitalist ataerkil topluma göre kadın ucuz işgücü ihtiyacının karşılamanın önemli bir yoludur. Bu istihdam politikaları kadınları kayıt dışı sektöre itmektir. Ev temizliği gibi işlerde sosyal güvencesiz çalışan kadınların iş güvenliği de söz konusu değildir. Tüm bunların yanı sıra kadınlar ev içinde ve aile işlerinde harcadıkları ücretsiz emek ile küresel ekonomiye görünmez ama devasa bir katkı sunmaktadırlar. UNDP (Taking Gender Equality Seriously) verilerine göre, kadınlar ücretsiz emek harcadıkları zamanlarının yüzde 70'ini aile bireyleri için harcıyorlar<sup>90</sup>.

Bu rakamların temelini daha ciddi bir "çifte mesai" durumunun oluşturduğu, raporda vurgulanmıştır. İş sorumlulukları ile bakım (ev işi, çocuk bakımı ve yaşlı bakımı) sorumluluklarının iç içe geçmesi durumu, özellikle çocuklu haneler için pandemi sırasında yoğunlaşmıştır. Pandeminin başlamasından bu yana erkeklerin evdeki ücretsiz işe katkılarını artırdıklarına dair bazı göstergeler olsa da, bu tür sorumlulukların hala orantısız bir şekilde kadınlara yüklenildiği belirtiliyor. Okulların kapatılması ve dolayısıyla çocuk bakım rutinlerinde yaşanan değişiklikler, işgücüne katılım cinsiyet eşitsizliklerinin artmasına katkıda bulunan ana faktörler arasında yer alıyor. Bu da okul ve kreşlerde çocuk bakımının kadınların işgücü piyasasına eşit şartlarda katılma yeteneklerinde önemli bir kolaylaştırıcı olmaya devam ettiğini gösteriyor<sup>91</sup>.

<sup>90</sup>AYATA, s. 63.

<sup>91</sup>[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2021.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf).

Elbette sonuç olarak kadınların ekonomik hayatta yaşadıkları eşitsizlik, adalete erişimde de kadınların eşitsizliğine yol açacaktır. Kadınlar, ekonomik güçlük içerisinde yargılama yahut alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için gereken harç ve masrafları ödeyemeyecek yahut zorlanacaklardır. Oysa mahkeme harçları, devlet için önemli bir gelir kaynağıdır.

CEPEJ 2012 verilerine göre, devlet tarafından elde edilen yıllık mahkeme harcı veya vergisi Türkiye açısından 637.583.272 Euro'dur<sup>92</sup>.2011 yılında yürürlüğe giren HMK, yargılama giderlerinin peşin alınmasını düzenlediğinden 2011 yılından bu yana dava açan yahut delil bildirmek isteyen karşı taraf bu giderleri "gider avansı"<sup>93</sup> başlığı altında peşin ödemekle yükümlü idi. 28.07.2020 tarihinde HMK' da yapılan değişiklikle, dava açılırken gider avansının peşin alınmasına gerek kalmamıştır. Adalete erişim anlamında bu gelişmeyi olumlu karşılamaktayız. Oysaki Anayasa mahkemesi keşif harcının peşin alınmasına ilişkin maddenin iptalinin istendiği bir davada, adli yardım olanağının olması, harcın haklı bir amaç taşınması, makul ve orantılı olması ilkelerine de aykırı olmadığı gerekçesiyle iptal talebini ret etmişti<sup>94</sup>.

Arabuluculuk sisteminde ise taraflar arabuluculuğun ihtiyari olması durumunda ücretin kim tarafından karşılanacağını anlaşılarak kararlaştırabilirler. Arabuluculuk ücreti, ilk başvuru yapan tarafından karşılanacağı gibi belirli oranlarda tarafların bölüşmesi yahut anlaşma sonucunda diğer tarafın tamamını ödemesi de söz konusu olabilmektedir. HUAK 7. maddesinde arabulucunun ücret ve masraflar için avans talep etme hakkı düzenlenmiş, taraflarca herhangi bir anlaşma yapılmamışsa arabulucu ücreti ve masraflarının taraflarca eşit karşılanması gerektiği belirtilmiştir. Kadınların istihdam oranı, gelir düzeyleri düşünüldüğünde ihtiyari arabuluculuk sisteminde arabulucunun ücret ve masraf avansını karşılayabilmesi çok zordur. Süreç devam ederken her oturum başına doğacak arabuluculuk ücreti de maliyeti arttırmaktadır. Arabuluculuğa ihtiyari başvurmak isteyen tarafın taraf başına, uyuşmazlığın konusunun para olmayan ya da para ile değerlendirilemeyen hallerde

<sup>92</sup>HATİBOĞLU EREN, s. 95.

<sup>93</sup>R.G. 28.09.2014 T. 31969 S.

<sup>94</sup>AYM 22.03.2012 T., 2011/13 E., 2012/45 K.

ilk bir saat için arabulucuya ödemesi gereken asgari rakam 2024 yılı için ortalama 520 TL'dir. Konusu para olan yahut para ile değerlendirilebilecek olan uyuşmazlıklarda ise taraflarca üzerinde anlaşılan miktarın ilk 200.000 TL'si için %6'sından başlayarak oransal olarak azalmaktadır. Bu oranlar ve asgari ücretler Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinde her yıl yeniden düzenlenerek yürürlüğe girmektedir<sup>95</sup>.

Dava şartı arabuluculuk sürecinde ise kanun koyucu arabulucu ücretlerinin ödenmesi hususunda özel düzenlemelere yer vermiştir. İş ve işçi uyuşmazlıklarında dava açmadan arabulucuya başvuru şartını düzenleyen İş Mahkemeleri Kanunu<sup>96</sup> 3. maddesinin 13. fıkrasında tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları halinde, arabuluculuk ücreti aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit karşılabilir düzenlemesi yer almaktadır. Aynı maddenin 14. fıkrasında ise iki saatten az süren görüşmeler sonucunda taraflar anlaşamazlarsa iki saatlik arabuluculuk ücreti Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. İki saatten fazla süren görüşmelerin ücreti taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça eşit olarak arabulucuya ödenir. Yine ticari ve tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk sisteminde aynı düzenlemelerin yer aldığını görmekteyiz.

Bu durumda uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk yoluyla çözülmüş olması yahut zorunlu arabuluculuk sistemiyle anlaşma ile çözülmüş olması halinde başvuru ya da arabuluculuk sözleşmesinin tarafı kadın büyük bir ekonomik yük altına girmektedir. Arabuluculuk sürecinde tarafın ekonomik güçlük yaşaması halinde adli yardımdan faydalanabileceği bilinmektedir. Bu halde kadının yoksulluğunu belgeyerek sulh hukuk mahkemesinden isteyeceği adli yardım talebi ile arabuluculuk sürecinde arabuluculuk ücretini karşılayabileceğini söyleyebiliriz. Fakat uygulamada sık gördüğümüz sorun, maaş almakta olan kişilere adli yardım verilmediğidir. 2024 asgari işçi ücreti 17.002,00 TL olup<sup>97</sup>, bu miktarda maaş almakta olan birisinin aldığı maaşın yarısını kiraya, dörtte birini çocukların okul masraflarına, dörtte birini ise gıda harcamasına zor yetiştirmekteyken, maaşı olduğu için adli yardımdan ve ücretsiz avukat hizmetinden faydalandırılmaması açıkça adalete erişim

<sup>95</sup>R.G. 31.12.2018 T. 30642 S.

<sup>96</sup>R.G. 25.10.2017 T. 30221 S., 7036 SK.

<sup>97</sup> R.G. 30.12.2023 T. 32415 S.

hakkının engelleyecektir. Elbette mahkemeler önüne gelen uyuşmazlık dosyası, arabuluculuk sürecinde bu uyuşmazlığın çözülmesinden çok daha fazla maliyete yol açacaktır. Mahkeme yargısındaki uzun süreçler ve ülkemizin içerisinde bulunduğu enflasyonist ortamda hesaba katıldığında uyuşmazlık konusunun para olduğu durumlarda yine de arabuluculuk süreci kadınlar ve diğer dezavantajlı gruplar için avantaj sağlamaktadır.

## SONUÇ

Kadınlar, toplumsal cinsiyet kalıplarının ve toplumun kültürel kodlarının içerisine hapsolmuş vaziyette iken ve bu kalıplar nedeniyle eşit işe eşit ücret, eşit istihdam olanakları gibi ekonomik olanaklardan eşit faydalanmaktan yoksun bırakılmışken yapılan hiçbir yargılamada eşit şartlarda kürsü önüne gelmediği kabul edilmelidir. Arabuluculuk müessesinin hukukumuzda girmesi ve akabinde yaygınlaşmasıyla kapalı kapılar ardında ve gizlilik esasına tabi yürütülen müzakerelerde arabulucunun mahkeme hâkimine nazaran eşitlik ilkesini çok daha hassas gözetmesi gerekmektedir. Güç dengesizliğini dengeye getirmek için efor sarf eden arabulucu artık efor sarf etmenin çözüm olamayacağı, ortaya çıkan anlaşmanın diğer tarafın dayattığı sonuca katlanması şeklinde olacağı gözleminde ise kendi inisiyatif olarak süreci sonlandırmalıdır. Bu husus gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuat ile arabulucunun açıkça sorumluluğu olarak düzenlenmiş olup, adil ve vicdani sonuçta bu olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- AYATA, Gökçeçek: “Kadınların Adalete Erişimi. Mevzuat, Engeller, Uygulamalar ve Sivil Toplumun Rolü”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- DÜR, Orhan: *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, 2018.
- ERTÜRK, Mustafa: *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÜNDOĞAN, Yurdağül: “Güç Dengesizliği ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Karşısında Arabulucunun Tutumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/4.
- HATİBOĞLU EREN, Burcu: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi İçin Toplumsal Cinsiyet Eylem Planı*, Ankara, 2017.
- KAYA, Emir: *Hukuk Zihniyeti*, İtalik Yayınevi, Ankara, 2016.
- MOORE, Christopher W. : *Arabuluculuk Süreci*, Nobel Yayınları, İstanbul, 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÖZBEK, Mustafa: “Avrupa’da Arabulucuğun İlkeleri Ve Uygulanması”, *Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ÖZBEK, Mustafa: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı””, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2005, s.71-102.
- ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven/ ARSLAN, Şule: *Türk Hukukunda Kadın*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

- 
- PARKINSON, Lisa: “*Aile Arabuluculuğu*”, (Ed.) YÜCEL, Yonca Fatma, Ankara, 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Hukuki Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000.
- SCALES, Ann: *Hukuki Feminizm*, Dost Yayınevi, Ankara, 2019.
- ŞAHİN, Tuğçem/ ÇELİK, Yasin/ RUHİ, A. Cemal: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ŞAHİN, Tuğçem/ ÇELİK, Yasin/ RUHİ, A. Cemal: *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TANRIVER, Süha, “Hukuk Yargısı Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014/53.
- TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, Rıfat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 10.Baskı, Seçkin Yayınları, 2024.
- UYGUR, Gülriz, “Toplumsal Cinsiyet Ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, Ankara Barosu Dergisi, S. 5, 2015.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem: “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi” (Ed.) SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/ YARDIM, Mehmet Ertan: *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- YEŞİLİRMAK, Ali, KEKEÇ, Elif Kısmet, BULUR, Alper: *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, 3. Baskı, Ankara, 2021.



# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Taşınmaz Satışında Tapunun ve Yeni Gelen Değişiklikler Çerçevesinde Noterlerin Yetkisi

\*Hakim Behiye ODABAŞI

### Öz

28.06.2022 tarihli ve 31880 sayılı Resmî Gazete’de, 7413 sayılı Kanun ile Noterlik Kanunu’nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler neticesinde Noterlik Kanunu m. 60, m. 61/A hükümleri ile, tapu müdürlüklerinin yanı sıra noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Yapılan değişikliklerin yürürlük tarihi 28.06.2022 olmasına rağmen, Noterlik Kanunu’na eklenen Geçici Madde 21 ile bu değişikliklerin ilgili bilişim sisteminin kurulduğunun Adalet Bakanlığı resmî internet sitesinde duyurulduğu tarihten itibaren uygulanmaya başlayacağı, bu sisteminin 1/1/2023 tarihine kadar kurulacağı ve Cumhurbaşkanının bu süreyi altı aya kadar uzatabileceği düzenlenmiştir. 01.01.2023 tarihine kadar kurulması öngörülen bilişim sisteminin kurulumu belirlenen tarihte tamamlanamamış ve Kanun’un verdiği yetki ile bu değişikliklerin uygulanmaya başlanması 6616 sayılı CBK ile 01.07.2023 tarihine kadar uzatılmıştır. Noterde yapılacak ilk taşınmaz satış işlemi; Adalet Bakanı’nın da katılımı ile 04.07.2023 tarihinde, yeni sistemin tanıtılmasının ardından Ankara 65. Noterliği tarafından gerçekleştirilmiştir. Böylece taşınmaz satışında yeni bir döneme girilmiştir. Bu çalışmamızda öncelikle taşınmaz satışı konusunda teorik bilgilere yer verilecek ve taşınmaz satış sözleşmesinin şekli ile ilgili eski uygulamanın nasıl olduğuna değinilecektir. Ardından 04.07.2023’te uygulanmaya başlanan yeni düzenleme, eski düzenleme ile karşılaştırılarak eleştirel bir bakış açısıyla incelenecek ve bu düzenlemenin faydaları, zararları ve olması gereken yönüyle ayrıntılı bilgi verilecektir. Özetle taşınmaz satış sözleşmesinde tapu ve noterin yetkisi konusu işlenecektir.

### Anahtar Kelimeler

Noterde Taşınmaz Satışı, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Taşınmaz Satış Sözleşmesi, Noterlere Verilen Taşınmaz Satış Yetkisi, Tasarruf İşlemi ile Taahhüt İşlemi.

\* T. C. Adalet Bakanlığı, Hakim, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, odabasibehiye@gmail.com, ORCID: 0009-0005-6525-4452.

\*Bu makale hakem denetiminden geçmiştir\*.

Gönderilme Tarihi: 27 Mart 2024 / Kabul Tarihi: 20 Mayıs 2024.





## ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

### **The Authority of the Land Registry in Real Estate Sales and the Authority of Notaries in Light of Recent Changes**

#### **Abstract**

With the Law No. 7413 published in the Official Gazette dated 28.06.2022 and numbered 31880, some amendments were made to the Notary Public Law. As a result of these amendments, with the provisions of Art. 60 and Art. 61/A of the Notary Public Law, notaries, as well as land registry offices, were authorized to execute immovable sale agreements. Although the effective date of the amendments is 28.06.2022, Provisional Article 21 added to the Notary Public Law stipulates that these amendments will be implemented as of the date of the announcement of the establishment of the relevant information system on the official website of the Ministry of Justice, that this system will be established until 1/1/2023 and that the President of the Republic may extend this period up to six months. 01.01.2023, the establishment of the information system could not be completed on the specified date, and with the authorization granted by the Law, the implementation of these amendments was extended until 01.07.2023 with the CBK No. 6616. The first real estate sale transaction to be conducted at a notary public was realized by the 65th Notary Public of Ankara on 04.07.2023 with the participation of the Minister of Justice, following the introduction of the new system. Thus, a new era has entered in the sale of real estate. In this study, firstly, the theoretical information on the sale of immovable property will be given and how the old practice regarding the form of the immovable property sale contract was. Then, the new regulation, which started to be implemented on 04.07.2023, will be examined from a critical point of view by comparing it with the old regulation and detailed information will be provided on the benefits, damages and should-be aspects of this regulation. In summary, the authority of the title deed and notary in the immovable sale contract will be discussed.

#### **Keywords**

Sale of Real Estate at Notary Public, Contract of Promise of Sale of Immovable Property, Contract of Sale of Immovable Property, Authorization of Notaries to Sell Real Estate, Savings Transaction and Commitment Transaction.

## GİRİŞ

Taşınmaz satış sözleşmeleri, satış sözleşmelerinin bir çeşidi olup konusunu taşınmaz malların oluşturduğu ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu sözleşmeleri diğer satış sözleşmelerinden ayıran etkenlerden birisi de sözleşmenin geçerli olması için resmi şekil şartının gerekmesidir. Geçerlilik şartına uyulmadan yapılan sözleşme öğretideki hâkim görüşe göre kesin hükümsüzlükle sonuçlanacaktır. Son derece önemli olan resmi şekil şartı konusunda, taşınmaz satış sözleşmelerine resmiyeti kazandıracak makamın neresi olacağı noktasında yakın zamanda kanunda bazı değişikliklere gidilmiştir.

Noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmesinden önceki durumda, taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi sadece tapu müdürlüğünde idi. Taşınmaz satışı ile ilgili teorideki ilgili hükümler ile tapu uygulaması arasında bazı farklılıklar ve çelişkiler mevcuttu. Uygulamadaki bu farklılıkları ve yeni gelen düzenleme ile bu çelişkilerin giderilip giderilmediğini de bu çalışmamızda inceleyeceğiz. Örneğin; değişiklikten önceki uygulamada tapu memurları, hukuka aykırı olarak, özellikle koşula veya vadeye bağlı taşınmaz satış sözleşmesi yapmaktan kaçınmakta ve bu taleple gelen vatandaşları noterlere yöneltmekteydiler. Çünkü noterler her ne kadar eskiden taşınmaz satış sözleşmesi yapmasalar da Noterlik Kanunu gereğince “taşınmaz satış vaadi sözleşmesi” yapmaya yetkiliydiler. Noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmesinin gündeme gelmesinde; tapunun, zaten taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaya yetkili olan noterlere yaptığı bu yönlendirmelerin de etkili olduğunu söylemek mümkündür. Noterlere taşınmaz satış yetkisi verilmesiyle birlikte, uygulama ile teori arasındaki çelişkilerin düzeleceği yönünde öğretide görüşler ileri sürülmüştü. Peki yapılan değişiklik ile bu çelişkiler giderildi mi? Yeni gelen düzenlemeyi ayrıntılı bir şekilde inceleyerek bu soruya cevap arayacağız. Yine bu değişikliğin getirdiği faydalar ve sakıncalar ile değişikliğin, noterlerin sorumluluğuna etkisi konusuna da bu çalışmamızda değineceğiz.

## I. TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ

### A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

6098 sayılı TBK’da düzenlenen satış sözleşmelerinin tanımı TBK m. 207/1’de yer almaktadır. Bu tanıma göre satış sözleşmesi, satıcının satış konusu olan malın

zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmeyi üstlendiği alıcının ise devralacağı mala karşılık olarak satıcıya bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir<sup>1</sup>. Alıcının ödeyeceği bedel mutlaka bir miktar para şeklinde olmalıdır. Para yerine satılan malın karşılığında örneğin bir taşınır mal verilmesi satış sözleşmesine değil trampa sözleşmesine veya hem mal hem de para şeklinde karşılık verilmesi de karma bir sözleşmeye sebebiyet verecektir<sup>2</sup>.

Bu tanımda dikkat edilmesi gereken ve dikkat edilmediğinde ileride taahhüt işlemi ile tasarruf işlemi arasındaki farkların anlatıldığı kısımda bahsedeceğimiz uygulama hatalarına yol açan önemli bir konu vardır. Dikkat etmek gerekir ki satış sözleşmesinin yapılması, satıcının alıcıya satılan malın zilyetliğini ve mülkiyetini; alıcının da satıcıya, satış konusu malın karşılığı olan, paranın zilyetliğini ve mülkiyetini geçirdiği anlamına gelmez. Bir diğer anlatımla iki taraf da yapılan sözleşmeyle birlikte sadece bunları yapma konusunda bir borç altına girmektedirler<sup>3</sup>. Açıklanan bu sebeplerle satış sözleşmelerinin ve konumuzu oluşturan taşınmaz satış sözleşmesinin hukuki niteliğinin; borç doğuran ve satış konusu mal ile mala ilişkin ödenecek bedelin birbirinin karşılığı olması sebebiyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğunu ifade edebiliriz<sup>4</sup>.

Devam etmek gerekirse bu sözleşmeler karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulacakları için aynı zamanda rızai sözleşmelerdendir<sup>5</sup>. Ayrıca sözleşmenin

---

<sup>1</sup> KALENDER, Ahmet: “Taşınmaz Satış Sözleşmesinde Menfi Zararın Hesaplanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 127, Yıl 2017, s.25; TBK m.207/1; “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”

<sup>2</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel: *Türk Borçlar Kanunu'na Tabi Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Ayıptan Doğan Sorumluluk*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2022, s.10-11.

<sup>3</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Cilt 38 Sayı 1, Yıl 1981, s. 209; “...Zira Türk-İsviçre hukuklarında sözleşme mülkiyeti devir sonucunu doğuran bir hukuksal işlem olmayıp, sadece mülkiyeti devir borcu doğurur.”; KALENDER, Ahmet, s.25; YILDIRIM, Abdülkerim: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Taşınmaz Satışında Hasarın İntikali”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 31, Sayı 2, Yıl 2015, s. 267.

<sup>4</sup> YILDIRIM, Abdülkerim, s.267.; Şenol, A. Nilay, “Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (KHÜHFD)*, Cilt 8, Sayı 2, Yıl 2020, s.358.; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.6-7.

<sup>5</sup> ŞENOL, A. Nilay, s.358.; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.7.

kurulması ile birlikte doğan borç ilişkisi ani ve tek bir edimle ödeneceğinden bir diğer anlatımla sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmediğinden taşınmaz satış sözleşmesinin ani edim içeren bir sözleşme olduğunu söylemek de mümkündür<sup>6</sup>. Son olarak taşınmaz satış sözleşmeleri kanunda sebebe bağlı(illi) olarak düzenlenen bir sözleşmedir<sup>7</sup>.

Satış sözleşmesinin taşınır satışı, taşınmaz satışı, tüketici satışı, ticari satış, milletlerarası mal satım sözleşmeleri gibi çeşitleri bulunmaktadır<sup>8</sup>. Taşınmaz satış sözleşmesi ile taşınır satış sözleşmesi, isminden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin konusunu oluşturan varlıklar noktasında ayrıştıkları gibi şekil konusunda da ayrışmaktadırlar. Taşınır satış sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için herhangi bir şekil şartı aranmaz iken taşınmaz satış sözleşmesinin geçerliliği için ileride ayrıntılı bahsedeceğimiz üzere resmi şekil gerekmektedir<sup>9</sup>.

Son olarak kanun koyucu, kanunda taşınmaz satışıyla ilgili ayrıntılı düzenlemelere taşınır satışından daha az yer vermiş ve taşınmaz satışında hüküm bulunmayan konularda taşınır satışına ilişkin kuralların uygun düştüğü ölçüde taşınmaz satışı için de geçerli olacağını düzenlemiştir<sup>10</sup>.

Konumuz gereğince bu çalışmamızda satış sözleşmelerinin çeşitlerinden sadece taşınmaz satış sözleşmeleri üzerinde durulacaktır.

## **B. Temel Unsurları**

### **1. Taşınmaz Mal**

Satış sözleşmeleri, TMK m.207'de düzenlenmiş olup bu sözleşmelerin konusunu taşınır ve taşınmaz mallar gibi maddi varlıklar oluşturabileceği gibi elektrik enerjisi, alacak hakkı gibi maddi olmayan varlıkların da oluşturması mümkündür.

---

<sup>6</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.7.

<sup>7</sup> Bakınız (Bkz.); TMK m.716/1; “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”; TMK m.1024/2; “Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.”

<sup>8</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.4-6.

<sup>9</sup> ŞENOL, A. Nilay, s.358; KALENDER, Ahmet, s.26.

<sup>10</sup> TBK m.246; “Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır.”; Kalender, Ahmet, s.26; “...taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır.”

Sözleşmenin konusu olan eşyanın misli veya misli olmamasının da bu anlamda bir önemi bulunmamaktadır<sup>11</sup>.

Taşınmaz satış sözleşmesinin konusunu ise isminden de anlaşılacağı üzere sadece taşınmaz nitelikli varlıklar oluşturmaktadır<sup>12</sup>. Taşınmaz satış sözleşmeleri TBK m.237 ve devamında düzenlenmiş olsa da taşınmaz kavramından ne anlaşılması gerektiği TMK m.704'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre taşınmazlar üçe ayrılmaktadır. Bunlar; araziler, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kayıtlı bağımsız ve sürekli haklar ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca kat mülkiyetinde kayıtlı olan bağımsız bölümlerdir<sup>13</sup>

“Arazi”, sözlükte; “*genellikle, üzerinde yerleşim yeri bulunmayan, ekilebilen ya da boş toprak*” olarak tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Kadastro çalışmaları ile arazinin sınırları belirlenir ve araziler bu sınırlar sayesinde diğer arazilerden parseller ile ayrılırlar<sup>15</sup>. TMK m.718'e göre bir arazi üzerinde mülkiyet sahibi olan kimsenin mülkiyet hakkı, kullanmasında yararı olduğu ölçüde arazinin üzerindeki hava katmanını ve arazinin altındaki arz katmanlarını da kapsamaktadır. Ayrıca bu mülkiyetin kapsamına kanuni sınırlamalar saklı kalmak üzere varsa kaynaklar, yapılar ve bitkiler de girmektedir<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.9.

<sup>12</sup> KALENDER, Ahmet, s.25.

<sup>13</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Cilt 72, Sayı 1, Yıl 2023, s. 145-146.; TMK m.704; “*Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1. Arazi, 2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.*”; KALENDER, Ahmet, s.26; “*Taşınmaza ait paylı mülkiyet payının satışı da taşınmaz satış sözleşmesinin konusunu oluşturur.*”

<sup>14</sup> Oxford Languages tarafından sağlanan Google'ın Türkçe Sözlüğü.

<sup>15</sup> 3402 sa. Kadastro Kanunu m.1; “*Bu Kanunun amacı, ülke koordinat sistemine göre memleketin kadastral veya topoğrafik kadastral haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukukî durumlarını tespit etmek suretiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun öngördüğü tapu sicilini kurmak, mekânsal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmaktır.*”

<sup>16</sup> TMK m.718; “*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer*”

Kanunda sayılan bir diğer taşınmaz olan “bağımsız ve sürekli haklar”, nitelikleri itibarıyla irtifak hakları içerisinde yer alsalar da kanun koyucu, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kayıtlı olmaları hâlinde bu hakları taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak kabul etmiştir<sup>17</sup>.

Son olarak “kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin” kapsamı ise Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) m.1/1’de belirtilmiştir<sup>18</sup>. Bu maddeye göre bağımsız bir bölümden bahsedebilmek için öncelikle tamamlanmış bir yapı bulunmalıdır. Bu tamamlanmış yapının ayrı ayrı ve başlı başına kullanılması mümkün olan bazı bölümlerinin taşınmazlardan sayılan kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm olduğu ifade edilmektedir. Bahsedilen bağımsız bölümlerin ne olabileceği düşünüldüğünde ilk akla gelen daireler olabileceği gibi o yapıda bulunan dükkân, mağaza, iş bürosu ve hatta depolar da bu kapsama dahildir<sup>19</sup>.

Dikkat etmemiz gereken bir diğer husus TMK’daki taşınmazlar tanımlanırken “kat mülkiyeti” kelimesinin kullanılmış olmasıdır. Öyleyse kat irtifakına tabi bir bağımsız bölümün taşınmazlardan sayılmayacağını söylemek mümkündür. Kat irtifakının nasıl kurulacağı aynı maddenin bir sonraki fıkrasında düzenlenmiş olup bir kat mülkiyeti ile kat irtifakı arasındaki temel farkın yapının tamamlanıp tamamlanmadığı noktasında ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Bu maddeye göre yapımına hiç başlanmamış veya başlanmış olmasına rağmen henüz tamamlanmamış bir yapı üzerinde ileride tamamlandığında kat mülkiyetine geçilmek üzere kat irtifakı kurulabileceği ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Sonuç olarak henüz tamamlanmayan yapılar üzerinde kurulan kat irtifakına tabii yerler taşınmaz satış sözleşmesine konu olamazken tamamlanan bir yapıda kat mülkiyeti kurulmuş ise bu

<sup>17</sup> SEZER, Ahmet: “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 150, Yıl 2019, s.367.

<sup>18</sup> KMK m.1/1; “*Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir.*”

<sup>19</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.26.

<sup>20</sup> KMK m.1/2; “*Yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının, birinci fıkrada yazılı nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre irtifak hakları kurulabilir.*”

yapının ayrı ve bağımsız kullanılabilen bölümleri, taşınmaz satış sözleşmesine konu edilebilecektir<sup>21</sup>.

Taşınmaz satış sözleşmesine konu edilemeyecek taşınmazlar da bulunmaktadır. Örneğin, TMK m.999 gereğince özel mülkiyete tabi olmayan taşınmazlar ile kamunun yararlanması için tahsis edilen taşınmazlar, taşınmaz satış sözleşmesine konu olamazlar<sup>22</sup>. Yine özel mülkiyete tabi olsa dahi bir taşınmaz tapuya kayıtlı değilse bu yerin de taşınmaz satış sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağına dikkat etmek gerekir<sup>23</sup>. Çünkü, bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında da belirtildiği üzere; tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışı, taşınır satış hükümlerine tabidir<sup>24</sup>. Konuya ilişkin bir diğer örnek ise, TMK m.704'te sayılmayan fakat başka kanunlar tarafından taşınmaz olarak kabul edilen eşyalardır (örneğin sicile kayıtlı gemiler<sup>25</sup>). Bu eşyalar, her ne kadar başka kanunlarda taşınmaz olarak kabul edilse dahi TMK m.704'te sınırlı sayıda sayılan taşınmazlardan olmadıkları için bu eşyalara TMK hükümleri de uygulanmayacak olup taşınmaz satış sözleşmesine konu edilemeyeceklerdir<sup>26</sup>.

Kural olarak bir taşınır eşya, taşınmazın bütünleyici parçası hâline gelmiş ise bu taşınırlar da taşınmaz satış sözleşmesine dahildir<sup>27</sup>. Fakat istisnaen; ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi taşınmazdan ayrıldıktan

<sup>21</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.26.

<sup>22</sup> KALENDER, Ahmet, s.26; “Ancak, kamu malı niteliğindeki taşınmazlar, kural olarak taşınmaz satış sözleşmesinin konusunu oluşturmaz.”; TMK m.999; “Özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynı hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz.”

<sup>23</sup> KALENDER, Ahmet, s.26; “TBK’da, ana hatlarıyla düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi, sadece tapuya veya zabıt defterine kaydedilmiş olan tapulu taşınmazların satışını kapsar. Tapusuz taşınmazlar, kural olarak taşınır satış sözleşmesinin hükümleri ne tabidir. Bu nedenle, resmi şekilde yapıma şartı, sadece tapulu taşınmazlar açısından geçerlidir.”; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.27;

<sup>24</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Esas (E.) 2007/424, Karar (K.) 2007/431, Tarih (T.) 20.06.2007; “...Dava konusu taşınmaz, tapusuz bir yerdir. Tapusuz bir taşınmaz satış ve devir bakımından menkul hükmünde sayılır. TMK.nun 763.maddesine göre, bir menkulün mülkiyeti satış ve devir ile alıcısına geçer...”

<sup>25</sup> 2004 sayılı İİK m.136; “Taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında da uygulanır...”

<sup>26</sup> YILDIRIM, Abdulkerim, s.272; SEZER, Ahmet, s.367-368.

<sup>27</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.16; SEZER, Ahmet, s.367.

sonra mülkiyeti devredilebilecek taşınırın satılması, ilgili taşınmazın satışından ayrı olarak taşınır satışının konusunu oluşturmaktadır<sup>28</sup>.

## 2. Semen (Bedel)

Semen de -taşınmaz mal gibi- tarafların üzerinde anlaşmasının şart olduğu taşınmaz satış sözleşmesinin objektif, kurucu esas unsurlarından bir diğeridir<sup>29</sup>. Daha önce kısaca bahsettiğimiz gibi bir taşınmaz satış sözleşmesinde, satış konusu olan taşınmaz malın karşılığı olacak olan bedelin mutlaka bir miktar para şeklinde olması için anlaşma sağlanmalıdır aksi halde trampa veya karma sözleşme gibi satış sözleşmesi dışında başka sözleşmelerin kurulmasına neden olunur<sup>30</sup>.

Her ne kadar Anayasa ve TBK’da güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü gereğince taraflar diledikleri sözleşmeyi yapabilir ve diledikleri kayıtları ekleyebilirlerse de bu özgürlüğün bir sınırı vardır<sup>31</sup>. Bu sınırlamalar TBK’nın 27. maddesinde belirtilmiş olup bu maddeye göre bir sözleşme kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik hakkına aykırı olamaz ve ileride daha detaylı anlatılacağı üzere bir sözleşmenin konusunun imkânsız da olmaması gerekir. Aksi halde bu maddeye uyulmadan yapılacak sözleşmelerin kesin hükümsüzlükle sonuçlanacağı hüküm altına alınmıştır<sup>32</sup>. Kanunun 28. maddesinde ise edimler arasında açık orantısızlığın bulunması hâli düzenlenmiş olup bu maddeye göre taşınmaz mal ile bedeli arasındaki her açık orantısızlık aşırı yararlanmaya sebebiyet vermez. Fakat bu orantısızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise bu durumda m.28 uygulama alanı bulacaktır. Bu maddeye göre

<sup>28</sup> TBK m.209/2; “Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünlüyci parçaların satılması da taşınır satışındır.”

<sup>29</sup> TBK m.207; “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”

<sup>30</sup> YILDIRIM, Abdülkerim, s.274.; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.11.

<sup>31</sup> Anayasa m.48/1; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...”; TBK m.26; “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”; ŞENOL, A. Nilay, s. 366.

<sup>32</sup> TBK m.27; “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”



böyle bir durumda zarar gören sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa, maddede yazan süreler içerisinde bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilecektir<sup>33</sup>. Öyleyse konumuz açısından, bir taşınmaz satış sözleşmesinde, satış konusu olan malın bedeli; TBK m.27’de belirtilen kriterlere uygun olduğu sürece ve yapılan anlaşma m.28’deki gabine sebebiyet vermeyecek şekilde tarafların bedel konusunda diledikleri miktarı kararlaştırabileceklerini söylemek mümkündür<sup>34</sup>.

Bedelin mutlaka ülke para birimi ile kararlaştırılma zorunluluğu da bulunmamaktadır<sup>35</sup>. Fakat bu konuda bazı ayrıcalıklı düzenlemelerin yapıldığını da görmekteyiz. İlgili düzenlemeleri içeren TBK 99. maddesi aynen şu şekildedir; *“Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.”* Bu maddeyi bir örnekle açıklayalım. Örneğin; Türkiye’de yapılan bir taşınmaz satış sözleşmesinde, sözleşme konusu olan arsanın karşılığında üç bin dolar ödeneceği konusunda taraflar anlaşmış olsunlar. Taraflar yaptıkları bu sözleşmeye ayrıca, mutlaka dolarla ödeme yapılmasına dair kayıt koymuşlar ise borç mutlaka dolar olarak ödenmelidir. Fakat taraflar üç bin dolara anlaşmış olmalarına rağmen aynen ödemeye dair başkaca bir kayıt belirtmemişler ise bu durumda borçlunun temerrüde düşüp

---

<sup>33</sup> TBK m.28; *“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”*

<sup>34</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.12.

<sup>35</sup> TBK m.99; *“...Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa...”*

düşmemesine göre ikili bir ayrıma gidilecek ve “borçlu temerrüte düşer ise” alacaklının bazı seçimlik hakları doğacaktır. Alacaklı dilerse kararlaştırılan doları talep edebilecek dilerse de kararlaştırılan doların ülke parası olan TL üzerinden arsanın rayiç değeri ne ise onu talep edebilecektir. Üstelik ikinci seçeneği seçen alacaklının rayiç değer belirlenirken hangi tarihin dikkate alınacağı da yine alacaklının seçimine bağlı olacaktır. Alacaklı ister vade günündeki rayiç değer, isterse de fiili ödeme günündeki rayiç değer hesabına katılmasını isteyebilecektir. Borçlunun temerrüde düşmemesi ihtimalinde ise borçluya bu konuda bir seçimlik hak tanınmıştır. Borçlu her ne kadar dolar üzerinden anlaşma yapmış olsa da aynen ödeme kaydı yok ise dilerse ödeme günündeki rayiç üzerinden borcunu TL ile TBK m.99 gereğince ödeyebilecektir.

Satış sözleşmelerini tanımlayan TBK'nin 207. maddesine göre bedelin sözleşme kurulduğu esnada var olması şart olsa da bu bedelin mutlaka belirli olmasına gerek yoktur. Belirlenebilir bir bedelin varlığı, geçerli bir satış sözleşmesinin kurulması için yeterli olacaktır<sup>36</sup>. Satış bedelinin belirlenmesi ise TBK m. 233'te düzenlenmiş olup satış bedeli belirtilmeden yapılan sözleşmelerde bedelin, ifa yeri ve ifa zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Fakat öğretide taşınmaz satış sözleşmeleri için bedelin belirlenebilir olmasının yeterli olmayacağı çünkü bu sözleşmelerin resmi şekilde yapılmak zorunda olduğu, bu nedenle bedelin mutlaka belirli olması ve resmi taşınmaz satış sözleşmesinde gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>37</sup>. Tüm satış sözleşmeleri için geçerli olan TBK'nin 207. maddesinde belirlenebilir olmasının yeterli olduğu açıktır. Kanunda taşınır satışı başlığı altında yer alan 233. madde yine aynı yöndedir. Taşınmaz satışı başlığı altında yer alan 246. maddede ise taşınır satışına ilişkin kuralların kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanacağı düzenlenmiştir ve bu başlık altında bedel konusunda başkaca bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenlerle öğretide savunulan bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce, taşınmaz satış sözleşmelerinde de bedelin belirlenebilir olması yeterlidir.

<sup>36</sup> TBK m.207/3; “Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.”

<sup>37</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.12-13; YILDIRIM, Abdulkemal, s.274.

### 3. Tarafların Anlaşması

TBK'nın irade açıklaması başlıklı 1. maddesi aynen şu şekildedir; *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.”* Bu cümlede geçen karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanını tarafların anlaşması olarak ifade edebiliriz.

Taşınmaz satış sözleşmesinin kurulabilmesi için satıcının satış konusu olan taşınmaz malın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmesi, alıcının ise devralacağı mala karşılık olarak satıcıya bedel ödemesi konusunda tarafların anlaşmış olmaları şarttır<sup>38</sup>. Çünkü 1. maddede düzenlendiği gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklandığı an sözleşme kurulacaktır. İleride ayrıntılı bahsedileceği üzere taşınmaz satış sözleşmeleri resmi şekle tabi oldukları için bu konudaki karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin de mutlaka resmi şekilde açıklanması gerekmektedir<sup>39</sup>.

Tarafların iradesinin esaslı olan bütün unsurlarda uyuşması gerekir<sup>40</sup>. Taşınmaz satış sözleşmelerinin objektif esaslı unsurları; taşınmaz mal, bedel ve tarafların anlaşması olduğu için bu esaslı unsurlar dışında kalan konularda sözleşmede herhangi bir anlaşma belirtisi bulunmuyor olsa bile sözleşme yine de kurulmuş demektir. Fakat tarafların objektif esaslı unsurlar dışındaki konuları subjektif esaslı unsurlar hâline getirmeleri de mümkün olup bu durumda geçerli bir sözleşmeden bahsedebilmemiz için tarafların artık subjektif esaslı unsurlar üzerinde de uyuşma sağlamaları gerekmektedir<sup>41</sup>. Bu konuya ileride tekrar değinilecektir. Temel unsurlar haricindeki; malın kalitesi, borcun yerine getirilme zamanı ve yeri gibi diğer tüm unsurlar TBK m. 83, 84, 211, 213, 232 ve 234 ile çözüme kavuşturulacaktır<sup>42</sup>.

### C. Uygulanacak Temel İlkeler

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında uygulanacak bazı temel ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeleri aleniyet ilkesi, belirlilik ilkesi, tapu siciline güven ilkesi,

<sup>38</sup> YILDIRIM, Abdulkerim, s.273.; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.13.

<sup>39</sup> ÇABRİ, Sezer: “Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHFHAD)*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s.591; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.13-14.

<sup>40</sup> YILDIRIM, Abdulkerim, s.273.

<sup>41</sup> YILDIRIM, Abdulkerim, s.274.

<sup>42</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.15.

tescille kazanım ilkesi, sebebe bağlılık ilkesi, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi ve hak düşürücü süre ile zamanaşımının işlememesi ilkesi olarak sınıflandırabiliriz<sup>43</sup>.

Aleniyet ilkesinden başlamak gerekirse, “aleniyet” açıklık anlamına gelen bir kelimedir ve bu ilkenin dayanağını TMK m. 1020/1 oluşturmaktadır<sup>44</sup>. Bu maddede tapu sicilinin herkese açık olduğu düzenlenmektedir. Aleniyet ilkesi olarak adlandırılan bu durum eşya hukukunda benimsenen bir ilke olup taşınır ve taşınmazlarda farklı olarak kendini göstermektedir. Taşınırlarda zilyetlik ile açıklık sağlanırken taşınmaz mülkiyeti ise ancak tapu sicili ile açıklık kazanmaktadır<sup>45</sup>.

Belirlilik ilkesinin dayanağını oluşturan madde TMK’nın 1000/1. maddesi olup bu ilkeye göre bir taşınmaz ile ilgili yapılan tüm işlemler ve aynı haklar sadece tapu sicilinde ilgili taşınmaz için özel olarak açılan sayfaya kaydedilmelidir. İlgili maddeye göre her taşınmaz için ayrı bir sayfa açılır ve sayfa sayıları birbirini takip eder<sup>46</sup>.

Tapu siciline güven ilkesinin dayanağını TMK m. 1023 oluşturmakta olup bu ilke isminden de anlaşılacağı üzere sadece taşınmazları ilgilendiren bir ilkedir. Bu ilke gereğince tapudaki yolsuz tescille güvenerek aynı hak sahibi olan kişinin hakkı, bu kimse iyiniyetli ise korunacaktır<sup>47</sup>. Bu durum tescilin olumlu etkisi olarak da adlandırılır<sup>48</sup>.

Tescille kazanım ilkesi yine isminden anlaşılacağı üzere tapu siciline egemen olan ilkelere bir diğeridir. Bu ilkenin dayanağını TMK m. 705/1 ve m.1021 oluşturmaktadır. İlgili maddelere göre bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılması ile

<sup>43</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.41-45.

<sup>44</sup> TMK m.1020/1; “*Tapu sicili herkese açıktır.*”

<sup>45</sup> AYAN, Mehmet; *Eşya Hukuku I- Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, 2016, s.43.; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.42; ANTALYA, O. Gökhan: “Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, *MÜHFHAD*, Cilt 23, Sayı 3, Yıl 2017, s.421.

<sup>46</sup> TMK m. 1000/1; “*Her taşınmaza kütükte bir sayfa ayrılır ve sayfa numaraları birbirini izler.*”

<sup>47</sup> TMK m.1023; “*Tapu kütüğündeki tescille iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*”

<sup>48</sup> AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku I*, s.396; “*...tescilin olumlu hükmü “iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ilkesi” olarak da nitelendirilebilir.*”; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.42.

kurulması kanunen tescile bağlı olan bir aynı hakkın kazanılması sadece tapu siciline yapılacak tescil ile mümkün olabilir<sup>49</sup>.

Sebebe bağlılık ilkesine göre tescil işlemi için gerekli olan tüm kayıtlar geçerli bir hukuki sebebe dayanmalı veya bağlayıcı bir hukuki işleme dayanmalıdır<sup>50</sup>. Bu ilkenin dayanağını TMK m. 1024/2 oluşturmaktadır. İlgili düzenlemeye göre bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun olan tesciller yolsuz tescil hâline gelmektedir<sup>51</sup>. Yolsuz tescilin sonucunda ise yukarıda bahsettiğimiz gibi tapu siciline güven ilkesi devreye girecek ve bu yolsuz tescile güvenerek hak sahibi olan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır. Dolayısıyla sebebe bağlı olmayan tescil nedeniyle gerçek hak sahibinin mağduriyeti söz konusu olabilecektir.

Sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi, bir diğer ismiyle numerus clausus ilkesi, aynı haklar açısından geçerli olan bir diğer ilkedir<sup>52</sup>. Bir diğer ifadeyle borçlar hukukunun konusu olan sözleşmelerde, sözleşme serbestisi ilkesi geçerli iken; eşya hukukunun konusu olan aynı haklarda ise; sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi geçerlidir<sup>53</sup>. Bu farkın sonucu olarak daha önce de ifade ettiğimiz gibi bir kimse TBK m.27'deki kriterlere aykırı olmamak şartı ile dilediği sözleşmeyi yapabilir ve dilediği koşul ve vadeyi sözleşmeye ekleyebilirken<sup>54</sup> bir aynı hakkın içeriğini değiştirmek, örneğin bir taşınmazın tescilini şarta bağlı olarak yapmak veya tescil talebine vade eklemek ise mümkün değildir; fakat şartları varsa geçersiz olan bu aynı işlem, tahvil yolu ile bir borç işlemi olarak hüküm doğurabilir<sup>55</sup>. Yine bu ilkenin bir sonucu olarak kanunda yazılan aynı haklar dışında yeni aynı hakların kurulması mümkün değildir.

<sup>49</sup> TMK m.705/1; “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*”; TMK m.1021; “*Kurulması kanunen tescile tâbi aynı haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz.*”; ÇABRİ, Sezer, s.593; ŞENOL, A. Nilay, s.358.

<sup>50</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.43.

<sup>51</sup> TMK m.1024/2; “*Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.*”

<sup>52</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.43.

<sup>53</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.43-44.

<sup>54</sup> Bkz. dipnot 30 ve 31.

<sup>55</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, s.27-28; “*Borçlar Hukukunda sözleşme serbestisi prensibi geçerli olduğu için taraflar kanunlarda düzenlenen sözleşme tipleri dışında yepyeni sözleşmeler yapabildikleri, bir sözleşme tipinde de sözleşmenin içeriğini emredici hukuk kurallarına, ahlâk ve âdaba aykırı düşmemek şartıyla diledikleri gibi düzenleyebildikleri halde, aynı imkân aynı haklarda mevcut değildir. Ancak Kanunda öngörülen aynı haklar kurulabilir. Buna "sınırlı sayı" (numerus clausus) prensibi denir...O*

Son olarak hak düşürücü süre ile zamanaşımının işlememesi ilkesi, bir kimsenin sahip olduğu aynı hakkını uzun yıllar boyunca kullanmaması hâlinde dahi aynı hakkını kaybetmeyeceği anlamına gelir<sup>56</sup>. Kanunda bu konuda herhangi bir zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Kanunda düzenlenen olağan veya olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkının kazanılması ise kanun koyucunun tanıdığı ayrıcalıklı bir durumdan kaynaklanmakta olup bu şekilde kazanmanın olması aynı haklarda zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin bulunduğu anlamına gelmemektedir<sup>57</sup>.

#### D. Taşınmaz Satışı Sonucunu Doğuran Sözleşmeler

Taşınmaz satış vaadi, ön alım, alım, geri alım gibi bazı sözleşmeler taşınmaz satış neticesini doğurmaktadır<sup>58</sup>. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bir ön sözleşme olup bu konuya, makalemizdeki “uygulanacak şekil şartı” başlığı adı altında ileride değinilecektir.

Ön alım sözleşmesi kanundan ve sözleşmeden kaynaklanabilir<sup>59</sup>, konumuz gereğince sadece sözleşmeden doğan önalım hakkından bahsedeceğiz. Ön alım sözleşmesi yapıldığında önalım hakkı isteyen kişi; bir malın ileride satılması durumunda o malı öncelikli olarak satın alma hakkına sahip olur<sup>60</sup>. Alım sözleşmesi ise bir malın satışa çıkarıldığı zaman alım yapamasa da ileride satın alma düşüncesi olan kişi tarafından o malın sahibiyle yapılan bir sözleşmedir<sup>61</sup>. Geri alım sözleşmesi

---

*halde bireylerin, kanundaki tipler dışında bir aynı hak yaratmaya veya kanunda düzenlenen bir aynı hakkın içeriğini kanunun çizdiği sınırı aşarak değiştirmeye yönelik işlemleri, bu sonuçları sağlama gücünden yoksundur, hükümsüzdür. Çünkü konusu olanaksızdır. Fakat bu işlem sadece borç doğuran bir işlem olarak geçerli sayılmak için gerekli şartları taşıyorsa, bu takdirde sözü geçen işlemin bir borç işlemi olarak hüküm doğurması kabul edilebilir.” Bu, hukuki işlemlerde tahvil (conversion-çevirme) prensibinin bir uygulamasıdır. Fakat tahvil tarafların aynı hakkın hükümsüzlüğünü bilselerdi, borç sözleşmesini yapacakları kabul edilebilecekse söz konusu olur. Aksi halde tahvil mümkün değildir.”; ÖZMEN, Etem Saba, s.511.; ŞENOL, A. Nilay, s.367.*

<sup>56</sup> AKKANAT, Halil: “Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İÜHFMD)*, Cilt LXII, Sayı 1-2, Yıl 2004, s. 318; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.44.

<sup>57</sup> AKKANAT, Halil, s.318-319; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.44-45.

<sup>58</sup> KİZİR, Mahmut: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *MÜHFHAD*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s.1775; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.45-50.

<sup>59</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.47.

<sup>60</sup> KİZİR, Mahmut, s.1776; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.47.

<sup>61</sup> KİZİR, Mahmut, s.1776; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.49.

ise malı satan kişi tarafından sattığı kimseyle yapılan bir sözleşmedir ve bu sözleşmede, malı satan kişinin ileride o malı sattığı kişiden geri satın alması amaçlanmaktadır<sup>62</sup>. Bu üç hak da kurucu yenilik doğuran, tek taraflı irade beyanı ile kurulabilen ve bir defa kullanmakla tükenen yani kullanıldıktan sonra geri alınamayan, şarta bağlanamayan haklardandır<sup>63</sup>. Yapılan sözleşmeler sonucunda önalım, alım veya geri alım hakkı sahibi olan kişi bu hakkını kullandığında karşı taraf ile taşınmaz satışı sonucunu doğuracak bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur<sup>64</sup>. Şöyle ki hakkın kullanılması ile birlikte karşı taraf hak sahibine taşınmaz malın mülkiyetini devretme borcu altına girecektir. Bu borcunu yerine getirmese hak sahibi TMK m.716/1'e başvurarak mülkiyetin devrini mahkemeden talep edebilecektir<sup>65</sup>.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alım sözleşmesi ve geri alım sözleşmesi resmi şekilde yapılması gereken sözleşmelerden olsa da ön alım sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir<sup>66</sup>.

Şerh edilen hak sadece karşı tarafa karşı değil herkese karşı ileri sürülebilen bir hak meydana getirdiğinden hak sahiplerince bu amaçla başvuru olan bir yol olup Tapu Kanunu m.26/8'de, noter tarafından düzenlenen sözleşmelerin taşınmaz siciline şerh verilebileceğinin düzenlenmiş olduğundan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi taraflardan birinin istemi üzerine tapu siciline şerh verilen sözleşmelerdendir<sup>67</sup>. Bir sonraki fıkrada ise şerhten itibaren beş yıl içerisinde satış yapılmaz ise şerhin görevlilerce resen terkin edileceği düzenlenmiştir<sup>68</sup>. Önalım, gerialım ve alım hakları da tapu

<sup>62</sup> KİZİR, Mahmut, s.1776-1777; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.50.

<sup>63</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.45-50; AKBAY, Direnç: "Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 77, Sayı 2, Yıl 2019, s.705.

<sup>64</sup> AKBAY, Direnç, s.705.

<sup>65</sup> TMK s.716/1; "Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir."

<sup>66</sup> KİZİR, Mahmut, s.1777.

<sup>67</sup> Tapu Kanunu m.26/8; "Noterlik Kanunu'nun 44'üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir."; ALBAYRAK, Hakan, s.45.

<sup>68</sup> Tapu Kanunu m.26/9; "Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından resen terkin olunur."

siciline şerh verilebilen diğer haklardandır. Bu haklar için verilen şerh ise en fazla on yıl süreyle tapu sicilinde duracak, on yıl sonra şerh sona erecektir. Yani bu sözleşmeler sonucu kazanılan hak üzerinde yapılan şerhin etkisi süre bakımından taşınmaz satış vaadi sözleşmesi sonucu yapılacak şerhten farklıdır.

## E. Uygulanacak Şekil Şartı

### 1. Genel Olarak

Kanuna göre<sup>69</sup> hem taşınmaz satış sözleşmesi hem de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, ancak resmi şekilde yapılmış ise hüküm ve sonuç doğurur. Taşınmaz satış vaadi; taşınmaz satış sözleşmesini kurmayı amaçlayan bir sözleşme olduğundan ön sözleşme niteliğindedir<sup>70</sup>. Bu sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerektiğinin hukuki dayanağını ise TBK m. 29 oluşturur. Bu maddeye göre<sup>71</sup>, ileride kurulacak asıl sözleşmenin geçerlilik şekli her ne ise, o sözleşmenin kurulmasını öngören ön sözleşmenin geçerlilik şekli de odur. Bu maddelerden hareketle, bu sözleşmelerin geçerli bir şekilde doğması için aranılan resmi şekil şartının; ispat şartı değil, geçerlilik şartı olduğunu söylememiz mümkündür<sup>72</sup>. Öngörülen bu şekil şartı, tarafları dikkatli davranmaya sevk etmek, normalde olduklarından daha basiretli davranarak daha isabetli kararlar vermelerini sağlamak, yapılan işlemlere açıklık kazandırarak ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçmek ayrıca resmi şekil bir kesin delil olduğu için ispat yükü açısından da taraflara kolaylık sağlaması için getirilmiş

<sup>69</sup> TBK m.237; “*Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satış vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz...*”; TMK m.706; “*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*”

<sup>70</sup> RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2022, s.21; YÜCER AKTÜRK, İpek: “*Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu*”, *Yeditepe Üniversitesi HFD*, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2021, s.802; Albayrak, Hakan: “*Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar*”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 10, Yıl 2017, s.53; MEHMED ALTIN, Gülden: *Türk Medeni Hukuku ve Tüketici Hukuku Çerçevesinde Taşınmaz Satışında Şekle Aykırılığın Sonuçları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.45.; SAPANOĞLU, Süleyman: *Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2022, s.140. ; ŞENOL, A. Nilay, s. 367.

<sup>71</sup> TBK m. 29; “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.*”

<sup>72</sup> TBK m.12; “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir...*”



bir düzenlemedir<sup>73</sup>. Peki, bu sözleşmelere resmiyet kazandıracak makam neresidir? Bu konuda ne TMK’da ne de TBK’da bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Tapu Kanunu ile Noterlik Kanunu’nda bu sorunun cevabına ulaşmak mümkündür.

Tapu Kanunu’na göre; mülkiyete dair resmi senetleri yapmaya yetkili olan kişi tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileridir<sup>74</sup>. “Noterlerin genel olarak yapacakları işler” başlığı altında düzenlenen Noterlik Kanunu (NK) m.60/3’te ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yer almaktadır<sup>75</sup>. Bu maddeye sonradan eklenen “taşınmaz satış sözleşmesi yapmak” kısmı başlangıçta da ifade ettiğimiz gibi 04.07.2023’ten itibaren uygulanmaya başlamış olup bu tarihten önce noterlerde taşınmaz satış sözleşmesi yapılamıyordu. Bu değişikliğe ileride değinilecektir. Anılan tüm bu hükümlere göre değişiklik öncesinde taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya yetkili makamın tapu sicil müdürlüğü; taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaya yetkili makamın ise noter olduğunu söylemek mümkündür. Fakat belirtmeliyiz ki, Tapu Müdürlüğü’nün de taşınmaz satış vaadi yapmaya yetkili olup olmadığı konusunda öğretide tartışma vardır. Hâkim görüşe göre taşınmaz satış yapmaya yetkili olan tapu müdürlüğü, taşınmaz satış vaadi yapmaya da evveliyatla yetkilidir üstelik tapunun yetkili olduğu işlemleri düzenleyen Tapu Kanunu’nun 26. maddesinde; “Mülkiyete... mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.” şeklinde bir hüküm mevcuttur dolayısıyla tapunun taşınmaz satış vaadi sözleşmesini de düzenleyebilmesi gerekir<sup>76</sup>. Yargıtay’ın

<sup>73</sup> YILDIRIM, Abdülkerim, s.275.; ALBAYRAK, Hakan, s.56; MEHMED ALTIN, Gülden, s.37, 39 ve 46.

<sup>74</sup> Tapu Kanunu m.26; “Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara ve...irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.”; ÇABRİ, Sezer, s.591.; ŞENOL, A. Nilay, s.358.

<sup>75</sup> Noterlik Kanunu m.60/3; “Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilşim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak,”

<sup>76</sup> RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal, s.26; “Dolayısıyla taşınmaz satış vadinin tapuda yapılması gibi bir zorunluluk yoktur.”; AYAN, Mehmet: *Eşya Hukuku II- Mülkiyet*, Seçkin Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara, 2016, s.169; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, İstanbul, 2016, s.391; “Böylece, tapu memurları hem satışa hem de satış vadinde ait resmi senetleri düzenleme yetkisine sahip iken, noterler sadece satış vadinde ait resmi senetleri düzenleme yetkisine sahiptirler.”; ALBAYRAK, Hakan, s.58; MEHMED ALTIN, Gülden, s.42.

da bu yönde kararları vardır<sup>77</sup>. Hatta 1938 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında; noterlerin gayrimenkul satış vaadi yapması geçerli iken, sonradan gelen Tapu Kanunu m.26 gereğince bu konuda tartışma ortaya çıkmış ve neticede oyçokluğu ile gayrimenkul satış vaadinin m. 26'ya dahil olduğu ve tapuda yapılmasının geçerli olduğu sonucuna varılmıştır<sup>78</sup>. Özetle, hâkim görüşüne göre mevcut uygulamada; taşınmaz satış sözleşmesini sadece tapu düzenleyebilirken taşınmaz satış vaadi sözleşmesini hem noterlerin hem de tapunun düzenlemesi mümkündür<sup>79</sup>. Kimi yazarlar ise kanunda bu yönde açık bir hüküm olmaması, sadece Noterlik Kanunu'nda buna ilişkin madde olması ve Tapu Kanunu m. 26/8'de geçen; *“noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.”* hükmü nedeniyle noterlerin taşınmaz satış vaadi yapma konusunda “münhasıran” yetkili olduğunu savunmaktadırlar<sup>80</sup>. Bazı yazarlar ise Tapu Kanunu m. 26'daki hükümde yer alan “vadine” kelimesinden tapunun, taşınmaz satış vaadi yapmaya da yetkili olduğunu fakat tapu mevzuatından kaynaklanan uygulamada bu maddenin yeterince anlaşılabilmesi nedeniyle tapunun bu sözleşmeyi yapmaktan yanlış bir şekilde kaçındığını ifade etmektedir<sup>81</sup>. Bu son görüş açısından ifade etmek isteriz ki bizce kanunda bu yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır çünkü maddede irtifak hakkı tesisi vaadinden bahsedilmektedir. Kanaatimizce evveliyatlık ilkesi gereğince tapu iki

<sup>77</sup> AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II, s.169.

<sup>78</sup> YİBHGK., E. 1937/13, K. 1938/15, T. 19.10.1938; *“Gayrimenkulun bey vaadi dahi o gayrimenkulun mülkiyetine müteallik olduğu zahir olmakla beraber gayrimenkulun kat'i satışına dair yapılacak senetlerin Tapu Kanununun mezkur maddesi mucibince tapu sicil muhafızı veya memurları tarafından yapılması şartıyla muteber olacağına ve Borçlar Kanununun 22 nci maddesi sarahatına binaen bu kabil akitlerin yapılması taahhüdüne dair mukavelelerin dahi aynı şekle tabi tutulmaları da zarurî bulunmasına göre gayrimenkule ait bey vaadinin sahih ve muteber olması ve binaenaleyh bu yoldaki akitlere kanunî hükümlerin terettüp edebilmesi mutlaka senet veya mukavelelerinin Tapu Kanununun yirmi altıncı maddesi hükmüne tevfikân tanzim edilmiş olmalarına mütevakkıf bulunduğu ekseriyetle karar verildi.”*

<sup>79</sup> MEHMED ALTIN, Gülden, s.46.

<sup>80</sup> Bkz, GÜNAY, Erhan, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2023, s.22; *“Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterce “düzenleme şeklinde” yapılması gerekir. Noter dışında yapılan sözleşmeler geçerli değildir.”*; ALBAYRAK, Hakan, s.57, dipnot 74'teki yazarlar.

<sup>81</sup> ÖZMEN, Etem Saba: *“Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”*, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, Yıl 2022, s.516.

sözleşmeyi de yapabilmelidir. Fakat uygulamada tapu sicil müdürleri ileride değineceğimiz üzere, taşınmaz satış vaadi yapmamaktadırlar, bu taleple gelen insanları ise noterlere yöneltmektedirler<sup>82</sup>.

Son olarak Noterlik Kanunu m.89 gereğince noterlerin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini bizzat ve düzenleme şeklinde yapmalarının zorunlu olduğunu da belirtmek isteriz<sup>83</sup>.

## 2. Şekil Şartına Uyulmamasının Sonuçları

Taşınmaz satış sözleşmesi için öngörülen şekil şartının geçerlilik şekli olduğundan yukarıda bahsetmiştir. TBK'nın 12. maddesinin ikinci fıkrası, öngörülen şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağını düzenlemiştir<sup>84</sup>. Bu maddeden hareketle resmi şekilde yapılmayan taşınmaz satış sözleşmesinin geçerli olmayacağını söylemek mümkündür.

Geçersizliğin türü ise öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük yani butlan olduğunu ileri sürerken kimi yazarlar da burada kendine özgü bir geçersizlik olduğunu savunmaktadırlar<sup>85</sup>. Bir sözleşmenin batıl olması, kural olarak, bu sözleşmenin yapıldığı andan itibaren geçersiz olduğu anlamına gelir dolayısıyla taraflar ifa ve tazminat talep edemezler, ifa yapılmışsa herkes verdiğini geri alır<sup>86</sup>. Yine kesin hükümsüzlük durumunda iki taraf da istese dahi şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşme geçerli hâle gelmeyecektir<sup>87</sup>.

Öğretilerde savunulan kendine özgü geçersizlik durumunda ise, kesin hükümsüzlükten farklı olarak, eğer ki taraflar bilerek ve isteyerek edimlerini yerine getirmişler ise bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır<sup>88</sup>. Örneğin resmi sözleşme yapılmadan; satıcının satılan malın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya geçirdiği ve alıcının da karşılık olarak anlaştıkları bir miktar parayı satıcıya verdiği bir durumda daha sonradan sözleşmenin şekil eksikliği

<sup>82</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.516.

<sup>83</sup> MEHMED ALTIN, Gülden, s.46.

<sup>84</sup> TBK m.12/2; *“Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”*

<sup>85</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.37.

<sup>86</sup> AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen: *Medeni Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2016, s.141.

<sup>87</sup> AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, s.140.

<sup>88</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.37.

nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülerek edimlerin iadesinin istenemeyecek olup geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonucunu doğuracaktır.

Bir diğer fark ise kesin hükümsüzlüğün varlığı hâlinde şekle aykırılığı herkes ileri sürebilirken ve hâkim tarafından resen dikkate alınırken<sup>89</sup> öğretide savunular kendine özgü geçersizlikte şekle aykırılığı sadece taraflar defii olarak ileri sürebilecekler ve hâkim tarafından da resen dikkate alınamayacaktır<sup>90</sup>. Bizce de iki taraf da harici satış sonucu edimlerini yerine getirmişlerse ve aralarında yaptıkları resmi olmayan sözleşmeye güvenerek belli bir süre geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına uymuşlarsa artık daha sonradan üçüncü kişiler tarafından sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülememesi gerekir. Örneğin; tarafların anlaşması üzerine resmi olmayan sözleşme ile satıcı alıcıya arsa satmış, arsa satın alan kişi arsanın üzerine bina dikmiş ve bina dikilmesine arsa sahibi zımmen rıza göstermiş olabilir. Bu durumda sonradan üçüncü kişiler tarafından sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi ve herkesin aldığını geri vermesi gerekmesi sorunlara yol açacaktır ki iki taraf da onaylıyorsa bizce butlan yerine geçerli bir sözleşmeymiş gibi alıcıya arsanın tescil edilmesi ve bedelin de satıcıda kalması daha uygun olacaktır. Öğretide buna benzer bir örnekte satıcı arsa sahibinin, arsa üzerine bina yapılmasına zımmen rıza gösterdiği doğrultuda alıcının iyi niyetli olduğu savunulmaktadır ve binanın değeri arsanın değerinden fazlaysa alıcı TMK m.24 uyarınca resmi olmayan sözleşme ile aldığı arsanın mülkiyetinin kendisine verilmesini talep edebilecektir<sup>91</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtayın ise resmi şekle uyulmadan yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinin kesin hükümsüz(butlan) olduğu yönünde kararları vardır<sup>92</sup>. Öğretideki hâkim görüşün de butlan olduğunu dikkate alarak butlanın

<sup>89</sup> AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, s.141.

<sup>90</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.37.

<sup>91</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.38-39.

<sup>92</sup> YİBBGK., E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988; "İsviçre Federal Mahkemesine göre, şekil noksanlığı sebebiyle batıl bir taşınmaz satışında henüz tescil yapılmadan butlan ileri sürülmesi halinde, aynı hakların şekille ilgili hükümleri karşısında, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için dahi olsa, hâkim, tapu memurunu batıl sözleşmeye dayanarak tescile zorlayamaz (5 Şubat 1946 günlü karar; BGE. 72. II. 39) .... Gerçekten de şekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliği ve söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları karşısında, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (batıl) bulunan sözleşmeye dayanılarak

sonuçlarını biraz daha anlatmayı uygun buluyoruz. Öncelikle tarafların aldıklarını geri vermeleri gerektiğinden bahsetmiştik. Burada geri verilme talebinin akdi zamanaşımı süresine tabi olduğunu belirtmek isteriz<sup>93</sup>. Alıcı, satıcıya ödediği bedel kendisine geri verilene kadar satış konusu taşınmazı işgal etmeye devam edebileceği gibi satıcı da taşınmazı kendisine geri verilene kadar taşınmazı karşılığında aldığı bedeli alıcıya geri ödemeyi bekletebilecek dolayısıyla ödemezlik defini ileri sürebilecektir ve bahsedilen işgalin sonucunda alıcıdan herhangi bir ecri misil veya ürünlerin tazmini istenemeyecektir<sup>94</sup>.

Her ne kadar butlan nedeniyle taraflar verdikleri edimleri geri isteyebilecekler vermediklerini ifadan kaçınabilecekler ise de TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı gereğince şekle aykırılık durumunun aşılabileceğinin de unutulmaması gerekir<sup>95</sup>. Şöyle ki; satıcının şekle aykırılığa bilerek sebebiyet verdiği bir olay düşünelim. Şekle aykırılığı baştan beri biliyor ve buna rağmen alıcıya taşınmazı kullanması için bırakmış, alıcının taşınmaz karşılığında ödemek istediği bedeli de kabul etmiş olsun. Bu olayda daha sonradan satıcının; sözleşmenin, resmi olmaması nedeniyle, geçersiz olduğunu ileri sürüp taşınmazını geri almayı istediğinde artık devreye dürüstlük kuralı girecektir. Böylece şekle aykırılık, dürüstlük kuralı ya da hakkın kötüye kullanılması yasağı ile devre dışı kalacak ve sözleşme, sanki baştan geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>96</sup>.

## II. TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL UNSURU KONUSUNDA DEĞİŞİKLİK ÖNCESİ HÜKÜMLER VE 04.07.2023 ÖNCESİ UYGULAMA

### A. Taahhüt İşlemi ile Tasarruf İşlemi Arasındaki Fark

Uygulamada değişiklik öncesinde yapılan hataları daha iyi anlamak ve bu hataların yeni gelen değişiklikte birlikte ortadan kalkıp kalkmayacağı konusunda yorumda bulunabilmek açısından öncelikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmesi ve tescil kavramları arasındaki farkı; dolayısıyla taahhüt işlemi ile

---

*açılan cebri tescil davasının; olayın özelliği gerektirmedikçe, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa, reddi gerekir.*"; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.36.

<sup>93</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.38.

<sup>94</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.38.

<sup>95</sup> AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, s.140-141.

<sup>96</sup> YILDIRIM, Abdulkerim, s.276.

tasarruf işlemi arasındaki farkı iyi bilmemiz gerekir. Bu nedenle makalemizin konusu ile ilgili olduğu ölçüde bu kavramlar arasındaki farkı açıklayarak başlamayı uygun bulduk.

Malvarlığı, haklardan oluşan aktifler ve borçlardan oluşan pasiflerin toplamından ibaret olup malvarlığına etkisi bakımından hukuki işlemleri; borçlandırıcı işlem (taahhüt işlemi), tasarruf işlemi ve kazandırıcı işlem olarak üçe ayırmak mümkündür<sup>97</sup>.

Malvarlığının pasifini artıran işlemler (pasiflerin borçlardan oluştuğu düşünüldüğünde) borçlandırıcı işlem yani taahhüt işlemleri, aktifini azaltan işlemler tasarruf işlemi, pasifi azaltan veya aktifi artıran işlemler ise kazandırıcı işlemlerdir<sup>98</sup>.

Bir örnek ile açıklayacak olursak satıcının 20 bin TL karşılığında alıcıya laptopun mülkiyetini devretmeyi üstlendiği bir sözleşmede; esaslı unsurlar olan taşınır mal ve bedel üzerinde sağlanan anlaşma ile sözleşme kurulur<sup>99</sup> ve böylece satıcı, alıcıya mülkiyeti devretme borcu altına girer. Fakat dikkat etmek gerekir ki burada henüz mülkiyet alıcıya geçmemiştir. Satıcıya sadece mülkiyeti devir borcu yüklenmiştir<sup>100</sup>. Aynı şekilde bedel de sözleşme kurulur kurulmaz henüz satıcıya geçmemiştir; alıcı, satıcıya bedeli ödeme borcu altına girmiştir<sup>101</sup>. Görüldüğü gibi sözleşme ile iki tarafın da pasiflerinde(borçlarında) bir artma meydana gelmiştir. Aynı zamanda iki taraf da karşı edimi birbirlerinden isteme konusunda bir alacak hakkına sahip olmuşlardır. Yani aktiflerinde de bir artma meydana gelmiştir. Öyleyse bu sözleşme hem bir taahhüt işlemi hem de bir kazandırıcı işlemdir fakat bir tasarruf işlemi değildir<sup>102</sup>. Kural olarak tüm sözleşmeler bu niteliktedir<sup>103</sup>. Tasarruf işlemi

<sup>97</sup> KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2018, s.73.

<sup>98</sup> AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, s.149; KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa, s.73-79.

<sup>99</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.506; “Örneğin; taşınır satış sözleşmesinde TBK m.1 vd. hükümlerince sözleşmenin esaslı noktası (TBK m.2; TBK m.207) taşınır ve bedel konusunda iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği ile alıcı ve satıcının bu yöndeki rızasının uyusumudur. İşte sözleşme başka hiçbir şeye ihtiyaç duymaksızın anılan hukuki sonuca uygun olarak doğar.”

<sup>100</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, *AÜHFD*, Cilt 38 Sayı 1, Yıl 1981, s. 209; “...Zira Türk-İsviçre hukuklarında sözleşme mülkiyeti devir sonucunu doğuran bir hukuksal işlem olmayıp, sadece mülkiyeti devir borcu doğurur.”

<sup>101</sup> KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa, s.74.

<sup>102</sup> KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa, s.75.

<sup>103</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.506; “...alacağın devri, borcun dış üstlenilmesi, ibra gibi sözleşmelerin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu unutulmamalıdır.”

ancak satıcının alıcıya laptopun mülkiyetini devretmesi ya da alıcının satıcıya kararlaştırılan bedeli ödemesi ile meydana gelecektir. Çünkü bu hâllerde aktifte bir azalma söz konusudur. Bu da taşınırlarda zilyetliğin devri ile mümkündür. Öyleyse taşınırlarda zilyetliğin devri; makalemizin konusunu oluşturan taşınmazlarda ise tescil talebi ve tescilin birer tasarruf işlemi olduğunu söylemek mümkündür<sup>104</sup>.

Bu ayrımın pratikte çok önemli işlevleri vardır. Her şeyden önce gerçekte malik olmayan haksız zilyedin yapacağı “tasarruf işlemi” geçersizlikle sonuçlanacaktır fakat “taahhüt işleminin” geçerli olması için işlem yapan kişinin gerçek malik olmasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda bahsettiğimiz gibi; tasarruf işleminde geçerli olan; “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasının devredemez ilkesi” taahhüt işlemi için geçerli değildir<sup>105</sup>. Örnek vermek gerekirse; bir hırsız çaldığı malı başkasına satmak için satış sözleşmesi yaparsa bu tamamen geçerli bir sözleşme olacaktır. Fakat bu malı alıcıya teslim etse de mülkiyet karşı tarafa geçmeyecektir. Çünkü tasarruf işleminin geçerli olabilmesi için işlemi yapan kişinin tasarruf yetkisinin bulunması gerekir<sup>106</sup>. Yine bu iki kavram arasındaki farkı bilmek, böyle bir

<sup>104</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., s.209; “*Taşınmaz mülkiyetini devreden hukuksal işlem, devir sözleşmesinden sonra yapılan «tescil» işlemidir.*”; ÖZMEN, Etem Saba, s.506; “*Bu sözleşmeden doğan satıcı borcu, TMK m.763/I’in “Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir” şeklindeki hükmü uyarınca satıcının aktifinde yer alan mülkiyeti alıcıya teslimi ile (veya TMK m.977’de belirtilen diğer yollar ile) geçirmesi “tasarruf işlemi” niteliğindedir.*”; KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa, s.78; “*Taşınır malların satışında tasarruf işlemi kural olarak zilyetliğin devri (örnek olarak, zilyetliğin teslim yoluyla ya da havale yoluyla devri gibi) şeklinde karşımıza çıkarken; tapuya kayıtlı taşınmazlarda ise satıcının, taşınmazı tapuda alıcı adına tescil ettirmesi tasarruf işlemi niteliği taşır. Keza, alacakların devrinde ise temlik adı verilen ve geçerliliği açısından yazılı olarak yapılması gereken işlem (TBK m. 184) de bir tasarruf işlemidir.*”; UZUN, Metin/ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/ ERDOĞAN, Mehmet Şirin/ YILDIZ, Mete: “*Taşınmaz Devrinin Noterliklerde Yapılmasının Önemi ve Faydaları*”, *Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı 1, Yıl 2021, s.23; “*Tescil, taşınmazlar üzerinde aynı hakların kazanılmasını sağlayan tasarruf işleminin bir parçasını oluşturur.*”; ŞENOL, A. Nilay, s.358.

<sup>105</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: “*Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar*”, *AÜHFD*, Cilt 72, Sayı 1, Yıl 2023, s.156; “*Çünkü hukukumuzda borçlandırıcı işlem için tasarruf yetkisine ihtiyaç yoktur; yani mülkiyetin (genel olarak bir hakkın) devrine yönelik borçlandırıcı işlemin geçerliliği, devir taahhüdünde bulunan kimsenin tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlı değildir.*”; ÖZMEN, Etem Saba, s.507.

<sup>106</sup> DOĞAN, Murat/ ŞAHAN, Gökhan/ ATAMULU, İsmail: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2021, s.93, “*Tasarruf yetkisi, hakka doğrudan etki etme gücünü ifade eder. Örneğin, bir borcundan dolayı malı haczedilen kişi, o malı üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmış olduğundan, onun mülkiyetini başkalarına devredemez. Devretse bile, bu devir alacaklılarına karşı geçersizdir.*”

durumda malın mülkiyetini devralamayan alıcının hangi hükümlere göre satıcıya başvurabileceğini de kolayca bilmemizi sağlayacaktır. Elbette burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamayacaktır çünkü hırsızın yapmış olduğu (bir taahhüt işlemi olan) sözleşme geçerlidir<sup>107</sup>. Öyleyse alıcının, sözleşmeden doğan borç yerine getirilemediği için TBK m.112 vd. hükümlerine başvurarak zararının tazminini istemesi gerekir<sup>108</sup>.

Tamamen aynı gerekçelerle “taahhüt işleminin” geçerli olması için ortada henüz belirli bir malın olmasına da gerek olmadığını söyleyebiliriz<sup>109</sup>. Sonradan meydana gelecek bir mal üzerinden de kişi borçlanabilir<sup>110</sup>. Örneğin bir ressam henüz çizmediği bir tablonun mülkiyetini devretme borcu altına girebilir. Çünkü edimin belli olmaması sözleşmeyi geçersiz kılmaz, belirlenebilir olması yeterlidir<sup>111</sup>. Henüz olmayan bir taşınmaz (örneğin katalog üzerinden satış) için, taahhüt işlemi olan sözleşme yapıldığında bu sözleşme geçerlidir fakat tasarruf işlemi olan tescilin yapılarak mülkiyetinin devredilmesi ise mümkün değildir<sup>112</sup>.

Sözleşme konusu sonradan<sup>113</sup> imkânsız hâle geldiği için teslimi mümkün olmaz ve bu imkânsızlık; kişinin kusurundan kaynaklanmayan objektif bir imkânsızlık da değil ise, örneğin kusurlu ve subjektif imkânsızlık hâli var ise, borç devam edecektir<sup>114</sup> ve sözleşme geçerli olup borç devam ettiği halde borç ifa

<sup>107</sup> KAYAR, İsmail: *Borçlar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, 2019, s.130; “*Sebepsiz zenginleşmede, birbiri ile ilişkili olan zenginleşme ve fakirleşmenin geçerli bir hukuki sebebinin bulunmaması gerekir.*”

<sup>108</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.507.

<sup>109</sup> BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.9-10.

<sup>110</sup> AYRANCI, Hasan/ PAKET, Sabure: “Nitelikli Satış Sözleşmesi”, *SÜHFD*, Cilt 29, Sayı 2, Yıl 2021, s.1248-1249; “*Diğer taraftan satış sözleşmesinin konusunu sözleşmenin kurulduğu anda halihazırda mevcut olan bir şey oluşturabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra üretilen bir malın teslimi de oluşturabilir.*”

<sup>111</sup> AYDOS, Oğuz Sadık: *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2022, s.28; DOĞAN, Murat/ ŞAHAN, Gökhan/ ATAMULU, İsmail, s.52-53; BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel, s.10.

<sup>112</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, s.26; “*Bir aynı hakkın konusu ancak belirli bir şey olabilir.*”

<sup>113</sup> DOĞAN, Murat/ ŞAHAN, Gökhan/ ATAMULU, İsmail, s.53; “*Edim imkânsız ise, sözleşmenin geçersizliğine sebep olur. Buradaki imkânsızlık, başlangıçtaki objektif imkânsızlıktır.*”

<sup>114</sup> DOĞAN, Murat/ ŞAHAN, Gökhan/ ATAMULU, İsmail, s.313; “*...borçlanılan edimin sadece borçlu tarafından ifa edilemediği, ancak üçüncü kişiler tarafından ifa edilebilmesinin mümkün olduğu durumlarda, subjektif imkânsızlık söz konusu olur. Bu sebeple subjektif*



edilmediği için yine (tasarruf yetkisi olmadığı anlaşıldığında olduğu gibi), TBK 112 vd. maddeler devreye girecektir<sup>115</sup>.

Son olarak yukarıda ilkeler kısmında bahsettiğimiz üzere tasarruf işlemi olan aynı haklarda sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi geçerli olsa da taahhüt işlemi olan sözleşmeler için sözleşme serbestisinin olduğunu<sup>116</sup> ve sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak aynı haklardan farklı olmak üzere sözleşmelere TBK m.27'ye aykırı olmamak koşulu ile taraflarca dilenen koşul ve vadenin eklenebileceğini unutmamak gerekir.

Bu kavramlar arasındaki farkın iyi bilinmesi makalemizin konusu hakkında uygulamada yapılan yanlışlıkların öğrenilmesi açısından da son derece önemlidir.

## **B. Tapu ve Noter Uygulamasındaki Durum**

Bu bölümde noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmesinden önceki uygulamadan bahsettiğimiz için noterlerin taahhüt işlemlerinden olan taşınmaz satış sözleşmesi yapmadığı 04.07.2023 öncesi dönemi düşünmenizi istiyoruz. Tekrar hatırlamak gerekirse bu dönemde tapu müdürlüğü, hem bir taahhüt işlemi olan taşınmaz satış sözleşmesini hem de tasarruf işlemi olan tescili gerçekleştirmeye yetkilidir; noterler ise tasarruf işlemi olan tescili ve bir taahhüt işlemi olan taşınmaz satış sözleşmesini yapamazken başka bir taahhüt işlemi olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaya yetkilidirler. Peki anılan kurumların yapmaya yetkili oldukları bu işlemler yukarıda anlatılan teorik bilgiler çerçevesinde uygulamada doğru bir şekilde yapıyor muydu?

Tapu ve noterler maalesef ki taahhüt ve tasarruf işlemi ayırımına dikkat etmeden oldukça yanlış ve teorik hukuk bilgisine aykırı kararlar vermektedirler.

---

*İmkânsızlık durumunda kusursuz sonraki imkânsızlık söz konusu olmaz ve borç sona ermez. Örneğin, A, B'ye ait bir taşınır mal için C ile satış sözleşmesi yapmıştır. Vadesi geldiğinde A, B'den malı alıp C'ye veremezse, burada sübjektif imkânsızlık vardır. İmkânsızlık sadece A, içindir.”*

<sup>115</sup> ÖZÇELİK, Ş. Barış: “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, Cilt 63, Sayı 3, Yıl 2014, s.572; “Sonraki imkânsızlığın borçluya yüklenebilen bir sebepten kaynaklanması halinde alacaklı, sona eren aynen ifayı talep hakkı yerine, uğradığı zararların tazminini talep hakkına sahip olur (TBK 112). Başka bir ifadeyle, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık, aynen ifa talebinin tazminat talebine dönüşmesi sonucunu doğurur. Buna karşılık, sonraki imkânsızlığın borçluya yüklenemeyen sebeplerden kaynaklanması halinde böyle bir dönüşüm gerçekleşmez.”

<sup>116</sup> ŞENOL, A. Nilay, s.359.

Taşınmaz devri amacıyla tapuya müracaat edildiğinde önce resmi sözleşme yapılır ardından ise tescil gerçekleşmektedir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi Anayasa’da ve TBK’da sözleşme serbestliği ilkesi yer alırken eşya hukukunun konusunu oluşturan aynı haklarda ise tipe bağlılık ve içerik değiştirmeme prensibi yer almaktadır. Bu iki ilke birbiriyle asla çelişmemektedir. Fakat maalesef ki uygulamada tapu müdürlüklerince, eşya hukukuna<sup>117</sup> hâkim olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi sanki sözleşmeler için de geçerli bir ilkeymiş gibi, resmi taşınmaz satış sözleşmesinin içeriğinin serbestçe belirlenmesine hatalı olarak izin verilmemektedir<sup>118</sup>.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü (TKGM) internet sitesinde Tapu İşlemleri Rehberi’nde tapuda yapılan işlemler ve işlemler için gerekli belgeler yer almaktadır. 28738 Resmî Gazete sayılı tüzükte tapunun yapacağı sözleşmelerin resmi sözleşme olduğu ve bu sözleşmelere ilişkin usul ve esasların yönetmelikte düzenlendiği yazar. Bahsedilen 27402 Resmî Gazete sayılı Yönetmelik m.5’te yapılacak işlemlerde Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi’nde (TAKBİS) yer alan resmi senetlerin kullanılacağı düzenlenmiştir<sup>119</sup>. Yine 6083 sayılı Kanun’a ekli I sayılı tarife cetvelinde “Tapu İşlemleri” başlığı altında satış, mal değişim sözleşmeleri, bağış, ölünceye kadar bakma akdi sözleşmeleri olarak sınırlı sayıda sayıldığını görmekteyiz. Sözleşme tiplerinin sınırlı sayıda olması gibi sözleşmelerin (örneğin taşınmaz satış sözleşmesi) içeriğinde de uygulamada oluşturulan ve TAKBİS’te yer alan matbu sözleşmenin dışına çıkılmamaktadır<sup>120</sup>. Sözleşmeyi koşula bağlamak veya sözleşmeye vade

<sup>117</sup> SEZER, Ahmet, s.367; “*Taşınır ve taşınmaz mülkiyeti (menkul, gayrimenkul) eşya hukuku içinde incelenmektedir.*”

<sup>118</sup> Bkz; ÖZMEN, Etem Saba, s. 518; “*...noterlerin de taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin tipini belirleme özgürlüğüne pek riayet ettikleri de söylenemeyecektir.*”

<sup>119</sup> Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.5/1; “*(Değişik ibare: RG-15/7/2021-31542) Tapu müdürlükleri tarafından gerçekleştirilen aktif işlemlerde, TAKBİS programında yer alan resmî senet kullanılır.*”

<sup>120</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.521-522; “*Tapu dairelerinde kendilerini bağlayan 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Kanunu’nun 8. maddesinde atıf yaptığı ekli I sayılı tarife cetveli ile tebliğler ve bir de tapu işlemleri rehberi altında vatandaşa da broşür olarak ya da görünür yerlere asılan ilan duyuruları ile bilgilendirmelerde belirli tip sözleşmelerin yapılabilmesine olanak tanıdığını artık anlamış bulunuyoruz. Bu tiplerin de yapılmasına yönelik sözleşmelerde içeriğinde özel düzenlemelere yer verilmesi istemleri, işlemi gerçekleştirecek memurların hoşuna gidecek bir talep olmamaktadır. Böyle bir talep ile karşılaşıldığında “bunu aranızda ayrıca kararlaştırırsınız” şeklinde bilimsellikten uzak beyanların varlığı şaşırtıcı olmamalıdır. Oysa TBK m.13’ün “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak,*

koymak isteyen taraflar ise noterlere, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini akdetmeleri için yönlendirilmektedir<sup>121</sup>. Yanlış bir değerlendirme ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesine koşul, vade vs. konulabilecekken taşınmaz satış sözleşmesine konulamayacağı düşünülmektedir oysa ikisi de taahhüt işlemidir ve ikisi de Anayasa m.48 ve TBK m.26'da özgürce düzenlenebileceği güvence altına alınmış olan sözleşmelerdir<sup>122</sup>.

Örneğin sözleşmeleri peşin ödemeli, ön ödemeli ve veresiye satış olarak ayırdığımızda; tapudaki matbu sözleşme, bunlardan yalnızca peşin satışa izin vermektedir<sup>123</sup>. Nitekim satıcı henüz taşınmazın bedelini alıcıdan tam olarak almamış olsa dahi tapu bununla ilgilenmemekte eğer ki taraflar devrin gerçekleşmesini istiyorlarsa, bedelin tam alındığına dair satıcıyı imzaya zorlamakta bu kayıt imzalanarak onaylanmadığı takdirde devri gerçekleştirilmemektedir. Çünkü onun sözleşmesinde bedeli nakden/peşin aldım kısmının imzalanması gerekir. Bu durum ileride çok ciddi sıkıntılara yol açmaktadır. Bu sorunların başında ispat sorunu gelir. Bu önemli ve düzeltilmesi gereken bir uygulama hatasıdır<sup>124</sup>.

---

*sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.” şeklindeki hükmü uyarınca gösterilen yol gereği adi yazılı hükümlerin hiçbir şekilde geçerli olmayacağına bilimsel gerçekliği karşısında vatandaşa hukuksuz yol önerilmesinden başka bir şey yapılmamaktadır.”*

<sup>121</sup> SAPANOĞLU, Süleyman, s.319; “Şartları henüz gerçekleşmediği için kurulması imkansız bulunan asıl satım sözleşmesinin görevini yerine getirmesi, tapu işlemlerinin gerektirdiği uzun ve bıkırtıcı şekle ilişkin törenlerden (merasimlerden) uzak oluşu...özellikle cezai şart ve cayma akçesi gibi başka hukuk müesseseleri de desteklenerek halkın güven ihtiyacına cevap vermesi, taşınmaz satış vaadinin halkça sevilip benimsenmesinin başlıca nedenleri teşkil etmektedir.”; ŞENOL, A. Nilay, s. 367; “Ancak kanaatimizce, kişinin koşullu veya henüz mülkiyetinde olmayan bir mala ilişkin satış sözleşmesi yapamamasının önündeki engel tapu mevzuatı ve uygulamasıdır. Bu uygulama sebebiyle taşınmaz satış sözleşmesi borçlandırıcı işlem niteliğini kaybetmiştir ve aslında teorik olarak taşınmaz satış sözleşmesinin koşullu olarak yapılmasına imkân olmasına, hatta bu durum kanunla hüküm altına alınmış olmasına rağmen (TBK 243) uygulamada karşılığı bulunma- makt ve tarafları taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaya mecbur bırakmaktadır.”

<sup>122</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s. 516-517-518; “...taşınmaz satışı ile ilgili olarak suni bir ayırım oluştuğunu göreceğiz. Vade ve koşula bağlı olmadan taşınmaz mülkiyetinin ani edimle tescilin alıcı adına yapıldığı hallere ilişkin satış sözleşmesinin gerçekleştirilmesinde tapuların yetkili olduğu aksi halde taşınmaz satış vaadi ile noterlerin yetkili olduğu kabul edilmektedir.”

<sup>123</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.509.

<sup>124</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s. 527; “Özlüce vurgulamak gerekirse; bu dolandırıcılık vakalarının artmasına neden olan “bedeli nakden ve peşin aldım” ibareli sözleşme kesitleri uygulamasından noterlerin taşıt aracı da dâhil taşınmaz işlemleri konusunda vazgeçmesi ve bu konuda çıkacak yönetmelikte bu hususun özellikle vurgulanması gerekir.”

Bedeli nakden ve peşin aldım şeklindeki kayıtlar hukuk teorisine göre sözleşmenin olmazsa olmaz unsuru değildir. Daha önce bahsedildiği üzere taşınmaz satış sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir taşınmaz bir mal ve bu malın bedeli konusunda tarafların anlaşması yeterli olup bu iki konuda anlaşmanın sözleşmede yer alması sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması için yeterlidir<sup>125</sup>. Öyleyse karşı edim olan taşınmazın bedelinin ödenip ödenmemesinin sözleşmenin geçersizliğine sebep olmayacağı gibi noter veya tapuyu da ilgilendirmedeği açıktır. Özetle, sözleşmede bedelin yazması yeterli olup ifanın gerçekleşip gerçekleşmediği geçerlilik açısından önemli değildir, ifanın gerçekleşmemesi hâlinde bu bir ifa sorunu olup satıcının TBK m. 112 vd. hükümleri gereğince adli yargıya başvurarak hakkını araması ve karşı edimin ödenip ödenmediğinin kanunda düzenlenen makbuz kavramı ile ispatlanması da zaten mümkündür<sup>126</sup>.

Yine de ispat açısından kolaylık olsun diye bedelin ödenmesi hâlinde iki tarafın da bedelin nakden ve peşin alındığına ilişkin kaydın resmi sözleşmeye de eklenmesi yönünde bir talepleri varsa resmi sözleşmeye bu kayıtların eklenmesi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde elbette kabul edilebilir. Burada eleştirdiğimiz konu uygulamada bu kaydın taraflara mecbur tutulması olup bedelin ödenmediği hallerde hatta karşı edimin para dahi olmadığı durumlarda bu kaydın sözleşmeye eklenmesidir. Kanunen yapılması gerekmediği hâlde bu tarz kayıtların olmazsa olmaz kayıtlar olduğu taraflara diretilirse ileride ödenmediği halde atılan imzalar sonucunda taraflar çok daha büyük sorunlarla karşı karşıya kalacaklardır. Özetle bu tip, “bedeli nakden ve peşin aldım” gibi kayıtların zorunlu tutulmasından da acilen vazgeçilmesi gerekmektedir.

Yine; “Takyidatları kabul ediyorum” şeklindeki resmi satış sözleşmesine konulan kayıttan da vazgeçilerek onun yerine “Tapu sicilinin açıklığı uyarınca bilgi sahibi oldum” kaydının sözleşmeye eklenmesi daha uygun olacaktır. Nitekim takyidatların kabul edilmesi alıcıyı mevcut takyidatların borçlusu hâline getirebilir.

<sup>125</sup> TBK m.2/1; “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.”; TBK m.207/1; “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”

<sup>126</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s. 525-526.

Çünkü bu durum bir nevi borcun dış üstlenilmesi niteliğindedir. Oysa alıcı ipoteğe sebep olan borcun kişisel borçlusu hâline gelmemekte sadece taşınmazın, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile satışına katlanma yükümlülüğü altına girmektedir<sup>127</sup>.

Sözleşmeye eklenmesi zorunlu olmadığı hâlde zorunlu tutularak tarafların mağduriyetine sebep olan uygulamaların yanı sıra sözleşmeye eklenmesi gerekirken eklenmeyerek taraflara yine sıkıntılar çıkaran uygulamalarla da karşılaşmak mümkündür. Öncelikle ifade etmeliyiz ki resmi şeklin, subjektif ve objektif tüm esaslı noktaları kapsanması gerekmektedir. Taşınmaz satış sözleşmesinde objektif esaslı unsurdan kasıt, üzerinde anlaşılmaya varılması zorunlu unsurlardır. Yukarıda da bahsettiğimiz TBK m.2 ile m.207 gereğince taşınmazın bedeli ve sözleşmeye konu mal objektif esaslı unsurlardır<sup>128</sup>. Ayrıca 27402 RG sayılı “Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m. 7’de geçen; kimlik bilgileri, imza gibi sözleşmede bulunması gerekli bilgileri olmazsa olmaz objektif esaslı bilgiler olarak sayabiliriz. Bunun yanında bir de subjektif esaslı unsurlar vardır. Burada belirtmeliyiz ki bir şart ancak taraflarca olmazsa olmaz şart olarak kararlaştırılmışsa subjektif esaslı noktadır, kararlaştırılmamışsa esaslı unsur hâline gelmediğinden sözleşmede yer alması da zorunluluk teşkil etmez<sup>129</sup>. Öyleyse tarafların anlaşarak bazı objektif yan unsurları, subjektif esaslı unsur hâline getirebileceklerini ve subjektif esaslı unsur olan kayıtların resmi satış sözleşmesine eklenmesi gerektiğini söyleyebiliriz; bu kayıtlar vade, ceza koşulu, cayma parası gibi kayıtlardır<sup>130</sup>. Tarafların resmi taşınmaz satış sözleşmesine, kanunda kararlaştırılması zorunlu olarak belirtilen mal ve bedel dışında, başka kayıtlar da eklemek istemeleri çok normaldir ve bu kayıtların dikkate alınarak sözleşmeye eklenebilmesi gerekmektedir. Örneğin TBK m.244/2’ de olduğu gibi satıcının sadece özellikle üstlenirse tazminatla yükümlü olacağını; TBK m. 235/3’te olduğu gibi bir hakkın kullanılması için o hakkın sözleşmede açıkça yazması gerektiğini düzenleyen

<sup>127</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.530.

<sup>128</sup> YILDIRIM, Abdülkerim, s.273.

<sup>129</sup> YILDIRIM, Abdülkerim, s.273-274.

<sup>130</sup> MEHMED ALTIN, Gülden, s. 43-44.

hükümler vardır<sup>131</sup>. Tüm bu hükümler karşısında tarafların ispat açısından rahat etmesi için bu tarz kayıtların sözleşmeye konulmasını istemesi oldukça doğaldır<sup>132</sup>.

Ayrıca uygulamada tapu müdürlüklerinde, resmi satış sözleşmesi ile tescil arasında zaman girmemektedir<sup>133</sup>. Sözleşmenin hemen arkasına tescil yapılmakta ve mülkiyet devredilmektedir. Sözleşmeye vade<sup>134</sup> eklemek isteyen kimselerin taleplerinin hukuka aykırı olarak reddedilerek tarafların noterlere yöneltilmesinin gerekçelerinden birisi de zaten uygulamada yapılan bu hatadır. Hata diyoruz çünkü kanunumuzda hiçbir yerde sözleşmeden sonra derhal tescil gelmeli gibi bir ibare bulunmamaktadır. Üstelik TBK m. 207/2’de; *“Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler.”* şeklindeki düzenleme gereğince bedelin daha sonra ödenmesinin taraflarca kararlaştırılmasına kanunen izin verildiğini dahi görmekteyiz. Tüm bu sebeplerle taraflarca sözleşmeye eklenmek istenen vadenin sözleşmeye yazılmasında uygulamada hiçbir sıkıntı çıkarılmaması gerekirken maalesef ki uygulama tam aksinedir.

Peki noterlere yapılan bu yöneltilmeler sebebiyle tapudan notere gelen insanların veya direkt taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdetmek için notere başvuran kişilerin yapmış oldukları sözleşme gerçekten de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi midir? Taşınmaz satış vaadi her ne kadar bir ön sözleşme olarak kanunda ifade edilmiş olsa da TMK m. 716/1’de düzenlenen hüküm<sup>135</sup> dikkate alındığında gerçekte bir ön sözleşme gibi değil asıl sözleşme olan taşınmaz satışı sözleşmesi gibi hüküm doğurduğunu görmekteyiz. Çünkü anılan maddeye göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde temerrüt hâlinde alıcı sanki bir taşınmaz satış sözleşmesi yapılmış gibi

---

<sup>131</sup> TBK m. 244/2; *“Satılan taşınmaz, resmî bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir.”*; TBK m.235/3; *“Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.”*

<sup>132</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.522.

<sup>133</sup> ŞENOL, A. Nilay, s.359.; ÇABRİ, Sezer, s.593.

<sup>134</sup> Vade bir subjektif esaslı unsur hâline gelmişse resmi şeklin bu unsuru da kapsamı gerektiğinden bahsetmiştik.

<sup>135</sup> TMK m.716/1; *“Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”*

direkt mülkiyetin devrini yani tescili talep edebilmektedir<sup>136</sup>. Oysa “taşınmaz satış vaadi sözleşmesi” gerçek anlamda bir ön sözleşme olsaydı; bu sözleşmesindeki borca aykırı davranış sonucunda mahkemeye başvurulduğunda mahkeme; borca aykırı davranan kişiyi “taşınmaz satış sözleşmesi” yapma yolunda irade beyanında bulunması için zorlardı<sup>137</sup>; sanki bir taşınmaz satış sözleşmesi yapılmış ve bu sözleşmeye aykırı davranılmış gibi mülkiyetin hükmen geçirilmesine karar vermezdi<sup>138</sup>. Özetle, TMK m. 716/1 ve Yargıtay uygulamaları neticesinde uygulamada noterlerin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi adı altında aslında uzun süredir taşınmaz satış sözleşmesi yaptıklarını söyleyebiliriz<sup>139</sup>.

Sonuç olarak vade ve koşulun olmadığı, hemen arkasından tescilin gelmesinin istendiği, bedenin devir esnasında tam ve peşin olarak ödendiği durumlarda tapunun uygulamasında bir sıkıntı olmamaktadır. Kişiler resmi satış sözleşmesini yaparlar ve arkasından tescil talep edip tescil gerçekleşerek mülkiyeti devrederler. Peki ya diğer hallerde ne gibi sıkıntılar ortaya çıkmaktadır? Örneğin; taşınmazın maliki olan satıcı, sözleşme özgürlüğü gereğince taşınmazını, alıcı arkadaşına, “başkasına devretmemesi koşulu ile” devretmek istiyor ve arkadaşı da bu şartı kabul ediyorsa süreç nasıl işliyor? İşte sıkıntılar bu tarz durumlarda başlamaktadır. Böyle bir durumda uygulamada yapılan şey, sözlü olarak anlaşılan koşulun yer almadığı matbu bir sözleşme ile tescilin yapılmasıdır. Ardından alıcının, sözlü anlaşmaya (koşulun resmi anlaşmaya eklenmesine izin verilmediği için) aykırı hareket ederek taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde satıcının yapacak bir şeyi kalmaz. Bu yüzden, alıcının aralarındaki sözlü anlaşmaya uymasını ummaktan başka

<sup>136</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, s.147-148.

<sup>137</sup> SAPANOĞLU, Süleyman, s.143.

<sup>138</sup> SAPANOĞLU, Süleyman, s.144.; Ayrıca bu konuda mahkemenin vereceği kararın niteliğinde yapılan tartışmalar için bkz; MEHMED ALTIN, Gülden, s.47-48.

<sup>139</sup> ŞENOL, A. Nilay, s.367; “Kaldı ki, geçersiz bir işlemin bir başka işleme dönüştürülerek ayakta tutulabilmesini sağlayan çevirme (tahvil) müessesesi de kanaatimizce, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesi arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır.” ; ÖZMEN, Etem Saba, s.520; “...noterler, aslında vade ve koşula bağlı olmayan satış sözleşmelerini hatalı satış vaadi tabiriyle borçlandırıcı işlem niteliği ile asıl sözleşme olarak yıllardan beri yapmaktadırlar.”; Ayrıca, uygulamada tapunun yanında noterlerin de sözleşme serbestisi ilkesine pek uymadıkları konusunda bkz; ÖZMEN, Etem Saba, s.518; “Ayrıca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi içine konabilecek içerik düzenleme serbestisinin de kabul görmediği hallere rastlamaktayız.”

elinden bir şey gelmez. Hukuki yollardan hakkını aramaya kalksa ispat sorunu ile karşılaşır. Oysa böyle bir örnekte olması gereken, tapunun taraflar arasındaki bu anlaşmayı resmi sözleşmeye bozucu şart olarak yazmasıdır. Ardından tescili her zamanki gibi, bildiğimiz içerikte, normal bir şekilde gerçekleştirmelidir. Zaten eşya hukukuna hâkim olan sınırlı tipe bağlılık ilkesi sayesinde aksi mümkün değildir. Yani resmi sözleşmeye bozucu şartın konmasının tescile herhangi bir olumsuz etkisi olmaz, alıcının tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Dolayısıyla alıcı, sözleşmedeki bozucu şarta rağmen taşınmazını üçüncü kişiye rahat bir şekilde devredebilir. Burada üçüncü kişinin iyiniyetli veya kötü niyetli olmasının da bir önemi yoktur. Çünkü burada emin sıfatıyla zilyetten değil gerçek malikten bir taşınmaz satın almıştır. Bu işlem için aslında ikinci kişi konumundadır. Peki bu ihtimalde satıcı için fark eden şey ne oldu? Alıcının sözleşmeye aykırı davranarak taşınmazı başka birine devretmesi ile sözleşmede yer alan bozucu koşul (devretmeme koşulu) gerçekleşmiş ve böylece sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz hâle gelmiş oldu. Bilinmelidir ki sözleşmenin ileriye dönük olarak geçersiz hâle gelmesi de tescili etkilemez. Tescil geçerli bir resmi sözleşmeye dayalı olarak yapıldığı için hiçbir sorun yoktur. Taşınmazı devralan üçüncü kişinin kazanımı her hâlükârda korunacaktır. Dolayısıyla satıcı taşınmazına geri kavuşamayacaktır. Fakat yükümlülüğe aykırı davranan alıcının satıcıya sorumluluğu doğmuş olur. Artık sözleşme geçersiz olduğu için sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvuran satıcı, bu işlem nedeniyle bir zararı doğmuş ise bu zararını alıcıdan talep edebilecektir. Üstelik alıcının kötü niyetli zilyedin iade borcu ile sorumlu tutulması da mümkündür zira şarttan haberdar olduğu açıktır<sup>140</sup>. Sonuç olarak zaten hukukumuzda bu şekilde tüm sorunların halledecek, tarafların haklarını koruyacak düzenlemeler varken resmi satış sözleşmesine koşul eklenmemesi, resmi satış sözleşmesinin matbu olması yanlış olup hakkaniyet açısından bu uygulamadan vazgeçilmesi gerekmektedir.

Yine tapuların yapmış olduğu matbu sözleşmelerde iki taşınmazın trampası mümkün olsa da taşınır ile taşınmaz arasında trampaya izin verilmemektedir<sup>141</sup>. Bir örnekle durumu açıklamak gerekirse ünlü bir ressamın yaptığı değerli ve pahalı bir

<sup>140</sup> ÖZMEN, Saba, s.512.

<sup>141</sup> ÖZMEN, Saba, s.513.



tablo ile bir taşınmazın değiştirilmesi konusunda taraflar anlaşmış olsalar da böyle bir sözleşme tapuda yapılmamaktadır. Yine gerçeğe aykırı olarak satış olarak gösterilir ve sanki karşılığında para alınmış olduğu sözleşmede yazar. Taraflar bu değişim konusunda kararlılar ve birbirlerine de güveniyorlarsa tapudaki matbu resmi satış sözleşmesine çaresizlikten imzayı atarlar ama dış ilişkide yine alıcı, almış olduğu taşınmaza karşılık parayı değil tabloyu verecektir. Peki ya alıcı sonradan tabloyu vermezse ya da tablonun başına bir şey gelir ve edim imkânsız hâle gelirse ne olacaktır? Öncelikle imza altına aldıkları resmi sözleşmeye göre böyle bir tablo anlaşmada hiç yer almamıştır ve satıcı parasını çoktan almış olarak gözükmektedir.

Başka örnek vermek gerekirse; taşınmazın maliki olan satıcı, alıcıya evini satmak istemesi fakat alıcının satıcıya karşılığında para ödemek yerine hizmet ifasında bulunması konusunda taraflar anlaşmış olsunlar. Ardından kanunen resmi geçerlilik şartına bağlı olan taşınmaz satış sözleşmesini düzenlemek için yetkili makam olan tapuya geldiklerinde yine aynı yanlış uygulama ile karşı karşıya kalacaklar ve gerçek durum umursanmadan resmi sözleşmeye “bedeli tam ve peşin teslim aldım” kısmı eklenecek ve taraflar da bu sözleşmeyi imzalamak zorunda kalarak taşınmaz alıcıya devredilecektir. İleride taşınmazı devralan alıcının satıcıya hizmet edimi yükümlülüğüne aykırı davrandığını, bu borcunda temerrüde düştüğünü, kötü hizmet ifası yaptığını ya da hizmet borcunu hiç yerine getirmediğini hatta hizmet ifasında bulunamadan veya ifa sırasında taşınmazı devralan alıcının öldüğünü düşünelim. İşte tapunun nasıl bir hata yaptığı şimdi daha iyi anlaşılacaktır. Oysa resmi sözleşmeye bu durum aynen açıkça yazılıysaydı (ki bahsettiğimiz gibi teorideki mevcut düzenlemeler ile bu pekâlâ mümkündür) satıcı sözleşmeyi delil olarak göstererek hakkını hukuki yollardan arayabilecek ve elinde resmi sözleşme gibi aksi sabit oluncaya kadar doğruluğu kesin olan güçlü bir belge ile durumu ispatlayabilecek idi. Fakat bu yanlış uygulama neticesinde satıcının elinde ispat konusunda bir belge bulunmadığı gibi alıcının elinde satıcının aleyhine çok güçlü delil olan resmi satış sözleşmesi vardır. Üstelik bu sözleşmede gerçeğe aykırı olarak satıcının, taşınmazın bedelini tam ve peşin aldığı dair bir kayıt mevcuttur. Hatta ileride, bir sebeple sözleşme sona erse ve taraflar aldıklarını iade etmek durumunda kalsa, satıcı alıcıdan

hiç almadığı parayı ona geri ödemek zorunda bile kalabilecek olup bu hukuken ve vicdanen kabul edilemez bir durumdur<sup>142</sup>.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. İnsanlar ya bütün bu riskleri göz önüne alarak tapuda gerçeği birebir yansıtmayan sözleşmeler yapmaya devam edecekler ve sonrasında muhtemel büyük sıkıntılarla karşı karşıya kalacaklar ve ispat sorunu, mahkemelerin iş yükünün artması, tarafların hatta belki mirasçılarının uğraşmak zorunda kaldığı bu işlemde kaynaklanan davalar ve dolayısıyla para ve zaman kaybı gibi birçok sorun ortaya çıkacaktır ya da (Anayasa ile güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle hakları olmasına rağmen) bu tarz sözleşmeler yapmaktan kaçınacaklardır.

Tüm bu sorunların yanında konumuzla çok ilgisi olmadığı için ayrıntılı bilgi vermesek de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa malikinin yaptığı tescil talebinin de yine satış gibi gösterilmesi, alacağın devri sözleşmesinin tapu dairelerince yok sayılması<sup>143</sup> ile paylı mülkiyet konusunda da hatalı uygulamalar yapılmaktadır<sup>144</sup>. Ayrıca bazı kavramların değiştirilerek kanunda olmayan ifadelerle kullanılmaları da doğru değildir<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> ÖZMEN, Saba, s.512-513.

<sup>143</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; ÖZMEN, Saba, s.514-515-516; “Uygulaması en çok görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde noterde düzenlenen resmi senedin sonrasında arsa malikinin yükleniciye tapu devrini yeniden resmi senet düzenleyerek TMK m.1013 hükmüne yaptığı tescil talebinin aynı gerekçeyle satış gibi gösterildiği yolundaki hatalı uygulamalar...Bir diğer tapu dairelerince yok sayılan yani resmi senede konu edilmeyen sözleşme adı altında aslında tasarruf işlem niteliğindeki alacağın devri (temlik) sözleşmesidir...Bu sonuçla taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan TMK m.716 hükmüne ilişkin tescili isteme hakkının alacaklı tarafından devrinin tapu dairelerinde kabulü gerekecektir.”

<sup>144</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s. 522-523; “5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu başlıklı kanun gereği tarım arazilerinde bölünme yasağının varlığına ilişkin TMK m.731’in emredici hükmünün varlığına dayalı gerekçeyle mirasbırakanın ölümüyle elbirliği ortağı mirasçılarının tarım arazisinde paylı mülkiyete geçiş taleplerinin tapu dairelerinde karşılanmadığını eseyle görmekteyiz. TMK m.688’nin I. fıkrasının tanımlayıcı hükmünde olduğu gibi paylı mülkiyetin “maddi olarak bölünmüş olmayan eşyanın” her paydaşa her zerrelerinde hak sağladığı bilgisinden nasıl yoksun olunabilmektedir?”; Paylı mülkiyet konusunda yapılan uygulama hataları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; ÖZMEN, Etem Saba, s.518.

<sup>145</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s. 518-519; “Örneğin; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerini ifade etmek üzere “Gayrimenkul Satış Vaadi Şeklinde Kat Karşılığı Temlik/İnşaat” ... üst sınır ipoteği yerine “inşaatçı ipoteği/inşaat teminat ipoteği””

Şimdi bu sorunlar için neler yapılabileceğine bakalım. Öncelikle bu uygulamanın değişmesi yolunda adımlar atılmalı, tapu ile noterler tüm bu sıkıntılar konusunda bilgilendirilmelidir. Bu kurumların; sözleşme tipini tarafların gerçek iradesi ne ise onu yansıtacak şekilde, gerçek ve doğru bir şekilde yazmaları gerekmektedir. Böylece ispat kolaylığı sağlaması gereken resmi sözleşmelerin de ispat sorununa dönüşmesi engellenmiş olacaktır.

Konumuzu oluşturan taşınmaz satışı ile ilgili resmi sözleşmeyi yapma yetkisinin noterlere verilmesinde ise; noterlikçe yapılan işlemler, bahsedilen teorik hukuk bilgisine uygun bir şekilde yapıldığı müddetçe bir sakınca yoktur kaldı ki Noterlik Kanunu m. 89'da geçen ifade noterlere taşınmaz satışı konusunda zaten oldukça geniş bir yetki vermiştir. Sırf bu madde dayanak alınarak bile noterlerin taşınmazın devrini gerektirecek tüm sözleşmeleri dolayısıyla taşınmaz satış sözleşmesini de yapması gerekir. Fakat uygulamada bu yetki, belki de yeterince açık olmadığından kullanılmamaktadır. Bu nedenle noterlerin, taşınmaz satışı sözleşmesi de yapabileceklerinin kanunda açık açık düzenlenmesi isabetli olacaktır<sup>146</sup>. Böylece tapu memurlarına nazaran hukukçu kimliği olan ve kamu hizmetinde bulunan noterlerin bu sözleşmeyi yapma yetkisinin olması, sözleşmeyi akdeden taraflar için de daha iyi olacak, yaptıkları işlemler konusunda sormak istedikleri sorulara tatmin edici cevaplar alabileceklerdir. Ayrıca taahhüt işlemi olan taşınmaz satış sözleşmesinin noterde; sözleşmenin devamında gelecek olan tescilin ise tapuda yapılacak olması taahhüt ve tasarruf işlemi arasındaki farkların daha iyi anlaşılmasına neden olacak üstelik iki işlem arasına zaman girmesi de tescilin sözleşmeden hemen sonra yapılması gerekliliği noktasındaki yanlış algıyı kırarak tüm bu sebepler sayesinde tescilden ayrı bir işlem olan sözleşmeye tarafların isteği yönünde ve olması gerektiği gibi koşul, vade ve diğer yüklemeler konulabilecektir. Böylece uygulamadaki yanlışların da önüne geçilecek ve tarafların ileride çekeceği muhtemel sıkıntılar önlenmiş olacaktır<sup>147</sup>.

<sup>146</sup> ÖZMEN, Saba, s.505.

<sup>147</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, s.146-147; *“her ne kadar çoğunlukla peş peşe icra ediliyor olsalar bile, taşınmaz mülkiyetinin devri ile taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisi bağlamında, taahhüt işlemleri ile tasarruf işlemlerini birbirinden ayırmak, taahhüt işlemlerinin icrası evresinde hukukçu kimliği taşıması hasebiyle hukuki bilgi birikimi ve*

Bir diğer önemli sebep olarak tapuda yaşanan yoğunluklar yüzünden randevuların ertelenmesi gibi sıkıntıların uygulamada fazlaca yaşanmasını örnek gösterebiliriz. Tapu müdürlükleri ülkemizdeki en yoğun kurumların başında gelmektedir. 2018 yılında vatandaşların tapu müdürlüklerine gitmeden internet üzerinden tüm tapu işlem başvurularını yapabildiği, gerekli belgeleri internet üzerinden kuruma gönderebildiği bir sistem olan web tapu sistemi, tapu dairelerinde yaşanan yoğunluğun azaltılması amacıyla hayata geçirilmiştir<sup>148</sup>. Fakat web tapu sistemi ile e-devlet üzerinden bir sınırlama getirilmeksizin başvuruların alınmasıyla birlikte bu yoğunluk sistemin verdiği kolaylıkla yapılan başvuruların daha da artmasına neden olmuştur. Bununla birlikte -ileride noterlerin hukuki sorumluluğunu anlatırken ayrıntılı bahsedeceğimiz üzere- tapu memurları, yaptıkları taşınmaz işlemlerinden dolayı oldukça büyük meblağlarda tazminat ödemek zorunda kalabilmektedirler<sup>149</sup>. Bu iki durum birlikte değerlendirildiğinde hızlı ve hatasız çalışması beklenen tapu memurlarının motivasyonlarının dolayısıyla verimlerinin de bu sebeplerden düşeceği öngörülebilir<sup>150</sup>.

Açıklanan tüm bu nedenler taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisinin tapunun yanında bir kuruma daha verilmesi için etkili olmuştur ve bu yetkinin, yıllardır taşınmaz satış vaadi adı altında taşınmaz satışı yapan noterlere verilmesi de kanaatimizce en uygun seçenek olmuştur.

Şimdi değişiklik maddesi olan NK m.60 ile eklenen yeni madde olan NK m.61/A incelenecek ardından bu düzenlemeler ile beklentilerimizin karşılanıp karşılanmadığı konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

---

*deneyimi açısından tapu sicili memurlarına nazaran daha fazla donanımına sahip bulunan noterleri; tasarruf işlemlerinin icrası evresinde ise, tapu müdürlüklerini yetkili kılmak düşüncesidir. Öte yandan noterler, işlem bazında kendilerine müracaat edenlerin hukuki danışmanı konumundadırlar ve icra ettikleri görev sebebiyle hukuk mühendisi kimliğini taşırlar.*

<sup>148</sup> ÖZDEMİR, Eren Gürsoy/ KARALI, Hatice/ ÇİÇEK, İdris: “Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde Dijital Dönüşüm: E-Arşiv”, *Arşiv Dünyası*, Cilt 9, Sayı 2, Yıl 2022, s.164.

<sup>149</sup> MEZKİT, Mesut: “Medeni Kanun’un 1007. Maddesinin Tapu Hizmetleri Çalışanları Üzerindeki Etkileri”, *Yeni Fikir Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, Yıl 2015, s.95; “*Tapu kurumları işlem riski açısından yüksek müesseseler oldukları için stresi tetikleyen ortamın varlığı da o kadar fazladır.*”

<sup>150</sup> CANDAN, Hakan/ ARSLAN, Şadiye: “Türkiye’de Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Kusursuz Sorumluluğu ve Rücu Sistemine Alternatif Bir Yöntem: Tapu Sigortası Sistemi”, *Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, Yıl 2021, s.183.

### III. 04.07.2023'TE UYGULANMAYA BAŞLANAN İLGİLİ DEĞİŞİKLİK MADDELERİ

#### A. Noterlere Verilen Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi (m.60 ve m.61/A)

28.06.2022 tarihli ve 31880 sayılı Resmî Gazete' de, 7413 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile Noterlik Kanunu'nda m.60'ta değişiklik yapılmıştır. Kanuna ayrıca 61/A maddesi eklenmiştir. 60 ve 61/A maddeleri, Kanunun “Noterlerin Görevleri” başlıklı sekizinci kısmında yer almaktadır. Ekleme yapılan 60. maddenin başlığı “Noterlerin genel olarak yapacakları işler” olup yeni eklenen 61/A maddesinin başlığı ise “Taşınmaz satış sözleşmesi” olmuştur.

1512 sayılı Kanununun 60. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir;

*“(Değişik: 23/6/2022-7413/11 md.) Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, **taşınmaz satış sözleşmesi yapmak,**”*

Böylece Noterlik Kanununa “taşınmaz satış sözleşmesi yapmak” ibaresi eklenerek noterlerin de taşınmaz satış sözleşmesi yapmaları kanunen mümkün hâle getirilmiştir.

Peki m.60/3 bendinde bahsedilen taşınmaz kavramına neler dahildir? Bunu anlamak için TMK'da düzenlenen taşınmaz kavramının tanımına ve kapsamına bakmak gerekir. TMK m.704 ve m.998 gereğince; araziler, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebilirler<sup>151</sup>. Bu nedenle Noterlere getirilen taşınmaz

<sup>151</sup> ERBEK ODABAŞI, Özgç: “Yargıtay Kararları Işığında Devletin Taşınmazın Tapu Kaydındaki Yüzölçümünün Yanlışlığından Doğan Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)*, Cilt: 23 Sayı: 1, Yıl 2021, s.199-200; “...tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek şeyler; arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerdir. Ancak bağımsız ve sürekli haklar gerçek anlamda taşınmaz değil, devredilebilir nitelikteki kişiye bağlı irtifak haklarıdır.”

satış sözleşmesi yapma yetkisinden de sadece konut satışları değil yukarıda bahsettiğimiz taşınmaz kavramı içine giren tüm unsurları anlamamız gerekir.

Noterlere verilen bu yetki, Tapu'nun taşınmaz satış sözleşmesine resmîyet kazandırma yetkisine son vermemiştir. Bu hüküm uygulanmaya başladıktan itibaren resmî taşınmaz satış sözleşmesi yapmak isteyen taraflar, ister tapu müdürlüğüne isterlerse de noterlere müracaat edebileceklerdir<sup>152</sup>. Bu sonuca, hem ilgili sözleşmeyi yapma yetkisinin tapulara verildiği Tapu Kanunu'nda bir değişiklik olmamasından hem de Noterlik Kanunu'na yeni eklenen m.61/A/1'de yer alan aşağıdaki ifadeden ulaşılmaktadır;

1. *“Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir.”*

Noterlik Kanunu'na yeni eklenen m.61/A'nın diğer fıkralarına tek tek değinmek makalemizin konusu düşünüldüğünde yerinde olacaktır;

2. *“Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetir.”*

m.61/A'ya getirilen 2. fıkrada yer alan *“her türlü kısıtlamayı dikkate alır”* ibaresi, taahhüt işlemi ile tasarruf işlemi ayırımında yapılan uygulamadaki hataların aynen devam ettiğinin bir göstergesidir. Çünkü taahhüt işlemi yapan noterlerin böyle bir sınırlamayı dikkate alması gerekmez; herhangi bir kısıtlamanın varlığı, tescili gerçekleştirecek olan tapu memurlarını ilgilendiren bir konu olarak kalmalıdır<sup>153</sup>.

3. *“Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce tapu kayıt örneği ve diğer belgeler tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar bu sistem üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek sisteme aktarılır. Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır<sup>154</sup>.”*

<sup>152</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, s.146.

<sup>153</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s. 533; *“Bu yönde iflas veya konkordato ile verilen mehil şerhi bulunması halinde tapu dairelerinin yapmaktan alıkonulduğu işlem tasarruf işlemi tescildir.”*

<sup>154</sup> Bkz; öngörülen bilişim sisteminin kurulduğunun Adalet Bakanlığı resmî internet sitesinde duyurulduğu tarihte uygulanmaya başlayacak olan; Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz

Sondan başlamak gerekirse bu maddede yer alan “*Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır.*” ifadesinde taahhüt ve tasarruf işleminin karıştırıldığını görmekteyiz. Şöyle ki; taşınmaz satış sözleşmesi aslında bir taahhüt işlemi olmasına rağmen noterlere bu sözleşme için hak sahibini belirleme ve tarafların engel hukuki bir durumun bulunup bulunmadığının tespiti de yüklenmiştir. Oysa ki böyle bir tespit yükümlülüğü ancak bir tasarruf işlemi olan tescil aşamasında aranan bir şarttır. Bu açıdan bakıldığında taraflarda engel bir hukuki durumun olup olmadığının tespiti ile gerçek hak sahibini belirleme görevinin noterlere yüklenmesi oldukça yanlış bir düzenlemedir. Çünkü noterlere verilen yetki, tescil yapma yetkisi olmayıp sözleşme düzenlemekten ibarettir yani taahhüt işlemi yapmaktır. Öyleyse daha önce bahsettiğimiz gibi gerçek hak sahibi olmayan birinin de sözleşmeyi düzenleyebilmesi gerekir<sup>155</sup>. Yine tescile engel durumun bulunması sözleşmenin düzenlenmesine engel olmamalıdır.

Bu fıkrada düzenlenen diğer bir konu ise; “*Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar bu sistem üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek sisteme aktarılır.*” cümlesi ile eksik belgelerin varlığı hâlinde bu belgelerin tapudan istenmesi yükümlülüğünün de noterlere getirilmiş olmasıdır. Fakat bu eksik belgeden kastedilen nedir? Öncelikle TMK’da belirtildiği gibi<sup>156</sup> tescile güvenerek hak sahibi olan kişinin

---

Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.7/2; “*Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde eksiklikler taşınmazın kayıtlı olduğu tapu müdürlüğünden TAKPAS vasıtasıyla talep edilir. Eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek en geç üç iş günü içerisinde TAKBİS’e yüklenir.*”; m.7/3; “*Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin tamamlanmasından sonra noter, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamayı dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili mevzuatta yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetir. Buna göre hak sahibini belirleyip taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığını tespit ettikten sonra sözleşmeyi hazırlar.*”

<sup>155</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.534; “*Böylece yüklenicilerin ön ödemeli konut satışında malik olmaksızın yaptıkları noter satışı olarak adlandıkları satışın taşınmaz satış vaadi olarak yapılması gerektiği bilgisi ile kaleme alındığı açıktır.*”

<sup>156</sup> TMK m.1023; “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*”; TMK m.3/2; “*Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*”; Ayrıca TMK m. 3/2’de geçen ilgili kelimesi kastedilerek bkz; ÖZMEN, Etem Saba, s.536, “*...bu konuda külfet altında olan “ilgilisi” kavramına noterler dâhil edilemez.*”

kazanımı iyiniyetliyse korunmaktadır. Aynı hak kazanan bu kişi durumu bilen veya bilebilecek durumda olan biri ise, kazanımı korunmayacaktır. Tapuda sözleşme ve tescil yapılırken, tapu satışa konu taşınmazla ilgili tüm dosyayı size sunmaz, sadece tapuda hak sahibi yazan kişiye bakarsınız ve bu yeterli olur. Tapu için olmayan bu düzenlemenin noterler için getirilmiş olması; noterlerin kusursuz sorumluluğunu düşündüğümüzde hakkaniyete uygun olmadığını ifade etmek isteriz<sup>157</sup>. Örneğin geçersiz bir hukuki sebebe dayalı olarak yapılan yolsuz tescille hak sahibi olan birinden, taşınmazın, noter aracılığı ile satın alınması durumunda gerçek hak sahibi, geçersiz hukuki sebebin noter tarafından taraflara açıklanıp gösterilmemesi nedeniyle bu fıkraya dayanarak noterlerin sorumluluğuna başvurabilir<sup>158</sup>. Yine ehliyetsiz A'dan her nasılsa taşınmazı devralan B tapuda görünen malik olur. C ile B arasında noterde düzenlenen satış sözleşmesinin akabinde tescil yapıldığında yine A'nın vekili, ehliyete ilişkin belgelerin tapudan getirilmemesi nedeniyle notere dava açabilir. Bu fıkra, noterlere haksız yere birden fazla dedektiflik görevi yüklemektedir.

4. *“Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir.”*

Bu fıkra ile yine birçok sıkıntılara neden olacak şekilde taahhüt işlemi ve tasarruf işleminin iç içe düzenlendiğini görmekteyiz. Zira noterde satış sözleşmesi imzalandıktan hemen sonra tarafların tapu müdürlüğüne yönlendirilerek taşınmazın tescil ettirilmesi şartı getirilmektedir. Oysa ki tescil taşınmaz satışından hemen sonra olmak zorunda değildir. İmzalandığı anda yevmiye numarası alınıp devre konu olması, tarafların aslında noterde sadece bir satış sözleşmesi değil aynı zamanda tescile de yönlendirilerek bir tasarruf işlemi amacıyla yaklaşmalarına neden olacaktır.

<sup>157</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.535.

<sup>158</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, s.169; *“Noter, taşınmaz üzerindeki kısıtlamaları yahut taşınmaz satışıyla ilgili olarak diğer kanunlarda yer alan sınırlamaları dikkate almamışsa, satışa engel hukuki durumu gözetmemişse, taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerde eksiklik olduğu hâlde, taşınmaz satışını gerçekleştirmişse (NK m. 61/A), resmî senedin hazırlanmasında şekil kurallarına uymamışsa, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan kendisi sorumlu olur.”*



Dolayısıyla bu fıkra nedeniyle sözleşme ile tescilin arasına vade girmesini planlayan taraflar taşınmaz satış sözleşmesi yapmak yerine tekrar taşınmaz satış vaadine yöneleceklerdir. Bu sebeple uygulamada düzelmesi gereken sorunların düzelmeden devam edeceğine bir kez daha tanık olmaktadır<sup>159</sup>. Son olarak sisteme aktarılacak belgelerin fiziki olarak arşivlenmesine gerek olmadığı, yapılacak fiziki arşivlerin israfa sebebiyet vereceğini de belirtmeden geçmek istemeyiz.

5. “Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yaparlar.”

Noterlerin kanun gereği bizzat düzenlemek zorunda oldukları taşınmaz satış sözleşmesi dışında da işlemler mevcuttur fakat uygulamada buna pek uyulmamakta olduğundan bu fıkraya da yine uygulamada uyulmayacağını yönünde görüşler vardır<sup>160</sup>. Fakat önemle belirtmek gerekir ki işin önemi nedeniyle getirildiği aşikâr olan bu fıkraya uyulmaması, noterin sorumluluğunu doğuracak nedenlerin başında gelmektedir<sup>161</sup>.

6. “Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı<sup>162</sup> hâlinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez.”

<sup>159</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.148; ÖZMEN, Etem Saba, s.536.

<sup>160</sup> ÖZMEN, Etem Saba, s.536-537; “Şimdiden dekriminilizasyona uğrayacak bir hüküm olacaktır. Çok açık bilmekteyiz ki bu işlemler noter başkâtipleri tarafından matbu belgeler üzerine notere imzaya sunulacaktır. Biraz alaycı bir ifade ile belirtmek gerekirse; yirmi- otuz sayfalık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterlerce resen düzenlenmesi gerekirken yani noterin bizzat yetmiş- seksen maddelik sözleşmeyi tek tek tarafların huzurunda dinleyip resmi metne aktarması sanki yıllardır yapılmıyormuş gibi bu hükmün konması şimdiden ihlale açık olmakla hukuk ciddiyetini ortadan kaldırmaktadır. Andığımız sözleşmelerde biliyoruz ki; giriş sayfası ve kimlik bilgisine yer veren son sayfası araya bellek aygıtı çıktısı olarak sokulmakla imzalanan sözleşmeler uygulaması bu yönde de devam edecektir.”

<sup>161</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.166; “Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yapmak zorunda oldukları hâlde (NK m. 61/A, f. V), taşınmaz satış sözleşmesi, stajyer, kâtip veya kâtip adayları tarafından yapılmışsa, bu sözleşmeden doğan zararlardan da sorumludurlar. Noterin bizzat yapmak zorunda olduğu işlemi başkalarına yaptırması, sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık unsurunu evleviyetle oluşturur.”

<sup>162</sup> ÖZMEN, s.537; “...bu fıkrada yer alan ifadenin tescile engel bir hukuki durumun varlığı halinde olarak anlaşılması gerekecektir. Çünkü tekrar vurgulamak gerekirse; TMK m.992 ve TMK m.1020 hükümleri gereği malikin (yani tasarruf yetkisine haiz hak sahibinin) belirlenememesi kural olarak mümkün değildir...”

Benzer bir düzenleme Yönetmelikte de yer almaktadır<sup>163</sup>. Ayrıca Yönetmelik m.7/4'e göre, "Sözleşmeye, tescili bozan veya hükümsüz kılan kayıt ve şart yazılamaz." Yorumladığımız NK m.61/A maddesinin 4. fıkrasıyla uyum içinde olan bu fıkrada da 4. fıkra için yaptığımız eleştirileri tekrar etmekle birlikte taşınmaz satış sözleşmenin geçersizliğini etkilememesi gereken sebeplerin varlığı; hatalı olarak tapuda sözleşme yapılamamasına yol açtığı gibi noterde de taşınmaz satış işlemi yapılamamasına yol açtığını bir kez daha vurgulamak isteriz. Örneğin üzerinde ihtiyati tedbir kararı olan bir taşınmaz düşünelim. Bu taşınmazın başkasına devredilemeyeceği konusunda hemfikiriz fakat satıcı satmak ister alıcı da bir gün tedbirin kalkacağına inanarak taşınmazı devralmak istediğinde, üzerinde ihtiyati tedbir olan bu taşınmaz için resmi satış sözleşmesi düzenlenmesi önünde daha önce bahsedilen teorik hukuk bilgileri düşünüldüğünde hiçbir engelin olmaması gerekirken ne tapuda ne de noterde bu işlemin gerçekleştirilmemesi getirilen düzenlemenin yetersizliğini ortaya koymaktadır. Uygulamada düzelmesi gereken sorunlara çözüm olması beklenen yenilik ile hiçbir şeyin değişmeyeceğini bir kez daha bu fıkra ile görmekteyiz. Bu örnekte yine taşınmaz satış sözleşmesi vaadi yapmaya tarafların yöneltileceği öngörülmektedir<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.8/4; "Noter, taşınmazın satışını kısıtlayıcı veya satışa engel hukuki bir durumun bulunmadığını tespit ettikten sonra sözleşmeyi taraflara imzalatıp TAKBİS'ten yevmiye numarası alarak sözleşmeyi ve diğer belgeleri TAKBİS'e kaydeder. Sözleşmenin TAKBİS'e kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır..."; m.8/5; "Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez."; m.8/7; "Taraflara, sözleşme imzalandıktan sonra tescilin tamamlanmasını müteakip, noter tarafından tapu senedi verilir."

<sup>164</sup> ÖZMEN, s.537.; TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s. 155; "NK m. 61/A hükmü, taşınmaz mülkiyetinin nakli sürecinde sadece borçlandırıcı işlem (satış sözleşmesi) safhasını ilgilendirmektedir; ancak kanun koyucu, tapu uygulamasının etkisiyle bunu aşacak şekilde düzenleme getirmiştir. Şöyle ki tapu müdürlüğünde taşınmazın devrine ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hak kurulmasına yönelik olarak düzenlenen resmî senet (borçlandırıcı işlem), taraflarca imzalandıktan sonra tescil istemi, işlemin yevmiye numarası, saat ve dakikası da belirtilerek yevmiye defterine kaydedilmektedir (TMK m. 1017, 1022, Tapu Sicili Tüzüğü m. 21-23). Zira uygulamada resmî senede, tescil talebi de yazılmaktadır. Nitekim Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 7/f. I, b. (i) hükmünde, resmî senette tasarruflı işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanlarının da yer alması öngörülmüştür. Kanun koyucu bu uygulama biçimini, noterlerin düzenleyecekleri satış sözleşmelerinde de benimsemiştir."

7. “Noterler tarafından yapılacak taşınmaz satış sözleşmelerinden yalnızca 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (4) sayılı tarifenin “I-Tapu işlemleri” başlıklı bölümünün (20) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca tapu harcı alınır. Bu işlemler için 492 sayılı Kanunun tapu harçlarına ilişkin hükümleri ve gerekli harcı tamamen almadan işlem yapan noterler hakkında aynı Kanunun 128 inci maddesi hükmü uygulanır.”

Fıkıradaki geçen 128. madde harçların alınması konusunda memurların sorumluluğunu düzenlemektedir<sup>165</sup>. Bu fıkra harçlar konusunda mevzuata aykırı davranan noterlerin sorumluluğuna gidilebilmesi için getirilmiştir.

8. “Taşınmaz satış sözleşmeleri damga vergisinden ve bu işlemlere ilişkin düzenlenen kâğıtlar değerli kâğıt bedellerinden istisnadır.”

9. “Bu madde kapsamında yapılan işlemler karşılığında noter ücreti dışında herhangi bir ücret alınmaz. Noter ücreti taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz ve ücret tarifesinde gösterilir. Bu miktarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında takvim yılı başından geçerli olmak üzere artırılarak uygulanır.”

Taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilen noterlerin, bu işleme verdikleri emeğin ve harcadıkları zamanın karşılığı olarak bu fıkıradaki noterlik ücreti düzenlenmiştir. Bu elbette gerekli bir düzenlemedir fakat noterlerin kusursuz sorumluluğunun ağırlığı düşünüldüğünde bu ücret dahi noterleri, yeni gelen yetki konusunda memnun etmeye yetmeyecektir<sup>166</sup>.

10. “Taşınmaz satış işlemleri için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere hizmet bedeli alınır ve bu işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmez.”

<sup>165</sup> Harçlar Kanunu m.128; “Gerekli harçları tamamen almadan işlem yapan memurlar harcın ödenmesinden mükellefler ile müteselsilen sorumludurlar.”

<sup>166</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s. 149.

Sanki işlemler Tapu Müdürlüğünde yapılmıyormuşçasına taraflardan alınan hizmet bedeli TKGM'ye gelir olarak kaydedilmektedir. Tapu ve Kadastro Paylaşım Sistemi (TAKPAS) sistemi ile noterlerle iletişim hâlinde olan Tapu Müdürlüğü için bu düzenleme olağan karşılanabilir.

11. *“Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mütalaası alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”*

Bu fıkrada bahsedilen; 11.01.2023 tarihli ve 32070 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, *“Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”* isimli düzenlemedir. Geçici Madde 1 hükmüne göre<sup>167</sup> bu yönetmeliğin uygulanması da bilişim sisteminin kurulmasına kadar ertelenmiş olup bilişim sisteminin kurulmasıyla birlikte hem Noterlik Kanunu'nda bahsedilen değişikliklerin hem de bu konuda çıkan yönetmeliğin birlikte uygulanmaya başlanacağı düzenlenmiştir. Bu madde dikkate alındığında, 04.07.2023 tarihinde uygulanmaya başlanan Noterlik Kanunu değişikliğiyle birlikte ilgili Yönetmelik'in de uygulanmasına başlandığını söylemek mümkündür.

## **B. Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (m.162)**

Aynı torba kanun ile 28.06. 2022 tarihinde noterlerin hukuki sorumluluğa ilişkin NK m. 162'ye de bir ekleme yapılmıştır. İlgili madde aynen şu şekildedir;

- (1) *“Stajyer<sup>168</sup>, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.*
- (2) *(Ek fıkra: 23/6/2022-7413/13 md.) Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.*

<sup>167</sup> *“Bu Yönetmelik hükümleri Kanununun geçici 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 61/A maddesinde kurulması öngörülen bilişim sisteminin kurulduğunun Adalet Bakanlığı resmi internet sitesinde duyurulduğu tarihe kadar uygulanmaz.”*

<sup>168</sup> Kelimenin doğru yazılışı için bkz; <https://sozluk.gov.tr/>; “stajyer”

(3) *Noter, birinci ve ikinci fıkralar gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya noterlik personeline rücu edebilir*<sup>169</sup>.”

Öncelikle bu maddenin birinci fıkrasından; noterlerin, yaptıkları tüm işlemlerden dolayı taraflara verdikleri zarardan kusursuz olarak sorumlu tutuldukları sonucunu çıkarabiliriz. Çünkü; kendileri bizzat değil de yanındaki diğer görevliler zarara sebep olsalar bile sorumluluk noterlere yüklenmiştir<sup>170</sup>. Ayrıca diğer görevlilerin kusursuz olmaları da noterleri sorumluluktan kurtaramayacaktır. Aynı zamanda noterlerin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmaları kanunen mümkün değildir dolayısıyla burada ağırlaştırılmış objektif özen sorumluluğu vardır<sup>171</sup>.

İkinci fıkrada taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisinden doğan işlemler nedeniyle noterlerin sorumluluğu düzenlenmiş olup birinci fıkranın kapsayıcılığını nedeniyle bu sözleşme açısından da noterlerin kusursuz sorumlu olduğunu dolayısıyla zaten var olan özen sorumluluğunun kapsamının genişletildiği söylenebilir<sup>172</sup>.

Karşılaştırma yapmak açısından tapu memurlarının sorumluluklarına bakmak gerekirse; TMK m.1007’de tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan bir zarar varsa

<sup>169</sup> NK m.162, dipnot 2; “23/6/2022 tarihli ve 7413 sayılı Kanununun 13 üncü maddesiyle bu fıkra da yer alan “birinci fıkra” ibaresi “birinci ve ikinci fıkralar” şeklinde değiştirilmiştir.”

<sup>170</sup> Devletin sorumluluğu açısından tapu görevlisinin vermiş olduğu zarar ile tapu memurlarına işlem sırasında yardımcı olan kişilerin verdiği zarar arasında fark olmadığı dolayısıyla yardımcı kimselerin fiillerinin asıl kimselerin fiilleri gibi görüldüğü başka bir durum için, bkz; GÖRGEÇ, Başak: “Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakkı ve Tabi Olduğu Zamanaşımı”, *MÜHFHAD*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s.1189; “Zira devlet öncelikli olarak tapu görevlisinin fiilinden sorumlu olsa da tapu görevlisinin tapu sicilinin tutulması esnasında yardımcı kişi kullanması halinde de devlet meydana gelen zarardan sorumlu olur. Tapu görevlisinin kullanmış olduğu yardımcı kişinin yetkili ya da yetkisiz olması ise devletin sorumlu tutulması açısından önem arz etmez.”

<sup>171</sup> ERDOĞDU BİLGİLİ, Bahar: “Noterin Hukuki Statüsü ve Hukuki Sorumluluğu Sorunu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)*, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2023, s.73-74; “Bu sorumluluk, yargı kararlarında ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak ifade edilmektedir. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk ifadesi, noterin çalıştırdığı kişilerin işlemlerinden de sorumlu olması ve adam çalıştırmanın sorumluluğunda mümkün olan kurtuluş kanıtı olanağının (gerekli özeni gösterdiğinin ispatı) noterlerin sorumluluktan kurtulması için tanınmamasından kaynaklanmaktadır. Noterler hem kendi işlemlerinden hem de çalıştırdıkları kişilerin işlemlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluktan, ancak illiyet bağının yokluğunda kurtulabilmektedirler.”

<sup>172</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.164-165; “Noterlerin hukuki sorumluluğu, nitelik itibarıyla ağırlaştırılmış özen (sebeup) sorumluluğudur...kendisinin ya da çalışanın kusurlu olması şart değildir...noterlerin sorumluluğu, bu işlemlerden doğabilecek zararı kapsayacak şekilde genişletilmiştir.”

bu zarardan öncelikle Devletin kusursuz sorumlu olduğu<sup>173</sup>, işlemi yapan görevlinin kusuru varsa görevliye rücu edileceği kusuru yok ise rücu edilmeden zararın devlet üzerinde kalacağı düzenlenmektedir. Burada devletin sorumluluğu aslidir yani görevlinin kusurundan kaynaklanan bir zarar doğmuş olsa bile zarar gören kişi zararı veren görevliye değil de öncelikle devlete dava açmak zorundadır<sup>174</sup>. Böylece asli sorumluluğun; -işlem konusunun taşınmazlar olduğu da düşünüldüğünde- olası büyük miktardaki zararları ödeme güclüğü içine düşecek şahıslar yerine bu zararın Devlet tarafından tanzim edilmesini sağladığı için zarar görenin zararının daha hızlı karşılanmasına ve tapu siciline olan güvenin devam etmesine hizmet ettiğini ifade edebiliriz<sup>175</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki tapu görevlisi bilerek ve isteyerek zarara sebebiyet vermiş ise artık Devlet yanında görevliye doğrudan tazminat davası açılabilmesi de mümkün olacaktır<sup>176</sup>.

İki sorumluluğu karşılaştırdığımızda ise tapuda tapu görevlileri ile devlet arasında devletin asli sorumlu olmasına benzer bir uygulamanın noterler açısından

<sup>173</sup> TMK m.1007/1-2; “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder.*”; Bkz, Aktaran (Akt.) TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.165, dipnot 48; “*TMK m. 1007’de öngörülen kusursuz sorumluluk, yalnızca gerçek hak sahiplerinin uğradıkları zararları değil, tapu sicilindeki yolsuz kayda güvenerek işlem yapan, fakat bu güvenleri korunmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradıkları zararları da kapsar.*”; GÖRGEÇ, Başak, s.1187-1188; “*Burada kusurun aranmadığı kişi tapu görevlisidir. Diğer bir ifade ile tapu görevlisinin zararın meydana gelmesinde kusurunun olup olmaması devletin sorumluluğu açısından önem taşımaz. Devletin ise gerçek kişi olmamasından dolayı kusurundan bahsetmek zaten söz konusu olamaz.*”; CANDAN, Hakan/ ARSLAN, Şadiye, s. 175.

<sup>174</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.165; GÖRGEÇ, Başak, s.1187; “*Bu konuda zarara neden olan kişinin devlet memuru olmasından dolayı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinin dikkate alınması gerekir. İlgili hüküm uyarınca; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, görevi yerine getirirken zarara neden olan görevliye değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Bu düzenleme ile TMK m. 1007 bir arada düşünüldüğünde zarar görenin, zarara neden olan görevliye doğrudan başvurmamayaacağı sonucuna ulaşılması gerekir.*”; CANDAN, Hakan/ ARSLAN, Şadiye, s.175-176.

<sup>175</sup> GÖRGEÇ, Başak, s.1186-1187; CANDAN, Hakan/ ARSLAN, Şadiye, s.175.

<sup>176</sup> GÖRGEÇ, Başak, s.1187; CANDAN, Hakan/ ARSLAN, Şadiye, s.176; “*Fakat zarara bilerek ve kötü niyet taşıyarak yol açmışsa memura tazminat davası açılması kabul edilebilir olacaktır.*”; Ayrıca bkz. Bu sıkıntılar önüne geçebilmek ve hem tarafları hem de işlemi yapan tapu memurlarını güvence altına alacağı düşünülen ve ülkemizde kullanılıp yaygınlaştırılması önerilen “Tapu Sigortası Sistemi” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Candan, Hakan/ Arslan, Şadiye: “Türkiye’de Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Kusursuz Sorumluluğu ve Rücu Sistemine Alternatif Bir Yöntem: Tapu Sigortası Sistemi”, Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, Yıl 2021, s. 167-190.

getirilmediğini fark etmekteyiz. Her ne kadar noter ile noter çalışanı arasında “noterin asli sorumluluğu” düzenlenmiş ise de devlet ile noter arasında “devletin asli sorumluluğu” düzenlenmediği, noter ile devlet arasında müteselsil bir sorumluluk benimsendiği görülmektedir. Oysa tapuda olduğu gibi; noter ve noter çalışanları ile devlet arasında da “devletin asli sorumluluğu” benimsenip noterlere ancak kusurun varlığında başvurulmasının daha hakkaniyetli olacağını, mevcut düzenlemenin noterlere bir haksızlık olduğunu düşünmekteyiz. Maddenin devamında geçen; “*Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder.*” ifadesinden ve bir önceki “*Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur.*” cümlesindeki “-de” bağlacından noterlerin sorumlu olduğu zararların tazmini için direkt notere dava açma zorunluluğunun bulunmadığını anlamaktayız<sup>177</sup>. Dikkat etmemiz gerek husus ise TMK m.1007’de; “*Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder.*” ifadesi yer alırken bu düzenlemede kusur kelimesinin yer almamasıdır. Yani noterlerin sorumluluğunda devlet şartlar ne olursa olsun rücu etmektedir. Bu sebeple Devletin zarardan gerçek anlamda sorumlu olmadığını, sadece zarar görenin zararının daha kolay ve çabuk karşılanmasına hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

Öğretide bu farklılıkların, noterlerin hukuki statüsünün net olmamasından kaynaklandığı savunulmaktadır; hukuki statüleri serbest meslek olan avukatlar, kendi davranışlarından dolayı kusursuz olduklarını ispatlayamadıkları sürece müvekkillerine kaşı sorumludurlar (kusur sorumluluğu); çalışanlarının davranışlarından dolayı ise kusursuz sorumlu olsalar da özen yükümlülüğüne uygun davrandıklarını ispatladıkları anda bu sorumluluk kurtulmaları (kurtuluş beyannamesi getirmeleri) mümkündür.<sup>178</sup>. Kamu hizmeti yapan tapu memurlarının davranışları nedeniyle meydana gelen zararlardan ise devletin asli ve kusursuz sorumlu olduğunu ifade etmiştik. Yani tapu görevlilerinin kusurları varsa devlet tarafından kendilerine

<sup>177</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.173; “...*tazminat davasının önce Devlete karşı açılmasını emreden bir düzenleme olmayıp, Devletin tazminat ödemesi ihtimalinde, noterin rücu sorumluluğunu vurgulamaktadır...Bu ifade biçimi burada TBK m. 61 çerçevesinde teselsül durumunun söz konusu olduğunu; aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olan Devlet ve noter hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını göstermektedir.*”

<sup>178</sup> ERDOĞDU BİLGİLİ, Bahar, s.85-86.

rücu edilmekte, kusurları yoksa edilmemektedir öyleyse tapu görevlileri için de kusur sorumluluğu vardır diyebiliriz. Noterler açısından ise kamu görevi yaptıkları hâlde asli sorumlu olanın devlet değil kendileri olduğunu bu düzenlemeden görmekteyiz. Biz de öğretilerdeki savunulduğu gibi<sup>179</sup>; noterler serbest meslek olarak görülüyorlar ise avukatlarda olduğu gibi kendi fiilleri açısından kusur sorumluluğu ve çalışanlarının kusurundan dolayı ise kusursuz sorumlu olsalar da en azından kurtuluş kanıtı getirebilmeleri gerektiğini; kamu görevlisi olarak görülüyorlarsa da tapu görevlilerinde olduğu gibi devletin asli sorumlu olup noter çalışanlarının ancak kusuru var ise rücu edilebilmesi gerektiği özetle kanun koyucunun noterlerin hukuki statüsüne netlik kazandırması ve noterleri hangisine daha yakın görüyorsa ona uygun bir sorumluluk getirerek adaleti sağlaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu şekildeki belirsizlik devam ettiği sürece noterlerin dezavantajlı duruma düştükleri ve sorumluluklarının çok fazla olduğu aşikârdır.

Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi açısından yeni düzenleme ile gelen sorumluluklarını incelemeye devam etmek gerekirse; öncelikle bu sözleşmeyi noterlerin bizzat düzenleme şeklinde yapmalarının zorunlu olduğunu ve bizzat yapmazlarsa bu davranışın başlı başına hukuka aykırılığa neden olacağını ifade etmiştik.

Başka bir önemli konu ise; tapudaki yolsuz tescil mevcut iken, noterde yapılan taşınmaz satış sözleşmesi ve ardından bu sözleşme dayanak alınarak yapılan tescil neticesinde, iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazandığı bir olayda kimlerin sorumlu olacağı sorundur. Bu noktada dikkat çekmek isteriz ki kanunen devletin asli sorumluluğu, “tapu sicilinin tutulmasından” doğmakta iken noterlerin asli sorumluluğu ise, “taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden” dolayı meydana gelmektedir. Öyleyse örneğimizdeki tapu sicilindeki yolsuzluktan ortaya çıkan zarardan dolayı devletin sorumlu tutulacağını, noterlerin bu zarardan dolayı sorumluluğunun bulunmadığını; noterlerin sadece resmi şekle vücut veren sözleşmeleri yapmakla sorumlu olacaklarını söyleyebiliriz<sup>180</sup>. Bu ifadeden çıkarılacak

<sup>179</sup> KURT, Leyla Müjde: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2014, s.96-97.

<sup>180</sup> ÖZMEN, s.539.



bir diğer sonuç ise tapu memurlarının da resmi senedin düzenlenmesindeki yanlışlıklardan sorumlu olmayacaklarıdır fakat bu durum tapu memurlarının resmi senedi kontrol etmelerine gerek olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır en azından şekli anlamda geçerliliğini araştırmalıdır<sup>181</sup>.

Tapu sicilinin tutulması kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda biraz daha ayrıntılı bilgi vermek gerekirse; TMK m.997/2’de tapu sicilinin nelerden oluştuğu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “Tapu sicili, tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğü ile bunları tamamlayan yevmiye defteri ve belgeler ile plânlardan oluşur.” Bu asli unsurlar dışında TMK m.997/3’ün yaptığı atıf ile yürürlükteki tüzükte bazı yardımcı sicillerin de düzenlendiğini görmekteyiz<sup>182</sup>. İlgili tüzük<sup>183</sup> m. 7/3 gereğince bu yardımcı siciller; aziller sicili, düzeltmeler sicili, kamu orta malları sicili ve tapu envanter defterinden oluşmaktadır<sup>184</sup>. Görüldüğü gibi tapu sicili tüm bu asli ve ferî unsurlarla birlikte bir bütündür ve bu unsurlara kaydedilen bilgilerde tapu memurlarınca yapılacak hukuka aykırı bir fiil ile zarar meydana gelirse veya tapu memurunun kaçınma davranışı ile yapması gerekeni yapmadığı hallerde devletin kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>185</sup>. Ayrıca belirtmek isteriz ki tapu sicilinin tutulması sadece sicile yapılacak kayıtlar ile sınırlı değildir; işlemlere dayanak teşkil eden belgelerin saklanması, ilgililere gereken bildirimlerin yapıp onlara sicillerden suret verilmesi ve sicillerin ilgililerince incelenmesinin sağlanması

---

<sup>181</sup> GÖRGEÇ, Başak, s.1195; “*Tapu görevlisi, söz konusu resmi senet açısından tarafların iradelerinin tam olarak yansıtılıp yansıtılmadığı ya da senedin esasına ilişkin unsurları kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Ancak tapu görevlisi şekli denetim gerçekleştirirken esasa ilişkin bir yanlışlık ya da eksikliğin varlığından şüphelenir ise bunu araştırmadan tescil işlemini gerçekleştirmemelidir. Senedin şekli anlamda geçerli olup olmadığının araştırılması ve esasa ilişkin bir geçersizlik olduğundan şüphelenilmemiş olması durumunda, tescilin geçersiz bir resmi senede dayanması tapu sicilinin tutulması bakımından devletin sorumlu olmasına neden olmaz. ...resmi senedin şekli anlamda geçerliliğinin araştırılması kapsamına, tescile dayanak olan işlemin geçerliliği için izni alınması gereken kişilerin rızalarının olup olmadığının da tespiti gerekir.*”

<sup>182</sup> TMK m.997/3; “*Sicilin örneği, nasıl tutulacağı ve yardımcı siciller Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.*”

<sup>183</sup> MEZKİT, Mesut, s.95; “*Gerçekte, TST, TKGM'nin anayasasıdır.*”

<sup>184</sup> 28738 sa. TST m.7/3; “*Yardımcı siciller: a) Aziller sicili, b) Düzeltmeler sicili, c) Kamu orta malları sicili, ç) Tapu envanter defteri.*”

<sup>185</sup> ERBEK ODABAŞI, Özge, s.197-199.

vb. durumlar ile tapu kütüğüne taşınmazın kaydedilmesinin ardından tapu siciline yapılacak kayıtlar da sicil tutma kavramı içinde değerlendirilmektedir<sup>186</sup>.

Tartışılması gereken bir diğer konu ise; noterin “hatalı olarak düzenlediği resmi sözleşmenin” dayanak alınarak tapuda gerçekleştirilen tescil nedeniyle meydana gelen zarardan kimlerin sorumlu olacağıdır. İncelediğimiz Noterlik Kanunu m.162’ye uyan bir durum söz konusu olduğundan burada şartları varsa noterlerin sorumlu olacağı kesindir. Peki noterlerle birlikte tapu dolayısıyla Devlet de sorumlu olacak mıdır? Sonuçta olayımızda her ne kadar resmi sözleşmenin düzenlenmesinden meydana gelen bir hata olsa da aynı zamanda tapu sicilinde de (hatalı sözleşme dayanak alındığı için) yolsuzluk mevcuttur. İşte bu hâlde ikisinin de sorumlu tutulacağını söylemek mümkündür. Öyleyse sadece Devlet’e dava açılarak iç ilişkide tapunun kusuru varsa işlemleri yapan noter ve tapu memurlarına rücu edileceğini ifade edebiliriz. Ya da noterdeki işlem için direkt noterin bizzat kendisini tapudaki işlem için de Devlet’i birlikte davalı göstermek de anılan kanuni düzenlemelere baktığımızda mümkün görünmektedir.

Bazı yazarlar; noterde meydana gelen zararın tapu müdürlüğünün eksik ya da yanlış bilgilendirmesinden kaynaklandığı hâllerde, noterin zarar görene karşı yine Devlet ile birlikte kusursuz sorumlu olacağını ve tapu memurunun kusuru Devlete izafe edileceğinden, bu durumun iç ilişkide tazminatın paylaşılmasında göz önünde tutulacağını ifade etmektedirler<sup>187</sup>. Tapu tarafından “eksik bilgi ve belge” verilmesi durumunda, noterin bu eksikliği fark edebilecek veya fark etmesi gereken bilgi ve donanımına sahipken gerekli dikkat ve özeni göstermediği için fark edemeyip tapudan eksikliğin giderilmesini istemediği için zarar meydana gelmişse öğretilen çözüm mantıklıdır zira daha önce bahsettiğimiz gibi kanun ve yönetmelikte noterlere eksikliğin tapudan istenmesi gibi bir yükümlülük yüklenmiştir. Ancak tapu tarafından noterlere verilen “yanlış bilgi ve belge” durumunda dahi noterlerin de sorumlu tutulmasının açıkça adaletsiz ve hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

<sup>186</sup> ERBEK ODABAŞI, Özge, s.199-201.

<sup>187</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.169.

Yönetmeliğe göre;<sup>188</sup> noterlerin, sözleşmenin esas unsurlarından olan satış bedelinin doğruluğu için de -özellikle de kurtuluş kanıtı bile getirilemeyen kusursuz sorumlulukları düşünüldüğünde- son derece geniş bir araştırma yaparak taşınmazın satış bedelinin rayiç değer olarak gösterilmesinin önemli olduğu ifade edilmektedir. Çünkü bedel, rayiç değer altında olursa noterlikte yapılan işlem ile hem harçlar kanunu gereğince alınması gereken harç daha az alınarak devletin zarar görmesine neden olunacak hem de böyle bir durumda belki de ortada bir aşırı yararlanma veya muvazaa olduğu fark edilerek tarafları aydınlatması gerekmesine rağmen noterin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle zarar görenler olacaktır. Her iki durumda da kusursuz sorumluluğun doğmaması için noterlerin bu konuya önem vermeleri gerekmektedir<sup>189</sup>.

Bu açıklamadan sonra noterlerin tüm ilgililerin tarafsız danışmanı olduğu, bir sorun gördüğünde mutlaka tarafların dikkatini çekmesi ve durumu açıklaması gerektiği; geçerli bir hukuki işlem yapması gerektiği için işlemin geçersizliğine sebep olacak hata, hile, muvazaa, aşırı yararlanma, ehliyetsizlik vb. tüm durumlara gerekli hassasiyeti göstermesi ve bu doğrultuda aldatmaya maruz kalan ya da sömürülen ilgiliyi uyarması gerektiğine dikkat çekmek isteriz<sup>190</sup>. Benzer açıklamaları tapu memurları için de yapmak mümkündür. Örneğin tapu memurlarının da kimlik bilgisi, vekaletname gibi belgelerin sahteliğine dikkat etmesi, işlem yapacak kişilerin akıl sağlığının yerinde olup olmadığını kontrol amaçlı taraflara sorular sorması ve akıl sağlığından şüphe gördüğü durumlarda sağlık raporu alması gerekmektedir<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.5/3-c; *“Taşınmazın emlak vergi değeri ile taraflar arasında belirlenen satış bedeli, yabancı gerçek kişilerin alıcı taraf olduğu işlemlerde ise döviz alım belgesinde kayıtlı Türk lirası tutar, işlenir.”*

<sup>189</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.161-162.

<sup>190</sup> Noterlik Kanunu Yönetmeliği m.91/3; *“Hukuki işlerin belgelendirilmesi anında ilgili iradesini serbestçe ve kendi isteğine uygun olarak beyan etmelidir. Beyanın tam ve eksiksiz olarak yazılması gereklidir. Yapılan işlemin niteliğine göre gerekli soruların sorularak işlemin sonucu hakkında ilgiliye açıklama yapılması gereklidir.”*; TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.161-1612 ve 168.

<sup>191</sup> CANDAN, Hakan/ ARSLAN, Şadiye, s.183.

Maddenin ilk fıkrasında geçen; “bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından” ifadesi ile<sup>192</sup> taşınmaz satış sözleşmeleri için eklenen ikinci fıkrada geçen; “taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden” ifadeleri dikkate alındığında genel sorumluluğun düzenlendiği ilk fıkrada yapmama yükümlülüğüne aykırılıktan; ikinci fıkrada ise yapma yükümlülüğüne aykırılıktan bahsedebiliriz. Bunun sonucu olarak öğretide; noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi yapmayı reddetmeleri ihtimalinde meydana gelen zarardan birinci fıkra gereğince sorumlu olacağı belirtilmektedir<sup>193</sup>.

Sahte belgeye dayalı olarak yapılan işlemlerde Devlet’in TMK m. 1007 uyarınca sorumlu olup olmadığı konusu tartışmalıdır<sup>194</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre resmî belgenin sahteliği tapu sicilinin tutulmasından ileri gelmediği için sahte resmî belgenin düzenlenmesinden dolayı Devlet’in m.1007 açısından sorumluluğuna gidilemeyecektir. Fakat bu sahte resmî belge dayanak alınarak tescil gerçekleşir ise devletin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmelidir<sup>195</sup>.

Malikin sahte kimlik bilgileri kullanılarak satış konusunda vekaletname vermiş gibi gösterilen ve bu vekaletname kullanılarak malikin haberi olmadan taşınmazın başkasına satıldığı dolayısıyla tapuda tescil işleminin gerçekleştiği bir olayda sahteliğin sonradan fark edilmesi üzerine tapu müdürlüğü tarafından yolsuz tescil nedeniyle tapu kaydının iptali için dava açılmıştır. Yerel mahkemece davacı idarenin

---

<sup>192</sup> Tapu memurları açısından da durum bu şekildedir, bkz; GÖRGEÇ, Başak, s.1189; “Devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumlu tutulabilmesi için öncelikli olarak tapu görevlisinin tapu sicilini tutma fiilinde bulunması gerekir. Ancak buradan devletin sadece tapu sicilinin tutulmasında yapılmaması gereken bir kaydın yapılması halinde sorumlu olacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Devlet pekala tapu görevlisinin yapmaması gereken bir fiili gerçekleştirerek tapu sicilinin yanlış tutulmasına neden olması halinde sorumlu olacağı gibi gerçekleştirilmesi gereken bir kaydın yapılmaması da devletin sorumluluğuna yol açar.”

<sup>193</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.166.; Ayrıca aynı eserin 166. sayfasında ve 49. dipnotta; “Noterin sözleşme yapmayı reddetmesi hâlinde, bu süreçte meydana gelebilecek zarardan TMK m. 1007’ye göre Devletin sorumlu olması gerektiği görüşünde...” şeklindeki ifade ile bu görüşteki yazarlar belirtilmiş olup bu görüşe katılmadığımızı ifade etmek isteriz çünkü noterde resmi sözleşmenin düzenlenmemesinden meydana gelen zarar tapu sicilinden kaynaklanan zarar ile aynı anlama gelmez. Bu nedenle sadece tapu sicilinden doğan zararlardan sorumluluğu düzenleyen TMK m. 1007’ye gidilemeyeceği kanaatindeyiz.

<sup>194</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, s.148-149, “Biz bu zararların tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından ileri gelmediği kanaatindeyiz.”; MEZKİT, Mesut, s.44.

<sup>195</sup> GÖRGEÇ, Başak, s.1200.

aktif husumet ehliyetinin yokluğu nedeniyle dava reddedilmiştir. Yargıtay ise bu davada Anayasa m.40/3, m.129/5; TMK m.1007, m.1025 ve Tapu Sicili Tüzüğü (TST) m.74 hükümlerini birlikte yorumlayarak davacı idarenin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumlu olduğunu, devletin kusursuz sorumluluk gereğince tazminata mahkûm edilebileceği gözetildiğinde somut olayda davacı idarenin dava açmasında aktif husumetinin bulunduğuna hükmetmiştir<sup>196</sup>.

Yargıtay'ın 2022 tarihli bir başka kararında da icra işlemlerinde yapılan sahtecilikle, taşınmazın cebri icra yoluyla satışının yapıldığına dair sahte evrak düzenlenerek bu evrak ile, taşınmazın tapuda devrinin gerçekleşmesi üzerine yine Yargıtay'ca, Devlet'in sorumlu olduğuna hükmedilmiştir<sup>197</sup>.

Tescile dayanak alınan belgenin oluşturulmasında veya tescilin yapılmasında sahte vekaletname veya sahte mirasçılık belgesi kullanılmış olması konusunda öğretide bazı yazarlar; gerekli özenin gösterilmesine rağmen vekaletname ya da mirasçılık belgesinin sahte olduğunun anlaşılacağı durumlarda devletin tapu sicilinin tutulmasından dolayı sorumluluğuna gidilemeyeceğini savunurlar<sup>198</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olacağı için sahtelik anlaşılammış olsa bile Devlet'in sorumluluğuna gidilmesi mümkündür<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2020/1429, K. 2020/2972, T. 22.06.2020.

<sup>197</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2020/8444, K. 2022/3545, T. 03.03.2022; “...icra kaşesi-mührü- icra müdürünün imzası sahte olarak temin edilerek cebri icra yolu ile ...' a satışının yapıldığına dair sahte evrak düzenlendiği, sahte olarak üretilen cebri icra yolu ile tescil yazısına dayalı olarak dava konusu taşınmazın tapuda devir ve tescilinin davalı ... adına gerçekleştirildiği ... Kusurun varlığı ya da yokluğu Devletin sorumluluğu için önem taşımamakta; sadece, Devletin memuruna rücu halinde iç ilişkide etkili olmaktadır. Bu itibarla yukarıda açıklandığı gibi sahtecilik yapılması nedeniyle davacının uğradığı zarardan TMK'un 1007.maddesi gereğince Devlet sorumludur...”

<sup>198</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, s.148-149; “Meğer ki, sahteliği belli bir nüfus cüzdanı, vekâletname veya mirasçılık belgesi kullanılmış ve tapu memuru gerekli incelemeyi yapmayı ihmal etmiş olsun. Bu takdirde zarar hem belgenin sahteliğinden hem de tapu memurunun sicille ilgili görevini yerine getirmemesinden doğmuştur. Bu sebeple Devlet sorumlu olur.”; Bu görüşü savunan öğretideki diğer yazarlar için bkz. GÖRGEÇ, Başak, s.1200, dipnot 37'deki yazarlar.

<sup>199</sup> GÖRGEÇ, Başak, s.1200-1201; “...Üstelik bu durum tapu görevlisinin hukuki sebepten yoksun bir tescil yapmış olması anlamına gelir ki bu da yolsuz tescil olur. Buradaki zararın da devletten istenmesine imkan verilmesi gerekir.”

1955 tarihli eski bir Yargıtay HGK kararında da benzer bir durum davaya konu olduğunda Devletin de 1007 kapsamında sorumlu olacağına hükmedilmiştir<sup>200</sup>. Bu hükmün gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır; “...*Hadise mücerret noterlikte başlayıp biten ve tapu sicilinin tutulması ile ilgili bulunmayan bir muamele olarak tasvir edilemez. Çünkü zarar, sahte vekâletname tanzimi ile değil, bu vekaletnamenin tapu muamelesine mesnet ittihaz edilmesi ile husule gelmiştir...*”

Yargıtayın güncel bir başka kararında da noterde düzenlenen sahte vekaletname kullanılarak tapuda yapılan yolsuz tescil nedeniyle uğranılan zarardan hem noterin hem de tapunun sahte vekaletnameyi kullanan kişi ile birlikte sorumlu olduğuna oyçokluğu ile hükmetmiştir<sup>201</sup>. Yargıtay kararındaki muhalif görüşe göre;

---

<sup>200</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK.) 5.10.1955, 4/58-64(Akt. Mezkit, Mesut, s.49); “*Davacının aynı hakkı tapu sicil muhafızlığında sahte vekâletnameye müsteniden yapılan muamele ile bertaraf edilmiştir. Tapu sicil muhafızının tatbik etmesi gereken hukukî esasın ihlâl edilmiş olması halinde hukuka aykırılık durumu mevcut sayılacağı gibi, tapu memurunun faaliyetleri çerçevesine giren herhangi bir muamele, tapu kütüğünün tutulması muamelesi ve böyle bir muamelenin kanuna aykırı şekilde yapılmış olması dolayısıyla meydana gelen bir zarar tapu kütüğünün tutulmasının neticesi olarak bir zarar sayılır. Dávaya esas olan hadisede sahte vekâletname istimal edilmek suretiyle temsil hakkındaki kanun hükümleri yerine getirilmeden tapu sicillerine kayıt düşürülmüş ve davacının aynı hakkı sona erdirilmiştir. Hadise mücerret noterlikte başlayıp biten ve tapu sicilinin tutulması ile ilgili bulunmayan bir muamele olarak tasvir edilemez. Çünkü zarar, sahte vekâletname tanzimi ile değil, bu vekaletnamenin tapu muamelesine mesnet ittihaz edilmesi ile husule gelmiştir ... Tapu sicil muhafızlığının hukuka aykırı şekilde muamelesiyle zarar arasında illiyet rabitası mevcut olunca bu zarardan Devlet’in mesul tutulması icap eder. Burada tapu muamelesini yapan memurun kusurlu olup olmadığının taharrisine (araştırılması) lüzum yoktur.*”

<sup>201</sup> Yargıtay 5. HD., E. 2021/8752, K. 2021/15261, T. 16.12.2021, “... *Noterlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen anılan maddede kusurdan söz edilmemiş olduğundan, noterlerin bu göreve ilişkin kişisel sorumluluklarının, kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlendiği, mevcut mahkumiyet hükmü karşısında artık gerçekleşen zararlar noterin katibinin eylemi arasında illiyet bağının ispatlanmış olduğu, bu halde davalı ...’ın kusursuz sorumluluk ilkesi gereği zarardan davalı ... ile müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı bu kez yapılan incelemede anlaşıldığından ... iş bu dosyadaki bilirkişi raporuna göre de vekaletnamenin iğfal kabiliyetinin olduğu anlaşılmıştır ... Bunun yanı sıra, her ne kadar davacı noterde düzenlenen sahte vekaletnameye dayalı olarak satın aldığı taşınmazın, sonradan yolsuz tescil nedeniyle tapu kaydının iptal edilerek gerçek maliki adına tescil edilmesi nedeniyle zarara uğramışsa da, kusurun varlığı ya da yokluğu devletin sorumluluğu için önem taşımamakta, sadece Devletin rücuu halinde iç ilişkide etkili olmaktadır... Bu nedenle, somut olayda 4721 sayılı TMK’nın 1007.maddesi uyarınca tapu sicilinin yanlış tutulması nedeniyle Hazinesinin sorumluluğu söz konusu olduğundan ...”*

vekaletnamenin sahte olması tapu memurunun fiili ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmektedir bu sebeple Hazine'nin sorumluluğuna gidilmesi yanlıştır<sup>202</sup>.

Benzer başka bir Yargıtay kararında da yine oy çokluğuyla Devletin sorumlu olması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu Yargıtay kararına konu olan olayda, gerçek malikin bilgisi yokken sahte vekaletname ile taşınmazının üçüncü bir kişiye satılmış olup gerçek malik durumu fark ederek dava açmış akabinde mahkeme kararı ile taşınmazını geri almıştır. İyi niyetli üçüncü kişi ise satın aldığı taşınmazını kaybettiği için uğradığı zararın tazmini için m.1007 kapsamında Devlet aleyhine dava açmıştır. Yargıtay, sahteliği anlaşılmayacak derecede olan bir belge kullanılmış olsa da bu sahte bilgiler kullanılarak tapuda resmî belge düzenlenmesi ve tescilin gerçekleşmesi neticesinde zararın tapu sicilinin tutulmasından ileri geldiği gerekçesiyle Devletin kusursuz sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir<sup>203</sup>. Bu karardaki muhalif görüş de yukarıdaki muhalif görüşe benzer şekilde, iğfal kabiliyeti olan bir sahte belgenin işlemlerde esas alınmasında tapu memurlarının hukuka aykırı bir eyleminin olmadığı gerekçesiyle 1007'nin uygulanmaması gerektiğini savunmuştur. Bu görüşe göre, m.1007'deki sorumluluğun şartlarında her ne kadar kusur önemli olmasa da hukuka aykırı bir fiil, zarar ve illiyet bağıının mutlaka mevcut olması gerekir; olayda ise iğfal kabiliyeti bulunan bir sahteliğe neden olan üçüncü kişilerin eylemi tapu memurlarının fiili ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmektedir ve fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmaktadır<sup>204</sup>.

<sup>202</sup> Yargıtay 5. HD., E. 2021/8752, K. 2021/15261, T. 16.12.2021, muhalif görüş; *“bilirkişi raporuna göre de iğfal kabiliyeti olduğu belirtilen vekaletnamenin kullanımının tapu memurların göstermesi gereken denetleme ve özen yükümlülüğünü bertaraf edecek nitelikte olduğu dolayısıyla davacıların zararı ile tapu memurlarının eylemi arasında illiyet bağıının kesildiği gözetildiğinde yerel mahkemece davalı hazine yönünden davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden Hazinesinin de sorumlu olduğu yönündeki daire bozmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum.”*

<sup>203</sup> Yargıtay 20. HD., E. 2017/9606, K. 2020/2076, T. 24.6.2020; *“...tapudaki işlemin sahtecilik yoluyla elde edildiği ve tescilin yolsuz olarak gerçekleştiği yargı kararları ile saptandığından ve davacının zararının kaynağının sahte işlemlerle sağlanan bu yolsuz tescil olduğu dikkate alındığında tapu sicilinin hatalı olarak tutulduğu ve TMK'nın 1007.maddesi kapsamında Devletin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu ve davacının zararının tazmininin gerektiği kuşkusuzdur.”*

<sup>204</sup> Yargıtay 20. HD., E. 2017/9606, K. 2020/2076, T. 24.6.2020, muhalif görüş; *“... satış işlemi fiziken geçerlilik şartlarını taşıyan ancak içeriği itibarıyla sahte oluşturulmuş nüfus cüzdanı ve vekaletname kullanılarak gerçekleştirilmiştir. Bu belgelerin iğfal kabiliyetlerinin olduğu ceza yargılaması ile sabittir. Tapu memuru yukarıda belirtilen mevzuat çerçevesinde şeklen geçerli*

Gerçekten de illiyet bağı mevcut olması sorumluluk için olmazsa olmaz dört unsurdan birisidir<sup>205</sup>. Örneğin; meydana gelen zararın bir taşınmaz için birden fazla sayfa açıldığı çift tapu durumundan kaynaklandığını düşünelim. Burada da zarar ile noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesi arasında illiyet bağının olmadığı savunulabilir. Fakat noter tapu bilişim sistemi vasıtasıyla kendisiyle paylaşılan belgelerden bu durumu fark edebilecek durumda ise o zaman illiyet bağının mevcut olduğu ve sorumluluğun devam edeceği söylenebilir<sup>206</sup>.

Çift tapu açılması durumunda tapu memurlarının sorumluluğuna gidilip gidilmeyeceği ise tartışmalıdır. Devletin sorumluluğuna gidilemeyeceğini savunan görüşe göre çift tapunun varlığı hâlinde tapu sicilinin aleniyetinden dolayısıyla hak sahipliği karinesinden bahsedilemeyeceği için gerçek hak sahibi olmayan kişinin tapudaki hatalı kaydına güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişi TMK 1023'e başvurarak hak elde edemez ve iyi niyet iddiası dinlenmez. Gerçek hak sahibi ve gerçek hak sahibinin tapudaki kaydına güvenerek işlem yapılmasında ise zaten sorun yoktur dolayısıyla onların bir zararı da yoktur. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise çift tapu durumu tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan bir durumdur ve buna sebep olan tapu memurları olduğu için Devlet'in kusursuz sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmalıdır üstelik TMK m.1007'ye başvurulması için zarar görenin gerçek hak sahibi olmasına gerek yoktur, tapu sicilindeki hataya güvenen iyi niyetli kişiler de zararlarının tazmini için devlete başvurabilirler<sup>207</sup>.

Taşınmazın yüz ölçümünde yapılan hatalar gibi kayıt hataları da bir başka sorumluluk gerektiren durumdur. Yargıtay'a konu olmuş bir davada satıcı 2000 m<sup>2</sup>

---

*olan bu belgelere itibar ederek işlem yapmak yetki ve sorumluluğundadır. Şeklen geçerli olan vekâletnamenin varlığını doğrulattıktan sonra içeriği itibarıyla da doğru olup olmadığını denetleme görevi yoktur, olması da düşünülemez. Bu durumda tapu memurunun yürürlükteki mevzuatımıza göre ne gibi bir hukuka aykırı eyleminin olduğu ne yerel mahkeme kararında ne de Dairemizin kararında belirlenmiş değildir. Bu durumda hukuka aykırı eylemi olmayan tapu görevlileri nedeniyle Hazineyi TMK 1007.madde gereğince sorumlu tutmak mümkün değildir. ...üçüncü kişilerin sahte vekâletname ve nüfus cüzdanı kullanmak suretiyle kasıt ve ağır kusurunun illiyet bağı kestirginin kabulü gerektiği ve bu nedenle bozma kararı verilmesi kanaatinde olduğumdan..."*

<sup>205</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, s.166.

<sup>206</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, s.170.

<sup>207</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, s.148; GÖRGEÇ, Başak, s.1194-1195.



olarak sattığı taşınmazının, alıcının 4000 m<sup>2</sup>'ye yakın olarak düzelttirilmesi sonucu gerçeği öğrenmiş olup tapudaki yanlışlık sebebiyle uğradığı zararın tazmini için Devlet aleyhine dava açmıştır. Yerel mahkemece daha önce kendisinin bu yanlışlığı düzeltme imkânı olmasına rağmen yapmadığı için davası reddedilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi ise alıcıya sebepsiz zenginleşme davası açılarak zararının tazmin edilebileceği için Devlet'e dava açılmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay ise kadastro işlemlerinin tapu işlemleri ile bir bütün olduğuna dolayısıyla kadastro ölçümlerinde yapılan hata nedeniyle tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğun düzenlendiği m.1007'ye başvurulabileceğine, davacının ister alıcıya sebepsiz zenginleşme davası ister direkt Devlete karşı tazminat açması konusunda seçimlik hakkı olduğuna hükmederek davanın reddine karar verilmesinin doğru bulunmadığını. Gerekçesini ise tapu sicilinden doğan zararın mutlaka tapu mevzuatından kaynaklanmasının gerekmediği, tapu sicilinde yapılan aykırılığın tapu mevzuatı dışındaki hukuk kurallarından da meydana gelmesinin mümkün olduğu ifadeleriyle açıklamıştır<sup>208</sup>. Kanaatimizce Yargıtay'ın değerlendirmesi yerindedir. Ayrıca Tapu memuru ile Devlet arasında daha önce de bahsedildiği gibi Devlet'in asli sorumluluğu gereği direkt Hazine'ye başvuru yapılmasının gerekmesi ile örneğimizdeki durum birbirinden farklı olup karıştırmamaya dikkat edilmelidir.

---

<sup>208</sup> Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E. 2017/10368, K. 2020/2313, T. 01.07.2020; “*Tapu işlemleri, kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak, birbirini takip eden sıralı işlemler olup, tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK'nın 1007.maddesi anlamında Devlet sorumludur. Ancak anılan madde uyarınca Devletin sorumluluğu için öncelikle bir zararın bulunması ve bu zararın tapu sicilinin tutulmasından kaynaklı olması gereklidir... Tapu sicilinin tutulmasında kişi çıkarlarının korunması bakımından uyulması gereken kurallar tapu mevzuatı ile sınırlı olmayıp, bu mevzuat dışındaki hukuk kurallarına ve hukukun genel ilkelerine de uyulması gerekmektedir. Tapu müdür ya da memurlarının ihlal ettikleri hukuk kuralları ister genel olsun ister salt sicilin tutulmasıyla ilgili olsun her iki halde de ortaya çıkan sonuç tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmuş olmasıdır...Bu nedenle sicilin hukuka uygun tutulması kavramı tapu mevzuatına uygunlukla sınırlı bir kavram olmayıp, hukukun genel ilkelerine uygunlukta gerekmektedir.... Davacının, hem sebepsiz zenginleşme ilkesine dayanarak taşınmazı satın alan kişiye dava açma, hem de tapu sicilini hatalı tutan Hazineye karşı TMK'nın 1007.maddesine dayalı açma imkânı vardır, davacı bu iki yoldan birini seçebileceği gibi her iki sebebe dayanak dava açabilecektir.... Davacının zararının belirlenmesi gerekirken davacının sebepsiz zenginleşene karşı dava açma imkânı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir...*”

Zarar konusunda dikkat edilmesi gereken husus ise, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmış ise ve bu dava sonucunda tapu sicilindeki yolsuzluğun düzeltilmiş olması durumunda mülkiyet hakkı kaybı olmayacağı için sadece yargılama giderleri ile yolsuz tescil süresince yoksun kalınan ürünler için (zararın gerçekleşmiş olduğu mahkeme kararıyla belirlenmişse) noterin ve Devlet'in sorumluluğuna gidebilecektir<sup>209</sup>. Bir başka örnek vermek gerekirse, taşınmazı satın alan bir kimsenin sahte vekaletname kullanan satıcıdan taşınmazı devraldığı anlaşıldığında gerçek malikin açtığı tapu iptal ve tescil davası sonucunda alıcının taşınmazını kaybettiği bir olay düşünelim. Böyle bir olayda alıcının uğradığı zarar için Devlet aleyhine dava açmasının mümkün olduğundan bahsetmiştik. Bu olayda Yargıtay tazminat olarak gerçek zararın ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Gerçek zararı tapu kaydının iptali nedeniyle, tapu malikinin mal varlığında meydana gelen azalma olarak açıklamıştır. Tazminat miktarının da zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar gören alıcının mal varlığı ne durumda olacak idiyse, aynı durumun tesis edilebileceği miktarda olması gerektiğine hükmetmiştir<sup>210</sup>. Gerçek zararın belirlenmesinde esas alınacak tarih de önemli bir diğer husustur. Yargıtay'a göre bu tarih zararın meydana geldiği tarihtir. Örneğimizde tapu iptali ve tescil istekli davanın kesinleştiği tarih itibariyle mülkiyet hakkı sona ereceğinden bu tarih esas alınarak tapusu iptal edilen gayrimenkulün niteliği ve değeri belirlenmelidir<sup>211</sup>.

<sup>209</sup> TANRIVER, Süha/ ERGÜNE Mehmet Serkan, s.169-170.

<sup>210</sup> Yargıtay HGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010; "Buradaki ilke; zarar doğurucu eylem, zarar görenin malvarlığında ne miktarda bir azalmaya neden olmuş ise, zarar verenin tazminat borcu da o miktarda olmalıdır. Öyle ise, oluşan gerçek zarar ne kadarsa, tazminat da o kadar olacaktır. Bir başka deyişle, ödenecek tazminat o miktarda olmalıdır ki, eğer zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin malvarlığı ne durumda olacak idiyse, ödenecek tazminatla, aynı durum tesis edilebilirdi (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2003 gün ve 2003/19-152 esas, 2003/125 karar; 29.09.2010 gün ve 2010/14-386 esas, 2010/427 sayılı ilamları).

<sup>211</sup> Yargıtay 20. HD., E. 2017/9606, K. 2020/2076, T. 24.6.2020; "Zarara uğrayan kişinin gerçek zararı ise tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak değerlendirme tarihine göre belirlenecek olup, bu tarih ise zararın meydana geldiği tarihtir. 4721 sayılı TMK'nın 705/2. maddesi uyarınca tapu iptali ve tescil istekli davalarda kesinleştiği tarih itibariyle mülkiyet hakkı sona ereceğinden bu tarih itibariyle tapusu iptal edilen gerçek ve tüzel kişilerin zararları oluşacaktır. Zararın meydana geldiği tarihe göre de tapusu iptal edilen gayrimenkulün niteliği ve değeri belirlenmelidir."

Son olarak Noterlik Kanunu m.162'nin emredici olduğu yani aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığını ve noterlerin hukuki sorumluluğuna, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerine ait esaslar olan TBK 49-76 maddelerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtelim<sup>212</sup>. Örneğin; zamanaşımı konusunda haksız fiiller için uygulanan TBK m.72, birlikte sorumluluğun düzenlendiği TBK'nın 60, 61 ve 62. maddeleri noterlerin sorumluluğu için de uygulama alanı bulacaktır.

## SONUÇ

Makaleye; taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisinin henüz noterlere verilmediği dönemde, bu konudaki mevzuatta bulunan hükümleri ve bu hükümlerin uygulamada nasıl gerçekleştirildiğini inceleyerek başladık. Teorik hukuk bilgisi ile uygulamada çelişen ya da genel kanun ile özel kanunun çeliştiği noktaları tespit ederek eleştirel bir bakış açısıyla inceledik.

Makalede özetle; sözleşmeye vade ve koşul gibi kayıtların konulması teoride mümkün iken tapuda yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde matbu sözleşmeler ile bu kayıtların konulmasına izin verilmediğinden ve bu durumun yarattığı sakıncalardan bahsettik. Ayrıca yine teorik hukuk bilgisine aykırı olarak tasarruf yetkisine sahip olmayan ya da gerçek malik olmayan kişilerin resmi taşınmaz satış sözleşmesi yapma iradelerinin engellendiğini anlattık. Ani edimle sözleşmenin hemen arkasına tescilin geleceği durumlar dışında kişilerin noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapmaları için yönlendirildikleri oysa noterde yapılan ön sözleşmenin de aslında asıl sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesi gibi hüküm ve sonuç doğurduğundan bahsettik.

Olması gereken hukuk yönünden konuya bakmak gerekirse; yeni gelen değişiklikle noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmesi doğrudur çünkü taahhüt işlemi ile tasarruf işleminin ayrı kurumlara verilmesi bu iki kavram arasındaki farkın daha ön plana çıkmasına ve yapılan hataların düzelmesine imkân verebilir. Ayrıca zaten noterler taşınmaz satış sözleşmesi vaadi adı altında yıllarca bu işlemi yapmaktadırlar. Üstelik noterler, kamu hizmetinde bulunan ve hukuk mezunu

<sup>212</sup> ERDOĞDU BİLGİLİ, Bahar, s.91.

kimseler oldukları için sözleşmenin tarafı olan kişilerin hukuki danışmanı konumunda olarak hukuk kimliklerinin etkisiyle insanlara güven aşılacağını düşünmekteyiz.

Tapu mevzuatı ile noterlik mevzuatına yeni gelen hükümlerde yer alan, “resmi sözleşmeye tescil talebinin eklenmesi gerektiği” yönündeki düzenlemenin mevzuattan çıkarılması gerektiği görüşünderiz. Çünkü bu hüküm; teorik bilgiyle çelişen uygulama hatalarına neden olan düzenlemelerin başında gelmektedir. Ayrıca, mevzuata yeni gelen; taşınmaz satış sözleşmesi yapmak için notere başvuran kişilerin tasarruf yetkisine haiz olmadığı ya da satışa engel bir durumlarının varlığı halinde noterlerin işlem yapmayacaklarına ilişkin düzenlemenin de aynı gerekçelerle mevzuattan çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz. Yine bu iki kurumda yapılan uygulama hataları konusunda, tescil ile sözleşmenin tabi olduğu farklı esasların karıştırılmaması, dolayısıyla insanların sahip olduğu sözleşme hürriyetine engel olunmaması açısından bu kurumda çalışan kimselerin meslek içi eğitimlerle bilgilendirilmesi gerektiğini aksi hâlde yeni gelen değişikliklerle noterlerin tescil talebini alarak tapuya iletmesi ve tescili gerçekleştirmesi yönündeki düzenlemelerin de halihazırda yapılan yanlış uygulamaların sürüp gitmesine yol açacağı zira açıklanan sebeplerle yeni gelen bu düzenlemenin de sözleşme hürriyetine engel olabilecek karışıklığa neden olacağı kanaatindeyiz.

Şöyle ki, bahsedilen değişikliğin uygulanmasıyla birlikte artık noterler hem taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hem de taşınmaz satış sözleşmesi yapabilmektedirler fakat bahsettiğimiz gibi tescil talebinin sözleşmeye yazılması ve tapuya aktarılması gerektiği de yeni gelen düzenleme kapsamındadır. Öyleyse öngörebiliriz ki noterler bundan sonra derhal tescil istendiği durumlarda taşınmaz satış sözleşmesi; araya vade konulmak istendiğinde ise taşınmaz satış sözleşmesi vaadi yapmayı tercih edeceklerdir. Böylece uygulamadaki yanlışlık daha da perçinleşmiş olarak devam edecektir.

Ayrıca öğretilerde bahsedildiği gibi biz de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterlik mevzuatından çıkması gerektiği, ön sözleşmeler ile ilgili TBK'daki hükmün yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Makalemizde TMK m.1007'de düzenlenen, tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluk konusunu Yargıtay kararları ışığında ayrıntılı olarak inceledik. Yeni

---

gelen düzenleme ile resmi taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı Noterlerin sorumluluğunu m.1007 ile karşılaştırma yaparak değerlendirdik. Ayrıca değişiklik ile noterlere verilen yetki; her ne kadar hizmet ücreti alacakları yeni bir düzenleme olsa da bu düzenleme ile var olan kusursuz sorumluluğun daha da genişletildiği, verilen ücretin ise bu ağır sorumluluk yanında oldukça düşük kaldığı için umulanın bulunmadığı dolayısıyla noterlerin de bu durumdan memnun olmadıklarını da ifade etmek isteriz.

Sonuç olarak değişiklik maddelerini inceledikten sonra makalemizde ayrıntılı bahsettiğimiz üzere Noterlik Kanunu'nda yapılan değişiklik ve Kanun'a eklenen madde beklentilerimizi karşılamamış olup aksine yapılan bu değişikliğin yanlış uygulamanın devam etmesine yol açacağını öngörmekteyiz.

---

**KAYNAKÇA**

AKBAY, Direnç: “Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 77, Sayı 2, Yıl 2019, s.697-746.

AKKANAT, Halil: “Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması”, *İÜHFİM*, Cilt LXII, Sayı 1-2, Yıl 2004, s.317-332.

ALBAYRAK, Hakan: “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 10, Yıl 2017, s.43-95.

ANTALYA, O. Gökhan: “Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, *MÜHFHAD*, Cilt 23, Sayı 3, Yıl 2017, s.419-440.

AYAN, Mehmet: *Eşya Hukuku I- Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, 2016.

AYAN, Mehmet: *Eşya Hukuku II- Mülkiyet*, Seçkin Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara, 2016.

AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen: *Medeni Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2016.

AYDOS, Oğuz Sadık: *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2022.

AYRANCI, Hasan/ PAKET, Sabure, “Nitelikli Satış Sözleşmesi”, *SÜHFİD*, Cilt 29, Sayı 2, Yıl 2021, s.1247-1274.

BAŞEĞMEZ, Muhammed Gürsel: *Türk Borçlar Kanunu'na Tabi Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Ayrıntan Doğan Sorumluluk*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ankara, 2022.

CANDAN, Hakan/ ARSLAN, Şadiye: “Türkiye'de Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Kusursuz Sorumluluğu ve Rücu Sistemine Alternatif Bir Yöntem: Tapu Sigortası Sistemi”, *Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, Yıl 2021, s.167-190.

---

ÇABRİ, Sezer: “Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s.585-613.

DOĞAN, Murat/ ŞAHAN, Gökhan/ ATAMULU, İsmail: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2021.

ERBEK ODABAŞI, Özge: “Yargıtay Kararları Işığında Devletin Taşınmazın Tapu Kaydındaki Yüzölçümünün Yanlışığından Doğan Sorumluluğu”, *DEÜHFD*, Cilt: 23 Sayı: 1, Yıl 2021, s.193-232.

ERDOĞDU BİLGİLİ, Bahar: “Noterin Hukuki Statüsü ve Hukuki Sorumluluğu Sorunu”, *YBHD*, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2023, s.71-105.

GÖRGEÇ, Başak: “Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakkı ve Tabi Olduğu Zamanaşımı”, *MÜHFHAD*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s.1185-1220.

GÜNAY, Erhan: *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2023.

KALENDER, Ahmet: “Taşınmaz Satış Sözleşmesinde Menfi Zararın Hesaplanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 127, Yıl 2017, s.25-31.

KAYAR, İsmail: *Borçlar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, 2019.

KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2018.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, *AÜHFD*, Cilt 38 Sayı 1, Yıl 1981, s.209-222.

KİZİR, Mahmut: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *MÜHFHAD*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s.1773-1796.

KURT, Leyla Müjde; “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2014, s.85-118.

---

MEHMED ALTIN, Gülden: *Türk Medeni Hukuku ve Tüketici Hukuku Çerçevesinde Taşınmaz Satışında Şekle Aykırılığın Sonuçları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

MEZKİT, Mesut: “Medeni Kanun’un 1007. Maddesinin Tapu Hizmetleri Çalışanları Üzerindeki Etkileri”, *Yeni Fikir Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, Yıl 2015, s.30-104.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, İstanbul, 2016.

ÖZÇELİK Ş. Barış: “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, Cilt 63, Sayı 3, Yıl 2014, s.569-621.

ÖZDEMİR, Eren Gürsoy/ KARALI, Hatice/ ÇİÇEK, İdris: “Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde Dijital Dönüşüm: E-Arşiv”, *Arşiv Dünyası*, Cilt 9, Sayı 2, Yıl 2022, s.157-189.

ÖZMEN, Etem Saba: “Noterlere Taşınmaz Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, Yıl 2022, s.502-540.

RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal: *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2022.

SAPANOĞLU, Süleyman: *Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2022.

SEZER, Ahmet, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 150, Yıl 2019, s.367-380.

ŞENOL, A. Nilay: “Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, *KHÜHFD*, Cilt 8, Sayı 2, Yıl 2020, s.357-376.

TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar” *AÜHFD*, Cilt 72, Sayı 1, Yıl 2023, s.143-182.

UZUN, Metin/ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/ ERDOĞAN, Mehmet Şirin/ YILDIZ, Mete: “Taşınmaz Devrinin Noterliklerde Yapılmasının Önemi ve Faydaları”, *Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı 1, Yıl 2021, s.9-34.



---

YILDIRIM, Abdulkerim: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Taşınmaz Satışında Hasarın İntikali”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 31, Sayı 2, Yıl 2015, s.257-302.

YÜCER AKTÜRK, İpek: “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu”, *Yeditepe Üniversitesi HFD*, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2021, s.799-812.

# MAKALELER





# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Adil Yargılanma Hakkının Temel İlkesi Olarak Tabî Hâkim İlkesi

Av. Nebahat Nalan EKREN<sup>1</sup>

### Öz

Tabî hâkim ilkesini adil yargılama hakkının temel ilkesi olarak ele alan makale iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, adil yargılanma hakkını tanımını verdikten sonra hakkın hukuki niteliğini ortaya koymaktadır. Bunun ardından hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ele alınışı ve uygulanışı incelenerek 1982 Anayasası'nda bu hakka ilişkin yapılan düzenlemeler aktarılmıştır. İkinci kısım, tabî hâkim ilkesini genel hatlarıyla sunduktan sonra ilkenin tarihsel gelişim sürecini incelemektedir. İlkenin anayasal ilkelerle ve diğer adil yargılanma hakkı ilkeleri ile ilişkisi ele alındıktan sonra ise, son olarak özel mahkemeler eliyle yapılan yargılamanın bu hakkın ihlali sayılıp sayılmayacağı tartışılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Adil yargılanma hakkı, bağımsız ve tarafsız yargılama, hukuk devleti, tabî hâkim ilkesi, özel mahkemeler.

<sup>1</sup> Avukat, Eskişehir Barosu. nebahatnalan@gmail.com, ORCID: 0009-0009-9180-6109.



## ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

### The Principle of Natural Judge As The Basic Principle of The Right to A Fair Trial

#### Abstract

This article, which discusses the principle of natural judge as an essential principal of the right to a fair trial, consists of two main parts. First part, following a definiton, establishes the legal nature of the right to a fair trial. Next, the treatment and application of the right by the European Convention on Human Rights are examined and related provisions in the Constitution of 1982 are described. Second part, after providing the outlines of the principle of natural judge, examines its historical development. Finally, after evaluating the relation of the principle with constitutional principles and other principles of the right to a fair trial, it is discussed whether trial by ad hoc courts should be accepted as the violation of the principle.

#### Keywords

Right to a fair trial, independent and impartial trial, rule of law, principle of natural judge, ad hoc courts.

## 1. GİRİŞ

Hukuk devleti, demokrasi, insan hakları gelişmiş modern toplumlarda ortak bir hedef, ortak bir ideal haline gelen kavramlardır. İnsanlığın, asırlar boyunca karşı karşıya kaldığı şiddetin, zorbalığın neticesinde ulaşabildiği bu kavramlar uygarlık seviyesinin bir göstergesidir. Fakat bu kavramların dünya coğrafyası üzerinde halen revaç görmediği toplumlar olduğu gibi ülke içinde pozitif hukuk kurallarında düzenlenmelerine rağmen uygulamada sıkıntıların yaşandığı toplumlar da maalesef vardır. Ülkemizde ise 1982 Anayasası madde 2’de ise insan haklarına saygıyı, demokrasiyi ve hukuk devletini “cumhuriyetin nitelikleri” olarak belirtmiştir. Madde 4’te de madde 2’de düzenlenen hükümlerin değiştirilemeyeceği, değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilerek bu kavramlar güvenceye alınmıştır.

Demokrasi halkın halkı yine halk için yönetmesidir. Demokratik toplumlarda bireyin maddi manevi varlığının gelişmesi için ona bazı temel haklar tanınmış ve güvence altına alınmış olmalıdır. Bu gerçek anlamda demokrasiyi hayata geçirmeyi hedefleyen toplumlar için bir gerekliliktir. 1982 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetler ikinci kısımda düzenlenmiştir. Yargı faaliyetine ilişkin bireylere tanınmış haklar “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında yer almıştır. Bunlar; hak arama hürriyeti, kanuni hâkim güvencesi, suç ve cezalara ilişkin esaslar ve ispat hakkıdır.

Demokratik olma iddiasında olan toplumların hukuk devleti ilkesini hayata geçirmeleri bir zorunluluktur. Hukuk devleti ise yönetime talip olanların önceden belirlenmiş kuralların disiplini ve sınırlandırıcılığı içinde faaliyet göstermesidir. Hukuk devletinde hukukun çizdiği çerçeve üstündür. Aksi halde yönetenlerin keyfiliği söz konusu olur ki keyfilik belirsizliği, belirsizlik kaygıyı, kaygı da bireylerin içinde yaşadıkları topluma ve idare edenlere karşı güvensizliği sonucunu doğurur. Tam da bu noktada denilebilir ki hukuk devleti bireyi devlete karşı korur. Bu korumanın yargı faaliyeti alanındaki enstrümanı adil yargılanma hakkıdır.

Türk hukuk sisteminin dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemi temeli olan Roma hukukuna göre de hukuk “iyi ve adil olanı gerçekleştirme sanatıdır.”<sup>2</sup>. Öyleyse hukuk kavramının üstün olduğu toplumlarda yargılama faaliyetinin hakkaniyete uygun ve adilane olması gerektiği kaçınılmazdır. Yargılama faaliyetinin adilane olması; “hakkın ve hukukun” gerçekleşmesi yerini bulması anlamındadır. Hakkaniyet ise; somut olayın adaletidir<sup>3</sup>. Fakat amaç sadece yargılama faaliyeti sonucunun adil olması değil, yargılama usullerinin ve yargılama sürecinin de adil olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’ne göre “adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gereklidir.”<sup>4</sup>. Adil yargılama için gerekli olan ilkeler tam da bu konuyu ele alır. Yargılama yapacak olan makamların uyması gereken hem usul hem de maddi hukuka ilişkin kuralları ifade eder. Bu kurallar aynı zamanda onların görevleridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 6.maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamındaki ilkeleri bir bütünlük teşkil eder. Kümülatif bir şekilde uygulandığı takdirde yargılanmanın adil olacağından bahsedilebilir. Fakat bu ilkelerden dava konusu olay gerçekleşmeden önce kanunla kurulmuş bir mahkemenin önüne çıkarılma hakkı yani tabii hâkim ilkesi diğer ilkelerin uygulanacak olmasının bir anlam ifade etmesi bakımından ve sağlam bir zemin, bir temel olması bakımından olmaz ise olmazdır.

## 2. ADİL YARGILANMA

### 2.1. TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Adil yargılanma bu konudaki en önemli sözleşme olan AİHS ışığında şu şekilde tanımlanabilir: Adil yargılanma bireyin gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından,

<sup>2</sup> KAŞIKARA M. Serhat, Adil Yargılama Hakkı ve Türkiye, Ankara 2009, s.10

<sup>3</sup> KAŞIKARA, s.12.

<sup>4</sup> AİHM Kararı, Campell ve Fell / Birleşik Krallık Davası, s.81, K.T. 28.06.1984; Karar No: 7819/77

makul bir süre içerisinde aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır<sup>5</sup>.

*Schroeder* ise, yeterli müdafaa imkanları sağlanarak ve hile yapılmadan görülen davanın adil olduğunu kabul etmektedir<sup>6</sup>.

Birçok yazar da adil yargılanma kurumunu tarif edilmesi güç bir prensip olarak nitelendirmekte ve bu ilkenin ideal şartları oluşturma mecburiyeti olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>7</sup>.

Adil yargılanma hakkı insanın sadece insan olması dolayısıyla sahip olduğu haklardan yani insan haklarından olduğunu kabul edersek hangi insan hakları kapsamına dahil edebiliriz? Adil yargılanma hakkı ilkelerinden bazıları için devletten hareketsiz kalmasını müdahalede bulunmamasını beklerken, bazı ilkeler için de devletten belirli bir harekette bulunmasını bekleriz. Mesela kanunla kurulmuş mahkemelere başvurmada devletten müdahalede bulunmamasını, hareketsiz kalmasını beklerken, makul sürede yargılanmanın tamamlanabilmesi ilkesi için ise devletten belirli bir harekette bulunmasını bekleriz. Öyleyse bazı ilkeler negatif statü hakkı kapsamında değerlendirilirken bazıları da pozitif statü hakkı kapsamında değerlendirilir. Öyleyse adil yargılanma hakkı, içeriğinde birçok ilkeyi barındırdığı ve bu ilkelerin *Jellinek* tarafından yapılan pozitif ve negatif statü hakkı ayrımının ikisine de dahil olduğundan hareketle karma nitelikli bir temel insan hakkı olduğu söylenilebilir.

## 2.2 TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Adil yargılanma hakkı kavram olarak değilse de içeriksel olarak ilk Magna Carta Libertatum'da (Büyük Özgürlük Fermanı) ortaya çıkmıştır. Aslında bu ferman insan haklarını düzenleyen metinlerin başlangıcı kabul edilir<sup>8</sup>. Halkta oluşan hakları için mücadele etme düşüncesi zamanla Kıta Avrupası'na ve göçlerle birlikte

<sup>5</sup> KARAKEHYA Hakan, Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008, s.22'deki dn.65'ten dolayı atıfla DONAY, s.41.

<sup>6</sup> SCHROEDER, s.6

<sup>7</sup> SCHROEDER, s.10-11.

<sup>8</sup> KAŞIKARA, s.34'teki dn.86'dan dolayı atıfla DOEHRING, s. 259.



Amerika'ya da yayılarak adil yargılanma ve diğer insan haklarının pozitif hukuka aktarılmasının temelini oluşturmuştur<sup>9</sup>.

II. Dünya Savaşı'na kadar uluslararası düzeyde tek hak sahibi sadece “devletler” iken, II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası düzeyde hak sahibi olarak “insan” unsuru da kabul edilmeye başlanmıştır. İnsan hakları artık devletlerin bir iç hukuk sorunu olmayıp uluslararası platformda da dikkate alınır olmuştur. Bununla ilgili somut birtakım adımlar atılmıştır. Mesela Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme bunlara örnek gösterilebilir. Avrupa konseyinin bir çalışması olarak da AİHS örnek olarak sunulabilecek en önemli belgelerden birisidir. II. Dünya Savaşı sonrasında insan hakları konusuna dair gelişmeler neticesinde adil yargılanma hakkı da uluslararası sözleşmelerde daha bir vurgulanır olmuştur.

Adil yargılanma hakkı kavram olarak ilk 1948'de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'nde açıkça ifade edilmiştir. Yasalar önünde eşitlik (md.7), mahkemeler önünde hak arama hürriyeti (md.8), bağımsız ve adil mahkemeler önünde yargılanma hakkı (md.11), düzenlenen başlıca yargılama faaliyeti ile ilgili olarak kişilere tanınan temel hak ve özgürlükler olarak düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Türkiye İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni 6 Nisan 1949 tarihinde benimsemiş, bildirge 27 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>11</sup>. Bu sözleşme ile adil yargılanma hakkının temel bir insan hakkı olarak teyit edildiği söylenebilir<sup>12</sup>.

Adil yargılanma hakkı 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde de yer almıştır. Türkiye bu uluslararası sözleşmeye taraftır. Ve bu sözleşme Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne kıyasla yaptırımı olan, bağlayıcı bir niteliğe sahiptir ve uluslararası hukukun güvencesi altındadır<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> KARAKEHYA, s. 19'deki, dn.49'dan dolayı atıfla HARRİS, s. 352.

<sup>10</sup> KAŞIKARA, s. 48'deki dn.141'den dolayı atıfla AKILLIOĞLU, s. 18.

<sup>11</sup> KAŞIKARA, s. 47'deki dn.136'dan dolayı atıfla KORKUSUZ, s. 41-58.

<sup>12</sup> KARAKEHYA, s. 60.

<sup>13</sup> KAŞIKARA, s. 48'deki dn.144'ten dolayı atıfla ÖZMEN s. 21.

Uluslararası insan hakları normlarını içeren en önemli uluslararası metin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bu bölgesel sözleşmeyi Türkiye 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme özellikle madde 6'da adil yargılanma hakkını açıkça düzenlemiş, adil yargılanma hakkı ilkelerini tek tek ele almıştır. Sözleşmenin İngilizce metninde adil yargılanma kavramı "fair trial" şeklinde geçmektedir.

### 2.3. AİHS'DE ADİL YARGILANMA HAKKI VE UYGULAMA ALANI

AİHS madde 6:

"1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re'sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak” şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrası hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara, 2. ve 3. fıkrası ise sadece ceza davalarına ilişkindir<sup>14</sup>.

Aynı zamanda adil yargılanma hakkı hem ilk derece yargılaması kadar istinaf ve temyiz aşamaları içinde geçerlidir<sup>15</sup>.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili kararlarından kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların da adil yargılanma hakkının koruma alanı içerisinde yer aldığı anlaşılmaktadır<sup>16</sup>.

AİHS madde 6'nın içeriğinden ayrı olarak adil yargılanma kavramının zorunlu sonuçları gerekçesiyle bu kavrama zımnen dahil unsurlar AİHM'ce saptanmıştır<sup>17</sup>. Bunlar mahkemeye başvurma hakkı, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, gerekçeli karar, delillere ilişkin ilkeler, hukuki kesinlik ilkesi, susma ve kendini suçlamama hakkı, duruşmada hazır bulunma ve etkili katılım hakları bunlar arasındadır<sup>18</sup>. Ve böylelikle denilebilir ki AİHS adil yargılanma hakkı ilkeleri “numerus clausus” değildir<sup>19</sup>. AİHS'nin 6. maddedeki unsurları da kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır<sup>20</sup>.

Adil yargılanma hakkının uygulama alanı için yine AİHS madde 6 fıkra 1'deki “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek

<sup>14</sup> SCHROEDER, s.14.

<sup>15</sup> İNCEOĞLU Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa”, İstanbul 2013, s.209

<sup>16</sup> CENTEL / ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, İstanbul 2015, s.151'deki dn.179'dan dolayı atıfla Remzi Durmaz başvurusu, s.26.

<sup>17</sup> KAŞIKARA, s.98'deki dn.298'den dolayı atıfla.

<sup>18</sup> İNCEOĞLU, Sibel. “Adil Yargılanma Hakkı, Bireysel Başvuru Serisi-4” Ankara 2018, s.3.

<sup>19</sup> Tahdidi değildir.

<sup>20</sup> KARAKEHYA, s.24'deki dn.71'den dolayı atıfla.

olan...” şeklinde olan düzenlemenin lafzından denilebilir ki; adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluk söz konusu olduğunda tarafların veya suç isnadı ile karşı karşıya kaldığında sanığın yaralanacağı bir haktır. Mağdur ve şikayetçi bu haklardan yararlananlar kapsamına dahil değildir. Fakat AİHS ‘si söz konusu bu medeni hak ve yükümlülüklerin ne olduğunu ya da suç isnadı kavramını tanımlamamıştır. AİHM ise bu kavramları özerk kavramlar olarak görmekte ve yargılamaya konu olan hak veya iddianın konusuna bakmaktadır<sup>21</sup>. İç hukuk tarafından hak olarak tanınmayan, makul zeminde savunulamayan bir iddia madde 6 kapsamında ele alınamaz<sup>22</sup>. AİHM suç isnadı olup olmadığı konusunu da şu üç unsurun varlığına bakarak değerlendirir:

1. Suçun iç hukuktaki tasnifi
2. Suçun niteliği
3. Öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı<sup>23</sup>

#### 2.4. 1982 ANAYASASINDA ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, 1982 Anayasası’nda 2001 yılında yapılan değişiklik ile “Temel Hak ve Yükümlülükler” başlığı altında yer alan 36. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Ve aynı zamanda Anayasa’nın 148. maddesi 3. fıkrası dolayısıyla da temel haklardan kabul edilen adil yargılanma hakkının kamu gücü tarafından ihlal edildiği hallerde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkânı doğmuştur. Bu oldukça önemli bir güvencedir. Dikkat edilmesi gereken bir husus da şudur ki; Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS ve ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekliliğidir<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> İNCEOĞLU, s.4.

<sup>22</sup> İNCEOĞLU, s.8’deki dn.27 ‘den dolayı atıfla James vd. (1986) s.81

<sup>23</sup> İNCEOĞLU, s.9’daki dn.33’ten dolayı atıfla Engel vd. (1976) s: 82

<sup>24</sup> ÇELİK, Abdullah, “Adil Yargılanma Hakkı Rehberi”, s. 9 (B. No:2012/917,16/4/2013, syf.16,20 ve 21).

Ayrıca Anayasa Mahkemesi norm denetiminde bu 36. maddeye aykırı düzenlenmiş kanunları iptal de edebilecektir<sup>25</sup>.

2004 yılında anayasanın 90 maddesine eklenen hükme göre bir uyuşmazlığın çözümü sırasında “usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanun hükümleri arasında bir uyuşmazlık olduğu anlaşılırsa uyuşmazlığın temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözülebileceği” düzenlenmiş ve böylelikle usulüne uygun yürürlüğe konmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin kanunlara göre üst norm olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca bunlar aleyhine Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. Bu nedenle Türkiye tarafından imzalanan ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası bir sözleşme olan AİHS, ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır<sup>26</sup>.

Diğer adil yargılanma hakkı ilkeleri ile ilişkin olan Anayasa maddeleri şu şekildedir:

1. Mahkeme hakkı:

Anayasa madde 40 (2.fıkra), madde 125 (1.ve 5. Fıkra), madde 138 (son fıkra), madde 154 (1.fıkra), madde 155 (1.fıkra), madde 148 (3.fıkra)

2. Kanunla Kurulmuş, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı:

Anayasa madde 37, 138, 139 (1.fıkra), madde 140 (1. ve 5.fıkra), madde 142, 145 (3.ve 4. Fıkralar), 148 (3.fıkra)

3. Makul sürede yargılanma hakkı:

Anayasa madde 141 (son fıkra), madde 148 (3.fıkra)

4. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı:

<sup>25</sup> KARAKEHYA, s.24.

<sup>26</sup> SENCER R. Feridun, Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, 2013 (2), 108-173.

Anayasa madde 38 (4. ve 6.fikralar), madde 39, madde 141 (3.fikra), madde 148 (3.fikra)

5. Aleni yargılanma hakkı ve aleni karar hakkı:

Anayasa madde 141, madde 148 (3.fikra)

6. Masumiyet karinesi

Anayasa madde 15, madde 38 (4.fikra), madde 148 (3.fikra)

### 3. TABİİ HAKİM İLKESİ

Tabii (doğal) hâkim ya da olağan hâkim en basit anlatımla, kanunla ve uyuşmazlıktan önce kurulmuş mahkeme hakimidir. Bu mahkeme ise olağan mahkemedir. Öyleyse doğal olmayan hâkim ya da olağanüstü hâkim, uyuşmazlıktan sonra bu uyuşmazlık için kurulmuş ve sonradan yetkilendirilmiş hakimdir. Bu mahkemeler de olağanüstü mahkemelerdir. Yargılama ilkesi olan tabii hâkim ilkesi ise, dava konusu olay ortaya çıkmadan önce tarafların hangi mahkeme önüne çıkarılacakları, bu mahkemelerin yetki, görev ve yargılama usullerinin yasama erkinin çıkarmaya yetkili olduğu dar ve teknik manada kanunla belirlenmiş olmasıdır. Dar ve teknik manada kanun nitelendirmesi mahkemelerin kurulması, yetkileri, görevleri ve işleyişleri ile ilgili kanunların cumhurbaşkanı kanun hükmünde kararname ile yapılamayacak olması dolayısıyladır. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi tabii hâkim ilkesinin, “kanunilik” ve “öncedendirlik” olmak üzere iki temel unsurunun olduğu sonucuna varabiliriz<sup>27</sup>. Kanunilik unsuru mahkemelerin yasama erkinin çıkarmaya yetkili olduğu bu kanunlar doğrultusunda kurulmuş olmaları, yetkilerini kullanıyor, görevlerini yerine getiriyor olmaları ve mahkemelerin yargılama usullerinin kanunla belirlenmiş olması anlamına gelir. Dolayısıyla hakimlere ilişkin medeni usul ve ceza usul yasaları ile mahkemelerin işleyişine ilişkin kanunlar da bu kapsama girmektedir. Böylelikle yürütmenin veyahut yürütmeyi kullanan başkaca güçlerin yargıyı

<sup>27</sup> TANRIVER, Süha, “Tabii Hâkim İlkesi Medeni Yargı”, TBB Dergisi, 2013 (104), 11-35; ÜLKER, İbrahim, “Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanuni Esasi’deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 2013, 101-124.

yönlendirmesinin önüne geçilir. Öncedenlik unsuru ise uyuşmazlıktan önce kanunla kurulmuş olması ile ilgilidir. Aksini düşünecek olursak; dava konusu olay meydana geldikten sonra davaya bakacak mahkemenin (kanunla kurulmuş olsa bile) kurulmuş olması kararının objektifliğine gölge düşürecektir. Öyleyse denilebilir ki öncedenlik unsurunun tabii hâkim ilkesine katkısı kanunilik unsuruna nazaran daha fazladır. Çünkü tabii hâkim ilkesinin bağımsız, tarafsız, objektif yargılama faaliyeti hedefi için öncedenlik unsuru daha olmazsa olmazdır.

Ceza hukuku bağlamında ise “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi, ceza muhakemesi hukukunda tabii hâkim ilkesi olarak karşımıza çıkar. Tabii hâkim ilkesi adli yargı bütünü içinde yer alan hem hukuk yargısı hem de ceza yargısı bakımından geçerlilik taşıyan temel bir yargılama hukuku ilkesi; tabiri caiz ise, gerçekleştirilmesi mutlak surette zorunlu olan genel bir usulî şart konumundadır<sup>28</sup>.

Tabii hâkim ilkesi Anayasa'nın 37.maddesinde “kanuni hâkim güvencesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Kastedilen tabii hâkim ilkesidir. Özellikle sözü edilen anayasal düzenlemenin ikinci fıkrasındaki “bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” şeklindeki kuralda, kanuni hakim güvencesi ile murad edilenin, tabii hakim ilkesi olduğunu açıkça işaret etmektedir<sup>29</sup>. Ayrıca bu ilke ile ilintili bir başka Anayasa maddesi ise 142. maddedir ve şu şekilde düzenlenmiştir: “Mahkemelerin kuruluşu görev ve yetkileri işleyişi yargılama usulleri kanunla düzenlenir”. Madde metni anlamının tersini düşünecek olursak kanunla düzenlenmemiş bir mahkemenin yargı faaliyetinde bulunuyor olması madde 142'nin ihlali olduğu gibi doğrudan tabii hâkim ilkesinin ihlali de olacaktır. Öyleyse sonuç olarak madde 142, madde 37'yi destekler mahiyettedir.

### 3.1 TABİİ HAKİM İLKESİNİN TARİHSEL SÜRECİ

1215 tarihli Magna Carta Libertatum daha önce de belirttiğimiz gibi adil yargılanma açısından oldukça önemli bir belgedir. Büyük Özgürlük Fermanı da

<sup>28</sup> TANRIVER, 11-35.

<sup>29</sup> TANRIVER, 11-35.

denilen Magna Carta Libertatum 24. bölüm şu şekildedir: “Krallık yargıçlarının gördükleri davalara, hiçbir şerif, adli memur, memur ya da diğer bir memurumuz bakamayacaktır”. Böylelikle, yargılama faaliyetinin sadece önceden belirli yargıçlar tarafından yerine getirilmesi, şerif, memur denilen görevli kişilerin yargıçlık yapmasının engellenmiş olmasıyla tabii hâkim ilkesinin temelleri az çok atılmış olmaktadır.

17 Haziran 1628 tarihli Haklar Dilekçesi’nde, “Hiç kimse, bağlı olduğu hâkimin ülke yasalarına uygun bir kararı bulunmadıkça, mal ve can güvenliğinden yoksun bırakılamayacak, yasal bir hüküm olmadan kişiler tutuklanamayacak, hapsedilemeyecek, mallarına el konulamayacak ve miras haklarından mahrum bırakılamayacaklar.” şeklindeki düzenlemesinde ‘...bağlı olduğu hakim’in ülke yasalarına uygun bir kararı...’ ifadesiyle yasalarla belirlenmiş tabii hakime ve iç hukuk kurallarına bağlılıkla hukuk devleti ilkesine vurgu yapılmaktadır.

1791 tarihli Fransız Anayasası’nın yargı erki bölümünde de adil yargılanma hakkı kapsamına dahil olan doğal yargıç ilkesi yer almıştır.

II. Dünya Savaşı sonrasında insan hakları kavramının uluslararası düzeyde kabul görmesiyle birlikte adil yargılanma hakkı ve buna bağlı olarak da tabii hâkim ilkesini 1945 II. Dünya Savaşı bitimi tarihinden sonra oluşturulan uluslararası belgelerde daha sık görmekteyiz. 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 6. madde ‘de “...yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından...” denilmek suretiyle tabii hâkim ilkesi açıkça belirtilmiştir.

Türk hukuk sisteminde ise 1808 tarihli Senedi İttifak ile başlayan ve 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile devam eden yargıdaki köklü değişiklikleri 1856 Islahat Fermanı takip etmiştir. 1875 tarihli Adalet Fermanı’nda ise yargıçlarla ilgili güvenceler getirilmiştir. Fakat tabii hâkim ilkesi ilk olarak 1876 tarihli Kanuni Esasi’de düzenlenmiş Anayasa hükmü haline getirilmiştir. 23. maddede geçen “tabii hâkim ilkesi” şu şekilde düzenlenmiştir; “Bir kimse kanunlarla belirlenmiş mahkemelerden başka bir mahkemede yargılanamaz”. Ayrıca 89. maddede de “kanunla görevli mahkemeler dışında, bazı özel durumlarda karar vermek üzere kişiye



veya olaya özel mahkeme kurulamaz” şeklinde düzenlenerek adeta tabii hâkim ilkesinin öncedenliği vurgulanmıştır. Kanun-i Esasi sadece 1 yıl uygulama alanı bulmuştur.

Cumhuriyet döneminde ise ilk olarak 1961 Anayasası’nda “tabii hâkim ilkesi” kavramı düzenlenmiştir. 1961 Anayasası’ndan önce ise tabii hâkim ilkesi sonucunu doğuran düzenlemeler vardır. Fakat direkt “tabii hâkim ilkesi” kavram olarak kullanılmamıştır.

### 3.2. ANAYASAL İLKELERLE İLİŞKİSİ

Anayasa Mahkemesi tabii hâkim ilkesini, AİHS madde 6 ve Anayasa madde 36’da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan en temel ilke olarak görmüş<sup>30</sup> ve şöyle tanımlamıştır: Doğal yargıç kavramı, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecektir yargı yerini yasanın belirlemesidir<sup>31</sup>. Bu karar aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Ya da tabii hâkim güvencesi “sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur”<sup>32</sup>. Bu karar ise Anayasa m.10’ da düzenlenen eşitlik ilkesinin gereğidir. Aynı zamanda anayasa mahkemesi tabii hâkim ilkesini yorumlarken mahkemelerin görev ve yetki alanlarının yasalarda hukuki kesinlik içinde açık ve anlaşılır şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde kararları da mevcuttur<sup>33</sup>. Yasayla kurulmuş olmanın “öngörülebilirliği” ve “belirliliği” de ifade ettiği vurgulanmıştır<sup>34</sup>. (Ancak yeni Anayasa’da idari yargının görev alanının ne olduğu, idari uyuşmazlık kavramı ile neyin kast edildiği, net bir şekilde ifade edilmemiştir<sup>35</sup>.) Bu karar ise akla hukuk güvenliği ilkesini getirir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) dikkate aldığı başka bir nokta da şudur ki; mahkemelerin kurulmasını, işleyişini düzenleyen iç hukuk kurallarının her türlü keyfilikten uzak olması “hiçbir müdahaleye açık kapı bırakmayacak şekilde” düzenlenmiş olması gerekliliğidir. Örneğin Bölge Adliye

<sup>30</sup> AYM, E.2002/170, K.2004/54, K.T.05.05.2004.

<sup>31</sup> AYM, E.2005/8 K.2008/166 K.T. 20.11.2008.

<sup>32</sup> AYM, E. 2014/164, K.2015/12, K.T. 14/1/2015.

<sup>33</sup> AYM, E.1999/13, K.1999/26, K.T.14.06.1999.

<sup>34</sup> İNCEOĞLU, s.77’deki dn.240’dan dolaylı atıfla İsmail Taşpınar başvurusu, s.46.

<sup>35</sup> ASLAN, M. Yasin, Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi, TBB Dergisi, 2009 (82), 1-12.

Mahkemesi başkanının dosyaları hakimlere dağıtma yetkisinin sınırları belirli, hukuki kesinliği sağlayacak şekilde kullanılması AİHM tarafından ele alınmıştır.

Anayasa’da cumhuriyetin niteliklerinden olarak düzenlenen hukuk devletinin zıddı polis devletidir. Polis devletinde yönetenler belirli bir davanın sonucunu siyasi çıkarları gereğince yönlendirebilmek için olağan mahkemeleri ve bu mahkemelerin tabii hakimlerini yetkisiz kılarlar ve objektif olmayan yargı makamları oluştururlar. Hâlbuki hukuk devletinde yargının bağımsız olması ve hâkimin tarafsızlığı karakteristik öneme sahiptir. Tabii hâkim ilkesinin hedeflediği de tam anlamıyla budur. Tabii hâkim ilkesi bağımsız ve tarafsız yargılamaya, bağımsız ve tarafsız yargılama da hukuk devletine hizmet eder. Öyleyse tabii hâkim ilkesi hukuk devleti kavramının bir unsurunu oluşturmaktadır<sup>36</sup>.

Anayasa 37.madde 2.fıkra gereği istisnai mahiyette olağanüstü mahkemeler kurulamaz. Aksini düşünecek olursak istisnai mahiyette oluşturulmuş olan bu mahkemelerde bireylerin yargılanmaları sonucunda haksız birtakım yaptırımlar almaları ihtimal dahilindedir. Bu durum kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği ilkelerinin (Anayasa m.17, m.19) ihlali anlamına gelir. Öyleyse bireylerin olağan mahkemelerde olağan hakimlerce objektif bir şekilde yargılanmaları bu ilkelere de hizmet eder.

Anayasa Mahkemesinin ve AİHM’nin yapmış olduğu bu tanımlamalarla ve saptamalarla tabii hâkim ilkesinin Anayasa’nın temel ilkelerinden olan hukuk devleti ilkesi, hukuk güvenliği ilkesi, eşitlik ilkesi, kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği ilkesi ve ilişkili olan diğer anayasal ilkeler ile de sıkı bir bağ içinde olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tabii hâkim ilkesi ihlali bu sayılan ilkelerin ihlali anlamına gelirken, tabii hâkim ilkesinin tam anlamıyla uygulanıyor olması da yargılama faaliyetinin sağlam bir anayasal zeminde gerçekleşecek olması anlamına gelecektir.

<sup>36</sup> CENTEL / ZAFER, s.593.

### 3.3 DİĞER ADİL YARGILAMA İLKELERİ İLE İLİŞKİSİ

Tabii hâkim ilkesinin, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS madde 6 ilk fıkrada düzenlenen adil yargılanma hakkı ilkelerinin içinde ilk sırada yer almış olması da diğer ilkelere nazaran daha öncelikli olma ve temel oluşturmak açısından yorumlanabilir. Anayasa Mahkemesi norm denetimini yaptığı bir kararında aynen şu ifadeye yer vermiştir: “Kanuni hâkim güvencesi, AİHS madde 6 ve Anayasa madde 36’da ifade edilen adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan ‘kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma’ hakkının temelini oluşturmaktadır”<sup>37</sup>. Pek tabii denilebilir ki adil yargılanma için bağımsız bir yargılama, bağımsız bir yargılama için tabii hâkim ilkesinin pozitif hukuk normları içinde yer alması ve uygulanması kilit noktadır. Mahkemelerin bağımsızlığı, muhakeme faaliyeti dışındaki etkilerden yargı merciinin arındırılmasıdır. Tabii hâkim ilkesi bu duruma hizmet eder. Hâkimin tarafsızlığı ise muhakeme faaliyeti içindeki etkilerden yargı merciinin arındırılmasıdır. Objektif ve sübjektif olarak iki şekilde incelenebilir. Sübjektif tarafsızlık, hakiminin aynı davada taraflar farklı olduğunda aynı kararı verebilecekse söz konusu olur. Yargı yeri, kişisel önyargı veya eğiliminden sübjektif olarak sıyrılmalıdır. Hâkimin reddi ve hâkimin çekilmesi de bu duruma hizmet eder. Ayrıca kurum olarak tarafsızlığın kişilerde bıraktığı izlenimin de tarafsızlığın objektif boyutunu oluşturacağı Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilmektedir<sup>38</sup>. Denilebilir ki objektif tarafsızlık ise mahkemelerin yargılama mercii olarak kişide bıraktığı güven verici izlenimdir. Dolayısıyla tam bu noktada tabii hâkim ilkesi bir kez daha akla gelebilir.

Tabii hâkim ilkesi gereği davanın tarafları uyuşmazlıktan önce ve kanunla belirlenmiş hâkimin önüne de çıkarılsa taraflar hâkimin reddi müessesesini işleterek hâkimi reddedebilir. Bu iki müessesenin çeliştiği anlamına gelmez. Her iki kurum da hâkimin tarafsızlığına hizmet eder. Tabii hâkim ilkesi ile davaya bakan hâkim, yürütmenin siyasi kararlarının etkisinden arınmasına yani objektif tarafsızlığa, hâkimin reddi müessesesi de davaya bakan hâkimin kendisinden kaynaklanan sübjektif

<sup>37</sup> AYM, E.2002/170, K.2004/54, K.T.05.05.2004.

<sup>38</sup> AYM, E. 2005/55, k.2006/4, K.T. 5/1/2006

etkilerden arınmasına yani sübjektif tarafsızlığa hizmet eder. Amaç yargının bağımsızlığını sağlayarak anayasaya, kanununa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermeleri için zemin hazırlamaktır.

Adil yargılama ilkelerinin uygulanıyor olmasının anlam kazanması tabii hâkim ilkesi temelinde atılmış bir hukuk sisteminde mümkündür. Uyuşmazlıktan sonra kurulmuş bir mahkemede ya da yürütme erkinin direktifiyle kurulmuş bir mahkemede görülmekte olan bir davanın makul sürede bitmesinin, silahlarının eşitliğinin, aleniyetin ne gibi bir önemi olabilir? Yürürlükteki hukuk normlarına göre kurulmuş mahkemeler ve atanmış hakimler nezdinde yapılan yargılama faaliyeti için makul sürenin, silahların eşitliğinin, aleniyetin ve diğer ilkelerin bir anlamı olabilecektir. Tabii hâkim ilkesinin bu vazgeçilmezliği kadar tek başına adilane bir yargılama için yetemeyeceği de apaçık ortadadır. Sonuç olarak adil yargılanma hakkı kapsamındaki ilkeler bir bütündür, tamamının uygulamaya sokulmasıyla istenilen ideal yargılamaya ulaşılabilecektir. Fakat tabii hâkim ilkesi diğer ilkelere zemin oluşturması bakımından oldukça önemlidir ve öncelikli uygulanan olmalıdır.

### **3.4 TÜRK HUKUKUNDA TABİİ HAKİM İLKESİNİN KANUNİ HAKİM İLKESİNE EVRİMİ**

Cumhuriyet döneminde 1924 Anayasa'sı 8. maddesi “yargı hakkının ulus adına usul ve yasaya göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı” şeklinde düzenlenmiştir. Tam olarak tabii hâkim ilkesi kavramı geçmese de düzenlemeden çıkarılan sonuç bu yöndedir. Cumhuriyet döneminde ilk defa “tabii hâkim ilkesi”, 1961 Anayasası 32. maddede “Hiç kimse tabii hâkimden başka bir mercii önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi tabii hâkimden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip merciiiler kurulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. 1971 yılında yapılan değişiklik ile “tabii hâkimden başka” ifadesi yerine “kanunen tabii olduğu mahkemeden başka” ifadesi getirilmiştir. Bu durum şu şekilde özetlenebilir: 12 Mart muhtırasından sonra 15 Mayıs 1971 tarihinde yürürlüğe giren 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nın bazı hükümleri 1961 Anayasası'ndaki tabii hâkim ilkesini ihlal eder nitelikteydi. Çünkü Sıkıyönetim Mahkemeleri “kanunla” fakat “uyuşmazlıktan sonra” kurulmuş olan askeri mahkemelerdi. Mahkeme üyeleri

sonradan oluşturulur ve her an değiştirilebilirdi. Dolayısıyla denilebilir ki Sıkıyönetim Mahkemelerinin kurulmasında ve işleyişinde tabii hâkim ilkesinin öncedenlik unsuru ihlal edilmişti. Sıkıyönetim Mahkemelerinin kurulmasını ve işleyişini hukuken meşrulaştırmak için Anayasa'nın ilgili maddesinde değişikliğe gidilmiştir (71 değişiklikleri). Kanun Anayasa'ya uyacağına Anayasa kanuna uydurulmuştur. Bir nevi hukuki dayanak olan bu değişiklik ile tabii hâkim ilkesi ihlal edilmiştir. Bu durumda yapılacak yargı faaliyetinin bağımsız olduğunu söyleyebilmemiz mümkün değildir. Kanuni hâkim tanımlaması tabii hâkim ilkesindeki “öncedenliği” kapsamadığı için bağımsız ve tarafsız yargılanma açısından tabii hâkim tanımlaması kadar güvence sağlamaz.

1982 Anayasası 37.madde 1.fikrasında ise “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz.” şeklinde düzenlenmiş olup 1971 Anayasası'nda düzenlendiği şekliyle kalmıştır. Doktrindeki bazı görüşlere göre<sup>39</sup> bu kullanım şekli de tabii hâkim ilkesindeki güvenceyi sağlayacağı gerekçesiyle kabul edilebilir. Hatta AİHS'de de bu ilke “kanunla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı” şeklinde ifade edilmiştir de denilebilir fakat “kanuni hâkim” ilkesinin yakın geçmişimizdeki çıkış noktası haksızlık, hukuksuzluk ve Anayasa ihlali olduğundan bu terim 1961 Anayasası'ndaki haline tekrar dönüştürülmelidir.

### **3.5 ÖZEL MAHKEMELERİN TABİİ HAKİM İLKESİ İHLALİ SAYILIP SAYILMAYACAĞI**

37.maddenin 2.fikrası olan “bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercii kurulumaz” ile olağanüstü mahkemelerin kurulması “anayasal yasağın”<sup>40</sup> olarak kabul edilmiştir ve dolayısıyla hiçbir şekilde bu yasağın istisnası olamayacaktır. Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan olarak askeri mahkemeler gibi doğrudan doğruya özel (ihtisas) ceza mahkemesi olarak, ceza muhakemesindeki yerini almaktadır. Anayasa Mahkemesi tabii hâkim ilkesine uygun olarak kanunla

<sup>39</sup> TANRIVER, 11-35; KARAKEHYA, s.88

<sup>40</sup> İNCEOĞLU, s.75.

kurulduğu için, olağanüstü mahkeme olarak değerlendirilemez<sup>41</sup>. Özel mahkemeler olarak adlandırılan aile mahkemesi, kadastro mahkemesi, iş mahkemesi gibi mahkemeler olağanüstü mahkemeler statüsünde değildir. Bu özel mahkemeler tarafların ve hukuki ilişkilerin niteliği bakımından ve bazen de diğer bazı menfaatlerin korunması amacıyla kanunla kurulmuş mahkemelerdir. Ancak tabii hâkim ilkesi ihlalinin olmaması için mutlaka aynı tür bütün uyumsuzluklar ve aynı nitelikteki taraflar için aynı özel mahkemeler faaliyete geçirilmelidir.

#### 4. SONUÇ

Adil bir yargılama için öncelikle yargıçların dışsal ve içsel her türlü etkenlerden sıyrılıp somut olayı hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirip, hakkaniyete uygun bir bakış açısıyla karar vermeleri hedeflenmelidir. Bu hedef için tabii hâkim ilkesi başta olmak üzere hâkimin tarafsızlığı ve mahkemelerin bağımsızlığı uygulanması gereken “sine qua non”<sup>42</sup> nitelikteki müesseselerdir. Öyle ki bu ilkelerin uygulanır olmadığı hukuk sisteminde aleniyet ilkesinin, hukuki dinlenilme hakkının, ispat hakkının, silahların eşitliğinin, makul sürede yargılamanın göstermelik olduğu yadsınamaz. Yapılacak olan yargı faaliyeti mizansenden öteye gidemeyecektir. Tabii hâkim ilkesi ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimin tarafsızlığının temelini oluşturur. Uyuşmazlıktan sonra, yürütmenin direktifiyle kurulmuş bir mahkeme için bağımsız mahkeme nitelendirilmesi yapılamayacağı gibi böyle bir mahkemenin hakimine de tarafsız hâkim denilemez. Muhakkak ki adil yargılanma ilkeleri ve AİHM’nin içtihatları ile eklenen ilkeler bir bütünlük arz eder fakat tabii hâkim ilkesi tüm bu ilkelerden daha öncelikli uygulanması gereken temel nitelikli bir ilkedir. Hatta mahkemeye erişim hakkının AİHS’nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen hakların kurucu unsuru olduğu görüşü Anayasa Mahkemesi kararında<sup>43</sup> yer verilse de ısmarlama bir karar için sonradan kurulmuş olağanüstü bir mahkemeye başvurma hakkı ya da kanuni hâkimden başka bir mahkemenin önüne çıkarılması adil yargılanma açısından hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bu durumda

<sup>41</sup> ASLAN 1-12.

<sup>42</sup> Onsuz olmaz.

<sup>43</sup> İlgili karar için bkz.: AY, 05.09.2002 günlü ve 24867 sayılı resmî gazetede yayımlanan 28.3.2002 T., E: 2001/5, K:2002/42 Sayılı kararı.

denilebilir ki tabii hâkim ilkesi mahkemeye başvurma hakkından da öncelikli bir öneme sahiptir.

Ayrıca, 1982 Anayasası 37. maddede düzenlemesinde geçen kanuni hâkim tanımlamasının tabii hâkim ilkesinin iki unsurunu (kanunilik ve öncedenlik) da içerecek şekilde düzenlenmesi ve bu konuda Anayasa değişikliğine gidilmesi adilane bir yargılama için gereklidir. Sıkıyönetim mahkemeleriyle geçmişte yaşanan tabii hâkim ilkesi ihlallerinin tekrar yaşanmaması için ve Anayasa 2.maddede belirtilen ve değiştirilmesi de mümkün olmayan hukuk devleti vurgusunun gereği için bu değişiklik yapılmalıdır. Yargı faaliyetinin tamamen objektif kriterlerle, keyfilikten uzak bağımsız bir mahkemede tarafsız bir hakimce yapılması imkânı ancak tabii hâkim ilkesinin işlerlik kazanmış olduğu bir sistemde sağlanacaktır. Tabii hâkim ilkesinin ve diğer adil yargılanma ilke ve içtihatlarının uygulamaya sokulmasıyla hak ve hakkaniyete uygun kararlar alınır ve böylece demokratik toplumdaki bireylerin yargıya güveni sağlanmış olur. Aksi halde güvensizlik, belirsizlik ve kaos ortamı oluşur ki bu durum terör olaylarına zemin hazırlarken dış sermayeyi de ülkemizden uzaklaştırır. Her alanda ülkemizin gelişmesi, milletimizin daha insan onuruna yakışır şekilde bir yaşam sürmesi için öncelikle hukuk devleti anayasal ilkesi ve bu ilkenin gerekleri uygulanır olmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- ASLAN, M. Yasin, *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009.
- ARASLI, Uğur, *Anayasal Temel İlke ve Kavramlar* (bası yok), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2015.
- ARSLAN, Rauf / HANAĞASI, Emel / TAŞPINAR AYVAZ Sema / YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- ÇELİK, Ahmet, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- ERDEM, M. Ruhan / ÖZTÜRK, Bahri, *Ceza Muhakeme Hukuku*, 12.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- FEYZİOĞLU, Metin / TOROSLU, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet / TORAMAN, Barış, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 25. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016
- HAKARİ, Hasan / ÜNVER, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.



- 
- İNCEOĞLU, Sibel, *Adil Yargılama Hakkı Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4* (bası yok), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2018.
- KARAKEHYA, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2016.
- KARAKEHYA, Hakan, *Ceza Muhakemesinde Duruşma*, 1.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- KAŞIKARA, M. Serhat, *Adil Yargılama Hakkı ve Türkiye*, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- PEUKERT, Wolfgang / SCHROEDER, Friedrich-Christion / YENİSEY, Feridun, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999.
- SENCER, R. Feridun, *Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, 109-173., 2013.
- ŞAHİN, Cihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- TANRIVER, Prof. Dr. Süha, *Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı*, TBBD, Sayı 104, 11-23., 2013.
- ÜLKER, İbrahim, *Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-i Esasi'deki Yargılamaya ilişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 21(2), 107-113., 2013.



## ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

### Banka Teminat Mektuplarında Borcun İfası

Av. Ahmet SEYHAN<sup>1</sup>

#### Öz

Banka teminat mektupları; hukuki niteliği, bankanın sorumluluklarının sınırı ve ödeme yapmaktan kaçınması gibi birçok konuda öğretilerde tartışma konusu olmuştur. Çalışmamızda öncelikle teminat mektubu kavramı, teminat mektubunun tarafları ve tarafların birbirlerine olan yükümlülüklerinden bahsedilmiştir. Akabinde banka teminat mektuplarında bankanın lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden bağımsız olmasının sonuçları, bankanın muhataba olan ödemesinin borcun ifası mı yoksa bir zarar tazmini mi olduğu hususları tartışılmış ve bankanın ödeme yapmaktan kaçınabileceği durumlar ile muhatabın ödeme talebindeki usul konusu uygulamadaki sorunlar da dâhil edilerek ele alınmıştır.

#### Anahtar Kelimeler

Banka teminat mektuplarında tarafların yükümlülükleri, banka teminatının hukuki niteliği, teminat mektubunun ibrazı ve teyidi, teminat borcunun muaccel hale gelmesi, bankanın borcu ödemekten imtina etmesi

<sup>1</sup> Avukat, Eskişehir Barosu, ahmetseyhan@seyhanpartners.com, ORCID: 0000-0002-3766-3858.



# ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

## Performance of the Obligation Under Letter of Credit

### Abstract

Bank guarantee letters have been a subject of debate in doctrine such as concerning their legal nature, the limits of the bank's responsibilities, and circumstances under which the bank may avoid making payments. In this article, we first discuss the concept of a guarantee letter, the parties involved in a guarantee letter, and their respective obligations towards each other. Subsequently, we discuss the consequences of the bank's independence from the fundamental relationship between the beneficiary and the applicant in bank guarantee letters. We delve into the discussion of whether the bank's payment to the beneficiary constitutes the performance of a debt or a compensation for damages. Additionally, we examine situations in which the bank may refrain from making payments and address procedural aspects related to the beneficiary's payment claims.

### Keywords

Obligations of the parties in letter of credit, Legal nature of the letter of credit, Submission and Confirmation of the letter of credit, Becoming due of the guarantee debt, Bank's refusal to pay the debt.

## GİRİŞ

Ülkemizde gerek ulusal gerekse uluslararası faaliyet gösteren ticari işletmelerin, ticari hayatlarına devam edebilmeleri için ifa ettikleri edimin karşılığını alabilmeleri gerekmektedir. Her ne kadar karşılıklı güven ilkesi esas olsa da günümüzde ticari işletmeler arasında güvensizliğin artması, tarafların edimlerini yerine getirmemeleri, bu konuda yargıya yansıyan uyuşmazlıkların çoğalması dikkate alındığında banka teminat mektuplarının önemi gün geçtikçe artmaktadır. Bu teminat mektupları sayesinde tarafların edimlerini ifa etmemeleri halinde taraflar arasındaki yalnızca ödeme noktasındaki ilişkiye bankalar doğrudan dâhil olmakta ve lehtarın edimi garantör tarafından garanti altına alınmaktadır. Sözleşmenin gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesinden doğan zararlar bu sayede en aza indirilmeye çalışılmaktadır. Bu noktada bankaların aracı olarak kullanılması, bankalara duyulan güvenden kaynaklandığı açıktır. Sözleşmenin tarafları arasındaki güvensizlik, bankalar aracılığı ile bertaraf edilmekte ve ticari faaliyetlerin güven ilişkisi ölçüsünde devam etmektedir. Uluslararası alanda bir ödeme aracı olan akreditif sözleşmelerinde de aynı şekilde bankalar arası ödeme yolu seçilerek taraflar birbirlerine olan ödemeleri garanti altına almaktadır.

Banka teminat mektupları yalnızca özel hukuk kapsamında olan tipik ve atipik sözleşmeler değil, idare tarafından yapılan devlet ihaleleri doğrultusunda projeler için de düzenlenmektedir.<sup>1</sup> Banka teminat mektuplarının, uygulamada sıklıkla taraflar arasında sözleşme akdedildiği sırada verilmesi kararlaştırıldığı da görülmektedir. Ayrıca yine uygulamada, edim ifa etme yükümlülüğü olan taraf edimini yerine getirmese zarara uğrayan taraf tarafından bu teminat mektubunun irat olarak kaydedileceği şerhi de sözleşmelere eklemektedir.

Bu çalışmada banka teminat mektubu kavramının tanımı, hukuki niteliği, taraflarının kimler olduğu, banka teminat mektubunda risk kavramı, teminat mektubu taraflarının hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu, borcun ödenmesi talebi ve ifası konusu açıklanacaktır.

---

<sup>1</sup> GÜLER, Muhammet Ali, “Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2011), 2.

## I. TEMİNAT MEKTUBU KAVRAMI

### A. Tanımı

Teminat mektubu ile ilgili mevzuatımızdan doğrudan bir tanım yapılmamıştır.<sup>2</sup> Tarihçesine bakılırsa teminat mektupları hukuk sistemimizde ilk defa 08.01.1928 tarihli 6048 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinde “teminatı katiye mektubu” adıyla yer almıştır.<sup>3</sup> Teminat mektubu uygulaması ile ilgili ilk yasal dayanak olan bu kararnamede belirtilen *protesto keşide etmesine; hüküm istihsaline ve borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın derhal ödeme* emri günümüzde halen geçerliliğini korumakta ve uygulama halen “ilk talepte ödeme” olarak ya da *first demand guarantee* olarak da belirtilebilen kayıt, banka teminat mektuplarında çoğunlukla yer almaktadır.<sup>4</sup>

Her ne kadar teminat mektubu ile ilgili günümüzde de pozitif hukukta doğrudan ve net bir tanım yapılmamış olsa da gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretide çeşitli tanımlamalar ve hukuki nitelendirmeler yapılmıştır. Hatta öyle ki, Yargıtay İçtihadı Birleşme kararları ile teminat mektubunun hukuki niteliğinde kabul edilen görüş dahi değiştirilmiştir.<sup>5</sup> Öğretide yer alan tanımlamalardan bir örnek vermek gerekirse teminat mektubu; bankanın, lehtar ile muhatap arasındaki asıl sözleşmede müşterisi olan lehtarın talebi ile muhataba, lehtarın sözleşmeye aykırı davranması durumunda meydana gelebilecek riskleri üstlendiğini ve buna ilişkin doğacak zararı tazmin edeceğini garanti ettiğini belirten belgedir.<sup>6</sup> Öğretide bir başka tanımda banka teminat mektupları; banka, tarafı olmadığı asıl sözleşmenin taraflarından biri olan lehtarın kendisine yönelttiği talep doğrultusunda lehtar ile ana sözleşmede taraf olan diğer taraf muhataba, lehtarın edimlerini eksiksiz yerine getireceğini, aksi halde tüm zarara, ana sözleşmeden bağımsız olarak, katlanacağını

<sup>2</sup> BAŞARA, İzzet, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, TBB Dergisi, S. 83 (2009): 302.

<sup>3</sup> ÇETİN Abdurrahman, DİNÇ Yusuf, “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi C. 5, S. 9 (2013): 68.

<sup>4</sup> REİSOĞLU Seza, “Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, Bankacılar Dergisi, S. 43 (2009): 94.

<sup>5</sup> KOÇ Himmet, “Hukuki Açından Banka Teminat Mektupları”, AÜHFAD C. 69, S. 2 (2020): 568.

<sup>6</sup> YENER COŞKUN Hilal, *Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları* (İstanbul: 1. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2012), s. 10.

garanti etmektedir.<sup>7</sup> Yargıtay 1985 tarihli bir kararında teminat mektubu tanımı yaparken teminat mektubunun; feri niteliğini haiz olmayan bir sözleşme olduğunu, sözleşme kapsamında garanti verenin garanti alandan herhangi bir ivaz elde etme amacının bulunmadığı gibi garanti verenin garanti alanın iş yapmaya yöneltmek için üçüncü kişiler nezdinde riski tamamen veya kısmen üzerine aldığını belirtmiştir.<sup>8</sup> Yukarıdaki tanımlardan hareketle teminat mektubunda banka, sorumluluk üstlenerek lehtarla muhatap arasındaki hukuki ilişkide lehtarın ödeme yapmaması halinde borcu ödemeyi garanti etmektedir.<sup>9</sup>

Lehtar ile muhatap arasında bir hukuki ilişki kurulmuş veya kurulmak üzere olduğu durumlarda banka teminat mektubu konusu gündeme gelebilir. Bu durumda muhatap tarafından genellikle lehtara talepler iletilir. Lehtar tarafından bu talepler ile bankaya başvurulur ve banka teminat mektubu talebinde bulunulabilir. Banka tarafından bu talebin değerlendirilmesi neticesinde banka teminat mektubu tanzim edilir ve muhataba ulaştırılır. Teminat mektubu, muhataba ulaşması ile kurulmuş sayılır ve bu durumda banka, muhataba yönelik tek taraflı bir borç yükümlülüğü altına girer.<sup>10</sup>

Öğretide bankanın bu durumda muhatapla dar anlamda bir garanti sözleşmesi akdettiği, lehtarın bu sözleşmenin akdedilmesine kadar bankaya talimat verebileceği ancak banka ile muhatap arasındaki sözleşmenin akdedilmesinden, teminat mektubunun muhataba ulaştırılmasından, sonra lehtarın bankaya talimat vermesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir.<sup>11</sup>

## B. Tarafları

Banka teminat mektuplarında kural olarak üçlü bir hukuki ilişki mevcut olup tarafları muhatap, lehtar ve bankadan (uygulamada amir banka olarak da

---

<sup>7</sup> DOĞAN Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, (Ankara: 6. Baskı, Savaş Yayıncılık, 2020), s. 25 vd.

<sup>8</sup> Yargıtay 11. HD, 4168/5413, 15.10.1985 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>9</sup> DOĞAN Vahit, “Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir Talepleri”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan Editör Rıza Ayhan, (Ankara: 1. Cilt, Yetkin Yayıncılık, 2022), s. 189; Koç, 570.

<sup>10</sup> GÜNAY Celal, “Banka Teminat Mektupları”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2014), 56; KOÇ, 581.

<sup>11</sup> DOĞAN, İhtiyati Tedbir, s. 199.

adlandırılmaktadır) oluşmaktadır.<sup>12</sup> Muhatabın lehtar ile farklı ülkede olması durumunda muhatapla amir banka arasındaki iletişimi sağlayan muhabir banka da bu ilişkinin tarafı olabilmektedir.<sup>13</sup>

Teminat mektubu ilişkisinde, lehtar ile muhatap arasındaki sözleşmeden kaynaklı ya da başka herhangi bir hukuki ilişki neticesinde lehtarın bankası tarafından muhatap olana belirli bir riskin gerçekleşmesi yani lehtarın yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde lehtar adına verilen bir garanti taahhüt edilmektedir.

### 1. Lehtar

Teminat mektubunun kurucu unsurunun lehtar olduğu söylenebilir. Zira teminat mektubunun sürecini başlatan husus da lehtar ile muhatap arasında var olan veya var olması planlanan hukuki ilişkidir. Bu hali ile lehtar, muhatap ile ilişkisinde yükümlülüğü banka tarafından teminat altına alınan kişi olarak tanımlanabilir.<sup>14</sup>

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki lehtar, teminat mektubu ilişkisinde bir taraf değildir.<sup>15</sup> Teminat mektubunda hukuki ilişki kural olarak banka ile muhatap arasındadır. Bir başka anlatımla teminat mektubu kurulmasından önceki süreçte lehtar kurucu rol oynarken teminat mektubunun tanzim edilip muhataba teslim edilmesi ve muhatabın da kabul etmesi ile lehtarın herhangi bir rolünün bulunmadığı belirtilebilir.

### 2. Banka

Banka teminat mektubu olarak belirtilen bu üçlü hukuki ilişkideki esas unsur kural olarak bankadır. Lehtar ile hukuki ilişki kuran veya kuracak olan muhatap açısından da teminat verenin banka olması her halükârda mantıklı olmalıdır.<sup>16</sup> Nitekim uygulamada bankanın teminat mektubu vermesi de yerleşik bir teamüldür.<sup>17</sup> Türk Ticaret Kanunu 815.maddesinde bankalar “...bankalar kanununa tabi kuruluşlar...” olarak tanımlanmıştır. Bankacılık kanununda bahsi geçen bankalar ise sırasıyla mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları olarak

<sup>12</sup> DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 189; KOÇ, 574.

<sup>13</sup> KOÇ, 577.

<sup>14</sup> KAHYAOĞLU Emin Cem, *Banka Garantileri*, (İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996), s. 23; KOÇ, 575.

<sup>15</sup> YENER COŞKUN, 92.

<sup>16</sup> KOÇ, 576.

<sup>17</sup> GÜLER, 14.

sayılmıştır. Bu sebeple öncelikle, kural olarak lehtarın teminat mektubu sürecini başlatabilmesi için yukarıda belirtilen bankalara başvurması gerekir.

Teminat mektupları, kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığından ve lehtar ve muhatap arasındaki hukuki ilişkiden bağımsız olduğundan bankalar tarafından ödeme yapılmadan önce usulen araştırma yapılması, bankanın teminat mektubu vermeden önce lehtar adına istihbarat faaliyetinde bulunması gerekmektedir.<sup>18</sup> Bu istihbaratın gerekli özen gösterilerek yapılabilmesi de ancak bankalar tarafından mümkündür.

### 3. Muhatap

Teminat mektubu ilişkisinde muhatap, kendisi lehine teminat verilen kişi olarak tanımlanabilir.<sup>19</sup> Bahsedilen üçlü ilişkide muhatap hem lehtar ile hem de banka ile ayrı ayrı taraf sıfatını haizdir. Bir başka anlatımla muhatap, hem lehtar ile olan iki taraflı temel ilişkinin hem de banka ile olan tek taraflı teminat ilişkisinin tarafı olur.<sup>20</sup> Teminat mektubunun hukuki ilişkisinin kurulmasında da teminat mektubunun muhatap tarafından kabul edilmesinin kurucu unsur olduğu değerlendirildiğinde muhatapın bu ilişkideki önemi büyüktür.<sup>21</sup> Bu noktada muhatapın banka tarafından kendisine ulaştırılan teminat mektubunu doğrudan kabul etme yükümlülüğü olmadığını da belirtmek gerekir.<sup>22</sup> Ayrıca muhatapın, TBK m. 183-194 hükümleri kapsamında teminat mektubundan kaynaklanan alacağını üçüncü kişilere devretmesini engelleyen bir durum da bulunmamaktadır.<sup>23</sup>

### 4. Muhabir Banka

Teminat mektubu ilişkisinde şayet muhatap ile lehtar aynı ülkede bulunmuyorlarsa bu durumda muhatapın banka ile olan ilişkisinde sorunlar yaşanabilir. Örneğin bir Türk şirketi ile bir Fransız şirketi arasında temel ilişki kurulmuş ve Fransız şirketi tarafından Türk şirketinden teminat mektubu talep edilmiş olsun. Türk şirketi, çalışmakta olduğu Türk bankasından aldığı teminat mektubu ile temel hukuki ilişki süreci başlamış, Türk bankası, Fransız şirketin muhabir bankası

<sup>18</sup> ÇETİN / DİNÇ, 78.

<sup>19</sup> CANBOLAT Ferhat, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, (Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009), s. 61; KOÇ, 575.

<sup>20</sup> BAŞARA, 306.

<sup>21</sup> DOĞAN, 127.

<sup>22</sup> KOÇ, 583.

<sup>23</sup> YENER COŞKUN, 50.



olan Fransız bankasına mektubu ulaştırmıştır. Ancak Türk şirketi ödemesi gereken bedeli ödemeyerek edimini ifa etmemiştir. Bu durumda Fransız şirket, doğrudan kendi bankası olan muhabir bankaya başvurarak teminatta belirtilen rizikonun gerçekleştiğini beyan edip edimin ifasını Türk bankasından talep edebilir. Bu noktada görüleceği üzere muhabir banka, sadece muhatap ile banka arasındaki haberleşme görevini ifa etmektedir.<sup>24</sup>

### C. Hukuki Niteliği

Ticari yaşamda taraflardan biri genellikle bir mal üretmeyi ya da göndermeyi ya da hizmet sunmayı üstlenmekte iken, diğer taraf bunun karşılığında para ödeme borcu altına girmektedir. Bu ödeme, işin başlama anında olabileceği gibi çeşitli vadelerde de mevcut olabilmektedir. Uygulamada genellikle proje bazlı çalışan şirketlerde bu ödemeler hak ediş şeklinde olmaktadır. Bu noktada taraflar mal ve hizmet sağlama ya da para borcunu ödeme konularında birbirlerinden teminat talep etmektedir. Bu teminatlar karşımıza aynı ve şahsi teminat olarak çıkmaktadır. Aynı teminat, borçluya ait belirli miktardaki bir mal varlığının alacaklıya rehin verilmesi ile ortaya çıkmakta; şahsi teminat ise, farklı bir borç ilişkisi ile alacaklının alacağı garanti altına alınmaktadır. Şahsi teminatlarda, teminat verenin kişisel sorumluluğu söz konusu iken, aynı teminatta sadece teminata konu menkul/gayrimenkul eşya ile sorumluluk söz konusudur.<sup>25</sup> Bu tanımlarda da açıkça görüleceği üzere, bankalar teminat mektubu ile şahsi bir sorumluluk altına girmektedir. Diğer bir ifade ile banka, teminat mektubu vererek tüm malvarlığı ile sorumluluğu kabul etmektedir.

Banka tarafından teminat mektubu kapsamında muhataba yapılan ödemenin bir tazminat mı yoksa ayrı bir borç mu olduğu konusunda öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre<sup>26</sup> banka tarafından muhataba yapılan ödemenin lehtarın borcunu ifa etmemesinden kaynaklı zarar tazmini niteliğinde olduğu belirtilse de tarafımızın da katıldığı aksi görüşe göre<sup>27</sup> teminat mektubu ile bankanın temel ilişkiden bağımsız bir borç ilişkisi altına girmiş olması sebebiyle bankanın ayrı bir

<sup>24</sup> YENER COŞKUN, 11.

<sup>25</sup> YENER COŞKUN, 10.

<sup>26</sup> CANBOLAT, 134.

<sup>27</sup> OĞUZMAN M. Kemal ve ÖZ M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: 2. Cilt, 16. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2021), s. 432; KAHYAOĞLU, 61 vd.

borç altına girdiği ve muhataba yapılan ödemenin bir tazminat niteliğini haiz olmadığı kabul edilmelidir.<sup>28</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi banka tarafından müşterisi lehtar lehine muhataba yönelik bir şahsi teminat anlamına gelen banka teminat mektuplarının hukuki niteliği öğretide uzun yıllar boyunca tartışılmış fakat Yargıtay tarafından içtihadı birleştirme kararı verilerek bu hususa son verilmiştir. Banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu konularında tartışmalar olmasına rağmen Yargıtay tarafından verilen garanti sözleşmesi olduğu kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

### 1. Kefalet Sözleşmesi Görüşü

Teminat sözleşmesinin bir kefalet sözleşmesi olduğu görüşünün temel, bankanın muhatap olan alacaklının alacağını elde edememe riskinin teminat süresince var olduğu, bankanın teminat mektubu tanzim etmesi ile lehtarın kefil konumunda olduğu görüşüne dayanmaktadır.<sup>29</sup> Ancak teminat sözleşmesinin lehtar ile muhatap arasındaki asıl borç ilişkisinden bağımsız olması, teminatın verilmesi ile lehtarın tarafı olmadığı, bankanın tek taraflı olarak muhataba borç yükü altına girmesi, lehtar ile muhatap arasındaki asıl ilişkinin geçerli olup olmamasının teminat sözleşmesini etkilemeyeceği dikkate alındığında teminat sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden farklı olarak feri değil, asli borç niteliğini haiz olduğu kabul edilmelidir.<sup>30</sup>

### 2. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Garanti sözleşmesi mevzuatımızda net bir şekilde tanımlanmamış olsa da dayanağı olan TBK md. 128 hükmü “(1) Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.” şeklindedir.<sup>31</sup> TBK md. 128 hükmünde belirtilen üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenme durumunda fiili üstlenen tarafın bir garanti etme yükümlülüğü altına girdiği, bu garantinin ancak bir edimin ifa edilmemesi

<sup>28</sup> ÖNDER Bengisu Önder, *Banka Teminat Mektupları*, Seçkin Yayıncılık, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 102.

<sup>29</sup> GÜNAY, 26; YENER COŞKUN, 23.

<sup>30</sup> YENER COŞKUN, 43.

<sup>31</sup> OĞUZMAN / ÖZ, 406 vd.

riskine bağlı olduğu, üçüncü kişinin ediminin yerine getirilmemesi riskinin üstlenilmediği garanti sözleşmelerinin de yapılabileceği dikkate alındığında madde hükmünde belirtilen durumun garanti sözleşmelerinin özel bir türü olduğu ve garanti sözleşmelerinin yasa ile düzenlenmemiş olmasından dolayı da TBK md. 128 hükmünün diğer garanti sözleşmelerine de kıyas yolu ile uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>32</sup> Bu hali ile banka teminat mektupları ile ilgili uyuşmazlıklarda da TBK md. 128 hükmünün uygulama alanı bulması gerekir.

Yargıtay 1967 tarihli içtihadı birleştirme kararında<sup>33</sup> banka teminat sözleşmesinde teminat verenin bir garanti yükümlülüğü altına girdiğini belirtmiş akabinde 1969 tarihli içtihadı birleştirme kısmında ise bir önceki karardaki eksiklikler tamamlanarak teminat mektuplarının üçüncü kişinin taahhüdü niteliğinde garanti sözleşmesi niteliği olduğu belirtilmiştir. Görüleceği üzere Yargıtay tarafından teminat sözleşmeleri, TBK md. 128 kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>34</sup> Yargıtay tarafından garanti sözleşmesi, garanti verenin garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, onu iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu rizikoları üstlendiği bir sözleşme türü olarak tanımlanmıştır.<sup>35</sup>

### 3. Lehtar ile Banka Arasındaki İlişki

Lehtar ile muhatap arasında mevcut ya da planlanan hukuki ilişki sebebiyle muhatap tarafından lehtara banka teminat mektubu şartı konulmuş olabilir. Bu durum özel hukuk ilişkisinde kaynaklanabildiği gibi, Kamu İhaleleri Sözleşmelerinde de sık sık yer almakta, idare tarafından ihaleye giren şirketlerden teminat mektubu getirmeleri istenmektedir. Böyle bir durumda lehtar, en bilinen haliyle doğrudan müşterisi olduğu bankaya başvurmaktadır. Banka tarafından bu başvuru, bir icap niteliğinde olup kabul edilmesi halinde banka teminat mektubu düzenlenmesinde ilk adım atılmış olmaktadır. Ayrıca bankanın borcun ifa edilmemesi durumunda teminatta

<sup>32</sup> OĞUZMAN / ÖZ, 406 vd.

<sup>33</sup> YİBK, 16/7, 12.12.1967 (RG, S. 12867, T. 05.04.1968); YİBK, 4/4, 11.06.1969 (RG S. 13317, 03.10.1969).

<sup>34</sup> Teminat mektuplarında her ne kadar üçüncü kişinin taahhüdü olsa da taahhüdün sözleşmede belirlenen bedel ile sınırlı olmasından dolayı salt garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gerektiği yönündeki karşı görüş için bkz. TEKİNALP Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, (İstanbul: 2. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2009), s. 520.

<sup>35</sup> Yargıtay 11. HD, 4169/5613, 15.10.1985; Yargıtay 11. HD, 4470/5995, 13.10.2021 (www.kazanci.com.tr).

belirtilen borcu karşılması ile teminat mektubu kredi niteliğini haiz olacaktır.<sup>36</sup> Öğretide bu durum çoğunlukla “sorumluluk kredisi” olarak da adlandırılmaktadır.<sup>37</sup> Öğretide bu durumda banka tarafından müşterisi olan lehtara “Gayri nakdi kredi” kullanması konusunda bir kredi imkânı verildiği, lehtar da bunun karşılığında bankaya komisyon ödediği belirtildiğinden bu sözleşmelerin ivazlı olduğu belirtilmektedir.<sup>38</sup> Tarafımızca da katıldığımız görüşe göre lehtarın bankaya yaptığı komisyon ödemesi, banka tarafından muhataptan istenilmemekte, kendi müşterisi olan lehtardan istenildiği için teminat mektupları ivazlı sözleşmeler olarak nitelendirilemez.<sup>39</sup>

Yukarıda belirtildiği gibi lehtar ile banka arasındaki ilişki bir genel kredi ya da gayri nakdi kredi ilişkisine dayalı olabileceği gibi öğretide bazı yazarlara göre bu ilişki kredi sözleşmesine dayalı da olsa vekâlet ilişkisi olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda taraflar arasındaki karşılık ilişkisi neticesinde banka, muhataba yönelik garanti sözleşmesi düzenleme, lehtarın talimatına uygun davranma, basiretli bir tacir gibi davranarak muhatap tarafından yapılan ödeme talebini inceleme ve şartları oluşmuşsa muhataba ödeme yapma yükümlülüğü altındadır.<sup>40</sup> Uygulamada ise, bankalar tarafından teminat mektubu talebi halinde lehtarın geniş çaplı bir istihbarat raporu çıkartılmakta, sorumluluk konusunda risk analizleri yapan birimler kurulmaktadır. Bu durumda banka tarafından lehtarın muhataba yönelik teminat mektubu verilmesi talebi banka tarafından kabul ya da reddedilebilir. Lehtar, bankanın uzun süredir müşterisi dahi olsa bankalara teminat mektubu verme yükümlülüğünün olduğunu söylemek kanaatimizce doğru olmayacaktır. Bu noktada teminat mektubundan ayrıca komisyon alarak maddi menfaat sağlayan bankaların, lehtarın talebini kabul ya da reddetme yönünde serbest iradelerinin olması doğru olacaktır. Eğer banka tarafından lehtarın teminat mektubu talebi reddedilecek olursa banka tarafından bu ret beyanının derhal lehtara iletilmesi aksi durumda sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğu (*culpa in contrahendo*) kapsamında lehtarın

<sup>36</sup> KOÇ, 574.

<sup>37</sup> ÇETİN / DİNÇ, 68; YENER COŞKUN, 12.

<sup>38</sup> YENER COŞKUN, 12.

<sup>39</sup> BAŞARA, 306.

<sup>40</sup> YENER COŞKUN, 138.

zararından sorumlu olacağı kabul edilmelidir.<sup>41</sup> Banka tarafından herhangi bir cevap verilmediği ve lehtar tarafından da herhangi bir cevap süresinin bankaya tanınmadığı durumlarda ise, öğretideki banka açısından bu durumun zımnî kabul olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir.<sup>42</sup> Bu görüşe göre banka tarafından herhangi bir olumlu ya da olumsuz cevabın verilmediği durumlarda bankanın lehtarın zararını karşılaması gerektiği hususu yeterli olmalıdır.

Lehtar ile muhatap arasındaki ilişkiden bağımsız olan bankanın herhangi bir sebep bulunmadan lehtarın borcu için muhataba teminat vermesi doğal olarak mantıklı görünmeyebilir. Bu hususta bankalar tarafından teminat mektubunun düzenlenmesi ile lehtardan bazı ödemeler talep edilmektedir. Bu ödemeler uygulamada komisyon, dosya masrafları, damga pulu vb olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>43</sup>

Lehtarın bankaya olan komisyon ve sair giderleri ödeme yükümlülüğü teminat mektubunun düzenlenmesi ile muaccel hale gelmekte olup teminat mektubunun muhataba ulaştırılmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>44</sup> Ayrıca bankalar tarafından lehtarın teminat miktarı kadar menkul ve gayrimenkullerine ipotek tesis edilmesi, lehtarın belli bir miktar parasına bloke konulması gibi işlemlerin de yapıldığı da uygulamada sıklıkla görülmektedir.

#### 4. Lehtar ile Muhatap Arasındaki İlişki

Yukarıda da belirtildiği gibi banka teminat mektupları her ne kadar bağımsız olsalar da lehtar ile muhatap arasındaki hukuki ilişki neticesinde doğan mektuplardır. Bir başka anlatımla lehtar ile muhatap arasında hiçbir hukuki ilişkinin olmadığı durumlarda banka teminat mektubunun müstakil varlığından söz edilemez. Lehtar ile muhatap arasındaki bu ilişki sözleşme serbestisi kapsamında taraflar arasındaki bir sözleşmeden doğabileceği gibi kamusal nitelikteki bir sözleşmeden de doğabildiğini daha önce ifade etmiştik. Uygulamada genellikle inşaat, mühendislik projeleri, uluslararası satım, taşımacılık sözleşmeleri gibi temel borç ilişkileri sebebiyle banka teminat mektupları kullanılmaktadır. Bu temel borç ilişkisinde taraflar sözleşmenin

<sup>41</sup> YENER COŞKUN, 138.

<sup>42</sup> YENER COŞKUN, 139.

<sup>43</sup> KOÇ, 587 vd.

<sup>44</sup> DOĞAN, 259.

geçerliliğini banka teminat mektubunun varlığına bağlayabilirler ve bu durumda dahi banka teminat mektuplarının temel borç ilişkisinden bağımsızlığı ilkesi halen geçerliliğini korur.<sup>45</sup>

Taraflar arasında kurulmuş olan temel borç ilişkisini müteakip banka tarafından verilen teminat mektubunda muhatap tarafından iki sorumluluktan söz edebiliriz. Eğer temel borç ilişkisinde lehtar, kendi edimi yerine getirmişse ve buna rağmen muhatap tarafından bankaya teminat mektubu ibraz edilip ödeme alınmışsa; bu durumda lehtar tarafından muhataba ödenen teminat mektubunun iadesi ve uğranılan zarar için muhataba dava açılabilir. Banka teminat mektuplarının temel ilişkiden bağımsız olduğu hususu açık da olsa muhatap ile lehtar arasındaki hukuki ilişki bir şekilde sona erer ya da geçersiz kılınırsa, bu durumda lehtar tarafından muhataptan banka teminat mektubunun geri iadesi talep edilebilir.<sup>46</sup> Uygulamada sıklıkla sözleşmenin geçersiz olması ya da sona ermesi durumunda muhatabın banka teminat mektubunu geri iade etmesi gerektiği muhatabın yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Bu husus her ne kadar sözleşme ile kararlaştırılsa da temel ilişkiden bağımsız olan bu mektuplar, muhatap tarafından iade edilmeyip kötü niyetli olarak bankadan tahsil edilmesi hususunda önleyici olmamaktadır. Bu durumda yine yukarıda belirttiğimiz gibi lehtar tarafından uğranılan zararın tazmini muhataptan istenebilecektir. Lehtar tarafından muhatap ile olan temel borç ilişkisinde borcu hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda eğer banka teminat mektubunda “ilk talepte ödeme” kaydı var ise muhatap herhangi bir mahkeme kararına ya da herhangi bir farklı işleme gerek kalmaksızın bankadan ödeme talebinde bulunabilecek ve banka tarafından ödeme yapılması zorunlu olacaktır. <sup>47</sup> Özellikle bu durum kötü niyetle kullanıma çok açık olup böyle bir durumda eğer muhatabın talebi haksız ise lehtar tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanunu 101- 113.maddeleri uyarınca yargı yoluna başvurulup ihtiyati tedbir kararı aldırılması önem arz etmektedir.<sup>48</sup> Bir diğer açıdan;

---

<sup>45</sup> ARAL Fahrettin, “Teminat Mektuplarında Lehtar ile Muhatap ve Lehtar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki”, *BATİDER C. 24, S. 2* (2007): 189-198 (naklen DURMAZ Bora, *Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrası*, (İstanbul: 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2016), s. 129).

<sup>46</sup> DURMAZ, 130.

<sup>47</sup> YENER COŞKUN, 22.

<sup>48</sup> ÇETİN / DİNÇ, 78.

teminatı veren ve riski taşıyan bankanın zaten bu riski kabul etmesinin müşterisi olan lehtara güvenmesi olduğu değerlendirildiğinde, banka tarafından ödeme yapılmak zorunda kalınması durumunda lehtar ile banka arasında devam eden diğer ilişkilerin de sona erebileceği değerlendirilmelidir.

#### **D. Unsurları**

Öğretide garanti sözleşmesinin unsurları şu şekilde sıralanmıştır: garanti alanın bir hareketine yönelik olmalı, garanti verenin garanti alan adına rizikoyu bağımsız olarak üstlenmesi ve karşılılık.<sup>49</sup> Bu unsurlardan da anlaşılacağı üzere garanti veren banka, garanti alan lehtarın ticari ilişkisinin devamını sağlamak amacıyla kendisinden komisyon alması karşılığında lehtarın karşı tarafı olan muhabata lehtarın edimini garanti etmektedir. Lehtar tarafından edimler ifa edilmezse bir rizikonun gerçekleşeceği bariz olup banka bu durumda muhabatın mağdur olmaması adına ödemeyi muhabata yapacak ve belirli şartlar dahilinde lehtara rücu edebilecektir. Her ne kadar uygulamada bazı bankalar tarafından düzenlenen teminat mektuplarında “müşterek ve müteselsil kefil” ibaresi bulunsa dahi bu durumun banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi niteliğini haiz hale getirmeyeceği, banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi unsurlarını taşımadığı ve bu sebeple garanti sözleşmesi olması özelliğini etkilemeyeceği ortadadır.<sup>50</sup> Bu noktada şunu önemle belirtmek gerekir ki, banka teminat mektubunda bankaya başvurulabilmesi için mutlak suretle rizikonun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu risklerin de taraflarca önceden kararlaştırılması gerekmekte olup<sup>51</sup> ucu açık bir şekilde bankanın her konuda sorumlu olduğunun belirtilmesi hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz.

Bir diğer önemli unsur da bağımsızlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bankalar, teminat mektubu verilmesini kabul ederek, lehtar ile muhatap arasındaki asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sorumluluk altına girmektedirler.<sup>52</sup> Bir başka anlatımla teminat mektubu ilişkisinde banka, lehtar ile muhatap arasındaki ilişkide bir

<sup>49</sup> BAŞARA, 304.

<sup>50</sup> Yargıtay 11. HD, 2462/2617, 17.05.1983 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>51</sup> DOĞAN, 21.

<sup>52</sup> BAŞARA, 306.

taraf değildir.<sup>53</sup> Bu husus Yargıtay tarafından birçok kararda açıkça belirtilmiştir.<sup>54</sup> Lehtar ile muhatap arasındaki sözleşme, ibra, ifa imkânsızlığı, kanuna aykırılık gibi herhangi bir sebeple sona erse dahi, bankanın teminat mektubundaki sorumluluğu devam etmektedir. Hatta lehtarın sınırlı ehliyetli ya da tam ehliyetsiz olması sebebiyle banka ile olan ilişkisi geçersiz kılınmış olsa dahi bankanın sorumlu olmadığından bahsedilmemelidir.<sup>55</sup> Uluslararası Ticaret Odası olarak bilinen ICC tarafından hazırlanan URDG 758'nin 5.maddesinde açıkça teminat mektuplarının asıl borç ilişkisinden bağımsız olduğu; 6.maddesinde de bankanın, lehtar ile muhatap arasındaki ticari ilişkiye değil yalnızca teminat unsuru risk ile ilgili belgelerle bağlı olduğu belirtilmiştir.

## **E. Türleri**

Öğretide teminat mektupları; ödeme talebinin şekline, konusuna göre çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır.

### **1. Ödeme Talebine Göre**

Ödeme talebinin şekli kapsamında teminat mektupları ilk talepte ödeme kayıtlı ve şartlı teminat mektubu olarak sınıflandırılır. Teminat mektuplarında ilk talepte ödeme kaydı uygulamada en sık kullanılan tür olup bu kayıt genellikle teminat mektubu içerisinde “ilk talepte ödenecektir” veya “kayıtsız şartsız ödeme yapılacaktır” vb şeklinde ifadelerin teminat mektubu eklenmesi ile oluşmaktadır.<sup>56</sup> Bu tip teminat mektubunda muhatap tarafından bankadan ödeme talep edildiği anda bankanın herhangi bir inceleme yapmaksızın ödeme yapması gerekir.<sup>57</sup> Banka yalnızca kendisine ibraz edilen teminat mektubunun sahte olması veya zamanaşımına uğramış olması veya mahkeme tarafından verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olması durumunda ödeme yapmaktan imtina edebilir.<sup>58</sup>

Teminat mektubunda bankanın yalnızca belirli koşullar altında riski garanti altına aldığı belirtilmediği durumda şartlı teminat mektubundan bahsedilir.<sup>59</sup> Lehtar

---

<sup>53</sup> OĞUZMAN / ÖZ, 411 vd.

<sup>54</sup> Yargıtay 12. HD, 16972/21995, 07.11.2003 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>55</sup> OĞUZMAN / ÖZ, 411 vd; YENER COŞKUN, 43.

<sup>56</sup> KOÇ, 592.

<sup>57</sup> YENER COŞKUN, 61.

<sup>58</sup> Yargıtay HGK, 11/560, 21.07.1981 (www.karararama.yargitay.gov.tr); KOÇ, 594.

<sup>59</sup> KOÇ, 594.



ile muhatap arasındaki temel ilişkide taraflar, teminatta bankanın alacağı riski belirli bir şekilde veya fiili bir durum gerçekleşmiş olmasına bağlı kılabilir.<sup>60</sup> Örneğin teminat mektubunun bankadan talep edilmesinde ek bir belge ibrazı şart konulabilir.<sup>61</sup> Teminat mektubunun tarafları bu durumu sözleşme serbestisi ilkesine göre serbestçe belirleyebilirler. Şartın gerçekleştiği muhatap tarafından ispat edilemezse, banka ödeme yapmak zorunda değildir.<sup>62</sup>

## 2. Konusuna Göre

Konusuna göre teminat mektupları geçici, kesin ve avans olarak sınıflandırılabilir. Uygulamada başlamış ancak henüz sonuçlanmamış ihalelerde teminat mektubu şart konulabilmektedir. Geçici teminat mektubu olarak adlandırılan bu teminat mektubu türünde teminat mektubu ihaleyi yapan kuruma sunulur.<sup>63</sup> Bu durumda banka, lehtarın ihaleyi kazanması durumunda lehtar tarafından sözleşmenin süresi içinde imzalanmaması durumundaki zarara ilişkin riski üstlenmektedir.<sup>64</sup> Lehtar tarafından ihale kazanılıp sözleşme edimleri eksiksiz yerine getirilmesi durumu ile lehtarın sözleşme imzalanmasından sonra sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde bu geçici teminat mektubunun bankaya ibrazı ile ödeme talep edilemez.<sup>65</sup> Zira kanaatimizce de aksinin düşünülmesi geçici teminat mektubu verilme amacına aykırı olacaktır. Geçici teminat mektubunda banka tarafından asıl sözleşmenin edimlerine ilişkin herhangi bir risk üstlenilmemektedir.

Banka tarafından teminat mektubunda lehtarın belirli yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda zararın tazmin borcu altına girildiği teminat mektubu türü ise kesin teminat mektubudur.<sup>66</sup> Bu teminat mektuplarında bankanın ödeme yükümlülüğünün sınırı ve miktarı belirlidir. Bir başka anlatımla lehtarın yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklı borç miktarı, banka tarafından düzenlenmiş teminat mektubundaki miktarı aşılırsa bile bu durumdan banka sorumlu

<sup>60</sup> DOĞAN, 71.

<sup>61</sup> KOÇ, 595.

<sup>62</sup> YENER COŞKUN, 117.

<sup>63</sup> KOÇ, 595.

<sup>64</sup> GÜLER, 44.

<sup>65</sup> DOĞAN, 73.

<sup>66</sup> YENER COŞKUN, 118.

olmaz. Muhatap bu durumda temel ilişkinin hukuki niteliğine uygun şekilde lehtara başvurarak bakiye zararı tazmin edebilir.<sup>67</sup>

Son olarak lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkide lehtar tarafından sözleşmeden doğan edimin ifası için muhatabın avans ödemesi yapması konusunda anlaşma sağlanabilir. Muhatap tarafından yapılan avans ödemesi, sözleşmenin ifası sırasında yapılan hakkediş ödemelerinden kesilerek lehtara ödenmesi durumu uygulamada sıklıkla görülmektedir.<sup>68</sup> Böyle bir durumda banka, lehtarın sözleşme ifası sırasında edim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde muhatap tarafından yapılmış olan avans ödemesinin iadesini avans teminat mektubu adı verilen teminat mektubu türü ile garanti edebilir.<sup>69</sup>

## II. BORCUN İFASI

### A. Risk Kavramı

Risk kavramı genel olarak karşımıza sigorta sözleşmelerinde çıkan bir kavram olup gerçekleşmesi muhtemel fakat istenilmeyen bir olayı tabir etmektedir. Örneğin bir yangın sigortası sözleşmesinde sözleşmenin tarafları sigorta şirketi ile sigortalı iken yangın olayı da bir rizikoyu yani riski ifade etmektedir. Bu noktada yangının meydana gelmesini ne sigorta ettiren arzu etmekte ne de sigortalı tarafından istenilmektedir. Fakat yangın çıkma ihtimali hayatın olağan akışında her zaman mümkün olabilmektedir. Bir olayın meydana gelmesi ya da gelmeyecek olması kesin ise, bu durumda riskten bahsedilemez.<sup>70</sup>

Banka teminat mektuplarında da banka, muhatabı gelecekte meydana gelebilecek risklere karşı korumaktadır. Banka tarafından koruma kapsamına alınan risk, genellikle borcun ödenmemesi şeklinde ortaya çıkmakta olsa da her türlü borç ilişkisine konu bir risk olabilir.<sup>71</sup> Yargıtay, taraflar arasında var olan veya var olacak tüm hukuki ilişkiler açısından taahhüt altına alınan risklerin geçersiz olduğunu belirtmektedir.<sup>72</sup> Yargıtay'ın birçok kararında da görüleceği “belirsizliğin

<sup>67</sup> KOÇ, 596.

<sup>68</sup> KOÇ, 596.

<sup>69</sup> DOĞAN Elif, “Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2010), 60.

<sup>70</sup> YENER ÇOŞKUN, 39.

<sup>71</sup> ÇETİN / DİNÇ, 68; GÜNAY, 7.

<sup>72</sup> Yargıtay 19. HD, 3368/4694, 14.09.2000 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

garantisinin” olamayacağı belirtilerek riskin belirlenebilir olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.<sup>73</sup>

Taraflar arasında temel borç ilişkisi sonrasında banka tarafından teminat mektubunun muhataba verildiği; daha sonra lehtar ile muhatap arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin değiştiği yahut lehtara ek yükümlülükler/borçlar yüklendiği gibi bir durumda ise bu durumun, banka tarafını etkilememesi gerekir. Banka, teminat mektubunda yazan risk ile sorumlu olup taraflar arasında temel borç ilişkisi kapsamında yapılan değişikliklerden etkilenmez. Fakat taraflar, ek teminat mektubu talebinde bulunabilir ya da temel borç ilişkisini ek teminat mektubunun varlığına bağlayabilir.<sup>74</sup> Özetle, bankanın sorumluluğu teminat mektubunda yazılı miktar ve risk kapsamı ile sınırlıdır.<sup>75</sup>

### **B. Teminat Mektuplarının İbrazı**

Temel borç ilişkisi kapsamında banka tarafından garanti edilen riskin gerçekleşmesi durumunda daha önce de izah olunduğu gibi banka, teminat kapsamında verdiği garanti miktarı ile sınırlı olmak kaydıyla bu riskten sorumlu olacaktır. Muhatap tarafından bu durumda teminat mektubunun bankaya sunulması ve ödeme talep edilmesi gerekmektedir.

Risk gerçekleştikten sonra muhatap tarafından teminat mektubunun aslının mı yoksa fotokopisinin mi bankaya sunulması gerektiği hususu tartışmalıdır. Yerel mahkemeler bazı kararlarında banka teminat mektuplarının kıymetli evrak olmasa da kıymetli evrak niteliğinde işlem görmesi gerektiği yönünde kararlar verse de Yargıtay tarafından açıkça muhatapın aslını sunmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir.<sup>76</sup> Teminat mektupları, bankalar tarafından esasen incelenmeden doğrudan bankaların şahsi sorumluluğu gibi ağır bir yükümlülük yükleyen sözleşmeler olduğundan dolayı muhatap tarafından teminat mektubunun aslının bankaya ibraz edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yine aynı Yargıtay kararından teminat mektubunun muhatap tarafından lehtara iadesi halinde borcun ödenmiş olduğuna karine olduğu belirtilmiştir. Bu durumda mevcut bir çelişki hâkim olduğu açıktır. Lehtar tarafından

<sup>73</sup> Yargıtay HGK, 19/583, 04.07.2001 ([www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr)).

<sup>74</sup> Yargıtay 19. HD, 4793/7676, 14.12.1999 ([www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr)).

<sup>75</sup> YENER COŞKUN, 42.

<sup>76</sup> Yargıtay 19. HD, 511/4641, 15.06.2001 ([www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr)).

asıl borç ilişkisi kapsamında borcun muhataba ödenmiş olduğu durumda muhatap tarafından teminat mektubunun aslı lehtara iade edilmektedir. Bu durumda muhatap tarafından teminat mektubunun bir kopyasının alınıp daha sonra bankadan ödeme talepli ibrazı hali uygulamada sorunlara yol açabilir. Bu nedenle teminat mektubunun aslının bankaya ibrazı esas olmalıdır.

### C. Teminat Mektuplarının Teyidi

Birçok durumda banka tarafından düzenlenen teminat mektupları doğrudan muhataba teslim edilmemekte, muhataba teslimi için lehtara verilmektedir. Bu durumun ortaya çıkmasındaki sebep, zaten lehtarın muhatap ile yapmış olduğu sözleşmelerin uygulanması çoğunlukla teminat mektubu teslimine bağlı olmasıdır. Bir diğer deyişle lehtar için bu mektubun bir an evvel muhataba teslimi, sözleşmenin yürürlüğe girip ticari işin devam etmesi konularında kendi yararına olduğu kabul edilir. Bu durumda muhatap tarafından bu mektubun, gerçekten garantör banka tarafından hazırlanıp hazırlanmadığının, imzaya yetkili kişilerce imzalanıp imzalanmadığının, tahrifat olup olmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir.<sup>77</sup>

Uygulamada bankaların şube müdürleri veya şube çalışanları tarafından lehtarın kendi banka müşterisi olmamasına rağmen bankalarda bulunan 3. kişi olan başka müşterilerin pasif hesaplarını kullanarak lehtar adına muhataba teminat mektubu verdikleri ve lehtardan fazlaca komisyon aldıkları görülmektedir. Bu durumda şube personelinin yapmış olduğu işlem için bankanın sorumlu olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca banka personelinin yapmış olduğu işlemden dolayı bankanın sorumlu olması gerekmektedir. Bu noktada diğer bir konu ise, lehtar tarafından muhataba verilen teminat mektubu ile ilgili muhatapın teyit işlemlerini bankanın genel merkezinden mi yoksa teminatı veren şubeden mi yapacağı hususudur. Muhatabın teyit işlemlerini ve sorgusunu bankanın genel merkezinden yapması gerektiğinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Şayet banka şube müdürü ya da personeli tarafından usulsüz bir işlem yapılması durumunda teyit işlemi için de aynı usulsüzlüğün yapılmayacağı bir garantisi bulunmamaktadır.<sup>78</sup> Yargıtay tarafından verilen bir kararda muhatapın

<sup>77</sup> DURMAZ, 154.

<sup>78</sup> DURMAZ, 156.

garantör bankanın herhangi bir şubesinden de teyit alması halinin usule uygun olduğu ve bankanın sorumlu olacağı ifade edilmiştir.<sup>79</sup>

Banka teminat mektuplarında sahteliğin ve usulsüz işlemlerin önlenmesi ve teyit işlemlerinin kolaylaştırılması amacıyla Kredi Kayıt Bürosu A.Ş. ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı arasında 18.03.2015 tarihli bir protokol imzalanmıştır.<sup>80</sup> Bu protokol uyarınca teminat mektuplarının usulü, imzaya yetkili kişilerce imzalanıp imzalanmadığı, başvuru halinde kurumlar tarafından da teyit edilebilmektedir.

#### **D. Ödeme Talebi**

Kural olarak ödeme talebi herhangi bir şekil şartına tabi değildir.<sup>81</sup> Taraflar arasında aksi durum kararlaştırılmadığı sürece muhatabın sözlü beyanı ile dahi bankadan ödeme talebinde bulunabileceği öğretide savunulan görüşler arasındadır. Bu noktada lehtar ile muhatap arasında ödeme talebinin şekli, temel ilişkide belirlenmiş ise bu şekil şartının ödeme talebinde uygulanacağında bir sorun yoktur. Ancak temel ilişkideki yazılı ödeme talebi şartının bir geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre yazılı ödeme talebi şartı bir geçerlilik şartı olmayıp sadece banka tarafından muhataba garanti edilen borcun ifa edilmesi akabinde lehtara rücu edebilmesi için ispat aracı olduğu belirtilmektedir.<sup>82</sup> Aksi görüşe göre ise<sup>83</sup> yazılı şekilde ödeme talebi yapılması kararlaştırılması durumu bir geçerlilik şekil şartı olup muhatap tarafından yapılan sözlü taleplerde bankanın ödeme yapmaması gerekir. Muhatap tarafından riskin gerçekleşmesini müteakip bankaya sunulan ödeme talebinde ise riskin gerçekleştiğini bankaya beyan etmesi zorunlu olmayıp garanti altına alınan teminat tutarını bankadan talep etmesi yeterlidir.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Yargıtay 11. HD, 4025/4844, 01.07.1993 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>80</sup> Bkz. <https://ticaret.gov.tr/duyurular/teminat-durum-sorgulama-protokolu-imzalandi> (E.T. 24.12.2023).

<sup>81</sup> ÖNDER, 100.

<sup>82</sup> ARAL Fahrettin, *Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka ile Muhatap Arasındaki Hukuki İlişki*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009), s. 187; BARLAS Nami, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, (İstanbul, Kazancı Yayıncılık, 1986), s. 63.

<sup>83</sup> DOĞAN, 418; CANBOLAT, 128; KAHYAOĞLU, 68.

<sup>84</sup> CANBOLAT, 130; ÖNDER, 101.

Öğretide muhatabın ödeme talebini teminatı veren banka şubesi yerine aynı bankanın başka bir şubesine iletmesinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir banka şubesi tarafından verilen teminat mektubu akabinde riski diğer banka şubelerinin de üstlenmek zorunda olmaması gerektiği ancak bu durumun da başka şubelerin ödeme yapmaktan imtina etmesi olarak da algılanmaması gerektiği yönünde öğretide bir görüş mevcuttur.<sup>85</sup> Kanaatimizce de yerinde olan aksi görüşe göre<sup>86</sup> banka, şubeleri ile bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple muhatap tarafından bankanın herhangi bir şubesine ödeme talebi iletilebilir.

### 1. Bankanın İnceleme Yükümlülüğü

Teminat mektubu bankaya ibraz edildiği aşamada banka tarafından mektubun kendisi tarafından hazırlanıp hazırlanmadığı, belge üzerinde herhangi bir tahrifat olup olmadığı, muhatabın kimliği gibi konular araştırılmalıdır.<sup>87</sup> Ayrıca uygulamada genellikle “ilk talepte ödeme” ve “yazılı talep” gibi hususlar teminat mektuplarına eklenmektedir. Bu durumda muhatabın ödeme talebi garantör bankaya mutlaka yazılı olarak bildirmesi gerektiği açıktır.

Bir diğer tartışmalı konu ise bankaların ilk yazılı talepte ödeme klozu olmasına rağmen muhatap tarafından teminat mektubunun ibrazı halinde doğrudan ödeme yapma yükümlülüğünün olup olmadığıdır. Bir diğer deyişle bankalar riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma yükümlüğü altında mıdır, yoksa bağımsızlık ilkesi gereği doğrudan ödeme mi yapmalıdır. Banka tarafının muhatap tarafından kendisine sunulan belgelerle sınırlı bir inceleme imkânı olduğu unutulmamalıdır.<sup>88</sup> Eğer ki risk gerçekleşmeden ya da asıl borcun vadesi dahi gelmeden ya da asıl borç lehtar tarafından herhangi bir yol ile ödenmiş olmasına rağmen muhatap tarafından kötü niyetli olarak mektup bankaya ibraz edilmiş ve banka tarafından riskin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmadan ödeme yapılmışsa, bankanın daha sonradan lehtara rücu etmesi halinde lehtar tarafından riskin gerçekleşmediğinin somut kanıtlarla kanıtlanması halinde garantör bankanın mağdur olma ihtimali söz konusudur. Yargıtay tarafından bu husus şu şekilde açıklanmıştır: “...*teminat*

<sup>85</sup> ARAL, 186 VD.

<sup>86</sup> DOĞAN, 420; ÖNDER, 104.

<sup>87</sup> DURMAZ, 146.

<sup>88</sup> DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 193.

*mektubu vermekle bankaların mücerret bir borç altına girmeyip belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesini garanti etmeleri nedeniyle, yazılı tazmin talebinde mutlaka, lehtarın teminat mektubu ile garanti edilen yükümlülüğünü yerine getirmediğinin belirtilmesinin gerekmesine, vadeli teminat mektuplarında uygulamada sıkça rastlanan "teminat mektubunun vadesinin uzatılması, aksi takdirde mektubun tazmini" (extend or pay) şeklindeki talebin, teminat mektuplarının yukarıda açıklanan niteliği ile bağdaşmamasına, zira "uzat veya tazmin et" talebinde riskin doğup doğmadığı anlaşılamadığından, bankanın ödeme yükümlülüğünün de doğmamasına, somut uyuşmazlıkta davalı bankanın teminat mektuplarında vadeyi uzatmaması halinde mektubu tazmin edeceği yönünde bir taahhüdünün de bulunulmamasına (Prof. Dr. Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003, 4. Baskı, s:250, 259), bu durum karşısında mahkemece davacının 19.2.2007 tarihli ilk talebinin usulüne uygun bir tazmin talebi sayılmamasında bir isabetsizliğin bulunmamasına....".<sup>89</sup> Buna göre muhatabın mutlaka riskin gerçekleştiğini bankaya ibrazında belirtmesi gerekmektedir. Bankanın kendi müşterisi olan lehtara dair koruma yükümlülüğünün de bulunduğu gözetilerek muhatap tarafından kendisine talepte bulunulduğu durumda riskin gerçekleşip gerçekleşmediğinin, kendisine ibraz edilen belgelerin sahteliğinin, şarta bağlı teminat verilmiş ise şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair her somut olaya göre değişkenlik gösterebilen belgeleri usulen incelemesi gerekir.<sup>90</sup> Kanaatimizce burada bankanın inceleme yükümlülüğünün geniş yorumlanmasının teminat mektubunun amacına zarar verecektir. Zira banka tarafından dar anlamda ve kısıtlı imkân dahilinde bir araştırma yapılabileceği unutulmamalıdır.*

Taraflar arasında sözleşme serbestisi ilkesi gereği ibraz da belirli şartlara bağlanabilir. Böyle bir durumda banka tarafından garanti sözleşmesinde belirtilen belgeler de muhataptan istenilebilir. Hatta öyle ki teminat mektubunda muhataba riskin gerçekleştiğinin kanıtlaması ve bankaya da kendisine sunulacak belgeleri

<sup>89</sup> Yargıtay 11. HD, 130/16894, 13.12.2011 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 24.12.2023).

<sup>90</sup> DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 199.

araştırması yükümlülüğü yüklenebilir. Bu durumda banka tarafından tüm belgeler kapsamlı olarak incelenmeli ve bu inceleme sonrasında ödeme yapılmalıdır.<sup>91</sup>

## 2. Borcun Muaccel Hale Gelmesi

Banka teminat mektubunda lehine risk üstlenilen taraf olan lehtar tarafından muhataba olan yükümlülükler yerine getirilmemesi durumunda risk gerçekleşmiş demektir. Bu durumda banka için doğrudan borç muaccel hale gelmez.<sup>92</sup> Riskin gerçekleşmesini müteakip muhatap tarafından bankaya talepte bulunulması gerekir. Kural olarak talep ile bankanın borcu muaccel hale gelir.<sup>93</sup> Teminat mektuplarının ödeme talebine göre ilk talepte ödeme kayıtlı ve şartlı olarak ikiye ayrıldığından söz etmiştik.<sup>94</sup> İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında yukarıda belirtilen şekilde ödeme talebinde bulunmayla; şart teminat mektuplarında ise şartın veya lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkide önceden belirlenen şartların gerçekleştiğinin muhatap tarafından bankaya sunulması ile banka borcunu ödeme yükümlülüğü altına girer.<sup>95</sup> Bu hususta riskin gerçekleşmesi ile borcun muaccel hale gelmesi arasındaki süreçte muhatap açısından borcun ifasını talep hakkı öğretide “beklenen hak” olarak tanımlanmıştır.<sup>96</sup> Banka tarafından teminat altına alınan borcun ifa yükümlülüğü muaccel olmasını müteakip derhal ödeme yapılmalıdır. Aksi durumda banka aleyhine ihtarda bulunulması şartı ile<sup>97</sup> TBK’da belirtilen temerrüt hükümleri uygulanabilir.<sup>98</sup>

## 3. Bankanın Ödeme Yapmaktan Kaçınması

TMK md. 2 hükmü kapsamında dürüstlük kuralı ilkesi getirilmiştir. Buna göre herkesin haklarını kullanması ve borcunu ifa etmesi sırasında dürüst davranma zorunluluğu bulunmaktadır. Muhatap tarafından da riskin gerçekleşmemesine rağmen bankadan ödeme talebinde bulunması durumu TMK md. 2 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu hali ile muhatapın talebinin de hukuk düzeni tarafından korunmaması

<sup>91</sup> DURMAZ, 151.

<sup>92</sup> Borcun muaccel olmasında riskin gerçekleşme anının dikkate alınması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. YENER COŞKUN, 168.

<sup>93</sup> DOĞAN, 401 vd.

<sup>94</sup> Bkz. § I-E-1.

<sup>95</sup> KAHYAOĞLU, 68; DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 203.

<sup>96</sup> OĞUZMAN / ÖZ, 417 vd.

<sup>97</sup> ARAL, 194 vd; CANBOLAT, 133.

<sup>98</sup> CANBOLAT, S. 133; DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 203.



gerekmektedir.<sup>99</sup> Ancak muhatabın dürüst davranıp davranmadığının tespiti her zaman kolay değildir. Bu durumda lehtar tarafından kesin ve inandırıcı deliller sunulması mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınabilir.<sup>100</sup> Muhatap tarafından risk gerçekleşmemesine rağmen bankadan ödeme talebinde bulunulması halinde ise muhatap, lehtarın zararını tazminle mükelleftir.<sup>101</sup> Ancak burada sorun lehtar tarafından mahkemeye başvurulup muhatap aleyhine ihtiyati tedbir kararı almasının bankayı etkileyip etkilemeyeceği hususunda toplanmaktadır. Zira bankanın lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden bağımsız bir borç yükümlülüğü altına girdiğinden bahsetmiştik. Bu hali ile lehtar tarafından alınan ihtiyati tedbir kararının temel ilişkiyi ilgilendirdiğinden banka tarafından dikkate alınmadan muhatabın talebi ile genel bir inceleme ile ödeme yapması gerektiği ilk akla gelen olabilir. Kural olarak bankanın lehtar ile muhatap arasındaki ilişkiden bağımsız olsa da mahkemenin ihtiyati tedbire ilişkin gerekçeli kararında riskin gerçekleşmediğine dair kesin delillerin sunulması, bu kararın talepten önce bankaya bildirilmiş olması hususlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bankanın ödeme yapmaktan kaçınılabileceğinin kabulü gerekir.<sup>102</sup> Nitekim muhatap tarafından teminat mektubunun kendisine ibrazı halinde banka, belgeler üzerinde usulü bir inceleme yaptığından daha önce bahsetmiştik. Talebe ilişkin belgelerin arasında açıkça ihtiyati tedbir kararının bulunması ve bu kararda riskin gerçekleşmediğinden bahisle muhataba ödeme yapılmaması yazıyor olmasına rağmen bankanın muhataba ödeme yapması açıkça lehtar açısından zarar doğuracağı tartışmasıdır.

Banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan def'ileri ileri sürerek borçtan kurtulamaz.<sup>103</sup> Bankanın muhatap ile ilişkisinden kaynaklı def'ilerin olması halinde banka, ancak bu def'ileri ileri sürerek ödeme yapmayabilir.<sup>104</sup> Ancak banka, kendisine ait teminat mektubunun geçersizliği,

<sup>99</sup> DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 194.

<sup>100</sup> Yargıtay 11. HD, 17960/17760, 07.10.2013 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 24.12.2023).

<sup>101</sup> DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 196.

<sup>102</sup> DOĞAN, İhtiyati Tedbir, 197.

<sup>103</sup> KAHYAOĞLU, 73 vd; COŞKUN, 43; Koç, 587; Yargıtay 11. HD, 12747/3032, 19.04.2010 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 24.12.2023).

<sup>104</sup> DOĞAN Vahit, "Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi", Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları Makaleler Editör Nuray EKŞİ, (İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011), s. 134.

mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararı, teminatın zamanaşımına uğradığı gibi def'ileri ileri sürerek muhatabın kendisine talebine rağmen ödeme yapmayabilir.<sup>105</sup> Yine lehtar ile muhatap arasındaki temel hukuki ilişki, mücbir sebepten kaynaklı olarak sona ermiş ise bu durum bankanın sorumluluğunu etkilemeyecektir.<sup>106</sup>

### **E. Vade ve Zamanaşımı**

Teminat mektupları vadeli ve vadesiz olarak düzenlenebileceği gibi uygulamada genellikle vadesiz olarak düzenlendiği görülmektedir. Şayet teminat mektubundaki bankanın sorumluluğu belirli bir süre ile sınırlandırılmış ise vadeli teminat mektubundan söz edilmektedir.<sup>107</sup> Vadeli teminat mektubunda bankanın sorumluluğuna gidilebilmesi için teminat mektubunda belirlenen riskin yine teminat mektubunda belirtilen süre içerisinde gerçekleşmesi gerekir.<sup>108</sup> Teminata belirtilen risk, mektupta belirtilen süre içerisinde gerçekleşmiş ise muhatap tarafından on yıllık süre içerisinde bankadan ödeme talebinde bulunulabilir.<sup>109</sup> Yargıtay, her halde vadeli teminat mektubunda bankanın sorumluluğunu on yıl ile sınırlamıştır.<sup>110</sup> Taraflar sözleşme serbestisi gereği muhatap için ödeme talebi için belirli bir süre öngörebilirler. Bu durumda muhatap tarafından bu süre içerisinde ödeme talebinde bulunulmalıdır. Aksi durumda muhatabın bu talebi banka tarafından reddedilmelidir.

Vadesiz yani uygulamadaki adıyla süresiz teminat mektuplarında ise riskin gerçekleşmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir.<sup>111</sup> Bu durumda bankanın sorumluluğu riskin gerçekleşmesinden itibaren genel zamanaşımı süresi olan on yıl süre ile devam etmektedir.<sup>112</sup>

20.06.1978 tarihinde Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından URCG 325 (Akdi Teminatlar için Yeknesak Kurallar) isimli broşür yayınlanmıştır. Bu kuralların yayınlanma amacı teminat mektubu tarafları arasında belirli kurallar

<sup>105</sup> Yargıtay 19. HD, 618/2564, 15.04.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 24.12.2023).

<sup>106</sup> Yargıtay 19. HD, 8299/2559, 13.03.1997 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>107</sup> KOÇ, 597.

<sup>108</sup> YENER COŞKUN, 121.

<sup>109</sup> ÖNDER, 106.

<sup>110</sup> Yargıtay HGK, 11642/287, 30.03.1988 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>111</sup> YENER COŞKUN, 122.

<sup>112</sup> ÇETİN / DİNÇ, 75.

belirlemek ve adil işlemlerin yapılması için yol göstermektir.<sup>113</sup> URCG 325'e göre teminat mektupları için belirli süreler verilmiştir. Bu sürelerin taraflarca sözleşmede URCG ya da URGD hükümlerinin bağlayıcı olacağı kararlaştırılmadığı sürece taraflar açısından bağlayıcı olmadığı tavsiye niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Buna göre geçici teminat mektuplarında teminatın düzenlenmesinden itibaren altı ay içerisinde; kesin teminat mektuplarında temel borç ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde; avans teminat mektubunda ise temel borç ilişkisinin sona ermesinden itibaren altı ay içerisinde muhatap tarafından bankadan talep edilmesi gerekmekte olduğu belirtilmektedir.<sup>114</sup>

#### **F. Rücu İlişkisi**

Riskin gerçekleşmesini müteakip muhatap tarafından bankaya risk gerçekleştiği bildirilip bankadan usulüne uygun olarak ödeme talebinin olması halinde banka tarafından risk araştırması yapılmadan derhal ödeme yapılması gerekmektedir. Fakat eğer bankanın elinde somut ve kesin deliller varsa bu noktada ödeme yapmadan imtina edebilir.<sup>115</sup> Öğretide kesin delil kavramı, bankayı muhatap tarafından kendisine karşı açılacak bir davada kesin olarak koruyabileceği somut ve inandırıcı bilgi ve belgeler olarak belirtilmektedir.<sup>116</sup> Banka tarafından riskin gerçekleşmediği kesin olarak biliniyorsa banka, ödeme yapmaktan imtina etmelidir.<sup>117</sup> Eğer banka tarafında riskin gerçekleşmediği bilinmesine rağmen muhataba ödeme yapılmışsa, banka lehtara rücu hakkını kaybeder. Lehtarın ise banka muhataba ödeme yaptığında bankanın rücu talebine, banka ödeme yapmaktan imtina ettiğinde ise muhatabın tazmin talebine maruz kalacağı düşünüldüğünde yukarıda belirtilen her iki durumun da lehtar açısından herhangi bir avantajı ya da dezavantajı bulunmamaktadır.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> EKŞİ Nuray, *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları*, (İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011), s. 109.

<sup>114</sup> EKŞİ, 110.

<sup>115</sup> REİSOĞLU, 96.

<sup>116</sup> DURMAZ, 165.

<sup>117</sup> YENER COŞKUN, 45.

<sup>118</sup> YENER COŞKUN, 166.

## SONUÇ

Günümüz ticari hayatında tacirler arasında güven olgusunun önemli derecede azalması, ekonomik ve siyasi krizler neticesinde ödeme güçlüğü sorunlarının artış göstermesi gibi durumlardan kaynaklı olarak ticari hayatta bankaların aracı olarak yani garantör olarak kullanılması ihtiyacını doğurmuştur. Banka teminat mektuplarında banka, lehtar ve muhatap olmak üzere üçlü bir hukuki ilişki mevcut olup bankalar belirli bir riskin gerçekleşmesi halinde teminat mektubunda belirlenen borcu muhataba ödeyeceğini garanti etmektedir. Her ne kadar teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu öğretide tartışılmış ise de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğuna hükmedilmiş olup yıllardır süregelen tartışmalara son verilmiştir. Ayrıca teminat mektubundaki riskin gerçekleşmesi ile bankanın muhataba yaptığı ödemenin bir zarar tazmini mi yoksa borcun ifası mı olduğu yönünde de tartışmalar mevcuttur. Bankanın muhatap ile teminat ilişkisi kurarak bağımsız bir borç üstlendiği ve garantör sıfatını haiz olduğu değerlendirildiğinde bankanın bir zararı tazmin etmediği, borcunu ifa ettiği görüşünün uygun olduğu kanaatindeyiz.

Banka teminat mektubunun varlığından söz edilebilmesi için lehtar ile muhatap arasında bir hukuki ilişki var olmalı veya planlanmalıdır. Ancak bu hususun banka teminat mektubunun lehtar ile muhatap arasındaki ilişki ile bağlı olduğu şekilde yorumlanmaması gerekir. Zira banka, muhataba teminat vererek tamamen muhatap ile bağımsız bir borç ilişkisi içerisine girmektedir. Lehtar tarafından bankaya başvuru yapıp teminat mektubu talep edilerek süreç başlatılabilir. Bu durumda bankanın bu talebi kabul edip etmeme yükümlülüğü öğretide tartışmalı ise de bankanın böyle bir yükümlülük altına girmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Bankalar tarafından uygulamada teminat mektubu verilmesinde lehtarın gayrimenkulleri üzerine ipotek tesisi veya bankada mevcut vadesiz hesaplarına bloke konulması şartlarını öne sürebilmektedir. Bu hali ile banka tarafından teminat mektubu süreci başlatılmadan lehtarın mevcut ödeme gücü üzerine bir risk görmesi durumunda bu riski bilerek teminat vermeye zorlanması da uygun olmayacaktır. Ancak teminat talebi kabul edilmeyen lehtarın banka tarafından derhal bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Aksi durumda bankanın sözleşme öncesi görüşmelerden doğan zararı tazmin etmesi gerekir.

Banka tarafından teminat mektubu verilmesi talebinin kabulü akabinde lehtar tarafında komisyon, dosya masrafları, harç gibi ödeme yükümlülükler ortaya çıkabilir. Bu durum uygulamada her bankada farklılık arz etmektedir. Lehtarın bankaya karşı olan bu yükümlülükleri muhatap ile banka arasında kurulan teminat ilişkisinden tamamen bağımsızdır. Bir başka anlatımla lehtar tarafından komisyon bedeli zamanında ödenmemiş olsa dahi teminat mektubunun bankadan talebi halinde bankanın muhataba ödeme yapma yükümlülüğü ortadan kalkmayacaktır.

Teminat mektubu sözleşmesinin kurulabilmesi için mektubun banka tarafından tanzim edilip muhataba ulaştırılması ve muhatap tarafından da kabul edilmesi gerekir. Zira lehtar tarafından bankaya verilen talimatlar doğrultusunda hazırlanan teminat mektubunun bazı durumlarda lehtar ile muhatap arasındaki hukuki ilişkiye uygun olmadığı veya muhatap tarafında arzu edilmeyen bazı hususlar içermesi durumları ortaya çıkabilir. Bu sebeple muhatapın teminat mektubunu kabul etme zorunluluğu olmadığı kanaatindeyiz.

Muhatap tarafından kabul ile kurulan teminat ilişkisinde banka, lehtar lehine bir risk üstlenmektedir. Bu noktada teminat mektubunda belirlenen riskin önceden belirli bir risk olması gerekir. Banka, teminat mektubu vererek lehtarın muhataba olan yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde borcu bizzat kendisinin muhataba ifa edeceği riskini üstlenmektedir. Muhatap için bu ibraz, öncelikle teminat mektubunda yazan usule uygun olmalıdır. Usulüne uygun olarak ibraz edilen teminat mektubu olması halinde eğer banka tarafından riskin gerçekleşmediği açıkça biliniyorsa, mahkeme tarafından riskin gerçekleşmediği hususunda bir ihtiyati tedbir kararı verilmişse veya bankanın kendisine ait def'ileri varsa banka ödeme yapmamalıdır. Aksi durumda lehtara rücu edemeyecektir. Fakat risk gerçekleşmişse ve muhatap tarafından usule uygun ödeme talebinde bulunulmuş ise banka derhal ödeme yapmalıdır. Aksi durumda banka aleyhine temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. Banka teminat mektupları süreli ve süresiz olarak verilebileceği gibi her durumda genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabidir.

**KAYNAKÇA**

ARAL, Fahrettin. *Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka ile Muhatap Arasındaki Hukuki İlişki*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

BARLAS, Nami. *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*. İstanbul, Kazancı Yayıncılık, 1986.

BAŞARA, İzzet. "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği". TBB Dergisi, S. 83 (2009): 302-317.

CANBOLAT, Ferhat. *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*. Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009.

ÇETİN, Abdurrahman, DİNÇ, Yusuf. "Türkiye'de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar". Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi C.5, S. 9 (2013): 67-92.

DOĞAN, Vahit. *Banka Teminat Mektupları*. Ankara: 6. Baskı, Savaş Yayıncılık, 2020.

DOĞAN, Vahit. "Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi", Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları" Makaleler Editör Nuray EKŞİ, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 133-153 (Doğan Makaleler).

DOĞAN, Vahit. "Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir Talepleri", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan Editör Rıza Ayhan, Ankara: 1. Cilt, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 187-211 (Doğan İhtiyati Tedbir).

DOĞAN, Elif. "Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010 (Doğan Teminat).

DURMAZ, Bora. *Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı*. İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.

EKŞİ, Nuray. *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları*. İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.

GÜLER, Muhammet Ali. "Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi". Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

GÜNAY, Celal. “Banka Teminat Mektupları”. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

KAHYAOĞLU, Emin Cem. *Banka Garantileri*. İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996.

KOCAMAN, Arif Burhanettin. “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine”. *BATİDER* C. 15, S. 3 (1990): 49-66.

KOÇ, Himmet. “Hukuki Açıdan Banka Teminat Mektupları”. *AÜHFD* C. 69, S. 2 (2020): 567-602.

OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 2. Cilt, 16. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2021.

ÖNDER, Bengisu. *Banka Teminat Mektupları*. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

REİSOĞLU, Seza. “Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”. *Bankacılar Dergisi*, S. 43 (2009): 94-100.

TEKİNALP, Ünal. *Banka Hukukunun Esasları*. İstanbul: 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2009.

YENER COŞKUN, Hilal. *Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları*. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

# **KARAR İNCELEMELERİ**







## **Anayasa Mahkemesinin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin İptal Davasının Reddi Kararının Mali Güç İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi**

Av. Ezgi SIR<sup>1</sup>

### **Öz**

Vergi yükümlülerinin ödeme güçlerinin gözetilmesi verginin adaletli ve dengeli dağılımının sağlanabilmesi için zorunludur. Anayasa Mahkemesi vergide adaletli ve dengeli dağılımını mali güce göre vergilendirme ve vergide eşitlik ilkeleri ile değerlendirmektedir. 1982 Anayasası'nın 73. maddesine göre herkes kamu giderlerinin karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda mali güce göre vergilendirme ilkesi doğmuştur. Mali güce göre vergilendirme ilkesi yükümlülerin vergi ödeme güçlerini dikkate alır ve mali gücü fazla olanın malî gücü az olana kıyasla daha fazla vergi ödemesi gerektiğini vurgular. Vergide eşitlik ilkesi ise malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanmaktadır. 15/07/2023 tarihli 32249 sayılı Resmî Gazete ile 14/07/2023 kabul tarihli 7456 sayılı 06/02/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. İşbu kanuna karşı iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesince işbu kanuna karşı açılan iptal davası sonucunda yürürlüğe giren ek motorlu taşıtlar vergisinin mali güce göre vergilendirme, vergi yükünün adaletli dağılımı ve eşitlik ilkeleriyle çelişmediği sonucuna varılmıştır. Çalışmada, Anayasa Mahkemesince varılan bu sonuca ilişkin görüş ve değerlendirmelerimize yer verilecektir.

### **Anahtar Kelimeler**

Mali güç, vergide eşitlik ve adalet, Anayasa Mahkemesi, ek motorlu taşıtlar vergisi.

<sup>1</sup> Avukat, Eskişehir Barosu, ezgisir7@gmail.com, ORCID: 0009-0000-1357-1791.

**\*Bu eser hakem incelemesinden geçmiştir\***

Gönderilme Tarihi: 5 Ocak 2024 / Kabul Tarihi: 16 Nisan 2024.



## ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

### **Evaluation of the Constitutional Court's Decision Numbered 2023/131–2023/160 Dated 28/09/2023 On Additional Motor Vehicle Tax in Terms Of The Financial Strength Principle**

#### **Abstract**

In order to ensure a fair balanced distribution of taxes, it is necessary to take into account the ability of taxpayers to pay. The Constitutional Court evaluates the fair and balanced distribution of taxes together with the principles of taxation according to financial power and equality in taxes. According to the 1982 Constitution, everyone is obliged to pay taxes according to their financial ability to cover public expenses. In line with this provision of the Constitution, the principle of taxation according to financial power was born. The principle of taxation according to financial power requires those with more financial power to pay more taxes than those with less financial power. The principle of equality in taxation is based on the principle that those with the same financial power are taxed at the same rate, and those with different financial capabilities are charged different rates. Amendment to Certain Laws and Decree Law No. 375, with the Official Gazette No. 32249 dated 15/07/2023 and the Amendment to Certain Laws and Decree Law No. 375, with the introduction of Additional Motor Vehicle Tax to compensate for the economic losses caused by the earthquakes that occurred on 06/02/2023, numbered 7456, dated 14/07/2023. The Law on Construction has entered into force. The annulment case filed against this law by the Constitutional Court concluded that the additional motor vehicle tax enacted by the law does not conflict with the principles of taxation according to financial power, fair distribution of the tax burden and equality. Our opinions and evaluations regarding this conclusion reached by the Constitutional Court will be included.

#### **Keywords**

Ability to pay, equality and justice in tax, Constitutional Court, additional motor vehicle tax.

## GİRİŞ

Ülkemizde 06/02/2023 tarihinde meydana gelen depremlerin yol açtığı ekonomik kayıpların telafisi amacıyla 15/07/2023 tarihli 32249 sayılı Resmî Gazete ile 14/07/2023 kabul tarihli 7456 sayılı 06/02/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe giren 7456 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 18/2/1963 tarihli ve 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 5., 6. ve geçici 8. maddelerinde yer alan (I), (I/A), (II) ve (IV) sayılı tarifelere göre vergiye tabi olan ve 7456 sayılı kanunun yayımı tarihinde ilgili sicilde kayıt ve tescilli bulunan taşıtlar ile bu Kanunun yayımı tarihinden 31/12/2023 tarihine kadar ilgili sicillere ilk defa kayıt ve tescil edilecek olan taşıtlar, bir defaya mahsus olmak üzere 2023 yılı için tahakkuk ettirilen motorlu taşıtlar vergisi tutarı kadar ek motorlu taşıtlar vergisine tabi tutulmuştur.

7456 sayılı kanun hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Özgür ÖZEL, Burcu KÖKSAL ve Gökhan GÜNAYDIN ile birlikte 126 milletvekili iptali istemiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmışlardır. İptal davasının konusu 7456 sayılı kanunun 1. maddesinin 1 numaralı fıkrasının ve 7 numaralı fıkrasının ‘ ‘ ...02/07/2008 tarihli ve 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun ve diğer kanunlara göre mahalli idarelere verilecek payların hesabında dikkate alınmaz. ‘ ‘ bölümünün Anayasa’nın başlangıç kısmı ile 2.,5., 6., 10., 13., 35., 73., 90., 123., 127. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

Anayasa Mahkemesince işbu kanuna karşı açılan iptal davası, kanun ile yürürlüğe giren ek motorlu taşıtlar vergisinin mali güce göre vergilendirme, vergi yükünün adaletli dağılımı ve eşitlik ilkeleriyle çelişmediği sonucuna varılmıştır.

Bu çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi hakkındaki 28/09/2023 tarihli 2023/131 Esas-2023/160 Karar sayılı kararının mali güç ilkesi bakımından değerlendirmelerini Anayasa Mahkemesinin emsal kararları çerçevesinde inceleyeceğiz.

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ MALİ GÜÇ İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi kararında 7456 sayılı kanunun 1. maddesinin 1. numaralı fıkrasının vergiye ilişkin düzenlemelerin geriye yürütülememesi, mali güce göre vergilendirme yapılması, kamu yararının sağlanması, getirilen düzenlemenin motorlu taşıtlar vergisi mükelleflerine aşırı külfet yüklendiği, bu durumun ölçülülük ilkesini, mülkiyet hakkını ve temel ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların bağlayıcılığı ilkesinin ihlal edildiği gerekçeleri ile iptali talebini Anayasa'ya aykırılık başlığı altında değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında ilk olarak Anayasanın 2. maddesini ele alarak hukuk devletinin tanımını yapmıştır. Anayasa Mahkemesi hukuk devletini; “ *Eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.*” şeklinde tanımlamıştır<sup>2</sup>. Daha sonra Anayasa Mahkemesi 07/10/2003 tarihli 2003/73 Esas-2003/86 Karar sayılı kararına atıf yaparak Anayasa'nın 73. maddesine değinmiştir. Anayasa'nın 73. maddesi ile herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı<sup>3</sup> öngörülerek Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi altında vergilendirme ilkelerine değinilmiştir.

Verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkesinin vergilendirmenin eşitlik ve adaletin sağlanmasını sağladığına değinilerek Anayasa Mahkemesince mali güç tanımı yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi mali gücü;” *Mali güç; ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Kanun koyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerini göz önünde bulundurması gerekir. Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan*

<sup>2</sup>AYM, T. 29/09/2023, E. 2023/131, K. 2023/160

<sup>3</sup>AYM. 73/3

*herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Mali güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır.*<sup>4</sup>” şeklinde tanımlamıştır. Bu ilke aynı zamanda eşitlik ve adaletin sağlanmasının uygulama aracı olup, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesinin ise malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayandığını belirtmiştir<sup>5</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre kanun koyucu, vergi koyarken yükümlülerin ekonomik durumunu göz önünde bulunduracak bir sisteme uyması gerekir. Vergide asıl olan ödeme gücünü mali güç belirler. Mali güç ilkesi, az kazananın az, çok kazananın çok vergi alınmasıdır<sup>6</sup>. Anayasa Mahkemesi 12.11.1991 tarihli ve E:1991/7 K:1991/43 sayılı kararında; Kişilerin, yaptıkları iş sonunda bir gelir elde ediyorlarsa bunun vergilendirilmesi doğal olduğu, gelire dayanmayan bir vergilendirme yöntemi ise Anayasa'ya aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda mali güce göre vergilendirmenin, sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili bir ilkesi olduğu, bu ilke ile verginin adaletli ve dengeli dağılımının sağlandığı, kanun koyucunun vergiyi koyarken yükümlülerin ekonomik durumunu göz önüne alacak bir sisteme uyması gerektiği, zira vergide asıl olan, ödeme gücü olup bunun göstergesinin de mali güç olduğu Mahkeme kararlarında sıklıkla vurgulanmıştır<sup>7</sup>.

Mali güç Anayasa ve diğer kanunlarda tanımlanmamıştır. Fakat vergi hukuku öğretisinde mali güç tanımlanabilmektedir. Buna göre mali güç ilkesi; vergilendirme yetkisinin, kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarının göz önüne alınarak yasama organı tarafından kullanılmasıdır. Bu tanım Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiş olup kararlarında<sup>8</sup> “*Mali güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır.*” şeklinde tanım yapılmış ve “*...malî gücü fazla olanın, malî gücü az olana oranla daha fazla vergi*

<sup>4</sup> AYM, T. 28/02/2018, E. 2017/117, K.2018/28,

<sup>5</sup> AYM, T. 07/01/2003, E.2003/73, K.2003/86

<sup>6</sup> SARIASLAN, Osman: “Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde vergilendirme ilkeleri”,2012.

<sup>7</sup> AYM, T. 12.11.1991, E.1991/7, K.1991/43

<sup>8</sup> AYM, T. 07/04/2004, E.2003/11, K. 2004/49; AYM, T. 16/01/2003, E. 2003/36, K. 2003/3

*ödemesi gereğinin*<sup>9</sup> şeklinde ilke benimsenmiştir. Vergi hukuku öğretisinde ve Anayasa Mahkemesi kararlarında benimsenmiş olan mali güce göre vergilendirme yetkisi yasama organının görevi alanını girmekle beraber yasama organının takdir yetkisini de sınırlamaktadır. Dolayısıyla yasama organı mali güce göre vergilendirme yetkisini kullanırken vergilendirmede hukuksal durumdaki farklılığı gözetmektedir. Vergilendirmede hukuksal durumdaki farklılık mali güç ile ölçülmektedir. Mali güce ulaşmak için birtakım vergisel araçlar kullanılmaktadır. Bunlar; gelir vergisi için gelirin artmasıyla vergi oranının da artmasını öngören artan oranlı vergi tarifesi, emek ve sermaye gelirlerinin birleştirilmesi ile elde edilen gelirlerin emek gelirlerine nazaran daha yüksek oranlar üzerinden vergilendirilmesini öngören ayırma ilkesi ile muafiyet ve istisnalardır. Servet vergileri için kullanılan vergisel araçlardan biri ise advalorem'dir. Advalorem vergileme, değer üzerinden hesaplanan bir vergi yöntemidir. Motorlu taşıtlar vergisi matrah hesabında 7061 Sayılı Kanun Resmi Gazetede<sup>10</sup> yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle advalorem vergilemeye geçilmiştir. Böylece motorlu taşıtlar vergisi matrah hesabında taşıttın piyasa değerine göre vergi ödenmektedir. Aracın yaşı ve motor silindir hacmine bağlı olarak belirlenen oranlarda indirimler getirilmiştir.

Yasama organı tarafından vergilendirme yetkisi kullanılırken mali güç ilkesinin eşitlik kavramı altında incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"*<sup>11</sup>.

Kanun önünde eşitlik ilkesinin bir alt başlığı olan maddi anlamda hukuki eşitlik, aynı durumda bulunanlara haklarda ve ödevlerde eşit davranılmasıdır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kanun önünde eşitlik ilkesine bakış açısı herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olamayacağıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi E: 1976/3, K.1976/23, K.T. 13/4/1976 kararı; *"Şu var ki, Anayasanın 12. maddesinde yazılı "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, herkesin, her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına*

<sup>9</sup> AYM, E. 1994/80, K.1995/27

<sup>10</sup> 05/11/2017 tarihli 30261 sayılı Resmi Gazete

<sup>11</sup> AY. M. 10/1

gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır. Kimi yurttaşlar için haklı nedenlere dayanılarak veya bunların durumlarındaki farklılığın doğurduğu zorunluluklar dolayısıyla ayrı kurallar konulması halinde eşitlik ilkesinin zedelenmesinden söz edilemez<sup>12</sup>.’’şeklindedir.

Kanun önünde eşitlik ilkesi güttüğü amaç nedeniyle yasama organına haklı nedenin varlığı halinde farklı durumda olan kişilere farklı davranma yetkisi yetkisini vermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu husus vurgulanmıştır<sup>13</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla ifade edildiği üzere, bu yetki ancak haklı nedenin varlığı halinde kullanılabilir.

Farklı durumda olanlara farklı davranma yetkisi veren haklı neden kavramı yasanın amaç unsurunu ifade etmektedir. Yasaların amaçları Anayasaya uygun olmalıdır. Dolayısıyla haklı nedenin varlığı halinde yasama organı eşit olmayan sınıflandırma yapabilme yetkisine sahiptir. Yasama organının yaptığı bu sınıflandırmalardan biri mali güce göre vergilendirme ilkesi başlığı altında yaptığı sınıflandırmadır. Yukarıda ifade edildiği üzere mali güce göre vergilendirme ilkesi doğrudan Anayasanın 73. maddesinden doğmaktadır. Mali güce göre vergilendirme ilkesi gereği yükümlülerin ekonomik güç farklılıkları dikkate alınarak yapılan sınıflandırmalar Anayasaya uygun olacaktır. Ayrıca bu anlamda Anayasa, yasama organına vergi yükümlülerinin mali güç farklılıklarını dikkate almayı da bir ödev olarak yüklemiştir.

Mali güce uygun sınıflandırmaların amacı ise vergilendirmede adalete ulaşmaktır. Anayasa’nın 73. maddesinin 2. fıkrası ile doğmuş verginin adaletli dağılımı ilkesi mali güce göre vergilendirme ilkesi ile bağlantılıdır. Bilindiği üzere anılan fıkra “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*”<sup>14</sup>.’’ hükmünü içermektedir. Vergi yükünü adaletli ve dengeli dağıtmanın aracı ise bir

<sup>12</sup> AYM, T. 13/4/1976, E.1976/3, K.1976/23

<sup>13</sup> AYM, T. 28/4/1986, E.1981/13, K. 1983/8 “...Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez. İnsanlar arasında yaradılış ve çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Bundan dolayıdır ki, eşitliği bozan bir kuralın varlığı, ancak o kuralın kamu yararına veya başka haklı bir nedene dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir.”

<sup>14</sup> AY M. 73/2



önceki fıkrada düzenlenen ‘mali güç’ ilkesidir. Bu hususu Anayasa Mahkemesi<sup>15</sup>; *“Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Başka bir deyişle, kişilerin genel vergi yüküne kendi ödeme güçlerine göre katılmalarıdır. Bu durumda, Anayasa’da öngörülen verginin “malî güce göre ödenmesi”, “herkesin vergi ödemesi” ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluğu gösterir ve sosyal devletin etkin uygulama aracını oluşturur. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı bu ilkelere uyularak sağlanır.”* biçiminde ifade etmiştir.

Nitekim incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararında da vergilendirilecek alanların seçimi ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı için yükümlülerin kişisel durumlarının kanunlarda gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ücretler dışında kalan diğer 6 gelir unsurunun ücretlere göre farklı vergilendirilmesi; en az geçim indirimi<sup>16</sup>, artan oranlı vergilendirme, çeşitli istisna ve muafiyet uygulamaları, vergi yükünün adaletle uygun dağılımı ile mali güce göre vergilendirmenin araçlarından (AYM, E.2017/117, K.2018/28, 28/2/2018, § 23) denilerek kişilerin durumlarının göz önüne alınarak mali güce göre vergilendirmenin gerektiğini vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında kişilerin sahip olduğu taşıtların bir servet unsuru olduğunu ve mali gücü olduğunun göstergelerinden biri olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi bu ifadesi ile ülkemizde taşıt sahibi kişilerin mali gücünün bulunduğu kanısına varmıştır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesince 2023 yılı için tahakkuk ettirilen motorlu taşıtlar vergisi tutarı kadar ek motorlu taşıtlar vergisi ödenmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesince; ‘*Aracın yaşı, motor silindir hacmi, oturma yeri veya ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak ödenecek ek motorlu taşıtlar vergisi belirlenmektedir. Bu itibarla mükelleflerin taşıtın değeriyle orantısız bir vergi yükü ile karşı karşıya kaldığı söylenemez. Ayrıca 197 sayılı Kanun’daki istisnalar ek motorlu taşıtlar vergisi için geçerli olduğu gibi bu vergi açısından 7456 sayılı Kanun’un 1. maddesinin (4) numaralı fıkrasında depremden*

<sup>15</sup> AYM, E. 1994/80, K. 1995/27

<sup>16</sup> En az geçim indirimi ödeme gücüne ulaşmakta bir araç olmakla beraber artık asgari ücretin vergilendirilmesi söz konusu olmadığı için; AGİ, 2022,2023 yıllarında kullanılmamış ve 2024 yılı için de kullanılmayacaktır.

*zarar görenlere yönelik bir kısım istisnalara da yer verilmiştir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde ve motorlu taşıtlar vergisinin toplumun tüm kesimlerini kapsayan yaygın bir vergi olduğu da dikkate alındığında kuralın mali güce göre vergilendirme, vergi yükünün adaletli dağılımı ve eşitlik ilkeleriyle çelişmediği sonucuna varılmıştır<sup>17</sup>.’’*

Ayrıca 6/2/2023 tarihinde Kahramanmaraş ilinde meydana gelen depremler mücbir sebep hâli ilan edilen yerlerde; deprem tarihi itibarıyla kayıt ve tescilli olan taşıtlar, deprem nedeniyle yıkılan veya ağır ya da orta hasarlı hâle gelen binaların maliklerine ait taşıtlar, depremlerde ağır hasar görerek kullanılamaz duruma gelen taşıtlar ile deprem nedeniyle eşi veya birinci derece kan hısımlarından birini kaybeden mükelleflere ait taşıtlar ek motorlu taşıtlar vergisinden müstesna tutulmuştur. Bunun yanı sıra ek motorlu taşıtlar vergisi geçici nitelikli ve bir defalığa mahsus alınan bir vergidir. 7456 sayılı Kanun’un 1. maddesinin (5) numaralı fıkrasıyla da verginin birinci taksitinin bu Kanun’un yayımlandığı ayı izleyen ayın sonuna kadar, ikinci taksitinin ise aynı yılın Kasım ayı sonuna kadar olmak üzere iki eşit taksitte ödenmesi öngörülmüştür. Bu itibarla sahip olunan aracın değeri ile araç sahiplerinin ödeme güçleri ve kişisel durumlarının da dikkate alındığı gözetildiğinde tutarı itibarıyla yüksek olduğu söylenemeyecektir.

Dava konusu kural ile benzer konudaki 26/11/1999 tarihli ve 4481 sayılı 17.8.1999 ve 12.11.1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Depremın Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 17 Ağustos 1999 tarihinde yaşanan deprem felaketi neticesinde ortaya çıkan kamu finansman ihtiyacının giderilmesi amacıyla 1998 yılında beyan edilen gelir veya kurumlar vergisi matrahları ile bu yılda elde edilen ve belli miktarın üzerindeki ücretler, bina, arsa ve araziler, motorlu taşıtlar, cep telefonları üzerinden bir defalık ek vergi ödenmesini öngören 1., 6., 7. ve 9. maddelerini Anayasa Mahkemesi 28/3/2001 tarihinde incelemiştir. Bu kapsamda Mahkeme, deprem nedeniyle oluşan ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması gibi sosyal ve ekonomik şartların

<sup>17</sup> AYM, T. 28/9/2023, E.2023/131, K.2023/160 § 25

zorunlu kıldığı nedenlerle ek vergi getirilmesinde kamu yararının gözetildiğini, 1998 yılına ait Gelir ve Kurumlar Vergisi hesaplanırken mükelleflerin özel durumları ile mali güçlerinin göz önünde bulundurulduğunu, 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nda yer alan bina ve arazi vergilerine ilişkin muaflık ve istisnaların bu vergi yönünden de geçerli kılındığını ve motorlu taşıtlar vergisi mükellefleri için de aynı hususların geçerli olduğunu belirterek mali güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli dağılımı ilkelerinin esas alındığı sonucuna ulaşmış ve bu yöndeki kuralların iptalleri talebini reddetmiştir<sup>18</sup>.

Yukarıda detaylı şekilde ele alınan yasanın amaç unsurunu ifade eden haklı neden kavramı, incelen Anayasa Mahkemesi kararında depremlerin meydana getirdiği ekonomik kayıpların telafisidir. 7456 sayılı Kanun Anayasa'ya uygun şekilde kamu yararı amacını taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin motorlu taşıtlar vergisinin alınmasında gözetilen mali güç ilkesine yaklaşımı dikkate alındığında işbu kanunun mali güç ilkesine aykırı olduğundan bahsedilemez.

## SONUÇ

Yasama organı mali güce göre sınıflandırma yetkisine sahiptir. Ancak bu sınıflandırma yetkisini kişilerin ekonomik farklılıklarını göz önünde bulundurarak Anayasal ilkelere uygun olarak kullanmak zorundadır. Buna uyulmadığı takdirde hukuk devleti ilkesine aykırı sonuçlar doğmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu hususlardaki görevi oldukça önemlidir.

Çalışmamız sonucunda, Anayasa Mahkemesinin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi hakkındaki 28/09/2023 tarihli 2023/131 Esas-2023/160 Karar sayılı kararının mali güç ilkesine uygun olduğunu kabul etmemiz yerinde olacaktır. İşbu kararın mali güç ilkesi kapsamında değerlendirilmesinde, Anayasa Mahkemesinin mali güç ilkesine bakış açısı emsal kararları çerçevesinde ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesinin mali güç ilkesine karşı yaklaşımı, mali güce göre vergilendirmenin vergi adaletinin ve eşitliğinin sağlanması olduğu ve kişilerin ödeme güçlerinin göz önüne alınması gerektiğidir. Mali güç ilkesini uygularken herkesin eşit olmasından söz edilmesi

<sup>18</sup> AYM, T.28/3/2001, E.1999/51, K.2001/63

mümkün değildir. Yasaya uygun bir amacın varlığı halinde herkese eşit davranılması beklenilemez. Haklı nedenin varlığı halinde farklılaştırma yapılabilir. Bu hususun vergi hukukundaki bir yansıması da mali güce göre vergilendirme dir. 7456 sayılı Kanun Anayasa'ya uygun şekilde kamu yararı amacını taşımaktadır. Kamu yararı haklı nedendir. Motorlu taşıtlar vergisi yükümlülerin mali güçleri dikkate alındığında kamu yararı sebebiyle farklılaştırma yapılabilir.

Araç sahibi kişiler sahip oldukları aracın nitelikleri göz önüne alınarak motorlu taşıtlar vergisi ödenme yükümlüsüdür. 7456 sayılı Kanun ile getirilen ek motorlu taşıtlar vergisi de yükümlülerin ödeyeceği motorlu taşıtlar vergisi ile aynı miktarda olacaktır. Ayrıca ek motorlu taşıtlar vergisi bir defalığına mahsus olarak iki taksit halinde ödenecektir. Bu sebeple mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

**KAYNAKÇA**

- AKÇA, Kürşat:” *Anayasa mahkemesi kararlarında mülkiyet hakkı*”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, 6.3: 543-596.
- AKIN, Emrah:” *Vergilendirme Yetkisinin Anayasal Temeli ve Sınırları*”, *Sorumlu Vergicilik*, 2016, 12.
- ARSLAN, Kahan Onur:” *Vergilendirme Yetkisinin Meşruluk Kaynakları: Optimal Vergilendirme İlkeleri ve Kamu Yararı*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, 2016.127: 223-244.
- BUDAK, Tamer:” *Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç*”, 2006. PhD Thesis. Marmara Üniversitesi (Turkey).
- CANYAŞ, Oytun; SEÇİLMİŞ, İ. Erdem:” *Anayasa Mahkemesi'nin Mali Güç İlkesine Yaklaşımına İktisadi Bakış*”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2013, 15.1: 301-315.
- KARAKOÇ, Yusuf:” *Anayasal vergilendirme ilkeleri üzerine bir değerlendirme*”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 15: 1259-1308.
- ÖZCAN, Güngör:” *Türkiye’de Anayasal Vergileme İlkelerinden Eşitlik İlkesinin Değerlendirilmesi*”, *Asos Yayınevi*, 2019, 187.
- SARIASLAN, Osman:” *Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergilendirme İlkeleri*”, 2012.



# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

## Baroca Görevlendirilen Sanık Müdafiyeye Ödenmesi Gereken Beraat Vekalet Ücreti Hakkındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Av. Ezgi GÖCEN<sup>1</sup>

### Öz

Bu çalışmanın amacı, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 14. maddesinin uygulanmasına ilişkin Yargıtay kararlarını incelemektir. Özellikle, 2023-2024 Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 14. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında yapılan değişiklikler ve Adalet Bakanlığı'nın 23.10.2023 tarihli E-92358809-045.02-60084/29116 sayılı bilgilendirme yazısı ışığında verilen dört karar değerlendirilecek ve kararların hukuka uygunluğu tartışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Sanık müdafî, katılan vekili, beraat vekalet ücreti, zorunlu müdafî.

<sup>1</sup> Avukat, Eskişehir Barosu, av.ezrigocen@gmail.com, ORCID: 0009-0003-5788-4177.

## I. OLAYIN ÖZETİ

2023-2024 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, 21 Eylül 2023 tarih ve 32316 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir. Bu tarife, avukatların sundukları hukuki hizmetler karşılığında alacakları asgari ücretleri belirler. Türkiye Barolar Birliği ve Adalet Bakanlığı ile yapılan görüşmeler sonucunda, aynı davada sanığın müdafiliği görevini yürüten özel vekâletnameli avukat ile zorunlu müdafî sıfatı ile hizmet veren avukat arasındaki ayırım kaldırılmış; böylece aynı emek ve mesaiyi veren iki meslektaşın hak ettiği karşı yan avukatlık ücreti de birbirine eşitlenmiştir.

“Ceza Davalarında Ücret” başlıklı 14. maddesinde yapılan düzenlemelerle birlikte;

Söz konusu maddenin birinci fıkrası, 21 Eylül 2023 tarihli düzenlemeden önce şu şekildeydi:

“Kamu davasına katılma üzerine, mahkumiyete ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise vekili bulunan katılan lehine bu Tarifenin ikinci kısmın ikinci bölümünde belirlenen avukatlık ücreti sanığa yükletilir.”

Yapılan yeni düzenlemeler sonucunda ise şu şekilde değiştirilmiştir:

“Kamu davasına katılma üzerine, mahkumiyete ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise **vekil ile temsil edilen** katılan lehine bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde belirlenen avukatlık ücreti sanığa yükletilir. **Bu hüküm, katılanın 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen vekili bulunması durumunda kovuşturma için ödenen ücret mahsup edilerek uygulanır.**”

Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise 21 Eylül 2023 tarihli düzenlemeden önce şu şekildeydi:

“Beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık yararına Hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir.”

Yapılan düzenlemeler sonucunda ise şu şekilde değiştirilmiştir:

“Beraat eden ve vekil **veya müdafî** ile temsil **edilen** sanık yararına Hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir. **Bu hüküm, sanığın 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen müdafî**

**bulunması durumunda kovuşturma için Hazineden alınan ücretin mahsubu suretiyle uygulanır.”**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde vekil, “*Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı,*”; müdafî ise “*Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı*” olarak tanımlamaktadır.

Tarife'nin gerekçesinde de “*Ceza muhakemesinde müdafî sıfatı, sanık veya şüphelinin vekaletname ile ya da vekaletnameye ihtiyaç olmaksızın şüpheli veya sanığın avukatın müdafîsi olduğunu beyan etmesi ile kazanılan bir sıfattır. Tarifinin 14. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “vekil” ibaresi yanına Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilen yasal tanıma ve ceza muhakemesinde sanık ve/ veya şüphelinin avukatı olarak kullanılan genel tanıma uygun şekilde “müdafî” ibaresi de eklenerek sanığın avukatının özel vekâletname ile görevlendirilmiş olması veya ceza muhakemesi sistemi uyarınca görevlendirilen müdafî olması arasında fark bulunmadığına dikkat çekilmek istenmiştir. Tarifinin 14. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan düzenleme ile fıkra da yer alan “Beraat eden ve vekil veya müdafî ile temsil edilen sanık yararına Hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir. ” kuralının, sanığın Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen müdafî bulunması durumunda kovuşturma için Hâzineden alınan ücretin mahsubu suretiyle uygulanması sağlanmıştır.” şeklinde bir açıklama yapılmıştır.*

Söz konusu madde oldukça açık olmasına rağmen, uygulamada ilk derece mahkemelerin bu ücrete hükmetmemeleri sonucunda, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 23.10.2023 tarihli E-92358809-045.02-60084/29116 sayılı bilgilendirme yazısını yayımlamıştır. Adalet Bakanlığı bu bilgilendirme yazısı ile bu düzenlemelerin uygulanmasına dair detaylı açıklamalar getirmiştir. Birinci fıkranın, kamu davasına katılma üzerine mahkumiyet veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları halinde, vekil ile temsil edilen katılan lehine vekalet ücretinin sanığa yükletileceğini ve bu ücretin Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen vekil olması durumunda mahsup edilerek uygulanacağını; dördüncü fıkranın ise, beraat eden ve vekil veya müdafî ile temsil edilen sanık yararına, Hazine



aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedileceğini ve bu ücretin Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen müdafî olması durumunda yine mahsup edilerek uygulanacağını belirtmiştir.

## II. UYUŞMAZLIK KONUSU TESPİTİ

Yüksek Mahkemenin bu hususa ilişkin ilk kararı, Yargıtay 6. Ceza Dairesi 26.02.2024 tarih 2023/20592 E., 2024/2497 K sayılı karardır. Bu kararda “*Karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen; “Beraat eden ve vekil veya müdafî ile temsil edilen sanık yararına Hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir. Bu hüküm, sanığın 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen müdafî bulunması durumunda kovuşturma için Hazineden alınan ücretin mahsubu suretiyle uygulanır.” şeklindeki düzenleme karşısında, kendisini müdafîyle temsil ettiren sanık lehine vekâlet ücreti ödenmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi hukuka aykırı bulunmuş ise de söz konusu hukuka aykırılık Yargıtay tarafından giderilmiştir.”* denilerek AAÜT ile gerçekleştirilmiş olan değişikliklerin varlığı ve geçerliliği kabul edilmiş, müdafîyle temsil ettiren sanık lehine vekâlet ücreti ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin vermiş olduğu bu kararın hemen üzerine Yargıtay 10. Ceza Dairesi 28.02.2024 tarihinde 2023/21449 E., 2024/16047 K. sayılı kararı ile “*Bozmaya uyulduğu, yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, Mahkemenin yargılama sonuçlarına uygun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dava dosyası içeriğine göre, Mahkemenin sanıkların atılı suçu işlemediklerinin sabit olduğuna dair yeterli delil bulunmadığına ilişkin takdirinde bir isabetsizlik görülmediğinden Cumhuriyet savcısı ile vekalet ücreti yönünden baro tarafından atanmış zorunlu sanıklar müdafîlerinin temyiz sebepleri yerinde görülmemiş, hükümlerde hukuka aykırılık tespit edilmemiştir.”* denilerek AAÜT’de gerçekleştirilmiş olan değişiklikler reddedilmiş ve beraat eden sanıkların temsiliyetinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen avukat ile gerçekleşmesi dolayısıyla beraat vekalet ücretine hükmedilemeyeceğine karar verilmiştir.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, vekalet ücretinin ödenmesi gerektiğine ilişkin vermiş olduğu daha önceki kararın ardından, 06.05.2024 tarihli 2024/1610 E., 2024/5609 K. sayılı kararında “...*Baroca görevlendirilen müdafii ve vekillerin ücretlerini belirleme hak ve yetkisi Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin idareye verdiği yetkiye dayanılarak düzenlenecek bir husus olmayıp 2023-2024 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde ki baroca atanmış müdafii ve vekillerin ücretlerine müdahale teşkil eden düzenlemenin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca yargılama giderleri kapsamında bulunan son tarifeye göre belirlenen bu vekâlet ücreti sanığın beraati halinde hazineye, sanığın mahkûmiyeti veya hükmün açıklamasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde ise katılan lehine sanığa yasal dayanağı olmayan bir vekâlet ücretinin yükletilmesine neden olacaktır. Bu hususun kanuni zemini bulunmadığından idarenin işlemi ile de yani Adalet Bakanlığı genelgesi ile de düzeltilmesi mümkün değildir.*” gerekçesi ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen vekil yönünden vekalet ücretine hükmedilemeyeceği hususunda Yargıtay 10. Ceza Dairesinin görüşünü benimsenmiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi ise 13.05.2024 tarihli 2024/1460 E., 2024/18697 K. sayılı kararı ile “*1136 sayılı Kanun'un 168 inci ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, "Beraat eden ve vekil veya müdafii ile temsil edilen sanık yararına Hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir. Bu hüküm, sanığın 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen müdafii bulunması durumunda kovuşturma için Hazineden alınan ücretin mahsubu suretiyle uygulanır" hükmü uyarınca, hükmün vekalet ücreti yönünden hukuka aykırı olduğu değerlendirilmiş; ancak bu hususun Yargıtay tarafından düzeltilmesi mümkün görülmüştür.*” hem önceki kararına hem de Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin kararına bir kez daha ters düşmüştür.

Görüldüğü üzere Yargıtay 6. ve 10. Ceza Dairelerinin kararları arasında açık bir tutarsızlık bulunmaktadır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, ilk kararında Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin yeni düzenlemelerini kabul ederken, ikinci kararında bu düzenlemelerin yasal dayanağı olmadığını savunarak çelişkili bir tutum sergilemiştir. Benzer şekilde, Yargıtay 10. Ceza Dairesi de ilk kararında yeni düzenlemeyi

reddederken, ikinci kararında düzenlemeyi kabul etmiş ve vekâlet ücreti ödenmesine hükmetmiştir.

### III. KONUNUN İNCELENMESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu kararların gerekçeleri incelendiği zaman AAÜT’de gerçekleştirilen bu değişikliklerin bir yasal dayanağının olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

Avukatlık ücretinin niteliği, Ceza Muhakemeleri Kanunu 324. maddesinde *“Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir. Hüküm ve kararda yargılama giderlerinin kimlere yükletileceği gösterilir.”* denilmek suretiyle belirtilmiştir. Yargılama ücretleri, her yıl Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nce belirlenmektedir.

Adalet Bakanlığı’nın, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ni belirleme ve değiştirme yetkisi ile ilgili düzenlemeler, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda ve ilgili diğer mevzuatlarda yer almaktadır.

Avukatlık Kanunu’nun 168. maddesinin 2. fıkrası *“Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarife o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderilir. (Ek cümle: 16/6/2009-5904/35 md.) Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı olarak belirlenir. Bu tarife Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir. 8 inci maddenin altıncı fıkrası hükümleri kıyasen uygulanır.”* hükmünü haizdir. Bu madde, TBB ve Adalet

Bakanlığı arasında tarifenin hazırlanması ve değiştirilmesi sürecinde bir denge kurar. Her iki kurum da tarife üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahiptir, TBB teklifleri hazırlarken, Adalet Bakanlığı denetler ve gerekirse değişiklik için geri gönderir.

Avukatlık Kanunu 180. maddesinin son fıkrası ise “*Maliye Bakanlığınca iki yıl öncesine ait kesin hesap sonuçlarına göre tespit edilen toplam tutarlar esas alınarak 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (1), (2) ve (3) sayılı tarifelere göre alınan harçların yüzde biri ile idarî nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının yüzde biri; her yıl Mart ayının sonuna kadar Türkiye Barolar Birliği adına açılan hesaba aktarılır ve zorunlu müdafî ve vekil görevlendirme ile ilgili carî giderler bu hesaptan ödenir. Bu hesap, münhasıran zorunlu müdafî ve vekil görevlendirme ile ilgili carî giderler için kullanılır ve yılı içinde harcanmayan paralar, ertesi yıla aynen aktarılır. Bu paraların barolar arasındaki dağıtımı, harcanması ve bu hizmet için çalıştırılacak personele ilişkin hususlar, Maliye Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı ile Türkiye Barolar Birliği tarafından birlikte çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*” hükmünü haizdir. Bu madde, her iki kuruma birden fonların yönetimi ve kullanımına dair düzenlemelerde değişiklik yapma yetkisini içeren bir **Yönetmelik Hazırlama** yetkisi sağlar. Bu madde ile, **Maliye Bakanlığının görüşünün** bu düzenlemelerin mali denetim ve uygunluk açısından değerlendirilmesi için alınması gerektiğinin, ancak yönetmeliklerin hazırlanması ve onaylanması sürecinde Adalet Bakanlığı ve TBB'nin esas yetkililer olduğuna değinilmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun Adalet Bakanlığı'na vermiş olduğu bu görev ve yetkilerin dayanağı ise 0/07/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 38 nci maddesidir. Bu maddenin (e) bendinde yer alan “*Adalet hizmetleriyle ilgili konularda, gerekli araştırmalar ve mevzuat hazırlıklarını yapmak ve görüş bildirmek*”, (i) bendinde “*Görev alanıyla ilgili kamu ya da özel kurum veya kuruluşlarla iş birliği yapmak*” ve (j) bendinde “*Kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnemeleriyle verilen diğer görevleri yapmak*”, Adalet Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır. Bu sayede Adalet Bakanlığı'na geniş yetkiler tanınarak, bu süreçteki rolünü güçlendirilmiştir.

Yine aynı Kararname’de Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün görev ve yetkileri 41/A maddesinde “19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununda verilen görevleri yapmak” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Anayasaya göre bakanlıkların kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkileri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinden, Adalet Bakanlığı’nın sayılan görev ve yetkilerinin sorgulanması da mümkün olmamaktadır. 1 sayılı Kararname’nin 41/A maddesinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü’ne açıkça 1136 sayılı Avukatlık Kanununda verilen görevleri yapma görev ve yetkisi verilmiştir. Bu noktada, baroca görevlendirilen müdafî ve vekillerin ücretlerini belirleme hak ve yetkisi Avukatlık Kanunu’nun 168. maddesinin idareye verdiği yetkiye dayanılarak düzenlenecek bir husus olmadığı iddiası, bu bakımdan temelsiz kalmaktadır.

AAÜT’de gerçekleştirilen bu değişikliklerin bir yasal dayanağının olup olmadığı sorusunun cevaplandırılmasının ardından, sanığın beraati halinde hazineye, sanığın mahkûmiyeti veya hükmün açıklamasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde ise katılan lehine sanığa yasal dayanağı olmayan bir vekâlet ücretinin ortaya çıkıp çıkmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

Avukatlık Kanunu 164. maddesinin 5. fıkrasında “*Dava sonunda, kararla tarifeyle dayanımlar karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, hacz edilemez.*” hükmü yer almaktadır. Bu madde, kanunun emredici hükümlerindedir. Buna göre, avukatın karşı taraftan alacağı vekalet ücretinin bir kısmını veya tamamını müvekkile devretmesini öngören anlaşmalar da hukuka aykırı olacaktır. Her ne kadar karşı taraftan alınacak avukatlık ücretinin avukata ait olmasının Anayasa’ya aykırı olduğu iddia edilmiş olsa da; Anayasa Mahkemesinin 03.03.2004 tarihli 2004/8 E., 2004/28 K. sayılı kararıyla birlikte, iddia bertaraf edilmiştir.

Karşı vekalet ücretinin avukata ait olduğuna ilişkin başka bir dayanak da, işin vergi boyutudur. Maliye Bakanlığı, mahkemelerce hükmedilen veya icra dairelerince karşı taraf vekalet ücreti olarak yapılan ödemelerin nasıl belgelendirileceği, stopaja tabi olup olmayacağı, stopajın kim tarafından yapılacağı, makbuzların kimin adına

düzenleneceği ve KDV'nin hesaplanıp hesaplanmayacağı konularındaki belirsizlikleri gidermek amacıyla çeşitli tebliğler yayımlamıştır.

Tüm bu hususlar ışığında, Yargıtay'ın, özel vekâletname ile görevlendirilmiş vekil ile ceza muhakemesi sistemi uyarınca görevlendirilen müdafî arasında neden bir ayırım yaptığını anlamamız çok da mümkün değildir. Aynı nitelikteki işlere eşit derece emek veren müdafilerin emeklerinin karşılığı olan vekalet ücretlerinin ödenmesi, Yargıtay'ın tutarsız kararları ile birlikte, geçerli hiçbir gerekçe gösterilmeksizin engellenmektedir. Bu durum, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği gibi, hukuk sistemine duyulan güveni de sarsmaktadır.

### SONUÇ

Avukatlık asgari ücret tarifesinde yapılan değişiklikler, yukarıda belirtilen yasal ve düzenleyici çerçevede içinde değerlendirildiğinde, hukuka uygundur. TBB ve Adalet Bakanlığı'nın tarifeyi hazırlama, onaylama ve gerektiğinde değişiklik yapma yetkileri ile adli müzaharetler için ayrılan fonların yönetimi ve kullanımına dair yetki, Avukatlık Kanunu'nun 168. ve 180. maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Kararname ile Adalet Bakanlığı'na verilen görevler, bu yetkiyi temellendirmektedir.

Tarifenin onay sürecinde Adalet Bakanlığı'nın denetim yetkisi, tarifelerin hukuki ve mali açıdan uygunluğunu sağlarken, TBB'nin teklif hazırlama yetkisi, mesleğin ihtiyaçlarını ve yerel koşulları dikkate alarak adil ve dengeli bir tarifenin oluşturulmasını temin eder. Bu süreçte Maliye Bakanlığı'nın görüşü, fonların yönetimi ve kullanımı açısından mali denetim ve uygunluk sağlama amacını taşır, ancak yönetmeliklerin hazırlanması ve onaylanması için yeterli bir aşama olarak kalır.

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi, dava sonucunda karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olduğunu açıkça belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar ile de avukatlık ücretinin avukata ait olduğu ve bu konuda emredici hükümler bulunduğu vurgulanmıştır. Maliye Bakanlığı ise karşı taraf vekalet ücretlerinin vergi boyutunu düzenlemek için tebliğler yayımlayarak belirsizlikleri gidermeye çalışmıştır. Tüm bu hususlar, karşı vekalet ücretinin, davasını haklı çıkartan avukatın emeğinin karşılığı olduğunun birer dayanağıdır. Buna

rağmen, Yargıtay'ın, özel vekâletnameli vekiller ile sistem tarafından görevlendirilen müdafî arasında yaptığı ayırım hukuka ve hakkaniyete aykırılık teşkil etmiştir.

Bu karar incelemesinin yazıldığı dönemde, Eskişehir'deki Çocuk Mahkemeleri Baroca görevlendirilen, beraat eden sanık müdafileri için vekalet ücretine hükmederken; çoğu Ağır Ceza ve Asliye Ceza Mahkemeleri, hakkaniyete aykırı olarak vekalet ücretine hükmetmemektedir. Hatta Eskişehir 7. Asliye Ceza Mahkemesi, 06/12/2023 tarihli 2023/269 E. 2023/1746 K. sayılı kararında CMK sisteminde görevlendirilen ve beraat eden sanık müdafileri yönünden beraat vekalet ücretine hükmetmezken; aynı dosya kapsamında CMK sisteminde görevlendirilen katılan vekili hakkında, cezalandırılan diğer sanıklar aleyhine olmak üzere katılan lehine vekalet ücretine hükmetmiştir. Bu tarz keyfî uygulamaların, hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliğini tehlikeye atacağına hiç şüphe yoktur.

Yasalar, yalnızca yargıdan beklentisi olan kişiler için değil, aynı zamanda hukukçu kimliğine sahip ve hukuku uygulamakla yükümlü olan tüm yargı mensupları ve uygulayıcılar için de bağlayıcıdır. Bu çerçevede, karşı vekalet ücretiyle ilgili olarak mevcut olan açık yasal düzenlemeler, emredici nitelikte olup, yargı mercilerine takdir yetkisi tanımamaktadır. Bu hususlara rağmen, Yargıtay'ın bu denli tutarsız olması ise bir hukuk garabetinden başka bir şey değildir.