

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
33

Sayı
Number
1

Yıl
Year
2025

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Press, 42150, Konya, Turkey

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

Selçuk Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Rektör | Rector

Prof. Dr. Hüseyin YILMAZ

Baş Editör | Editor-in-Chief

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

hsumer@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi M. Emre ULUSOY

meulusoy@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ

cansuolmez@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Murat AÇIL

muratacil@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihah14@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL
altinelgokce@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT
ntozyilmaz@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Zeynep Sena ÖZAYDIN
zeynep.acar@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes EKŞİ
enes.eksi@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Yasemin TÜRKMEÑOĞLUI
yaseminavci@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK
gfeyzakendir@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU
Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammet Emin ORDU
muhammet.ordu@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Musa Aygöl
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

<p>Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk Faculty of Law, Yeditepe University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Mustafa Akkaya Faculty of Law, East. Mediterranean University Famagusta, North Cyprus</p>
<p>Prof. Dr. Mustafa Aksu Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay Faculty of Law, Antalya Bilim University Antalya, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Şahin Akıncı Faculty of Law, İstanbul Comm. University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Mehmet Altunkaya Faculty of Law, Akdeniz University Antalya, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Ömer Anayurt Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Zekeriyya Arı Faculty of Law, Bursa Uludağ University Bursa, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Ramazan Arslan Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Murat Atalı Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Yavuz Atar Faculty of Law, İbn Haldun University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Leyla Ateş Faculty of Law, Altınbaş University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Mustafa Avcı Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Murat Aydoğdu Faculty of Law, Dokuz Eylül University İzmir, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Rıza Ayhan Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University Tekirdağ, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Faruk Bilir Personal Data Protection Authority Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Halil Cin Faculty of Law, Ufuk University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Hayrettin Çağlar Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Serkan Çınarlı Faculty of Law, İzmir Bakırçay University İzmir, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Abdullah Dinçkol Faculty of Law, Doğuş University İstanbul, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Vahit Doğan Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Ayhan Döner Faculty of Law, Erzincan B.Y. University Erzincan, Turkey</p>
<p>Prof. Dr. Fikret Eren Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p>Prof. Dr. Ali Erten Faculty of Law, Bilkent University Ankara Turkey</p>

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Ulsan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunalli
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhur Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Mart 2025

Publication Date: March 2025

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

Research Articles

- MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN MADDİ ZARARIN TAZMİNİ SORUNU VE TAZMİNAT KOMİSYONUNUN BU SORUNA ETKİSİ** 1-21
ISSUE OF THE COMPENSATION OF THE PECUINARY DAMAGE WITHIN BREACH OF RIGHT TO HAVE TRIAL IN REASONABLE TIME AND HOW THE COMISSION OF COMPENSATION EFFECTS IT
Mustafa Mahmut SOYLU
- ÇEKİN TEMİNAT AMACIYLA CİRO EDİLMESİ** 23-62
ENDORSEMENT OF CHECK AS A GUARANTEE PURPOSE
Sefa ER
- ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA GAZETECİLERİN KORUNMASI** 63-109
PROTECTION OF JOURNALISTS IN ARMED CONFLICTS
Anıl ÇAMYAMAÇ/ Muhammed Halid KAVAK
- ADİL YARGILANMA VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI BAĞLAMINDA TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN AVUKATLARI İLE İLETİŞİMLERİNİN GİZLİLİĞİNE YÖNELİK SINIRLAMALAR** 111-149
RESTRICTIONS ON THE CONFIDENTIALITY OF COMMUNICATIONS OF DETAINEES AND CONVICTS WITH THEIR LAWYERS IN THE CONTEXT OF RIGHT TO A FAIR TRIAL AND RESPECT FOR PRIVACY
Ozan Can ÖZBALÇIK
- TÜRKİYE'NİN GÖÇMEN POLİTİKALARI VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU** 151-179
TÜRKİYE'S MIGRANT POLICIES AND CRIME OF MIGRANT SMUGGLING
Murat BALCI/ Kerim ÇAKIR

- ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI: TÜRK HUKUKUNDA GÖZDEN GEÇİRİLMESİ GEREKEN BİR KONU** 181-205
PROHIBITION OF REFORMATIO IN PEIUS: A MATTER TO BE REVIEWED IN TURKISH LAW
Furkan KILINÇER
- OLAY YERİ İNCELEME İŞLEMİNE KARAR VERECEK MERCİ VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLANDIRILMASI SORUNSALI** 207-238
THE AUTHORITY TO DECIDE ON THE CRIME SCENE INVESTIGATION PROCEDURE AND THE PROBLEM OF LIMITATION OF THE RIGHT TO RESIDENTIAL IMMUNITY
Çiler Damla BAYRAKTAR
- İŞ HUKUKU BAKIMINDAN MOBBİNG: TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME** 239-261
MOBBING IN LABOR LAW: AN EVALUATION IN THE CONTEXT OF TURKISH LAW AND COMPARATIVE LAW
Özgür OĞUZ
- KRİPTO VARLIKLARIN GELİR VERGİSİ VE KATMA DEĞER VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ** 263-310
EVALUATION OF THE STATUS OF CRYPTO ASSETS WITH REGARDS TO INCOME TAX AND VALUE ADDED TAX
Ali ÇELİKKAYA
- YAPAY ZEKANIN KARAR VERME SÜRECİNDE KULLANILMASI** 311-348
USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN DECISION MAKING PROCESS
Betül ÇATAL

**KIYMETLİ EVRAK HUKUKU IŞIĞINDA TÜKETİCİNİN
KAMBİYO SENEDİYLE BORÇLANMASI** 349-389

THE CONSUMER'S DEBT BY BILL OF EXCHANGE IN THE
LIGHT OF NEGOTIABLE INSTRUMENT LAW

Ş. Esra KİRAZ

**ALACAĞIN TAHSİLİ AMACIYLA YAĞMA SUÇUNUN
HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU SUÇ İLE KİŞİYİ
HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU ARASINDAKİ
FİKRİ İÇTİMA İLİŞKİSİ** 391-434

THE LEGAL CHARACTERISTIC OF ROBBERY FOR THE COL-
LECTION OF DEBT AND THE IDEAL CONCURRENCE WITH
THE OFFENCE OF DEPRIVATION OF LIBERTY

Ertuğrul ÜNAL

**TÜRK VERGİ HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI DELİL:
YARGI KARARLARI DOĞRULTUSUNDA BİR
DEĞERLENDİRME** 435-477

UNLAWFUL EVIDENCE IN TURKISH TAX LAW: AN
EVALUA-TION IN ACCORDANCE WITH JUDICIAL
DECISIONS

Serdar ŞAHİN

**DİSİPLİN SORUŞTIRMALARINA İLİŞKİN İPTAL
DAVALARINDA MÜŞTEKİ AÇISINDAN MENFAAT İHLALİ** 479-500

VIOLATION OF INTEREST FROM THE PERSPECTIVE OF THE
COMPLAINANT IN ANNULMENT SUITS IN DISCIPLINARY
PROCEEDINGS

Asuman ÇAPAR

**ARSA SAHİBİNE, YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM
SATIN ALAN KİŞİLERE KARŞI DAVA AÇMA HAKKI
TANIYAN VE AVANS TAPU UYGULAMALARI OLARAK
BİLİNEN YARGITAY KARARLARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ** 501-558

ANALYSIS OF COURT OF CASSATION RULINGS ON THE
LANDOWNER'S RIGHT TO FILE LAWSUITS AGAINST

BUYERS OF INDEPENDENT UNITS FROM THE CONTRACTOR, BASED ON THE SO-CALLED 'ADVANCE OWNERSHIP TRANSFER' PRACTICE

Şahin AKINCI

ULUSLARARASI HUKUKUN KARA DELİĞİ”: İSRAİL VE 559-576
“KÜRESEL VİCDANIN UMUT IŞIĞI”: ULUSLARARASI
CEZA MAHKEMESİ

“THE BLACK HOLE OF INTERNATIONAL LAW”: ISRAEL AND “GLIMMER OF HOPE FOR GLOBAL CONSCIENCE”: THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Selcen ERDAL

DİJİTAL HAKLARIN HAKLAR SİSTEMATİĞİ İÇİNDEKİ 577-614
KONUMU VE DEVLETİN SORUMLULUK ALANI

POSITION OF DIGITAL RIGHTS IN THE RIGHTS SYSTEM AND THE AREA OF RESPONSIBILITY OF THE STATE

Onur HAMURCU

A PERSPECTIVE ON THE DEBATE ABOUT JUSTICE 615-629
BETWEEN SOCRATES AND CALLICLES: IMPLICATIONS
FROM AL-FARABI

SOKRATES İLE KALLİKLES ARASINDAKİ ADALET TARTIŞ-
MASINA DAİR BİR PERSPEKTİF: FARABİ'DEN ÇIKARIMLAR

Burçin AYDOĞDU

İSKOÇ CEZA HUKUKUNDA ADLİ TEŞKİLAT 631-660

JUDICIAL ORGANIZATION IN SCOTTISH CRIMINAL LAW

Rahime ERBAŞ/ Neslihan CAN YAVUZ

UZLAŞTIRMA KURUMU KAPSAMINDA “BELİRLİ 661-708
HİZMETLERİN GEÇİCİ SÜREYLE YERİNE GETİRİLMESİ”
EDİMİNİN İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU İLE İŞ
SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKU KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE ACT OF “TEMPORARY PERFORMANCE OF CERTAIN SERVICES” WITHIN THE

SCOPE OF THE CONCILIATION INSTITUTION WITHIN THE
SCOPE OF LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW AND
OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY LAW

Namık Kemal TOPÇU/ Ayşegül EKİN

**KONUT KİRA SÖZLEŞMELERİNDE KİRAYA VERENİN
ALT KİRA VE KULLANIM HAKKININ DEVRİNE İLİŞKİN
RIZASI** 709-744

CONSENT OF THE LESSOR FOR THE TRANSFER OF
SUBLEASE OR RIGHT OF USE IN RESIDENTAL LEASE
AGREEMENTS

Cannur ERCAN

**PANOPTİKON TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE 2022 SONRASI
İRAN'DAKİ HICAP YASAKLARI UYGULAMALARININ
ANALİZİ** 745-775

ANALYSIS OF HIJAB BAN PRACTICES IN IRAN AFTER 2022
IN TERMS OF PANOPTICON THEORY

Gamze AKSAN/ Shakib ZARBİGHALEHHAMMAMİ

**ALGORİTMİK ADALET: ULUSLARARASI HUKUKTA
YAPAY ZEKA HAKİMLİĞİ** 777-815

ALGORITHMIC JUSTICE: ARTIFICIAL INTELLIGENCE JUDI-
CIARY IN INTERNATIONAL LAW

Ayşe Yaşar ÜMÜTLÜ

**OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA YAZILI DELİL
OLARAK HÜCCET** 817-847

HUJJAT (LEGAL DEED) AS WRITTEN EVIDENCE IN OTTO-
MAN PROCEDURAL LAW

İbrahim ÜLKER

**ÖNLEME ARAMASI İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN CEZA
MUHAKEMESİNDE KULLANILABİLMESİ** 849-876

ADMISSIBILITY OF EVIDENCE OBTAINED BY PREVENTIVE
SEARCH IN CRIMINAL PROCEDURE

Cem ŞENOL/ Merve ŞAHİN AKDEMİR

Araştırma Makaleleri
Research Articles

MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN MADDİ ZARARIN TAZMİNİ SORUNU VE TAZMİNAT KOMİSYONUNUN BU SORUNA ETKİSİ

Av. Mustafa Mahmut SOYLU *

Öz

Adaletin sağlanması, adil bir şekilde yargılamanın yapılmasıyla mümkündür. Adil bir şekilde yargılamanın gerçekleşmesi ise birden fazla unsurun varlığını aramaktadır. Bu unsurlardan bir tanesi makul sürede yargılanma hakkıdır. Bu makalede, adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkı ve bu hakkın 1982 Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında anlam ve kapsamı irdelenecektir. Yazının devamında makul sürede yargılanma hakkı ihlâlinin tespitinde T.C. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında belirttiği unsurlar örnek kararlarla açıklanacaktır. Son bölümde ise ilgili hak ihlâlinden kaynaklı maddi tazminatın tespiti, hükmedilmesi, takdir ve tahsil edilebilmesine ve iç hukuk telafi yollarına ilişkin güncel sorunlar, ulusal ve uluslararası mevzuat ile karşılaştırmalı hukuk sistemleri aracılığıyla ele alınacak ve T.C. Adalet Bakanlığına bağlı Tazminat Komisyonunun işbu sorunlara etkisiyle ilgili değerlendirmelerde bulunulacaktır.

* Yüksek Lisans Öğrencisi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye | Post Graduate Student, Özyeğin University Institute of Social Sciences, İstanbul, Türkiye.

✉ mustafa.mahmut.soylu@gmail.com • ORCID 0009-0000-5208-3141.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SOYLU, Mustafa Mahmut: “Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlalinden Doğan Maddi Zararın Tazmini Sorunu ve Tazminat Komisyonunun Bu Soruna Etkisi”, SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 1-21.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Adil Yargılanma Hakkı • Makul Süre • Maddi Tazminat • Tazminat Komisyonu • Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

ISSUE OF THE COMPENSATION OF THE PECUINARY DAMAGE WITHIN BREACH OF RIGHT TO HAVE TRIAL IN REASONABLE TIME AND HOW THE COMISSION OF COMPENSATION EFFECTS IT

Abstract

In order to provide justice, there must be fair trial which requires multiple elements of fair trial to exist together. One of the key elements of such right is right to have trial in reasonable time. One In this essay, first of all there will be examination of the one of the key element of right to have fair trial, right to have trial within reasonable time, in the light of European Court of Human Rights and Constitutional Court of Turkey Republic decisions. Then, we will handle the borders and factors that taken into account in terms of detection of breach of the right, again in light of European Court of Human Rights and Constitunional Court of Turkey Republic decisions. In the last part of the essay, there will be evaluation of problems that we are facing about the process of detection, giving a verdict and collection of the compensation of pecuinary damages and how the existance of the Comission of Compensation in dependance of Ministry of Justice of the Turkey Republic has effected the current problems so far.

Keywords

• Right to Have Fair Trial • Reasonable Time • Pecuary Compensation • Comission of Compensation • European Court of Human Rights

GİRİŞ

Her ne kadar yargı erkinin varlığı gerek devlet gerekse bünyesinde bulundurduğu bireyler açısından toplum huzurunun sağlanması için kritik bir rol taşımaktaysa da yargı erkine başvurma hususu, muhatapları için birden fazla nedenden ötürü yıpratıcı olabilmektedir. Devletin, bünyesinde barındırdığı bireylere yönelik hükmünün en belirgin yanı olan yargı organlarının varlığı dahi bireylerin, haklarını talep ederken dahi normalden daha tedirgin ve gergin olmasına neden olmaktadır. Bunun doğal nedenlerinden bir tanesi de yargılama konusu olan unsurların pek çok sefer tarafların hayatlarıyla önemli derecede ilişkili olmasıdır. Buna

rağmen bireylerin, devletin yargısına başvurmadaki en büyük motivasyonu, adil bir şekilde yargılanmanın gerçekleşmesi ve haklı olması halinde hak taleplerini efektif bir şekilde elde edebilmesidir.

Günümüzde yargılama sürecinin uzun olması nedeniyle yargı sisteminin kalitesini olumsuz olarak etkilediği gözlemlenmektedir.¹ Yargılama uzadıkça bireyin adalete erişme hissiyatı ve ihtimalinin giderek azalması ve bunun sonucunda hak ihlâlinin doğumu söz konusu olmaktadır.

Yargılamanın uzun sürmesi, doğurduğu hak ihlâlleri bakımından zaman geçtikçe daha çok dikkate alınması gereken bir husus haline gelmiştir. Nitekim AİHM'e yapılan başvurulara ilişkin istatistiklere bakıldığında, 1988 – 2000 yılları arasında 4.044'ten 26.398'e yaklaşık yüzde beş yüz bir artış sağlandığı sadece 2000 yılı için ise karara bağlanana başvuruların yüzde yetmişinin makul sürede yargılanma hakkının ihlâline ilişkin olduğu görülmektedir. Yine, bu sayının 2000 yılı sonrası için daha da arttığı gözlemlenmektedir.²

AİHM'e yapılan ihlâl başvuruları Türk hukuku açısından da önem arz etmektedir. Nitekim AİHM'e yapılan başvurularda Türkiye aleyhine ihlâl veya dostane çözüm kararı verilen çok sayıda başvuru bulunmaktadır.³

Adil bir yargılama sonucunda meşru olan hak talebini⁴ efektif olarak elde edemeyeceğini düşünen birey, çoğu kez hakkının kapsamını daraltacak hatta bazı durumlarda özüne dahi zarar verecek alternatif sonuçlara yönelebilmektedir. Bu nedenle yargılamanın makul sürede tamamlanması, adil bir yargılama için elzem bir durumdur.⁵ Nitekim Avrupa

¹ HENDEK, Hasan, *Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık (2016), s.21.

² HENDEK, a.g.e. s. 186.

³ AKDENİZ, Galma, KALEM, Seda, "Vatandaşın gözünden Mahkemeler, Katılım Tutumları ve Güven", *Adalet Gözet, Yargı Sistemi Üzerinde Bir İnceleme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1.Baskı, 2009,s.56. AİHM, Mansur v. Türkiye Başvuru No: 16026/90, 08.06.1995 para. 70, Yağcı ve Sargın v. Türkiye Başvuru No: 16419/90 – 16426/90, 08/06/1995, para. 68-70, Pekdaş v. Türkiye, Başvuru No: 31960/96, 30.10.2001, para. 21 başta olmak üzere Türkiye aleyhine yapılan başvurularda ihlal veya dostane çözüm kararı verilmiştir.

⁴ GÜLÇÜR, Abdulkadir, *AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi*, MÜHFAD 24(1) 2018, s.153.

⁵ KAŞIKARA, M. Serhat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılama Hakkı*, TBBD, (84), 2009, s.243.

İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS/Sözleşme) adil yargılanma hakkı tanımlanırken makul sürede yargılanmanın adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğu dile getirilmiştir. İki unsurun birlikteliği ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından⁶ ortaya konmuştur.

Makul sürede yargılanma hakkının hak sahiplerine sağlanabilmesi bakımından inceleme yapıldığında, yerel mahkemelerden istinaf mercilerine, hatta ilamların icrası ve ceza yargılamasındaki soruşturma aşamalarında dahi gerek bireysel gerek kurumsal yükümlülüklerin çeşitli nedenlerle tam olarak yerine getirilmediğini görülmektedir.

Nitekim AYM'ye yapılan başvurulara ilişkin 2012 – 2023 arası istatistiklere⁷ göz atıldığında yaklaşık 580.000 başvuru yapıldığı, bu başvuru sayısının 144.000'inin makul sürede yargılanma hakkının ihlâlinden kaynaklandığı görülmektedir. Yine 10 yıl içerisinde verilen 72.560 ihlâl kararının 56.443'ünün makul sürede yargılanma hakkının ihlâlinden kaynaklandığı görülmektedir. Bu bağlamda makul sürede yargılanma hakkının ihlâllerinin gerek AYM'e gerek AİHM'e yapılan başvurular nezdinde çözüme ulaştırılması gereken öncelikli bir sorun olduğu yorumunu yapmak isabetli olacaktır.

Bu duruma paralel olarak AYM, diğer yetkili makamların iş yoğunluğundan kaynaklanan başvurular nedeniyle büyük bir iş yoğunluğuyla karşı karşıya kalmıştır. Öyle ki, birden fazla kez yasa çıkartılarak geçici olarak alternatif bir iç hukuk yolu oluşturmaya çalışmak suretiyle salt makul sürede yargılama hakkı ve buradan doğan zararın tahsiline yönelik alacaklardan oluşan derdest başvurular, 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun ile kurulan ve Adalet Bakanlığına bağlı olarak faaliyet gösteren İnsan Hakları Tazminat Komisyonuna yönlendirilmiştir. Burada eleştirilmesi gereken husus ise Kudla v. Polonya başvurusunda AİHM'in tespit ettiği doğrultuda efektif bir iç hukuk yolu oluşturulmasının hedeflenmesi gerekirken uygulamaya yansıyan hususun fazla olan başvuru sayısının oluşturduğu yükten kurtulmak gibi yüzeysel bir yaklaşıma evrilmiş olmasıdır.

⁶ AİHM, Kudla v. Polonya B. No: 30210/96, 26.10.2000 para. 122.

⁷ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/> erişim tarihi 27.11.2024.

Değerlendirmeyi kısaca açıklamak gerekirse geriye dönük⁸ etkili yasa çıkararak derdest olan başvuruların tamamı sözde bir efektif iç hukuk yolu olduğu için kabul edilemez hale gelmektedir. Bu iç hukuk yoluna yönlendirilmesi için 3 aylık bir süre tanınmıştır. İlgili komisyona yapılan başvuruların ne kadar sürede sonuçlanacağını belirsizliğini bir kenara koymakla birlikte belirtmemiz gereken bir husus da başvurunun reddi halinde Anayasa Mahkemesine yeniden başvuru yapılması gerekecek olmasıdır. Bu süreçte geçecek olan süre de düşünüldüğünde salt Anayasa Mahkemesine yapılan makul sürede yargılanma hakkının ihlâlüne dair bireysel başvurularda dahi makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğini söylemek mümkün olacaktır.

Buna karşın 2 Mart 2024'te yürürlüğe giren 7499 sayılı Kanun ile Tazminat komisyonunun kalıcı hale getirildiyse de bu durum komisyonun işleyişinin düzenlenmesi bakımından yeni sorunların doğmasına neden olmuştur. Bu soruna ilerleyen aşamalarda değineceğiz.

Diğer bir sorun da makul sürede yargılanma hakkına dair Sözleşme ve Mahkeme ilkelerinin yargı kurumlarınca yeterince benimsenmemesidir. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde hukuk sisteminin kalanıyla yeknesak olmaktan uzak prosedürleri gerekçe göstererek⁹ başvuruları değerlendirmekten kaçınmıştır. Bu davranışsal benzerlik sonucunda AİHM'den önceki tek efektif iç hukuk yolunu da etkisiz hale getirilmiştir. Bu durum, salt Türkiye başvuruları yönünden AİHM'in iş yükünün artmasına neden olmuş olmasının yanı sıra

⁸ Her ne kadar prosedüre dair bir yasa değişikliği olsa da geriye dönük vurgusunun yapılması nedeni, yasa hükmünün geçici olması ve sınırlı bir süreliğine uygulanması, ileri tarihte yapılacak başvurular adına bir sonuç doğurmamasıdır. Nitekim 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun ile Tazminat Komisyonu kurulmuş, daha sonra 7145 sayılı Yasanın geçici 2. maddesi ve 7445 sayılı Yasanın 40. maddesiyle hükümlerle görev tanımı ilgili dönemlere ait derdest başvuruların denetimi ile sınırlandırılmıştır.

⁹ AYM, Hüseyin Aşkan Başvurusu, Başvuru No: 2017/15649, 21.07.2020, para 22 vd. Mahkemenin süreye ilişkin kabul edilemezlik kararlarının emsalini oluşturan bu içtihat yargı kararı evrakının UYAP üzerinden "tıklanmasını" esas almış ve o zamana kadar tebligatı esas alan yaklaşımını terk etmiştir. Süreler nezdinde iç hukukun genelinde tebligat usulü esas alırken bireysel başvurular özelinde site üzerinden tıklanmayı esas alınması, ilgili konudaki yeknesaklığı ortadan kaldırmakla kalmamış, teyit edilebilirlik konusunda yeni problemleri doğurmuştur. Bu nedenle mahkemenin bu yaklaşımı, birden fazla boyutuyla hukukta belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

başvurucuların da efektif olarak menfaatini elde edebilmesinin önüne geçmiştir.

Yargı organlarındaki iş yoğunluğunun önemli nedenlerinden bir tanesi de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin dayatılmasındaki başarısızlıktır. Nitekim arabuluculuk, kamu denetçiliği, uzlaştırma gibi gönüllülük esasının¹⁰ sürecin özünü oluşturan çözüm yöntemleri, dava açılması yönünden “zorunlu” hale getirilmiştir. Bu durum, tarafların empati ve ortak noktada buluşma gibi prensiplerden uzaklaşmasına neden olmuştur. Dolayısıyla işbu uygulamalar, sağlanması gereken etkiyi sağlayamamış ve yargılama için zaman harcanan bir başka prosedür haline gelmiştir.

Somatlaştırdığımız işbu güncel sorunlar, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ihlâllerin derinliğini etkilediği gibi hak ihlâlinden kaynaklanan zararın tazmini hususunu da olumsuz yönde etkilemektedir. Bu bağlamda tespit edilecek tazminata dair prensiplerin açıklamasına geçmeden önce hakkın tanımı, kapsamı ve ihlâline ilişkin unsurların açıklanması isabetli olacaktır. Nitekim hak ihlâllerinde tespit edilebilen maddi tazminat, ihlâl edilen hakkın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmeli, mevcut durumda olduğu gibi hak ihlâli ve tazminat hususları birbirinden tamamen bağımsız olarak değerlendirilmemelidir.¹¹ Zira telafi mekanizması bulunmayan bir insan hakları sistemi, herhangi bir uygulanabilirliği söz konusu olmadığından içi boş bir söz haline gelecektir.¹²

I. SÖZLEŞME VE ANAYASA NEZDİNDE MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

AİHS m. 6/1’de düzenlenen makul sürede yargılanma hakkı, Sözleşmenin ruhuna yansıyan belirlilik ilkesi ve bu ilkenin yansıması olan adil yargılanma hakkının bir alt başlığı niteliğindedir. Sözleşme hükmünde makul süre kavramına ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Buna karşın AİHM kararında, makul sürede yargılanma hakkından kastın bireylerin tarafı olduğu yargılamanın sürüncemede kalmaması ve bu şekilde ortadaki sonuçsuzluğun getirdiği belirsizlikten doğan maddi zarar

¹⁰ YILDIRIM, Ferhat, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.99.

¹¹ AYM, Selahattin Akyıl Başvurusu, Başvuru No: 2012/1198, 07.11.2013, para.65.

¹² HENDEK, a.g.e. s.185.

ile endişe duygusunun önüne geçilmesi ve yargıya güvenin korunması olduğu açıklanmıştır.¹³

Buna karşın Sözleşmede de Mahkeme kararlarında da ne kadar sürenin “makul” olarak atfedildiğine dair tek kıstasın olmadığı gözlemlenmektedir.¹⁴ Mahkemenin kararlarında belli bir zaman dilimini tek başına makul süre olarak nitelendirmemesinin nedenini Sözleşmenin ilgili düzenlemesindeki makul süre ifadesini tanımlamamasını, genişletici şekilde yoruma açık bırakılmasına dayandırmaktadır. Zira Sözleşme Madde 6/1’deki düzenlemenin aksine, Madde 5/3’teki tutukluluk ve gözaltı sürelerinin makullüğüne dair düzenlemede makul süre kavramının belirli olması beklenmekte ve dar yorumlanmaktadır.¹⁵

Türkiye’deki bağlayıcı hukuk ele alındığında, AİHS m.6’da düzenlenen makul sürede yargılanma hakkının Anayasa m.36’da hak arama hürriyeti başlığı altında zımnen de olsa güvence altına almıştır.¹⁶ Makul süre kavramına ilişkin bir tanım mevzuatta yer almamasına karşın AYM’nin makul sürede yargılanma hakkının yorumlanmasındaki yaklaşımı AİHM kararları ile paralel doğrultudadır.¹⁷ Nitekim AYM bir kararında makul sürede yargılanma hakkı için “**tarafaların uzun süren yargılama nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntıdan korunması**”¹⁸ şeklinde kanaatimizce de isabetli bir tanımlama yapmıştır.

Bununla birlikte, Anayasada, AİHS’te devlete tanınan pozitif yükümlülük genişletilmiştir.¹⁹ Öyle ki, Anayasa m.141’in son fıkrasına bakıldığında yargı organlarına davaların en az giderle ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlanması için daha bariz bir yükümlülük atfedildiği görülecektir.

¹³ AİHM, H v. Fransa, Başvuru No: 10073/82, 24.10.1989, para. 58.

¹⁴ **SMOLEJ**, Mirka, *Time Management in Nordic Courts: Review of Proposals and Policies Aimed at Reducing Delays in Courts, Time Management of Justice Systems, a Northern Europe Study*, Avrupa Konseyi Yayınları, Strazburg, 2007, s.18, 20.

¹⁵ AİHM, Stögmüller v. Avusturya, Başvuru No: 1602/62, 10.11.1969, para. 5.

¹⁶ AYM, Güher Ergun vd. Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, 02.07.2013, para. 38.

¹⁷ **EMSALGÜL**, Doğan, Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Verdiği İcra ve İflas Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi, AÜHFD, 68(1), 2019, s.102.

¹⁸ AYM, Güher Ergun vd. Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, 02.07.2013, para. 40.

¹⁹ **İNCEOĞLU**, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa)*, **İNCEOĞLU**, Sibel (Editör), 3.Baskı, İstanbul, 2013, s. 220.

II. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİNİN TESPİTİNDE DİKKAT EDİLEN HUSUSLAR

Yargılamanın makul sürede tamamlanmasının tespiti, birtakım kıstaslar vasıtasıyla ölçülmekle birlikte bu kıstasların kendisi de her zaman sabit veya objektif değildir. Bu nedenle mahkemece yapılan incelemelerde de birden fazla kıstasın somut olayın koşullarına bağlı olarak incelendiği söylenebilecektir.

Nitekim AİHM, kararlarında somut olayı esas alarak makul sürede yargılamanın yapılıp yapılmadığına dair 3 aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır.²⁰ Bunlar yargılamanın karmaşıklığı, başvuruçunun tutumu ve yetkili makamların tutumudur.²¹ AYM'de tarafına yapılan başvurularda AİHM içtihatlarına paralel olarak hukuk yargılamaları²², idari yargılamalar²³ ve ceza yargılamaları²⁴ yönünden verdiği pilot kararlarında benzer ilkeleri benimsemiştir.

Belirtmek gerekir ki somut olay nezdinde makul süre tespit edilirken kullanılan ölçütlerden herhangi biri tek başına yeterli değildir. Bu ölçütlerin etkisinin de ayrıca belirlenmesi ve somut olaydaki geçen süreye olan toplam etkisine yönelik bir değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir. Nitekim yargılama sürecinde tek başına gerçekleştiğinde makul kabul edilebilecek olaylar birlikte değerlendirildiğinde makul görülme-yebilmektedir.²⁵

A. Geçen Sürenin Tespiti

Her ne kadar Mahkeme, kararlarında yargılamada geçen sürenin makullüğünü tek başına değerlendirmese de genel değerlendirmesinin

²⁰ **KARAHAN**, İlyas, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk Hukukunda Makul Sürede Yargılanma Hakkı*, Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.29.

²¹ **KARAHAN**, a.g.e. s.29.

²² AYM, Güher Ergun vd. Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, 02.07.2013 para. 41.

²³ AYM, Selahattin Akyıl Başvurusu, Başvuru No: 2012/1198, 07.11.2013.

²⁴ AYM, B.E. Başvurusu, Başvuru No: 2012/625, 09.01.2014 para.33 vd.

²⁵ **İNCEOĞLU**, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*. Avrupa Konseyi, 2018, s.270.

kapsamında tutmaktadır.²⁶ Bu nedenle sürenin tespiti bakımından yargılamanın ne zaman başladığı ve ne zaman bittiğini tespit etmek de önem arz etmektedir.

Buna göre, davanın yetkili yargılama makamı önüne götürülmesi ile sürenin başladığı kabul edilmektedir.²⁷ Belirtmek gerekir ki burada yetkili yargılama makamından kasıt salt mahkeme olarak nitelendirilmekte, mahkeme öncesinde başvurulması gereken kurumların varlığı söz konusuysa sürenin bu kurumlara başvuru tarihinin başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.²⁸

Bu bağlamda ceza yargılaması bakımından da şüpheli veya sanığın yargılamanın konusu suç isnadına maruz kaldığı anın süre tespitinde başlangıç anı olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.²⁹

Sürenin bitiş anı olarak her ne kadar genel olarak kesin hükmün verildiği tarih dikkate alınmaktadır.³⁰ Bununla birlikte verilen hüküm, bireyin aradığı hakkı elde edebileceğini öngörüyorsa sürenin bitiş tarihi olarak bireyin yargı makamlarında aradığı hakkı efektif olarak elde edebildiği tarih olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu doğrultuda icra edilebilir mahkeme kararları bakımından ilamın icrası süreci de yargılama süresine dahildir.³¹ Bu yaklaşımın esas alınmasının nedeni, sözleşmeye taraf devletlerin hakkın yerine getirilmesi hususundaki keyfiliği engelleme yükümlülüğünün bulunmasıdır.³²

Bununla birlikte, ceza yargılaması bakımından (ki kanaatimizce hukuk ve idari yargılamalarda da kabul edilmesi gereken) makul sürenin sonlandığı kabul edilen tarih, bireysel başvuru yapılmış olması halinde

²⁶ AİHM, Prozsak v. Polonya Başvuru No:25056/84, 16/12/1997, para 30 – 31, Mahkeme, hak ihlaline ilişkin başvuruyu irdelemeden önce geçen zaman diliminin tespiti bakımından ayrı bir değerlendirme yapmıştır.

²⁷ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İNCEOĞLU, Sibel (Editör), s. 278.

²⁸ AİHM, Poiss v. Avusturya, Başvuru No:9816/82, 23.04.1987 para. 50 - 52.

²⁹ AİHM, Eckle v. Almanya, B. No: 8130/78, 15/07/1982 para. 73 – 75, AYM, B.E. Başvurusu, Başvuru No: 2012/625, 09.01.2014 para. 34.

³⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İNCEOĞLU, Sibel (Editör), s.279.

³¹ AİHM, Di Pede v. İtalya Başvuru No: 15707/89, 26.09.1996 para. 24.

³² ÇAYAN, Gökhan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı*, TAAD, 8(28), s.263.

AYM'nin (veya yine başvuru yapılmış olması halinde AİHM'in)³³ ilgili başvuru ile verdiği karar tarihidir.

Geçen sürenin tespitinin önemli olduğu bir başka konu da başvuruya nasıl etkisi olacaktır. Nitekim AİHM, Sözleşmeden doğan ihlalleri değerlendirme noktasında iç hukuktaki "efektif" yolların tükenmesi şartını aramaktadır. Her ne kadar çoğu hak için bu ön şart genel geçer nitelik taşısa da makul sürede yargılanmaya ilişkin bir istisna söz konusudur. Şöyle ki;

Türkiye özelinde örnek vermek gerekirse, temel hak ihlâline dair bireysel başvuru yapılması için benzer ön şartlar aranmakla birlikte Türk hukukunda makul sürenin aşılmasına ilişkin efektif bir iç hukuk yolunun olmaması³⁴ nedeniyle ilgili ihlâle dair ancak doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmekteydi.³⁵ Hal böyleyken, makul süreyi aştığı öngörülen derdest olan davalar bakımından da tek efektif iç hukuk yolu AYM başvurusu olduğu, sonuç alınamaması halinde AİHM'e başvurulabileceği kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, makalenin ilerisinde yeniden değineceğimiz üzere, iç hukuk yolunun varlığının tek başına yeterli olup olmadığı husususun tartışma konusu olduğunu söylemekte fayda olacaktır.

B. Davanın Karmaşıklığı

Davanın karmaşıklığına ilişkin nitelendirmede yalnızca hukuki açıdan değil maddi olay bağlamında da değerlendirme yapılır. Buna göre, davanın konusu, hukuki çözümü veya prosedüre dair karşılaşılan zorluklar davanın karmaşıklığına işaret eder.³⁶

Davanın karmaşıklığı halinde makul sürenin aşılmasında devlete sorumluluk yüklenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Buna karşın, davanın karmaşıklığına ilişkin unsurların yanında farklı sebeplerin de var-

³³ AİHM, B.E. Başvurusu, Başvuru No: 2012/625, 09.01.2014 para.34

³⁴ AİHM, Bahçeyaka v. Türkiye, Başvuru No: 74463/01, 13.07.2006 para. 27 – 29.

³⁵ 7499 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun ile ilgili yapılan değişiklikler sonucu T.C. Adalet Bakanlığının uzantısı olan Tazminat Komisyonunun sürekli olarak faaliyete geçmesiyle birlikte bir iç hukuk yolu niteliğinde olduğu söylenebilecektir

³⁶ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İNCEOĞLU, Sibel (Editör), s.280.

lığı söz konusuysa bu noktada sözleşme hükmünün ihlâli söz konusu olacaktır.³⁷ Belirtmek gerekir ki, davanın karmaşıklığı hususu değerlendirilirken, adaletin yerine getirilme ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.³⁸

C. Başvurucunun Tutumu

Makul sürede yargılanma hakkının ihlâlinden söz edebilmek için yargılama sürecindeki gecikmelerin Devletten kaynaklanması şartı aranmaktadır.³⁹ Buna göre özel hukuk yargılamalarında başvurucunun iç hukuk imkanlarını kullanırken gecikmelere dair gerekli özeni göstermediği anlaşıldığı hallerde devletin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Altı çizilmesi gereken bir durum ise ceza davalarında başvurucunun tutumudur. Nitekim sanığın, iddia ve karar makamlarıyla doğal olarak işbirliği yapma yükümlülüğü olmadığı gibi işbirliği yapmadığı hallerde geçen süreden başvurucunun sorumlu tutulamayacağını kabul etmek gerekecektir.⁴⁰ Zira aksi halde şüpheli veya sanığın susma hakkı ile makul sürede yargılanma hakkı arasında bir çatışma yaratılmış olacaktır.

Yine belirtmek gerekir ki, muhakeme süreçlerinde başvurucuları çoğu zaman avukatların temsil ettiği varsayımıyla, avukatların meslek hayatlarının olağan akışı ve doğal iş yükü gereği kapsamında mesleki yardımlaşma adı altında tarafların birbirine yardımcı olmaya eğilimli olmaları, tek başına gecikmeden sorumluluk atfında etken olarak değerlendirilmemelidir.

D. Yetkili Makamların Tutumu

İnceoğlu'na göre "Mahkeme, ortaya çıkan her bir hareketsiz dönemi ayrı ayrı değerlendirmektedir."⁴¹ Yargılamanın esası veya usulüne dair herhangi işlemdeki gecikmelerde yetkili makam veya kişilerin bu gecikmelerden sorumlu olduğunu belirtmek gerekecektir. Buradaki yetkili

³⁷ AİHM, Mansur v. Türkiye, Başvuru No: 16026/90, 08.06.1995, para. 64.

³⁸ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İNCEOĞLU, Sibel (Editör), s.280.

³⁹ AİHM, Proszak v. Polonya, Başvuru No: 25086/94, 16.12.1997, para 46 – 51.

⁴⁰ AİHM, Yağcı ve Sargin v. Türkiye Başvuru No: 16419/90 – 16426/90, 08/06/1995 para 66.

⁴¹ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İNCEOĞLU, Sibel (Editör), s.282.

makamdan kasıt yalnızca yargısal başvuru yolu bağlamındaki yargı mercileri değil, sürece etkisi olan idari ve varsa siyasal makamların tutumunu da kapsamaktadır.⁴²

Devlet, doğal olarak kendi idari ve yargı kurumlarından kaynaklanan gecikmelerden sorumlu tutulacaktır. Nitekim makul sürede yargılanmanın güvencesini tanıyan devlet, yansıması olan tüm kurumlarında yargılamanın efektif, dikkatli ve süratli gerçekleştirilmesinden de sorumludur.

Devletin bu sorumluluğunun bir diğer ayağı ise başvurucudan veya yetkili makamlardan kaynaklanmayan gecikmelerdir. Esasen görülen davanın diğer taraflarının neden olduğu bu tür gecikmelerden de devletin sorumlu olduğunu kabul etmek gerekecektir. Zira yargılamanın genel akışı devlet makamlarının himayesindedir. Bu nedenle başvurucudan kaynaklanmayan her türlü (neredeyse) gecikmeden devletin sorumlu tutulması gerektiğini söylemek de isabetli olacaktır.

Devletin makul sürede yargılamaya dair sorumluluğunun bu denli geniş tutulmasının önemli bir sebebi, yargı sistemlerinin makul sürede yargılama yapabilecek şekilde tasarlayabilmek adına kendilerine yüklenen pozitif yükümlülüğünün mevcut olmasından kaynaklanmaktadır.⁴³

III. HAK İHLALİNE İLİŞKİN MADDİ TAZMİNAT TALEPLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDEKİ SORUNLAR

Makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edilmesinin sonuçlarından bir tanesi de bu süreçten doğan zararın tazmininin sağlanmasıdır. Bu bağlamda AİHS Madde 41’de AİHM tarafından sözleşme veya protokollerin ihlâl edilmesine karar verilmesi halinde ihlâli gerçekleştiren Sözleşme tarafının işbu ihlâlden doğan sonuçları **ancak kısmen** ortadan kaldırıyorsa zarar gören lehine adil bir miktarda tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda Sözleşmedeki hükmü, tazminat hususunda ilk olarak iç hukuka bakılması gerektiğini, ilgili iç hukukun başvurucunun ihlâlden doğan zararını tam olarak karşılamaya elverişli olmaması halinde tazminata hükmedilebileceği şekilde yorumlamak mümkündür.⁴⁴

⁴² TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 17. Baskı, 2018, s.213, İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 288.

⁴³ HENDEK, a.g.e. s.88.

⁴⁴ TATLIDİL, Sıla, *Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı - Sürenin Aşılması ve Sonuçları*, TBBD, (143), 2009, s. 41.

Bu bağlamda bahse konu adil tazminatın hükmedilmesi için gereken şartlar, ihlâlin varlığı, ihlâlin meydana getirdiği olumsuz sonuçların tamamen ortadan kaldırılmamış olması ve tazminatın ödenmesinin **gerekli görülmesi**⁴⁵ olarak belirlenmiştir.⁴⁶ Burada gerekli görülme şartına vurgu yapılmasının sebebi, hak ihlâlinin tespit edilmiş olsa da tazminata hüküm görülmemesinin söz konusu olabilmesinden kaynaklanmaktadır.⁴⁷ Bu durumu kısaca özetlemek gerekirse gerek AYM gerek ise AİHM tarafına yapılan başvuruların çoğunda başvuruçuların tazminat talepleri, yapılan bireysel başvurunun özü olan ihlâl edildiği ileri sürülen haktan ayrıştırılıp ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.⁴⁸ Hak ihlâli ile tazminatın hükmedilmesi hususlarının birbirinden ayrılması görüşüne katılmamaktayız. Nitekim bu yaklaşımın sonucunda talep edilen tazminata ilişkin ispat külfeti başvuruçuya yüklenmekte ve yapılan bireysel başvuruların çoğunda bu ispat külfeti yerine getirilmediği için maddi tazminat talebi ya reddedilmekte ya da talep edilen / reel değer kaybına oranla sembolik kalacak miktarlarda tazminata hükmedilmektedir. Bu konuda gerek AİHM gerekse AYM tarafından hatalı bir yönelim sergilenmesini iki merci tarafından da günümüze dek tazminat kurumuna tutarlı ve gerekçeli bir yaklaşım sergilenememiş olmasına bağlıyoruz.⁴⁹

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki özellikle konusu alacak ve sair ekonomik değere sahip olan yargılamalar bakımından yargılama süresinin uzaması, alacağın reel değerinin başta enflasyon olmak üzere birtakım etkenlerden kaynaklı olarak azalması ve maddi zararın meydana gelmesine neden olmaktadır.

Bu duruma dair AYM, tarafına yapılan bir bireysel başvuruda alacağa hak kazanılan tarih ile alacağın tahsil edildiği tarihi arasında geçen sürede reel değerinin azalmasının başvuruçuya "aşırı ve olağan dışı külfet" yüklemesi⁵⁰ halinde mülkiyet hakkının ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

⁴⁵ AİHM, Guzzardi v. İtalya Başvuru No:7367/78, 6.11.1980, para. 114.

⁴⁶ **FIKFAK**, Veronika, *Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state*, Leiden Journal of International Law, 33(2), 2020, s.339.

⁴⁷ **FIKFAK**, a.g.m. s.339.

⁴⁸ AYM, Selahattin Akyıl Başvurusu, Başvuru No: 2012/1198, 07.11.2013, para.65.

⁴⁹ **SHELTON**, Dinah, *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, DJCIL, 13(1), 2003, s.140.

⁵⁰ AYM, Volkan Kahırlı Başvurusu, Başvuru No: 2019/22730, 16/03/2022 para. 25.

Kanaatimizce AYM'nin ilgili bireysel başvuru nezdinde yaptığı değerlendirmeden ziyade hak kazanılan alacağın tahsili sürecini yargılamanın bir parçası olarak kabul eden AİHM'in ilgili içtihatlarına paralel olarak⁵¹ yargılama konusu unsurların reel değerini kaybetmesi, mülkiyet hakkı değil makul sürede yargılanma hakkının ihlâli kapsamında değerlendirilmesi ve doğan zarara göre başvurucu lehine maddi tazminata hükmedilmesi daha isabetli olacaktır.

Tazminat taleplerinin karşılanmasında başvurucuların tatmin edilememesi sorununu ortaya koymadan önce tazminat taleplerinin yasal dayanağından bahsetmek isabetli olacaktır. Nitekim tazmini çözüm yolunda hangi usulün uygulanacağına ilişkin devletlerin takdir hakkının varlığı söz konusudur.⁵²

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 50. maddesinin 2. fıkrasında;

“Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

Yine Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 79/1' de başvurucunun hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi halinde yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı takdirde başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilebileceği, tazminat miktarının tespitinin ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi halinde tazminata ilişkin karar verilmeksizin genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebileceği düzenlenmiştir.

Hal böyleyken mevcut mevzuat, özellikle AYM'nin ihlâl kararı verdiği hallerde tazminata hükmedebileceğini veya tazminatın tespiti için genel mahkemelere dava açılması yolunu gösterebileceğini düzenlemiş olmasına karşın AYM'nin ihlâl kararı verdiği başvurularda başvurucuları

⁵¹ AİHM, Di Pede v. İtalya Başvuru No: 15707/89, 26.09.1996 para. 35.

⁵² AİHM, Scordino v. İtalya Başvurusu Başvuru No: 36813/97, 29.03.2006, para. 200.

genel mahkemelerde dava açma yoluna yönlendirmediği görülmektedir.⁵³ Belirtmek gerekir ki mahkemenin bu tutumuna kısmen katılmaktayız. Zira başvurucunun 'makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiği varsaydığımızda' maruz kaldığı zararın tespitinin yapılması için başvurucuyu ilk baştan hakkını ihlâl eden yargı yoluna yeni bir dava açmak üzere yönlendirmek kanaatimizce makul olmaktan uzak bir uygulamadır. Buna karşın görüldüğü üzere AYM'nin bu yolun alternatifini olarak tutarlılık gösteren bir uygulaması bulunmadığı⁵⁴ gibi bu durum sembolik düzeyde tazminatların hükmedilmesine veya hak ihlâlinin tespit edilmesine karşın bir tazminata hükmedilmemesi sonuçlarını doğurmaktadır.

IV. TAZMİNAT KOMİSYONUNUN ETKİSİ

Geçtiğimiz kısımlarda bahsettiğimiz T.C. Adalet Bakanlığına bağlı Tazminat Komisyonunun varlığının hak ihlâllerinden doğan maddi tazminatın tahsil edilebilmesine olan etkisine değinmekte fayda olacaktır. Nitekim her ne kadar iç hukuk telafi yolu niteliğindeki kurumların varlığı, hak ihlâline ilişkin sistematik bir çözüm getirmemesi itibariyle eleştirilse de⁵⁵ tazminat verilmesine dair işbu kurumların varlığının özel bir yasayla düzenlenmesi, yargılamada makul sürenin aşılması problemini tartışma ve çözüm üretme anlamında daha görünür kıldığı⁵⁶ da bir gerçektir.

Nitekim yargılamanın hızlandırılması ya da zarar tazmin taleplerinin incelenmesi ve karara bağlanması işlemlerinin mahkemelerce yapılması zorunlu değildir.⁵⁷ Bu kapsamda Tazminat Komisyonu gibi kurum-

⁵³ AYM, B.E.Başvurusu Başvuru No: 2012/625, 09/01/2014, para 45 vd. Mahkeme, hak ihlâlinin varlığını tespit etmekle birlikte maddi tazminat hususunda ayrıca bir yargılama sürecine gerek görmemiş, yapılan başvuru nezdinde maddi tazminata ilişkin talebi mahkemece değerlendirilmiştir.

⁵⁴ **TATLIDİL**, a.g.m. s.42.

⁵⁵ **GALIC**, Ales, *Legal Remedies for The Protection of the Right to Trial within a Reasonable Time in Sloveina*, The Right to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights: Part One: Ways of Protection of the Right to Trial within Reasonable Time – Countries experiences, Round Table organised by the Slovenian Chairmanship, 2009, s.87.

⁵⁶ Report on The Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings, Adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session, Venice, 2006, para. 185 – 191.

⁵⁷ **CARMONA CUEANCA**, Encarna, *The Right to an Effective Remedy Before a National Authority: Problems of Interpretation (Art. 13 ECHR)*, Europe of Rights: A Compendium on the European of Human Rights, in Roca, Garcia, Javier, Santolaya, Pablo (ed.), 2012, s.454.

ların bir iç hukuk yolu niteliğinde olduğu kabul edilebilmektedir. Bununla birlikte iç hukuk yolunun varlığı tek başına yeterli olmayıp işbu iç hukuk yolunun teorik ve pratik anlamda etkin ve yeterli olması gerekmektedir.⁵⁸ İç hukuk yolunun etkin ve yeterliliği kapsamında dikkat edilen ölçüt, oluşturulan iç hukuk yolunun öngörülen amacı gerçekleştirmekte yeterliliğinin olup olmadığıdır.⁵⁹

Tazminat Komisyonunun, adından da anlaşılacağı üzere, tazmini çözüm yolunu esas alan bir iç hukuk yolu olması gerekmektedir. Bu bağlamda, tazmini çözüm yolunun etkinliği işbu 3 hususa bağlıdır. Tazminat sürecinin süresi, tazminatın ödenme hızı ve verilecek tazminatın miktarı.⁶⁰ Özellikle belirlenen tazminatın miktarının başvuruçunun mağdur sıfatının ortadan kaldırılmasına doğrudan bir etkisi olduğunu⁶¹ daha önce de belirtmiştik. Belirtilen tazminat miktarının makul kabul edilmesi, ilgili kararın ülkenin yasal gelenekleri ve yaşam koşulları çerçevesinde hızlı ve gerekçeli olarak verilmesi ve hızlı bir şekilde infaz edilebilmesine bağlıdır.

Bu bağlamda karar alınma ve infaz edilme süreçlerinin hızlı bir şekilde gerçekleşmemesi, başvuruçunun mağdurluğunu derinleştireceğinden işbu mağdurluğun giderilmesi için gereken tazminatın miktarının da yükseltecektir.

Tazminat Komisyonunun çalışma usul ve esaslarını düzenleyen 6384 sayılı yasada belirtildiği üzere Komisyon, yalnızca 5271 sayılı Yasa m.142/2 uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle doğan maddi zararın tazmini hususunu kapsamına almaktadır. Buna karşın Komisyon, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamalara ilişkin sadece manevi tazminat taleplerini inceleme kapsamına almaktadır. Bu yasal düzenlemenin doğrultusunda Tazminat Komisyonu, makul bir tazminat miktarını belirlemek

⁵⁸ HARRIS, David ve diğerleri, *Law of The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, İkinci Baskı, 2009, s.767; Scordino v. İtalya başvurusu, B. No: 97/36813, Büyük Daire Kararı No: 1, para. 189 – 192.

⁵⁹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s.201.

⁶⁰ CALVEZ, Françoise, REGIS, Nicolas, *Length of Court Proceedings in the Member States of the Council of Europe based on the Case Law of the European Court of Human Rights*, Nicolas Regis Edition (3rd), Strazburg, 2018, s.64.

⁶¹ AİHM, Scordino v. İtalya Başvurusu, para. 202.

bir yana, yukarıda sayılan yargılamalara ilişkin maddi tazminat talepleri için efektif bir iç hukuk yolu niteliğini dahi sağlamamaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Makul sürede yargılamanın gerçekleşmesi, uzun süren yargılamanın doğuracağı belirsizliğin taraflar üzerindeki maddi ve manevi olarak olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi bakımından son derece kritik bir öneme sahiptir. Gerek AYM, gerek AİHM ilgili hakka ilişkin oluşturduğu içtihatlarda bu durumu defaatle dile getirmiştir. Buna karşın uygulamada yargı mercileri ve bu mercilere bağlı olan diğer mercilerin süreç içerisindeki tutumu, başvuru sahiplerinin bulunduğu ülke olan Türkiye Cumhuriyeti'nin mevcut ekonomisinin durumu ile birlikte değerlendirildiğinde talep edilen herhangi bir hakkın veya uyumsuzluğun yargı yoluna taşınması doğal olarak tarafların hak kaybı sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun anlaşılabilir bir sonucu olarak başvuru sahipleri, sadece makul sürede yargılanma haklarının ihlâl edildiğinin tespiti değil, bu ihlâlden (haklarını efektif bir şekilde elde edememek) doğan zararlarının da taraflarına tazmin edilmesi beklentisiyle iç hukuk yolunun ön gördüğü şekilde ilgili mercilere başvuru yapmaktadır.

Tazmini telafi yöntemi, kanaatimizce başvuru sahibinin lehine olan yöntemlerden biri olup ulusal yargı sisteminde öncelikli tercih edilen yol olarak benimsenmelidir.

Buna göre maddi tazminat açısından, AYM'nin bireysel başvurularda hak ihlâlinin tespitini yapmakla yetinmesi ve başvuru sahiplerinin hak ihlâlinden kaynaklı zararlarının tazmini konusunda mevcut mevzuattan yeterince yararlanmaması, başvuru sahiplerinin ilk başta bireysel başvuru yapma motivasyonunu ortadan kaldırmaktadır. Kanaatimizce kabul edilmesi ve uygulanması gereken prensip, hak ihlâlinin tespitinin başvuru sahibinin nezdinde bir zararın doğduğunun karine olarak kabul edilmesidir.

Kaldı ki, başvuru sahibinin gördüğü zararın nedeninin devletin iç hukuk yollarını oluşturan sair yargı organları ve/veya bu organlara bağlı kurumlar olduğu ortadadır. Devlet – birey arasındaki ilişkide güç dengesinin doğal olarak devlet lehine ağır bastığı bilinen bir gerçektir. Hal böyleyken hak ihlâlinin bir karine olarak başvuru sahibinin nezdinde zarara neden olduğu ve bu zararın oluşmadığının ispatı külfetinin devlet kurumuna yüklenmesi gerektiği düşüncesi makul olmaktan uzak değildir.

Yukarıdaki karineye ilişkin değerlendirmemizin yanında uygulanması gereken bir diğer çözüm yöntemi de Tazminat Komisyonunun

maddi tazminat yönünden kapsamının genişletilmesi ve iç hukuk yolu niteliği kazandırılmasıdır. Böylece etkili ve kalıcı bir iç hukuk yolu oluşturulmuş olmakla ve hak ihlâli ile birlikte talep edilen tazminata ilişkin ilgili bilirkişi nezdinde nitelikli bir değerlendirmenin yapılması mümkün hale getirilmelidir. Bu izlenecek yolla tazmin edilecek miktarın hesaplanması süreci ile hak ihlâli tespitinin yapılması tek bir süreç içerisinde gerçekleşirken ilgili mercilere fazladan yük bindirilmemiş olacak ve bilirkişilerin işlevinde artış sağlanabilecektir.

Buna karşın mevcut yasal düzenleme, yalnızca ceza muhakemesindeki koruma tedbirlerine yönelik maddi tazminat taleplerinin komisyon nezdinde değerlendirilebileceğini öngörmekle ceza, hukuk ve idari yargılamalardaki uyumsuzlıklardan kaynaklanan maddi zararın tazmini konusunda bir boşluk oluşmasına neden olmuştur. Bu boşluğun bir sonucu olarak da başvurucular, mağdurluklarının giderilmesi bir yana zararlarının karşılanması için yürüttükleri işbu hukuki süreçten daha da mağdur ayrılmaktadır.

Belirtilmesi gereken bir husus da zarar ile tazmin edilecek miktar arasındaki oranın sağlanmasıdır. Nitekim her ne kadar tazminat kurumunun maksadının **doğan zararın tamamının karşılanması** olduğu kabul edilse dahi geldiğimiz noktada doğan zararların tamamının devlet tarafından karşılanması ya da doğuracağı olumsuz sonuçlar bakımından mantıksız olacaktır. Bu noktada, **zarar görenin zararı azaltma külfeti doğrultusunda hak ihlâlinden kaynaklı doğacak zararı azaltmak veya artmasını önlemek için gerekli makul tedbirleri alıp almadığı tespit edilmeli**, buna göre başvurucunun ve devleti temsil eden yargı kurumlarının hak ihlâline ilişkin ne kadar kusurlu olduğu sabit ve tutarlı bir kusur cetveli ile belirlenmelidir. Böylelikle tazminat miktarına hesaplanırken doğan zararın karşılanması ilkesini terk etmeden objektif kriterler doğrultusunda zarara uğrayanların zararı karşılanabilecektir.

KAYNAKÇA

AKDENİZ, Galma, **KALEM**, Seda, *Vatandaşın gözünden Mahkemeler, Katılım Tutumlar ve Güven, Adalet Gözet, Yargı Sistemi Üzerinde Bir İnceleme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1.Baskı, 2009.

CALVEZ, Françoise, **REGIS**, Nicolas, *Length of Court Proceedings in the Member States of the Council of Europe based on the Case Law of the European Court of Human Rights*, Nicolas Regis Edition (3rd), Strazburg, 2018.

CARMONA CUENCA, Encarna, *The Right to an Effective Remedy Before a National Authority: Problems of Interpretation (Art. 13 ECHR)*, Europe of Rights: A Compendium on the European of Human Rights, in Roca, Garcia, Javier, Santolaya, Pablo (ed.), 2012, s. 449 – 466.

ÇAYAN, Gökhan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 8(28), s.235 – 272.

DOĞAN, Emsalgül, *Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Verdiği İcra ve İflas Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi*, AÜHFD, 68(1), 2019

FIKFAK, Veronika, *Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state*, Leiden Journal of International Law, 33(2), 2020, s. 335-369.

GALIC, Ales, *Legal Remedies for The Protection of the Right to Trial within a Reasonable Time in Sloveina*, The RIGHT to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights: Part One: Ways of Protection of the Right to Trial within Reasonable Time – Countries experiences, Round Table organised by the Slovenian Chairmanship, 2009.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995.

GÜLÇÜR, Abdulkadir, *AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(1), 2018, s.197 – 214.

HARRIS, David, **O'BOYLE**, Michael, **BATES**, Ed and **BUCKLEY**, Carla, *Law of The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, İkinci Baskı, 2009.

HENDEK, Hasan, *Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2016.

İNCEOĞLU, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı*. Avrupa Konseyi, 2018.

İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa)*, **İNCEOĞLU**, Sibel (Editör), Beta Yayınları, İstanbul, 3.Baskı, 2013.

KARAHAN, İlyas, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk Hukukunda Makul Sürede Yargılanma Hakkı*, Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019.

KAŞIKARA, M. Serhat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılama Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (84), 2009, s. 231 - 259.

Report on The Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings, Adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session, Venice, 2006.

SHELTON, Dinah, *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, DJCIL, 13(1), 2003, s. 95 – 154.

SMOLEJ, Mirka, *Time Management in Nordic Courts: Review of Proposals and Policies Aimed at Reducing Delays in Courts, Time Management of Justice Systems, a Northern Europe Study*, Avrupa Konseyi Yayınları, Strazburg, 2007.

TATLIDİL, Sıla, *Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı - Sürenin Aşılması ve Sonuçları*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (143), 2019, s.9 - 50.

TANÖR, Bülent, **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 17. Baskı, 2018.

YILDIRIM, Ferhat, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

AİHM, Mansur v. Türkiye Başvuru No: 16026/90, 08.06.1995.

AİHM, Yağcı ve Sargın v. Türkiye Başvuru No: 16419/90 – 16426/90, 08/06/1995.

AİHM, Pekdaş v. Türkiye, Başvuru No: 31960/96, 30.10.2001.

AİHM, Kudla v. Polonya B. No: 30210/96, 26.10.2000.

AİHM, H v. Fransa, Başvuru No: 10073/82, 24.10.1989.

AİHM, Stögmüller v. Avusturya, Başvuru No: 1602/62, 10.11.1969.

AİHM, Proszak v. Polonya Başvuru No:25056/84, 16/12/1997.

AİHM, Poiss v. Avusturya, Başvuru No:9816/82, 23.04.1987.

AİHM, Eckle v. Almanya, B. No: 8130/78, 15/07/1982.

AİHM, Di Pede v. İtalya Başvuru No: 15707/89, 26.09.1996.

AİHM, Bahçeyaka v. Türkiye, Başvuru No: 74463/01, 13.07.

AİHM, Guzzardi v. İtalya Başvuru No:7367/78, 6.11.1980.

AİHM, Scordino v. İtalya Başvurusu Başvuru No: 36813/97, 29.03.2006.

AYM, Hüseyin Aşkan Başvurusu, Başvuru No: 2017/15649, 21.07.2020.

AYM, Selahattin Akyıl Başvurusu, Başvuru No: 2012/1198, 07.11.2013.

AYM, Güher Ergun vd. Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, 02.07.2013.

AYM, B.E. Başvurusu, Başvuru No: 2012/625, 09.01.2014.

AYM, Volkan Kahırlı Başvurusu, Başvuru No: 2019/22730, 16/03/2022.

Karar Arama (Ulusal ve Uluslararası Kaynaklar)

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 07/12/2024.

<https://hudoc.echr.coe.int> Erişim Tarihi 07/12/2024.

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/> Erişim Tarihi 27/11/2024.

ÇEKİN TEMİNAT AMACIYLA CİRO EDİLMESİ

Dr. Sefa ER*

Öz

Kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetinin oldukça yüksek olması ve alacak hakkı içermesi nedeniyle teminat amacıyla ciro edilmeleri yaygın bir durumdur. Bu kapsamda özellikle emre yazılı çekin de teminat amacıyla ciro edildiği görülmektedir. Ancak çek hakkında uygulanacak hükümlerin düzenlendiği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 818’de rehin cirosuna ilişkin TTK m. 689’a atıf yapılmamıştır. Üstelik Çek Kanunu’na eklenen geçici maddeyle getirilen ileri düzenleme tarihli çek uygulaması ile ödeme aracı niteliğindeki çek, piyasada kredi aracı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum karşısında çekin açık veya gizli rehin cirosu ile devredilip devredilemeyeceği hususu tartışmalı hâle gelmiştir. Özellikle çekte gizli rehin cirosu yapılamayacağı yönündeki Yargıtay kararları karşısında çekin teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla devrinin geçerliliği gündem oluşturmaktadır. Teminat amacıyla inançlı temlik cirosu ile gizli rehin cirosu birçok noktada benzer olsa da sonuçları itibariyle birbirinden farklıdır. Bu çalışmada çekin teminat amacıyla ciro edilmesi kapsamında çekte açık veya gizli rehin cirosunun geçerli olup olmadığı ve çekin teminat amacıyla inançlı temlik cirosu ile devredilip devredilemeyeceği üzerinde durulmuştur.

* Dr., Yargıtay Başkanlığı, Hukuk Genel Kurulu, Ankara, Türkiye | Dr., The General Assembly Of Civil Chambers Of The Court Of Cassation, Ankara, Türkiye.

✉ sefaer@hotmail.com • ORCID 0000-0002-5738-8224.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** ER, Sefa: “Çekin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi”, SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 23-62.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Kambiyo Senedi • Çek • Temlik Ciro su • Rehin Ciro su • İnançlı Temlik Ciro su

ENDORSEMENT OF CHECK AS A GUARANTEE PURPOSE

Abstract

It is common for negotiable instrument to be endorsed as collateral due to their high circulation capacity. However, since the provisions applicable to checks do not include a reference to the pledge endorsement, and checks have started to be used as a credit instrument with the temporary article added to the Check Law, the issue of whether a check can be transferred with a (open or secret) pledge endorsement has become controversial. Since the Turkish Supreme Court decisions do not accept the secret pledge endorsement on a check, the issue of whether a fiduciary assignment endorsement can be made for security purposes has become an issue. Although the "fiduciary assignment endorsement" and the "secret pledge endorsement" are similar in many points, they are different in terms of their results. This study focuses on whether an (open or secret) pledge endorsement on a check is valid and whether a check can be transferred with a fiduciary assignment endorsement for security purposes.

Keywords

• Negotiable Instrument • Check • Assignment Endorsement • Pledge Endorsement • Fiduciary Assignment Endorsement

GİRİŞ

Kişinin, kendisinin veya başkasının karşı karşıya kaldığı bir tehlikeyi (rizikoyu) üstlendiği sözleşmeler, teminat sözleşmesi olarak ifade edilmektedir¹. Alacaklıya sağlanan teminatın niteliği bakımından teminat sözleşmeleri, aynı teminat sözleşmeleri ve şahsi teminat sözleşmeleri olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Aynı teminat sözleşmelerinde borçlu belirli bir malvarlığını borcun garantisi olarak özgülemekte ve alacaklıya o malvarlığı üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği aynı bir hak tanımaktadır. Şahsi teminat sözleşmelerinden farklı olarak aynı teminat sözleşmelerinde *numerus clausus* ilkesi geçerli olup aynı teminat sözleşmelerinin

¹ TANDOĞAN, Hâluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 684; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 70; ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 1; NOMER, Hâluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2020, s. 316.

türleri arasında; taşınır, alacak ve taşınmaz (ipotek, irat senedi, ipotekli borç senedi) rehni gibi rehinler yer almaktadır².

Kambiyo senetlerinin rehninde senedin fiziki varlığından ziyade senedin temsil ettiği alacak hakkı rehnedildiği için kambiyo senetlerinin rehni, alacak rehni hükmündedir³. Alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin kurulması kapsamında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 955'te kıymetli evraka bağlanmamış alacakların rehnedilmesi düzenlenirken; TMK m. 956'da kıymetli evraka bağlanmış alacakların rehnedilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 689'da ise kambiyo senetlerinde rehin cirosu özel olarak yer almıştır.

Kambiyo senetlerinin teminat amacıyla devredilmesi "*rehin cirosu*" başlığı altında poliçeye ilişkin olarak TTK m. 689'da özel olarak düzenlenmiş; bononun niteliğine aykırı düşmemek koşuluyla uygulanacak poliçe hükümlerinin sayıldığı TTK m. 778'de TTK m. 689'a atıfta bulunulmuştur. Ancak çek hakkında uygulanacak hükümlerin düzenlendiği TTK m. 818'de rehin cirosuna ilişkin TTK m. 689'a atıf yapılmamıştır. Bu nedenle poliçe ve bononun rehin cirosuyla devri geçerli olarak kabul edilmesine rağmen çekin rehin cirosuyla devrinin geçerli olup olmadığı hususu tartışmalı hâle gelmiştir. Bu durum ayrıca çekin TMK m. 956 kapsamında rehnedilmesini ve dolayısıyla gizli rehin cirosunun geçerliliğini de tartışmaya açmıştır.

Kambiyo senetlerinin içerdiği alacağın teminat sözleşmesine konu edilebilmesi ve dolayısıyla teminat amacıyla devredilmesi genel olarak iki hâlde söz konusu olmaktadır. Bunun için ya senedin açık veya gizli rehin cirosu ile ya da teminat amacıyla inanca temlik cirosu ile devredilmesi gerekir. Bu çalışmada emre yazılı çekin teminat amacıyla ciro edilmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmuş; nama veya hamiline yazılı çek, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Özellikle çalışma kapsamında çekte açık veya gizli rehin cirosunun geçerli olup olmadığı ve çekin teminat amacıyla inanca temlik cirosu ile devredilip devredilemeyeceği üzerinde durulmuş; dış görünüş itibarıyla temlik cirosu olan bu iki ciroyu birbirinden ayırt etmek için dikkat edilmesi gereken hususlara değinilmiştir.

² NÖMER/ERGÜNE, s. 316.

³ SİRMEN, A. Lale, Alacak Rehni, 1. Baskı, Ankara 1990, s. 55-56; YILDIRIM, Hakan, Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 145.

I. ÇEKTE REHİN CİROSU

A. Genel Olarak

Rehin cirosu, poliçeye ilişkin olarak TTK m. 689'da; "*Ciro, "bedeli teminattır", "bedeli rehindir" ibaresini veya rehnemeyi belirten diğer herhangi bir kaydı içerirse, hamil, poliçeden doğan bütün hakları kullanabilir; fakat kendisi tarafından yapılan bir ciro ancak tahsil cirosu hükmündedir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre rehin cirosu, kambiyo senedinin içerdiği alacağın bir borca karşılık teminat gösterilmesi amacıyla yapılan ve kambiyo hukukuna özgü hüküm ve sonuç doğuran, senedin içerdiği alacak üzerinde rehin hakkı tesisi işlemidir⁴. Rehin cirosunda amaç, senedin içerdiği alacağın rehnedilmesi olduğundan senedi rehin cirosu ile devralan hamil, senedin veya senedin içerdiği alacağın mülkiyetini kazanamaz⁵. Rehin cirosuyla devralan sadece senedin içerdiği alacak hakkından bağımsız olarak, teminat altına alınan başka bir alacağın varlığına bağlı şekilde bir rehin hakkı kazanır⁶. Bu itibarla senedi rehin cirosu ile devralan hamil, senetten doğan bütün hakları kullanabilir ise de senedi ancak tahsil cirosu ile devredebilir (TTK m. 689/1). Dolayısıyla senedi rehin cirosu ile devralan hamil, rehin amacıyla sınırlı olarak, senedi ödeme için ibraz edebilir, protesto çekebilir, bedeli tahsil edebilir, başvuru borçlularına ödememeyi ihbar edebilir ve bunlara başvuru hakkı kapsamında başvurabilir⁷. Başka bir deyişle senedi rehin cirosu ile devreden ciranta hâlâ senedin ve senedin içerdiği alacak hakkının malikidir; ancak rehin cirosu ile devralana

-
- ⁴ ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 625; DOMANIÇ, Hayri, "Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu", Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, 1964, s. 519; İMREGÜN, Oğuz, Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2003, s. 73; DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 2, 4. Baskı, İstanbul 2004, s. 1885; KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Esaslar/Kambiyo Senetleri), 6. Baskı, İstanbul 2022, s. 227; AYTUĞAR, Bilge, "Çekte Rehin Cirosu ve Teminat Çeki Uygulaması", Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 163, 2020, s. 483; YILMAZ, Asuman, "Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu ve Rehin Cirosunun Teminat İşlemi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, 2011, s. 287.
- ⁵ BAUMBACH, Adolf/ HEFERMEHL, Wolfgang/ CASPER Matthias, Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs, 24. Auflage, München 2020, WG §19, Rn. 8; ELLENBERGER, Jürgen/NOBBE, Gerd/PAMP, Rüdiger, Kommentar zum Kreditrecht, 4. Auflage, 2023, BGB §1292, Rn. 8; KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 152.
- ⁶ ELLENBERGER/NOBBE/PAMP, BGB §1292, Rn. 8; ÖZTAN, s. 624.
- ⁷ DEVELİ, Emine, "Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 87; ÖZTAN, s. 625; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 9.

geçen haklarını kaybettiği için bu haklar nedeniyle devralan tarafından yapılması gereken işlemleri malik sıfatıyla yapamayacaktır⁸.

Ciro kaydında “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir” ibaresini veya rehni ifade eden diğer herhangi bir kaydı içeren rehin cirosu “açık rehin cirosu” olarak nitelendirilmektedir⁹. Başka bir deyişle açık rehin cirosundan söz edilebilmesi için senedin içerdiği alacağı, bir borca karşılık rehin vermek isteyen cirantanın bu iradesini ciro yapılırken senet üzerine, cironun içerisinde yansıtması gerekir. Ciroda hangi amaçla yapıldığını gösteren bir kayıt yer almıyorsa yapılan bu ciro kural olarak temlik cirosu niteliğinde olduğundan, cironun rehin amacıyla yapıldığını belirten bir ibarenin ciroda yer alması açık rehin cirosunun tespiti için önemli bir husustur¹⁰.

Buna karşılık gizli (örtülü) rehin cirosu; devreden ciranta ile devralan hamil arasındaki bir rehin sözleşmesine istinaden yapılan ancak rehne ilişkin hiçbir kayıt içermeyen cirodur¹¹. Açık rehin cirosunda olduğu gibi gizli rehin cirosunda da tarafların amacı senedin içerdiği alacak üzerinde rehin tesis etmektir; ancak bu amaç senet üzerinde belirtilmemektedir¹².

⁸ ÖZTAN, s. 625; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 8.

⁹ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 1. Baskı, Ankara 1970, s. 152; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 332; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Baskı, İstanbul 2018, s. 213; PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Ankara 2023, s. 196; SAYICI, Elif, Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, s. 56; ÖZTAN, s. 626; KINACIOĞLU, s. 152; İMREGÜN, s. 78; KENDİGELEN/KIRCA, s. 227; DEVELİ, s. 86; YILDIRIM, s. 196; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 7.

¹⁰ ÖZTAN, s. 571; KARAYALÇIN, s. 141; KENDİGELEN/KIRCA, s. 228; ELLENBERGER/NOBBE/PAMP, BGB §1292, Rn. 8.

¹¹ LANGENBUCHER, Katja/BLIESENER, Dirk H./ SPINDLER Gerald/ HAERTLEIN Lutz, Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage, 2020, BGB §1292, Rn. 6; ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet, Uygulamada Ticari Senetler, 3. Baskı, Ankara 1998, s. 372; GÜRBÜZ, A. Hulusi, Bankalarla Ticari Senetler İlişkisi, 1. Baskı, Ankara 1981, s. 79; KIRCA, İsmail, Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciroları, Ufuk Tekin (Editör), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2015, s. 95; PULAŞLI, s. 200; KENDİGELEN/KIRCA, s. 228; ÖZTAN, s. 631; KINACIOĞLU, s. 153; DOMANIÇ, s. 521; SİRMEN, s. 65; AYTUĞAR, s. 488; YILDIRIM, s. 201; ELLENBERGER/NOBBE/PAMP, BGB §1292, Rn. 9; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 16.

¹² HACİÖMEROĞLU, Abdülhamid Oğuzhan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 136; DOMANIÇ, s.

Bu şekilde yapılan rehin cirosu ile taraflar arasındaki rehin ilişkisi gizli kalmakta; dış görünüş itibariyle temlik cirosu yapıldığı izlenimi verilmektedir. Gizli rehin cirosunda dış görünüş itibariyle bir temlik cirosu söz konusu olsa da bu ciro ile sadece devralana senet üzerinde bir rehin hakkı kazandırılmakta; senedin veya senedin içerdiği alacağın mülkiyeti devredilmemektedir¹³.

TMK m. 956 ile kıymetli evrakta alacak hakkı üzerinde kurulacak rehin özel olarak düzenlenmiştir. Anılan madde; *“Hamile yazılı senetlerin rehni için senetlerin rehin alacaklısına teslimi yeterlidir. Diğer kıymetli evrakın rehni için senedin ciro edilmiş veya yazılı devir beyanı yapılmış olarak teslimi gerekir ”* hükmünü haizdir. Buna göre emre yazılı kıymetli evrakın içerdiği alacak hakkı üzerinde rehin kurulabilmesi için sadece ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yeterlidir. Burada bahsedilen ciro için rehni belirten ibarenin ciroya yazılmasına gerek bulunmamaktadır. Başka bir deyişle taraflar senet içerisindeki alacak üzerinde rehin kurmak amacıyla açık rehin cirosu yoluna başvurabilecekleri gibi aralarındaki rehin sözleşmesi gereğince dış görünüş itibariyle temlik cirosu da yapılabilecektir¹⁴. Bu itibarla TMK m. 956 ile yapılan düzenleme karşısında emre yazılı kıymetli evrakın ve dolayısıyla poliçe ve bononun gizli rehin cirosu ile devri mümkün görülmektedir¹⁵. Dolayısıyla TMK m. 956, gizli rehin cirosunun kanuni dayanağını oluşturmaktadır.

Açık rehin cirosu, cironun rehin amacıyla yapıldığını belirten bir ibare kullanılarak hem tam ciro hem de beyaz ciro şeklinde yapılabilir. Buna göre senedi açık rehin cirosuyla devralan kişinin adı yazılarak tam ciro şeklinde açık rehin cirosu yapılabileceği gibi sadece cironun rehin amacıyla yapıldığını gösteren bir ibare kullanmak suretiyle beyaz ciro

522; KENDİGELEN/KIRCA, s. 228; GÜRBÜZ, s. 79; KIRCA, s. 95; LANGENBUCHER/ BLIESENER/ SPINDLER /HAERTLEIN, BGB §1292, Rn. 6.

¹³ SCHÄRTL, Christoph, BeckOK BGB, 70. Edition, Stand. 01.11.2022, BGB §1292, Rn. 6; SCHÄFER, Frank L: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Sachenrecht §§ 854-1296, 9. Auflage, 2023, BGB §1292, Rn. 8; ÖZTAN, s. 632; SİRMEN, s. 65; KIRCA, s. 95; HACIÖMEROĞLU, s. 135; AYTUĞAR, s. 488.

¹⁴ MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 8; BeckOK BGB/SCHÄRTL, BGB §1292, Rn. 10; PULAŞLI, s. 200; KENDİGELEN/KIRCA, s. 228; ÖZTAN, s. 631; KINACIOĞLU, s. 153; DOMANIÇ, s. 521; SİRMEN, s. 65.

¹⁵ ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsun, Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2021, s. 189; POROY/TEKİNALP, s. 216; BOZER/GÖLE, s. 108; KINACIOĞLU, s. 153.

şeklinde açık rehin cirosu da yapılabilir¹⁶. Gizli rehin cirosunun da beyaz ciro veya tam ciro şeklinde yapılması mümkündür¹⁷. Ancak açık rehin cirosu senedin ön veya arka yüzüne veyahut da alonj üzerine yapılabilirken, gizli rehin cirosu ise görünüşte temlik cirosu şeklinde yapıldığından sadece senedin arka yüzüne veya alonj üzerine yapılabilmektedir¹⁸. Zira TTK m. 701/3 gereğince; muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır.

Maddi hukuk bakımından senedi gizli rehin cirosuyla rehnalan hamilin durumu, açık rehin cirosuyla senedi devralan hamilin durumu ile aynıdır¹⁹. TTK m. 689 gereğince senet borçlusunu hem açık rehin cirosu hem de gizli rehin cirosuyla devralan hamile karşı, devredene ileri sürebileceği def'ilere dayanamaz. Öte yandan hem açık rehin cirosunda hem de gizli rehin cirosunda devralan, senet üzerindeki alacağın mülkiyetine sahip olmadığı için gizli rehin cirosunda, dış görünüş itibariyle bir temlik cirosu söz konusu olsa da devralana karşı yapılan icra takiplerinde, senedi devreden ciranta senedin maliki olduğu için istihkak davası açmak suretiyle senet üzerindeki haczin kaldırılmasını, rehin sözleşmesinin varlığını ispat ederek talep edebilir²⁰.

Gizli rehin cirosu ile açık rehin cirosu arasındaki fark, senedi devralandan iyi niyetle iktisap eden üçüncü kişilerin korunması noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda hem açık rehin cirosu hem de gizli rehin cirosuyla senedi devralan hamil, mülkiyet hakkına sahip olamayacağı için, devraldığı bu senedi ancak tahsil cirosuyla devretmesi gerekir²¹. Açık

¹⁶ KINACIOĞLU, s. 153; ÖZTAN, s. 631-632; GÜRBÜZ, s. 83; KENDİGELEN/KIRCA, s. 228; SİRMEN, s. 65; HACİÖMEROĞLU, s. 135-136; YILMAZ, s. 290; MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 6.

¹⁷ ELLENBERGER/NOBBE/PAMP, BGB §1292, Rn. 8; MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 10; KINACIOĞLU, s. 153; ÖZTAN, s. 631-632; GÜRBÜZ, s. 83; KENDİGELEN/KIRCA, s. 227; SİRMEN, s. 65; HACİÖMEROĞLU, s. 135-136; YILMAZ, s. 290.

¹⁸ Senedin ön yüzüne ciro şerhi yazılarak atılan imza ciro anlamı taşır; aval olarak kabul edilmez. Bkz. ÖZTAN, s. 567.

¹⁹ ERGÜNE, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 45; ÖZTAN, s. 632; KIRCA, s. 95; KINACIOĞLU, s. 153; AYTUĞAR, s. 488; ELLENBERGER/NOBBE/PAMP, BGB §1292, Rn. 8; MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 10; MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 6; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 17.

²⁰ SİRMEN, s. 65.

²¹ MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 10; BOZER/GÖLE, s. 108; KENDİGELEN/KIRCA, s. 227.

rehin cirosunda senet üzerinde rehne ilişkin ibare yer alacağı için devralan tarafından üçüncü kişilere yapılan ciro, tahsil cirosuna ilişkin ibareleri taşımasa dâhi tahsil cirosu hükmünde olacaktır (TTK m. 689/1). Buna karşılık gizli rehin cirosu, görünüşte temlik cirosu şeklinde yapıldığı için devralandan senedi iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişi, rehin amacını senet metni üzerinden görememekte ve devralanı senedin maliki zannetmektedir²². Dolayısıyla gizli rehin cirosu ile senedi devralandan temlik cirosu ile senedi iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin, devralanın senet üzerinde mülkiyet hakkını haiz olduğuna dair güvenleri korunur ve bu kişiler senedin maliki olurlar²³. Senedi gizli rehin cirosuyla devralan cira, bu senedi sözleşmeye aykırı şekilde temlik (veya rehin) cirosuyla devrettiği için kendi cirantasına karşı aralarındaki sözleşme gereğince sorumlu olur²⁴.

Rehin cirosunun hüküm ifade edebilmesi için, rehin sözleşmesinin yanı sıra ayrıca ciro edilmiş senedin rehin amacıyla zilyetliğinin de devralana geçirilmesi gerekir²⁵. Başka bir deyişle senet üzerindeki ciro, tek başına senedin içerdiği hakkın rehnedilmesi sonucunu doğurmaz. Zira rehin cirosundaki tasarruf işlemi, ciro beyanıyla birlikte senedin zilyetliğinin rehnalana devredilmesidir. Nitekim TTK m. 647/1 gereğince; mülkiyet veya sınırlı bir aynı hak kurulması amacıyla kıymetli evrakın devri için herhâlde senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır.

Rehin cirosu, temlik ve tahsil cirosunda olduğu gibi senedi elinde bulunduran kişinin yetkili hamil olup olmadığının belirlenmesine imkân sağladığı için açık ve gizli rehin cirosunun da teşhis fonksiyonu mevcuttur. Buna karşılık açık ve gizli rehin cirosunun teminat fonksiyonuna sahip olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bir görüş²⁶ rehin cirosunun amacı ve ekonomik fonksiyonu gözetildiğinde teminat

²² CAN, Mertol, Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 102; BOZER/GÖLE, s. 108; KENDİGELEN/KIRCA, s. 227.

²³ CAN, s. 102; BOZER/GÖLE, s. 108; KENDİGELEN/KIRCA, s. 229; MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 7; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 17.

²⁴ MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 12; LANGENBUCHER/BLIESENER/SPINDLER/HAERTLEIN, BGB §1292, Rn. 6; ÖZTAN, s. 632; PULAŞLI, s. 200.

²⁵ POROY/TEKİNALP, s. 216; DOĞANAY, s. 1885; DOMANIÇ, s. 519; ÖZTAN, s. 626; GÜRBÜZ, s. 77; MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 6.

²⁶ KUBİLAY, Huriye, "Kambiyo Senetlerinin Rehni", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-4 (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı), 1988, s. 497; ÇATAKOĞLU, Buket, "İleri Tarihli Çekler Bakımından Rehin Cirosunun Tetkiki",

fonksiyonunun bulunduğunu, rehin cirosu ile devreden cirantanın amacının zaten devralana olan borcunu garanti etmek olduğunu, dolayısıyla rehin cirosu söz konusu olduğunda devralan hamilin devreden ciranta aleyhine kambiyo senetlerine özgü takip yoluyla başvuru yapamamasının tutarlı olmadığını belirtmektedir. Diğer bir görüş²⁷ ise, senedi rehin cirosuyla devralan hamilin rehnedir ciranta aleyhine sadece rehinle güvence altına alınan alacak hakkına dayanarak takip yapabileceğini veya dava açabileceğini, başka bir deyişle rehin cirosuyla senedi devralan hamilin kendi cirantasından önceki başvuru borçlularına kambiyo senetlerine özgü takip yoluyla başvurması mümkün ise de kendi cirantasına kambiyo senetlerine özgü takip yoluyla başvuramayacağını, zira senedin rehin cirosuyla devredildiği durumda cirantanın temlik cirosunun aksine bütün malvarlığı ile sorumluluk altına girmediğini, dolayısıyla rehin cirosunun teminat fonksiyonunun bulunmadığını savunmaktadır. Yargıtay kararlarında da senedi rehin cirosuyla devralan hamilin kendi cirantasına kambiyo senetlerine özgü takip yoluyla başvuramayacağı, ancak rehnedir ciranta dışındaki diğer senet borçlularına başvurusunun mümkün olduğu belirtilmektedir²⁸.

Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 7, S. 28, 2018, s. 787; **BOZGEYİK**, Hayri, Poliçede Müracaat Hakkı, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 46; **ÖZEL**, Bilal, Kambiyo Senetlerine Rehin Cirosu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2012, s. 103; **POROY/TEKİNALP**, s. 218; **KINACIOĞLU**, s. 153; **DOĞANAY**, s. 1889; **GÜRBÜZ**, s. 83; **YILDIRIM**, s. 284; **DEVELİ**, s. 92; **YILMAZ**, s. 305; **BOZER/GÖLE**, s. 109; **CAN**, s. 103; **DEVELİ**, s. 92; **SAYICI**, s. 86.

²⁷ **ERİŞ**, Gönen, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 254; **ARSLANLI**, Halil, Ticari Senetler Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 1954, s. 117; **MUŞUL**, Timuçin, "Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yoluyla Takip", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 7, S. 3, 1974, s. 608; **DOMANİÇ**, s. 535; **ÖZTAN**, s. 630; **PULAŞLI**, s. 201; **SİRMEN**, s. 75; **AYTUĞAR**, s. 490; **HACİÖMEROĞLU**, s. 146; **MüKoBGB/SCHÄFER**, BGB §1292, Rn. 8; **MüKoBGB/SCHÄFER**, BGB §1292, Rn. 7; **BAUMBACH/HEFERMEHL/ CASPER**, WG §19, Rn. 11.

²⁸ "...davalı, davacı banka ile kredi ilişkisi olan kişiye bu kredinin kullanılmasında vekaleten hareket etmekte ise de dava konusu senetlerin lehtarı olarak bu senetleri şahsen rehin cirosu ile davacıya teslim etmiştir. Ciroyu yapan davalının, banka ile kişisel bir münasebeti ve sözleşmesi yoktur. Şahsen senette yazılı borcu herhangi bir suretle temin ettiğini kabul etmek olanağı da yoktur. Bu itibarla senedi rehin cirosu ile elinde bulunduran davacı bankanın, rehnedir davalıya senet bedelinden dolayı müracaatı düşünülemez. Bu nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi kanuna aykırıdır..." Y. 11. HD, 10.02.1975, E. 1974/4592, K. 1975/848.

Kanaatimizce de rehin cirosunun teminat fonksiyonu bulunmamaktadır. Zira rehin cirosuyla senedi devralan hamil, senedin asıl alacaklısı değil rehin hakkı sahibi olduğundan rehin cirosu, senedin ödenmesi durumunda rehnedeki cirantanın garantisini içermemektedir. Öte yandan rehin cirosunda devreden cirantanın sorumluluğu rehin konusu senet ile sınırlı olup ödememeden dolayı şahsen sorumluluğu kapsamamaktadır. Rehin hukuku kapsamında rehin alacaklısının borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, rehin konusu şeyi rehinin paraya çevrilmesi hükümleri gereğince paraya çevirme hakkı bulunmaktadır. Her ne kadar rehin cirosunda devralan hamilin, kanunun verdiği tahsil yetkisi kapsamında senet bedelini senet borçlusundan tahsil etmesi, rehin hukuku anlamında bir tür rehinin paraya çevrilmesi olsa da²⁹ hamilin aynı yolla devredene başvurması mümkün değildir. Dolayısıyla rehin cirosuyla devralan hamil, senet bedelinin ödenmemesi hâlinde, diğer senet borçlularına başvurabilecek ise de kendi cirantasına başvuramaz.

B. Çekte Açık Rehinirosu

Yukarıda da bahsedildiği üzere poliçe ve bonoda açık rehinirosu, Kanun'un açık hükmü gereğince geçerli kabul edilmesine rağmen çekte açık rehinirosunun geçerli olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bir görüş³⁰; çek hakkında uygulanacak hükümlerin düzenlendiği maddede rehinirosuna atıf yapılmamış olsa da sonraki tarihli özel kanun olan 5941 sayılı Çek Kanunu'na eklenen geçici madde ile ticari hayatın gerekleri gözetilerek ileri tarihli çek anlayışının getirildiğini, ileri tarihli çeklere ilişkin bu anlayışın çeki kredi aracı hâline dönüştürdüğü, öte yandan çek ödeme aracı olarak kabul edilecek olsa dâhi çekin kısa vadeli rehin sözleşmesine her zaman konu yapılabileceğini, zira ta-

“...teminat amacıyla inanlı temlikirosu ile senedi iktisap eden hamil, senedin mülkiyetine sahip olduğundan kendi cirantası dahil senette kendisine karşı borçlu olan bütün kişilere kambiyo hukuku hükümlerine göre başvurma hakkına sahip olurken; senedi rehinirosu ile iktisap eden hamil, kendi cirantası dışında kalan senet borçlularına kambiyo hukuku hükümlerine göre başvuru hakkı bulunmaktadır...” Y. HGK, 24.04.2024, E. 2023/11-589, K. 2024/212.

²⁹ YILMAZ, s. 305.

³⁰ ÖZDAMAR, Mehmet/ GÖKTÜRK, Kürşat/ CAN, Mehmet Çelebi/ KAŞAK, Esra, Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 236-237; GÜLER, Ahmet Zahid, Kambiyo Senetlerinin Rehnedilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2023, s. 150; DOMANIÇ, s. 519, dn. 2; ARSLANLI, s. 116; PULAŞLI, s. 198; AYTUĞAR, s. 485 vd.; ÇATAKOĞLU, s. 796; DEVELİ, s. 96.

raflar çekin rehnedilmesi yönünde bir iradeye sahipse buna engel bir durumun bulunmadığını, çekin de tıpkı poliçe ve bonoda olduğu gibi açık rehin cirosu ile rehnedilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Diğer bir görüş³¹ ise çek hakkında uygulanacak poliçe hükümlerin düzenlendiği maddede rehin cirosuna atıf yapılmamış olmasının çekte rehin cirosuna izin verilmediği şeklinde yorumlanması gerektiğini, ayrıca çekte kısa ibraz sürelerinin söz konusu olduğunu ve çekin rehin konusu yapılmasının ödeme aracı niteliğine aykırılık teşkil edeceğini, her ne kadar Çek Kanunu'na eklenen geçici madde ile çekin piyasada kredi aracı olarak kullanılmasının önü açılmış ise de anılan maddenin geçici olduğunu, dolayısıyla çekte açık rehin cirosunun mümkün olmadığını savunmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki İsviçre Borçlar Kanunu'nda kıymetli evraka ayrılan Beşinci Kitabın Dördüncü Bölümünde (§990-1099) Kambiyo Senedi başlığı altında sadece poliçe (§990-1095) ve bono (§1090-1099) düzenlenmiştir. Çek ise Beşinci Bölümde (§1100-1144) ayrı bir başlıkta yer almıştır. Bu bölümde çekler hakkında uygulanacak poliçeye ilişkin hükümlerin belirlendiği §1143'te rehin cirosuna ilişkin §1009'a atıf yapılmamıştır. Alman Kambiyo Senetleri Kanunu'nda da çeke yer verilmemiş; çek Alman Çek Kanunu'nda bir bütün olarak ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca Alman Çek Kanunu'nda da rehin cirosuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Alman hukukundaki bu düzenleme 1931 tarihli Yeknesak Çek Kanunu Anlaşması'na uygundur. Zira ilgili anlaşmada çeke uygulanacak hükümlere atıf yapılması yerine çekin bir bütün olarak düzenlenmesi öngörülmüş ve rehin cirosuna da yer verilmemiştir. Bu nedenle Alman hukuku öğretisinde hâkim görüş çeklerin açık rehin cirosuyla devredilemeyeceği yönündedir³².

³¹ REİSOĞLU, Seza, Çek Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 184; KENDİGELEN, Abuzer, Çek Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 234; UÇAR BULUT, Gülnur Ceren, "Çekte Rehin Cirosu Bağlamında Gündeme Gelen Sorunlar", Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul 2019, s. 949; YAMAN, Rabiye, "Çekin Cirosu ve Hukuki Sonuçları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 85, 2013, s. 76; ÖZTAN, s. 1147; KINACIOĞLU, s. 281; KARAYALÇIN, s. 286; BOZER/GÖLE, s. 332 vd.; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 315; KENDİGELEN/KIRCA, s. 306; POROY/TEKİNALP, s. 336; YILMAZ, s. 288; KUBİLAY, s. 501; HACIÖMEROĞLU, s. 133; KIRCA, s. 91.

³² Bkz. MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 13; BAUMBACH/HEFERMEHL/ CASPER, ScheckG §23, Rn. 11.

Kanaatimizce de poliçe ve bonodan farklı olarak çekte açık rehin cirosu yapılması mümkün değildir. Bonoda poliçedeki rehin cirosuna ilişkin hükme açıkça atıf yapılmasına rağmen çekte atıf yapılmamış olması, kanunda bilinçli boşluk hâline örnek teşkil etmektedir³³. Zira mülga 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda çekin rehin cirosu ile rehnedilmesine ilişkin açık hükme yer verilmesine rağmen mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve TTK'da poliçedeki rehin cirosuna ilişkin hükme atıf yapılmamış olması kanun koyucunun bilinçli hareket ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla çekte rehin cirosuna atıf yapılmayarak çekin bir ödeme aracı olduğu gözetilmiş ve çekin rehin cirosuyla devredilerek ticari hayatta bir kredi aracı olarak kullanılması istenilmemiştir³⁴. Her ne kadar ileri düzenleme tarihli çek uygulaması olarak nitelenen Çek Kanunu'na eklenen geçici madde 3/5 gereğince 31.12.2025 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersiz ise de yapılan bu düzenleme ile çekin artık ödeme aracı olmaktan çıktığı söylenemez. Başka bir deyişle ileri düzenleme tarihli çek uygulaması ile bir nevi çekin piyasada kredi aracı olarak kullanılmasının önü açılmış olsa da yapılan düzenlemenin geçici nitelikte olması kanun koyucu tarafından çekin hâlen bir ödeme aracı olarak görüldüğünün göstergesidir. Dolayısıyla çek hakkında uygulanacak hükümlerin düzenlendiği TTK m. 818'de rehin cirosuna ilişkin TTK m. 689'a atıf yapılmamış olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Bu itibarla çekte açık rehin cirosu geçersizdir.

C. Çekte Gizli Rehinirosu

Açık rehin cirosunda olduğu gibi gizli rehin cirosunda da tarafların amacı senedin içerdiği alacak üzerinde rehin kurulmasıdır; ancak bu amaç senet üzerinde belirtilmemektedir. Bu şekilde yapılan rehin cirosu ile taraflar arasındaki rehin ilişkisi gizli kalmakta; dış görünüş itibariyle temlik cirosu yapıldığı izlenimi verilmektedir³⁵. Gizli rehin cirosunun kanuni dayanağını TMK m. 956 oluşturduğu için bahsedilen ciroda rehni belirten ibarenin yazılmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu itibarla çekte uygulanacak hükümlerin düzenlendiği maddede rehin cirosuna

³³ Aynı yönde UÇAR BULUT, s. 947; YILDIRIM, s. 332.

³⁴ Aynı yönde UÇAR BULUT, s. 947; YILDIRIM, s. 331.

³⁵ DOMANIÇ, s. 522; POROY/TEKİNALP, s. 213; GÜRBÜZ, s. 79; KIRCA, s. 95; HACİÖMEROĞLU, s. 136.

ilişkin TTK m. 689'a atıf yapılmamış olması çekte gizli rehin cirosunun geçerli olup olmadığına ilişkin tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki Türk hukukunda yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı çekte olduğu gibi poliçe ve bonoda da gizli rehin cirosunun geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır³⁶. Öğretide bir görüş³⁷; TTK'nın TMK'dan sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle TTK m. 689/1'in TMK m. 956/2'yi tamamladığını ve artık kambiyo senetlerinde rehin cirosuna ilişkin olarak TTK'nın uygulanması gerektiğini, dolayısıyla TMK m. 956/2'den hareketle TTK m. 689/1'de belirtilen şekil şartlarını bertaraf edecek şekilde gizli rehin cirosunun mümkün olmadığını belirtmektedir. Diğer bir görüş³⁸; kambiyo senetleri arasında bir ayırım yapılmadan, gizli rehin cirosunda dış görünüşte yapılan temlik cirosunun taraf iradelerini yansıtmaması nedeniyle muvazaalı bir işlem niteliğinde olduğunu ve geçersiz sayılması gerektiğini, tarafların gerçek iradesinin yansıtan rehin cirosunun ise TTK m. 689/1'e uygun yapılmadığı için geçersiz sayılması gerektiğini savunmaktadır.

Buna karşılık öğretilerdeki bir başka görüş³⁹ ise gizli rehin cirosunda dış görünüşte yapılan temlik cirosunun taraf iradelerini yansıtmaması nedeniyle muvazaalı bir işlem niteliğinde olduğunu ve geçersiz sayılması gerektiğini, ancak poliçe ve bonoda tarafların gerçek iradesini yansıtan rehin cirosunun ise TMK m. 956/2'da belirtilen şekil şartlarını sağladığı için geçerli olduğunu, zira görünürdeki işlem olan temlik cirosunun taraflar arasındaki rehin cirosunun şekil şartını TMK m. 956/2 anlamında yerine getirdiğini, bununla birlikte çekte açık rehin cirosu geçerli olmadığından gizli rehin cirosunun da geçerli olmadığını savunmaktadır. Poliçe ve bonoda bu görüşü savunan bazı yazarlar çekte açık rehin cirosunun

³⁶ Alman hukukunda poliçe ve bonoda gizli rehin cirosu yapılabileceği tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Bkz. **MüKoBGB/SCHÄFER**, BGB §1292, Rn. 8-12; **ELLENBERGER/NOBBE/PAMP**, BGB §1292, Rn. 8; **MüKoBGB/SCHÄFER**, BGB §1292, Rn. 7; **BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER**, WG §19, Rn. 1-2.

³⁷ **GENCER**, Abdullah Revaha, Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 202.

³⁸ **SİRMEN**, s. 65; **UÇAR BULUT**, s. 952.

³⁹ **ERDEM**, Nuri, "Kambiyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve Rehin Cirosu", Regesta, C. 6, S. 1, 2021, s. 147; **KIRCA**, s. 97.

geçerli olduğunu kabul ettikleri için gizli rehin cirosunun da geçerli olduğunu belirtirken⁴⁰, bazı yazarlar ise çekte açık rehin cirosunun geçerli olmadığını kabul etmekte ancak gizli rehin cirosunda görünüşteki temlik cirosunun muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu, rehin amacıyla yapılan temlik cirosunun ise şekil şartını gerçekleştirdiği için geçerli kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴¹.

Nihayet muvazaa hususuna hiç değinmeyen öğretilerdeki hâkim görüş⁴² ise görünüşte yapılan temlik cirosunun taraflar arasındaki rehin sözleşmesine istinaden teminat amacıyla kullanıldığını, zira maddi hukuk anlamında taraflar arasındaki ilişkinin bir rehin ilişkisi olduğunu, dolayısıyla rehnedenden ile rehnalan arasındaki rehin sözleşmesi gereğince rehne ilişkin bir ibare kullanılmaksızın yapılan gizli rehin cirosunun geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Alman hukukunda ise ağırlıklı olarak çekin açık rehin cirosuyla devredilemeyeceği görüşü ileri sürülse de genel hüküm niteliğindeki Alman Medeni Kanunu'nun §1292 gereğince gizli rehin cirosuyla devredilebileceği kabul edilmektedir⁴³.

Kanaatimizce gizli rehin cirosunda, görünürdeki işlem olan temlik cirosunun gerisinde bir rehin cirosu gizlendiğinden muvazaalı bir işlem söz konusudur. Burada taraflar görünürdeki temlik cirosunun gerisinde gerçek iradelerine uygun olarak rehin cirosu yaptıkları için nispi muvazaa vardır. Dolayısıyla rehin kurmak amacıyla yapılan dış görünüş itibarıyla temlik cirosu, muvazaa nedeniyle geçersizdir. Ancak poliçe ve bonoda tarafların gerçek iradelerini yansıtan rehin cirosu ise geçerli olacaktır. Başka bir deyişle tarafların hüküm ve sonuç doğurmasını istemedikleri dış görünüş itibarıyla temlik cirosu nispi muvazaa nedeniyle geçersiz olacakken, poliçe ve bonoda tarafların ortak iradelerini yansıtan ve çekte hüküm doğurması istenen rehin cirosu, hukuki işlemlerde gerekli unsurları taşıması şartıyla geçerli olacaktır. Zira TMK m. 956 gereğince emre yazılı kıymetli evrakin rehni için senedin ciro edilerek zilyetliğinin

⁴⁰ GÜLER, s. 163.

⁴¹ YILDIRIM, s. 335.

⁴² ÖZTAN, s. 1148; ARSLANLI, s. 118; KINACIOĞLU, s. 153; DOMANIÇ, s. 78; KENDİGELEN/KIRCA, s. 228; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 315; PULAŞLI, s. 200.

⁴³ MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 19; LANGENBUCHER/BLIESENER/SPINDLER/HAERTLEIN, BGB §1292, Rn. 7; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, ScheckG §23, Rn. 11.

karşı tarafa geçirilmesi yeterli olduğundan dış görünüş itibariyle temlik cirosunda uyulan şekil, gizli işlem olan rehin cirosunun da şekil şartını sağlamaktadır⁴⁴. Buna karşılık poliçe ve bonoda gizli rehin cirosu mümkün ise de çekte açık rehin cirosuna atıfta bulunulmadığı için gizli rehin cirosunun da geçerliliği söz konusu değildir. Başka bir deyişle gizli rehin cirosunda çekteki dış görünüş itibariyle temlik cirosu, muvazaa nedeniyle geçersiz olacaksa da tarafların gerçek iradelerini yansıtan rehin cirosu, çekte açık rehin cirosuna kanunen izin verilmediği için geçersiz olacaktır. Dolayısıyla emre yazılı kıymetli evrakın TMK m. 956 gereğince gizli rehin cirosuyla (dış görünüş itibariyle temlik cirosuyla) devredilmesi kural olarak mümkün olsa da, çek bu durumun bir istisnasını oluşturmakta ve çekte gizli rehin cirosunun yapılması da mümkün görünmemektedir. O hâlde çeki açık veya gizli rehin cirosuyla devralan kişi meşru hamil sıfatını kazanamayacaktır.

II. ÇEKTE TEMİNAT AMACIYLA İNANÇLI TEMLİK CİROSU

A. İnançlı Temlik Kavramı

İnançlı temlik, mevzuatta açıkça düzenlenmemekle birlikte sözleşme serbestisi gereğince Türk-İsviçre Hukuk sisteminde geçerli bir işlem olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda Türk hukukunda inanca temlikin kaynağını TBK m. 26 ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 05.02.1947 tarihli ve 1945/20 Esas, 1947/6 Karar sayılı kararı oluşturmaktadır. Buradan hareketle inanca temlik, inanan tarafın, kendisine ait bir malvarlığı değerini, idare edilmesi veya bir borca teminat teşkil etmesi amacıyla amaç gerçekleşince kadar veya belirli bir süre sonunda kendisine veya bir üçüncü kişiye iade edilmek üzere inanan tarafa yapılan kazandırmadır⁴⁵.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. KIRCA, s. 97; YILDIRIM, s. 203.

⁴⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 383; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 133; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s. 375; ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 120; ÖZKAYA, Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2013, s. 29; UYGUR, Atiye B, "Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, 2006, s. 172; ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017, s. 67; AYDINCİK, Şirin, "Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 1, 2006, s. 131.

İnançlı temlik, inanç sözleşmesi ve devir işlemi olmak üzere iki temel unsura sahiptir. İnanç sözleşmesi, inanan taraf ile inanılan taraf arasında yapılan ve sözleşme konusu hakka ilişkin tüm hususları belirleyen borçlandırıcı bir işlemdir⁴⁶. Devir işlemi ise inanan tarafın, inanç sözleşmesi gereğince bu sözleşmenin ifası amacıyla sözleşme konusu hakkı inanılan tarafa devretmesini kapsayan bir tasarruf işlemidir⁴⁷.

İnançlı temlik, inanç sözleşmesi ile güdülen amaç bakımından “saf inançlı temlik” ve “karma inançlı temlik” olmak üzere iki çeşittir⁴⁸. Saf inançlı temlik, inanan tarafın veya gösterdiği üçüncü bir kişinin yararına yapılan, inanılan tarafın elinde bulunan inanç konusunu inanan tarafın talimatına uygun olarak kullandığı temliktir⁴⁹. Saf inançlı temlikin temlini genel olarak vekâlet ilişkisi oluşturmakta olup özellikle bir alacağın tahsil amacıyla devri veya kambiyo senedinin tahsil amacıyla inançlı olarak ciro edilmesi veyahut da bir hisse senedinin idare edilmek üzere devrinde saf inançlı temlik söz konusudur⁵⁰. Karma inançlı temlik ise inanılan tarafın menfaati esas alınarak inanç sözleşmesine konu hakkın mülkiyetinin teminat amacıyla inanılan tarafa devri hâlinde söz konusu olur⁵¹. Bu kapsamda genellikle bir kredi alacaklısı olarak ortaya çıkan inanılan taraf, mülkiyetini elinde bulundurduğu inanç konusunu teminat amacıyla sınırlı olarak kullanma ve asıl alacak ödendiğinde inanç sözleşmesi gereğince inanan tarafa iade etme borcu altına girmektedir⁵². Uygulamada çok

⁴⁶ ARAL, Fahrettin, “Topyekün Temlik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 42, S. 1, 1992, s. 93-140; ÖZSUNAY, s. 120; EREN, s. 384; ÖZKAYA, s. 33; ATAMULU, s. 72; AYDINCIK, s. 162.

⁴⁷ ÖZTÜRK, Gülay, İnançlı İşlemler, 1. Baskı, Ankara 1998, s. 46; EREN, s. 384; UYGUR, s. 174; ATAMULU, s. 75; AYDINCIK, s. 164.

⁴⁸ EREN, s. 383; ÖZSUNAY, s. 44; ÖZTÜRK, s. 67; ARAL, s. 100; ÖZKAYA, s. 41; UYGUR, s. 178; ATAMULU, s. 71; AYDINCIK, s. 133.

⁴⁹ EREN, s. 383; ÖZSUNAY, s. 44; ÖZTÜRK, s. 67; ARAL, s. 100; ÖZKAYA, s. 41; UYGUR, s. 178; ATAMULU, s. 71; AYDINCIK, s. 133.

⁵⁰ EREN, s. 383; ÖZTÜRK, s. 71; ÖZSUNAY, s. 51; ÖZKAYA, s. 43.

⁵¹ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 1-2, 1999-2000, s. 678; SARIKAYA, Merve, “Teminat Senetlerinden Kaynaklanan Menfi Tespit Davalarında Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 35, S. 1, 2019, s. 217; EREN, s. 383; ÖZSUNAY, s. 137; AYDINCIK, s. 134; ÖZTÜRK, s. 110; ARAL, s. 100; ÖZKAYA, s. 44; UYGUR, s. 178; ATAMULU, s. 71.

⁵² EREN, s. 383; ÖZKAYA, s. 44; ÖZSUNAY, s. 37; OKTAY ÖZDEMİR, s. 662; ÖZTÜRK, s. 124; AYDINCIK, s. 136; YILDIRIM, s. 212.

yaygın olan kambiyo senetlerinin inançlı temlik cirosu ile devredilmesi de karma inançlı temlikin en tipik örneğini oluşturmaktadır⁵³.

Buradan hareketle bir alacağın teminat amacıyla inançlı temliki; inanan tarafın inanç sözleşmesine konu alacağını borcunun teminatı olarak inanılan tarafa devrettiği; inanılan tarafın da teminat amacına uygun bir şekilde alacağı kullanmayı ve teminat altına alınan borç ödenmediği takdirde devredilen alaktan yararlanmayı, borç ödendi ise teminat konusu alacağı inanan tarafa devretmeyi yüklediği bir temlik işlemidir⁵⁴. Teminat konusu alacağın sahibi; teminat altına alınan alacağın borçlusuna olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Başka bir deyişle teminat amacıyla inançlı temlikte inanan taraf, kendi borcuna teminat için alacağını devredebileceği gibi başka bir kişinin borcunu teminat altına almak amacıyla da alacağını devredebilir⁵⁵. Bu durumda alacağını teminat amacıyla devreden inanan taraf, teminat amacıyla devredilen alacağın borçlusuna ve teminat konusu alacağı inanç sözleşmesi gereğince devralan inanılan taraftan oluşan üçlü bir ilişki söz konusudur⁵⁶.

Her ne kadar amaç olarak benzer olsalar da teminat amacıyla inançlı temlikin rehin sözleşmesinden en önemli farkı teminat konusu alacağın mülkiyetinin inanılan tarafa devredilmesidir. Başka bir deyişle teminat amacıyla inançlı temlikte, inanılan taraf inanç sözleşmesine konu hakkın tam olarak maliki hâline gelmektedir⁵⁷. Zira teminat amacıyla inançlı temlikte amaç inanılan tarafa bir teminat sağlamak olsa da neticede inanılan taraf teminat sözleşmelerine nazaran daha fazla korunarak alacağın mülkiyet hakkının asıl sahibi olmaktadır. Böylece inanılan taraf alacağın maliki olduğundan bu alacak üzerinde, üçüncü bir kişiye devretmek de dâhil her türlü tasarruf yetkisine sahip olmaktadır⁵⁸. Ancak inanılan tarafın sahip olduğu bu yetkinin kapsamı iç ilişkide inanç sözleşmesiyle sınırlanmakta; inanç sözleşmesine konu alacağın kullanımı belirli

⁵³ ÖZSUNAY, s. 78; ÖZTÜRK, s. 75; REİSOĞLU, s. 185; SARIKAYA, s. 218; YILDIRIM, s. 212.

⁵⁴ EREN, s. 383; ÖZSUNAY, s. 45; ÖZTÜRK, s. 67; ARAL, s. 100; AYDINCIK, s. 136; OKTAY ÖZDEMİR, s. 658; GÜLER, s. 137.

⁵⁵ ÖZSUNAY, s. 45; ÖZTÜRK, s. 67; ARAL, s. 100; AYDINCIK, s. 136; GÜLER, s. 137.

⁵⁶ ÖZSUNAY, s. 45; ÖZTÜRK, s. 67.

⁵⁷ EREN, s. 386; ÖZSUNAY, s. 171; ÖZKAYA, s. 55; SİRMEN, s. 39; REİSOĞLU, s. 185; OKTAY ÖZDEMİR, s. 679; ÖZTÜRK, s. 148; ATAMULU, s. 77; AYDINCIK, s. 148-149.

⁵⁸ ÖZSUNAY, s. 173; OKTAY ÖZDEMİR, s. 679; ÖZTÜRK, s. 124.

şartlara bağlanmaktadır. İnanılan tarafın yetkisinin sınırlandırılması neticesinde inanç sözleşmesi kapsamında sadece iç ilişkide söz konusu olan inanan tarafa şahsi bir talep hakkı sağlamaktadır⁵⁹. Bu şahsi talep hakkı kapsamında inanan taraf, iç ilişkide inanç konusu alacağı, inanç sözleşmesi ile belirlenen teminat amacına uygun olarak kullanma yükümlülüğü altına girmektedir. Dolayısıyla inanan taraf alacak üzerinde ancak inanç sözleşmesi ile belirlenen amaç doğrultusunda tasarrufta bulunmaya yetkili olup teminat altına alınan borç ödendiği takdirde inanç sözleşmesine uygun olarak alacağı tekrardan inanan tarafa devretmekle yükümlüdür⁶⁰.

Öte yandan teminat amacıyla inançlı temlikte inanan taraf devredilen alacağın mülkiyet hakkını kazandığından, üçüncü kişilerle teminat konusu alacak üzerinde yaptığı işlemler geçerlidir. İnanan tarafın ise alacağı devralan üçüncü kişilere karşı, iyi niyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın, inanç sözleşmesinden kaynaklanan şahsi talep hakkını ileri sürmesi mümkün değildir⁶¹. Böyle bir durumda inanan taraf sadece inanç sözleşmesine aykırılık nedeniyle inanan tarafa karşı TBK m. 112 gereğince tazminat davası açabilir.

B. Teminat Amacıyla İnançlı Temlik Ciro

Yukarıda bahsedildiği üzere kıymetli evrakın da teminat amacıyla inançlı temlik ile devredilmesi mümkündür. Kıymetli evrakta inançlı temlikin devir unsuru; emre yazılı senetlerde ciro ve zilyetliğin devri ile hamiline yazılı senetlerde senedin teslimi, nama yazılı senetlerde yazılı devir beyanı ve zilyetliğin devri ile gerçekleşir⁶². Özellikle kambiyo senetlerinin teminat amacıyla inançlı temlik ile devri bankacılık uygulamasında çokça başvurulan bir yöntemdir⁶³. Kambiyo senetleri kanunen emre yazılı senetlerden olduğu için bu senetlerin teminat amacıyla inançlı temlik ile devredilmesi görünüşte temlik ciro ile yapılmaktadır. Görünüşteki bu temlik ciro ise teminat amacı taşıyan inanç sözleşmesine dayanmaktadır.

⁵⁹ EREN, s. 384; ÖZSUNAY, s. 44; ÖZTÜRK, s. 67; ARAL, s. 100.

⁶⁰ EREN, s. 386; UYGUR, s. 181; SİRMEN, s. 39; OKTAY ÖZDEMİR, s. 680; ÖZTÜRK, s. 149; AYDINCIK, s. 132; ATAMULU, s. 68.

⁶¹ EREN, s. 382; ÖZSUNAY, s. 45; ÖZTÜRK, s. 67; ARAL, s. 100.

⁶² ÖZTAN, s. 632; OKTAY ÖZDEMİR, s. 662; KIRCA, s. 95; SİRMEN, s. 66; AYTUĞAR, s. 491; ÖZTÜRK, s. 133; DEVELİ, s. 85; YILDIRIM, s. 219.

⁶³ ARAL, s. 100.

Teminat amacıyla inançlı devirde olduğu gibi teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda da senedi devralan hamil (inanılan taraf), teminat amacıyla senedin içerdiği alacağın mülkiyetini kazanmaktadır. Başka bir deyişle teminat amacıyla yapılan inançlı temlik cirosu kapsamında yapılan kambiyo sözleşmesinde taraflar, devralana senet üzerinde rehin değil, mülkiyet hakkının tanınması hususunda anlaşmaktadır⁶⁴. Dolayısıyla görünüşte temlik cirosu ile devredilmiş, ihtiva ettiği haklar devralanın mülkiyetine geçmiş bir kambiyo senedindeki ciroyu, rehin olarak telakki etmeye imkân bulunmamaktadır⁶⁵.

Diğer hak ve alacakların teminat amacıyla inançlı temlikinde olduğu gibi kambiyo senetlerinin teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda da senedi devralan hamil, senet üzerinde mülkiyet hakkı kazanmış olsa da iç ilişkide mülkiyet hakkını kullanımı, inanç sözleşmesinde belirtilen teminat amacıyla sınırlandırılmıştır⁶⁶. Başka bir deyişle senedi teminat amacıyla inançlı temlik cirosu ile devralan hamil, iç ilişkide inanç sözleşmesi gereğince teminat amacına uygun hareket etmek ve teminat altına alınan borç ödendiğinde senedi devredene iade etmek zorundadır⁶⁷. Ayrıca teminat altına alınan borç ödenmediğinde ise senet bedelini tahsil ederek alacağını elde etme hakkına sahiptir. Öte yandan senedi teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla devralan hamil, inanç sözleşmesi gereğince teminat amacına uygun olarak hareket etmek, bu kapsamda kambiyo senedinden doğan hakkı koruyucu işlemleri usulüne uygun ve zamanında yapmakla yükümlüdür⁶⁸. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi hâlinde ise hamil, iç ilişkide senedi teminat amacıyla devreden ciantaya karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu olur⁶⁹.

İnanç sözleşmesi şahsi bir talep hakkı doğurduğundan, teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla senedi devralan hamil, senedi üçüncü kişiye temlik veya rehin cirosuyla devrettiğinde, önceki cianta bu şahsi

⁶⁴ ÖZTAN, s. 632; KIRCA, s. 95; SİRMEN, s. 66; ÖZTÜRK, s. 133; GENCER, s. 201; ÖZEL, s. 87; YILDIRIM, s. 219; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 16.

⁶⁵ "...Ticaret Kanununun terhine müteallik açık, hükümlerine rağmen temlik cirosu ile ciro edilmiş, ihtiva ettiği haklar kayıtsız şartsız hamilin mamelekine geçmiş bir bono veya poliçeyi (rehin) telakki etmeye imkan yoktur..." Y. İBHGK, 05.11.1969, E. 1969/6, K. 1969/7.

⁶⁶ ÖZTAN, s. 634; YILDIRIM, s. 219; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 19.

⁶⁷ BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 22.

⁶⁸ ÖZTAN, s. 634; YILDIRIM, s. 219.

⁶⁹ EREN, s. 385; ÖZSUNAY, s. 172; ARAL, s. 100.

hakını üçüncü kişiye karşı ileri süremez⁷⁰. Zira TTK m. 687/1; “*Poliçeden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun*” hükmünü haizdir. Buna göre teminat amaçlı inançlı temlik cirosu ile senedi devreden ciranta inanç sözleşmesinden kaynaklanan şahsi def’ileri senedi devralan üçüncü kişiye karşı ileri süremez ise de üçüncü kişinin bile bile zararına hareket etmesi durumunda bu şahsi def’ileri üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir.

Poliçe ve bonoda açık ve gizli rehin cirosu mümkün olduğundan poliçe ve bononun teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla devredilebileceği hususunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak çekte açık ve gizli rehin cirosunun mümkün olup olmadığı tartışmalı olduğundan buradan hareketle çekte teminat amacıyla inançlı temlik cirosunun geçerli olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Öğretide bir görüş⁷¹; çekte rehin cirosu mümkün olmadığından hem gizli rehin cirosunun hem de teminat amacıyla inançlı temlik cirosunun geçersiz sayılması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir görüş⁷² ise, çekte rehin cirosunun söz konusu olamayacağını, ancak çekte teminat amacıyla inançlı temlik cirosunun yapılmasında bir sakınca bulunmadığını, zira bu durumda rehinden farklı olarak senet mülkiyetinin devralan hamile geçtiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce çekte gizli rehin cirosundaki dış görünüş itibariyle temlik cirosu, muvazaa nedeniyle geçersiz olacak; tarafların gerçek iradelerini yansıtan gizli işlem olan rehin cirosu ise çekte açık rehin cirosuna kanunen izin verilmediğinden geçerli olmayacaktır. Buna karşılık tarafların inanç sözleşmesi gereğince çekte teminat amacıyla ancak dış görünüş itibariyle temlik cirosu yaptığı hâllerde bu cironun geçerli bir temlik cirosu olarak kabul edilmesi gerekir. Zira çekin teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda tarafların gerçek iradesi çekin mülkiyetini devretmektir. Dolayısıyla çekin teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda muvazaalı

⁷⁰ ÖZTAN, s. 634; SİRMEN, s. 66; YILDIRIM, s. 221.

⁷¹ BOZER/GÖLE, s. 355.

⁷² BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 139; MÜKOBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 11; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, ScheckG §23, Rn. 11; ÖZTAN, s. 1148; KIRCA, s. 98; KUBİLAY, s. 504; POROY/TEKİNALP, s. 336; PULAŞLI, s. 200; REİSOĞLU, s. 171, 176; KENDİGELEN, s. 234; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 315; ÖZEL, s. 94; YAMAN, s. 76; KENDİGELEN/KIRCA, s. 306; AYTUĞAR, s. 491-492; YILDIRIM, s. 334.

bir işlemin varlığından bahsedilemez ve dış görünüş itibariyle temlik cirosu, tarafların gerçek iradesini yansıtır.

C. Çekte Gizli Rehin Cirosu ile Teminat Amacıyla İnançlı Temlik Cirosunun Karşılaştırılması

Gizli rehin cirosu ile teminat amacıyla inançlı temlik cirosu birçok noktada benzer olsa da teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda gizli rehin cirosundan farklı olarak çekin (veya çekin içerdiği alacağın) mülkiyeti devralan hamile geçmektedir⁷³. Zira teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda tarafların amacı devralan hamile bir teminat sağlamak olsa da devralan hamil, yapılan ciro ile çekin mülkiyetini tam olarak kazanmaktadır. Başka bir deyişle teminat amacıyla inançlı temlik cirosu ile çekin mülkiyeti devredildiğinden kazanılan hak, alacağına bağlı fer'i bir hak değil çekin mülkiyet hakkıdır. Sadece inançlı temlik cirosuyla devralan hamilin bu mülkiyet hakkı iç ilişkide inanç sözleşmesi gereğince sınırlanmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla tarafların iradesi, teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda çek üzerindeki mülkiyet hakkını devretmek iken gizli rehin cirosunda, çekin içerdiği alacak üzerinde rehin hakkı kurmaktır.

Öte yandan hem gizli rehin cirosunun hem de teminat amacıyla inançlı temlik cirosunun özünde teminat amacı bulunmaktadır. Ancak teminat amaçlı inançlı temlik cirosunda teminat amacı, taraflar arasındaki inanç sözleşmesinde şahsi bir hak olarak yer alırken; gizli rehin cirosunda teminat amacı rehin hakkının içeriğinde aynı bir hak olarak yer almaktadır⁷⁵. Bu itibarla teminat amacıyla inançlı temlik cirosundaki teminat amacı mülkiyet hakkını sınırlandıran şahsi bir talep hakkı niteliğinde iken gizli rehin cirosundaki teminat amacı hakkın kurucu unsuru niteliğindedir⁷⁶.

Teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla çeki devralan hamil, çekin mülkiyetini kazandığından çeki bir üçüncü kişiye temlik cirosuyla veya rehin cirosuyla devretmesi hâlinde üçüncü kişinin taraflar arasındaki inanç sözleşmesini bilmesi ya da bilmemesi onun çekin yetkili hamili olmasında önemli değildir. Ancak TTK m. 687/1 gereğince üçüncü kişi,

⁷³ ÖZTAN, s. 632; KIRCA, s. 95; KENDİGELEN/KIRCA, s. 228; SİRMEN, s. 66; ÖZTÜRK, s. 133; GENCER, s. 201; ÖZEL, s. 87; YILDIRIM, s. 221; MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 11.

⁷⁴ ÖZTAN, s. 634; YILDIRIM, s. 223.

⁷⁵ GÜLER, s. 141; SİRMEN, s. 66; ÖZTÜRK, s. 133; GENCER, s. 201.

⁷⁶ GÜLER, s. 141; SİRMEN, s. 66; ÖZTÜRK, s. 133; GENCER, s. 201.

bile bile borçlunun zararına hareket etmiş ise o zaman inanç sözleşmesinden kaynaklanan defiler ciranta tarafından üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilir. Bununla birlikte çeki gizli rehin cirosuyla devralan hamil, çekte rehin cirosu geçerli olmadığı için yetkili hamil olamayacağından çeki bir üçüncü kişiye temlik cirosuyla veya rehin cirosuyla devretmesi hâlinde üçüncü kişi ancak çeki kötü niyetle iktisap etmiş olmazsa veya iktisabında ağır bir kusur bulunmazsa hak sahipliğini kazanabilecektir (TTK m. 792).

Teminat amacıyla inançlı temlik cirosunu, rehni belirten kayıt içermesi nedeniyle açık rehin cirosundan ayırt etmek kolaydır. Ancak dış görünüş itibariyle temlik cirosu olmaları sebebiyle gizli rehin cirosuyla teminat amacıyla inançlı temlik cirosunu birbirinden ayırt etmek oldukça zorlaşmaktadır. Özellikle çekte gizli rehin cirosunun geçerli olmadığı, buna karşılık teminat amacıyla inançlı temlik cirosunun geçerli olduğu görüşü benimsendiğinde bu iki ciroyu birbirinden ayırt etmek daha önemli hâle gelmektedir⁷⁷. Bu kapsamda bu iki ciroyu ayırt etmek için tarafların kambiyo sözleşmesi yaptıkları sırada gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilmesine gerekir⁷⁸. Zira TBK m. 19 gereğince bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Bu noktada tarafların gerçek ve ortak iradesinin belirlenmesinde önemli olan husus ise çekin mülkiyetinin devralana geçirilip geçirilmediğidir. Her iki ciroda da tarafların amacı teminat vermek olduğundan tarafların gerçek ve ortak iradesini tespit etmek için kullanılan “rehin”, “teminat” veya “temlik” gibi ifadelerin bir anlamı da bulunmamaktadır. Başka bir deyişle taraflar arasındaki sözleşmede “rehin” veya “teminat” ifadelerinin yer alması ciroyu gizli rehin cirosu; “temlik” ifadesinin yer alması da ciroyu teminat amacıyla inançlı temlik cirosu olarak yorumlamaya yetmeyecektir⁷⁹. Örneğin çek, dış görünüş itibariyle temlik cirosu ile devredilirken taraflar arasındaki sözleşmede teminat başlığının kullanılması veya çek tevdi bordrosunda çekin rehin olarak alındığının belirtilmesi tek başına tarafların gerçek ve ortak iradelerinin rehin cirosu olduğunu göstermez.

⁷⁷ MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 11; BAUMBACH/HEFERMEHL/ CASPER, WG §19, Rn. 20.

⁷⁸ MAKARACI BAŞAK, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 29; KIRCA, s. 96; ÖZSUNAY, s. 101; SİRMEN, s. 40; AYDINCIK, s. 151; YILDIRIM, s. 224; BAUMBACH/HEFERMEHL/ CASPER, WG §19, Rn. 20.

⁷⁹ KIRCA, s. 96; YILDIRIM, s. 224.

Bununla birlikte yapılan cironun niteliğinin belirlenmesine yönelik olarak tarafların gerçek ve ortak iradesi tespit edilememişse kimin lehine yorum yapılacağı hususu da öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bir görüş⁸⁰, cironun hukuki niteliğinin tespitinde rehin mi yoksa teminat amacıyla inanca temlik mi olduğunun tespit edilemediği durumda borçlu (ciranta) lehine yorum yapılarak haklarını daha az kısıtlayan, dolayısıyla teminat isteyen alacaklıya (hamile) daha sınırlı bir hak sağlayan rehinden yana tavır takınılması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir görüş⁸¹ ise cironun gizli rehin cirosu mu yoksa teminat amacıyla inanca temlik cirosu mu olduğu hususunun tam olarak tespit edilememesi hâlinde, sırf rehinde borçlunun (cirantanın) durumunun daha avantajlı olmasına bakılarak değil, uygulamada genel olarak hangi işlemin tercih edildiğine bakılarak karara varılması gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce de yapılan cironun niteliğinin belirlenmesine yönelik olarak tarafların gerçek ve ortak iradesi tespit edilememişse uygulamada en çok hangi işlemin kullanıldığı gözetilerek sonuca ulaşılması daha uygun olacaktır. Zira bir işlem uygulamada uzun süre kullanılmakta ise ve bu kullanıma yönelik güven oluşmuşsa bu işlem örf ve âdet kuralı hâline gelirse de teamül hâline gelmiş demektir. Teamüller, uyulması zorunlu olan hukuk kuralı niteliğinde değildir; ancak bunlar iş hayatında ve belirli bir mesleki çevrede oluşan genel uygulama ve alışkanlıklardır⁸². Dolayısıyla teamüller, sözleşmenin içeriği hâline getirilmediği sürece tarafları bağlamaz. Nitekim TTK m. 2/1 gereğince kanunda aksine bir hüküm yoksa ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz; ancak irade açıklamalarının yorumunda teamüller dikkate alınır. Dolayısıyla cironun niteliğinin belirlenmesine yönelik olarak tarafların gerçek ve ortak iradesi tespit edilememişse uygulamada hangi işlemin kullanıldığı belirlenmeli ve bu doğrultuda tarafların gerçek ve ortak iradesi yorumlanarak karar verilmelidir⁸³.

⁸⁰ MAKARACI BAŞAK, s. 30; AYDINCIK, s. 152.

⁸¹ MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 11; BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 20; ÖZTAN, s. 633; KIRCA, s. 99; SAYICI, s. 163; GÜLER, s. 141; YILDIRIM, s. 224.

⁸² AKSOY DURSUN, Sanem, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 98.

⁸³ ÖZDAMAR, Demet, "Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Âdetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19 (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), 2017, s. 130.

Teminat amacıyla inançlı temlik cirosu, hamilin menfaatine olduğundan ve rehin cirosuna göre hamile daha fazla güvence sağladığından uygulamada kredi kuruluşları kambiyo senetlerini rehin cirosuyla devralmaktan ziyade teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla devralmayı tercih etmektedir⁸⁴. Özellikle Yargıtay kararlarında rehin cirosunun teminat fonksiyonunun bulunmadığının kabul edilmesi kredi kuruluşlarını kambiyo senetlerini rehin cirosu ile devralmanın yerine teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla devralmaya itmektedir. Bu kapsamda tedavül kabiliyetinin oldukça yüksek olması ve alacak hakkı içermesi nedeniyle çekin de, kredi kuruluşlarınca teminat amacıyla devralınmaları oldukça yaygın bir işlem hâline gelmiştir⁸⁵. Çekte rehin cirosu geçersiz olduğundan bankacılık uygulamasında teamül hâline gelen yöntem ise çekin gizli rehin cirosuyla devralınması değil teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla devralınmasıdır. Başka bir deyişle çekin mülkiyet hakkı devredilerek çek üzerinde tam bir hak sağlanması ve alacağın rehne göre daha kolay elde edilme imkânı vermesi nedeniyle bankalar, kredi işlemlerinde teminat amacıyla inançlı temlik cirosunu tercih etmektedirler⁸⁶. Dolayısıyla ciranta ile hamil banka arasında yapılan cironun gizli rehin cirosu mu yoksa teminat amacıyla inançlı temlik cirosu mu olduğu hususunda ihtilaf çıkması hâlinde, teamül nedeniyle teminat amacıyla inançlı temlik cirosu lehine yorum yapılması gerekir⁸⁷. Aksinin kabulü ise ticaret hukuku kurallarının oluşturulmasında göz önünde bulundurulması gereken ilkelere biri olan işlem güvenliğinin korunması ilkesinin zedelenmesine sebep olur⁸⁸.

Çekte rehin cirosu geçersiz olduğundan bir çeki açık veya gizli rehin cirosuyla devralan kişi yetkili hamil olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bir çeki açık veya gizli rehin cirosuyla devralan kişinin yetkili hamil olmadığı hususu düzenleyen tarafından mutlak def'i kapsamında ileri sürülebilecek bir konudur. Ancak teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda ciranta ile hamil arasındaki inanç sözleşmesine konu teminat ilişkisi inanç

⁸⁴ ÖZSUNAY, s. 75; ÖZKAYA, s. 44; YILDIRIM, s. 225.

⁸⁵ MüKoBGB/SCHÄFER, BGB §1292, Rn. 22; LANGENBUCHER/ BLIESENER/ SPINDLER/ HAERTLEIN, BGB §1292, Rn. 13; ARAL, s. 98; SİRMEN, s. 41.

⁸⁶ LANGENBUCHER/ BLIESENER/ SPINDLER/ HAERTLEIN, BGB §1292, Rn. 14; BAUMBACH/ HEFERMEHL/CASPER, WG §19, Rn. 16; ARAL, s. 98; SİRMEN, s. 41; YILDIRIM, s. 225.

⁸⁷ ARAL, s. 98; SİRMEN, s. 41; YILDIRIM, s. 225.

⁸⁸ KIRCA, s. 99.

sözleşmesinin taraflarını ilgilendirdiğinden bu husus, düzenleyen taraftan hamile karşı ileri sürülemez. Başka bir deyişle teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda bu ciroyu yapan ciranta haricindeki çek borçluları, ciranta ile hamil arasındaki teminat ilişkisine dayanamaz. Zira teminat amacıyla inançlı temlik cirosunda inanç sözleşmesi sadece bu ciroyu yapan cirantanın dayanabileceği bir kişisel def'dir. Gerçekten de TTK m. 818/1-e maddesinin atfıyla çekler için de uygulanacak olan TTK m. 687; "Poliçeden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun" hükmünü haizdir. Buna göre düzenleyen, lehtar tarafından teminat amacıyla inançlı temlik cirosu ile devredilen çekte ilişkin olarak lehtar ile olan kişisel def'ilerini iyiniyetli hamile karşı ileri süremeyeceği gibi cironun tarafları arasındaki inanç sözleşmesine konu teminat hususuna da menfi tespit davasında dayanamayacaktır.

Hemen belirtilmelidir ki çekte düzenleyen, ciranta ile hamil arasındaki teminata ilişkin inanç sözleşmesine dayanamasa da bu cironun esasında gizli rehin cirosu olması durumunda ciranta ile hamil arasında muvazaa bulunduğunu, dolayısıyla hamilin yetkili hamil olmadığını iddia edebilir. Bu durumda ispat yükü bu hususu iddia eden tarafa aittir. Öte yandan muvazaanın üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesi hâlinde, üçüncü kişinin dayanabileceği deliller yönünden bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Zira üçüncü kişiler ilgili sözleşmeye (kambiyo sözleşmesine) taraf olmadıkları için onlardan yazılı delil sunmaları beklenmemelidir. Bu nedenle muvazaa iddiasını ileri süren düzenleyen, bu iddiasını tanık da dâhil her türlü delille ispatlayabilir.

III. ÇEKİN TEMİNAT AMACIYLA CİRO EDİLMESİNE İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI

Yargıtay kararlarında çekin bir ödeme aracı olduğu, ayrıca kısa ibraz sürelerine sahip bulunduğu, öte yandan çekte uygulanacak hükümler arasında rehin cirosuna atıf yapılmadığı için çekte açık rehin cirosunun geçerli olmadığı belirtilmektedir⁸⁹. Bununla birlikte çekte dış görünüş iti-

⁸⁹ "...Çekte rehin cirosu yapılamaz. Çekin sadece tahsil veya temlik cirosuyla verilmesi mümkündür. Çeklere uygulanacak poliçe hükümlerinin sayıldığı maddede rehin cirosuna ilişkin bir atıf yapılmamıştır. Çekte rehin cirosu yapabilmek yolunun kapatılmasının sebebi, çekin, bir ödeme vasıtası olmasıdır. Kısa süre içinde (vadeli!) ödenmesi şart bulunan bir senedin,

bariyle temlik cirosuna ilişkin olarak öğretilerdeki tartışmalar kadar Yargıtay kararlarında da içtihat farklılığı bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin istikrar kazanmış kararlarından anlaşıldığı üzere; Özel Daire çekte dış görünüş itibariyle temlik cirosu olan ancak iç ilişkide teminat (veya rehin) amacı taşıyan her cironun esasında gizli (örtülü) rehin cirosu olduğu, dolayısıyla çekte açık veya gizli rehin cirosu mümkün olmadığından gizli rehin cirosuyla devralan hamilin yetkili hamil olmadığı görüşündedir⁹⁰. Başka bir deyişle Yargıtay 11. Hukuk Dairesi çekte dış görünüş itibariyle temlik cirosu olan ancak teminat amacı taşıyan her cironu⁹¹, taraflar arasında inanç sözleşmesi olup olmadığına, senedin mülkiyetinin devralana geçip geçmediğine bakmaksızın gizli rehin cirosu olarak kabul etmekte, dolayısıyla çekte teminat amacıyla inançlı temlik cirosunu kabul etmemektedir⁹². Buna karşılık Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk

teminat kabilinden ciro edilmesi uygun görülmemiştir..."Y. HGK, 30.05.2018, E. 2017/19-817, K. 2018/1445.

"...çek hakkında uygulanacak poliçe hükümleri arasında 6102 sayılı Kanun'un 689 hükmüne yer verilmediği görülmekte olup Yargıtay yerleşik içtihatlarında ve doktrinde hakim görüş tarafından çekte rehin cirosuna cevaz verilmediği ve çeki rehin cirosu ile elinde bulunduran hamilin yetkili hamil olmayacağı kabul edilmiştir. Çekte rehin cirosu yapabilmek yolunun kapatılmasının sebebi, çekin, bir ödeme vasıtası olmasıdır. Kısa süre içinde ödenmesi şart bulunan bir senedin, teminat kabilinden ciro edilmesi uygun görülmemiştir..." Y. 11. HD, 12.07.2023, E. 2022/2060, K. 2023/4423.

⁹⁰ *"...Davaya konu çekler üzerinde, "bedeli teminattır", "bedeli rehindir" ibareleri ya da rehetmeyi belirten başkaca herhangi bir kayıt bulunmadığı uyumsuzluk konusu değildir. Ancak davalı bankanın, çekleri, dava dışı Mehmet İlhan'ın kredi borçlarının teminatı olmak üzere görünürde temlik cirosu yoluyla devraldığı anlaşılmaktadır. Bu husus davalı bankanın kabulünde olup davalı banka 06.12.2018 tarihli cevabi yazısında; dava konusu çeklerin genel kredi sözleşmesine istinaden Mehmet İlhan'ın banka nezdindeki kredilerinin teminatına alınan çekler olduğunu bildirmiş olup, bu beyan karşısında dava konusu çeklerin davalı bankaya rehin cirosu ile devredildiği anlaşılmaktadır..."* Y. 11. HD, 03.10.2023, E. 2022/1804, K. 2023/5522.

⁹¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bono ve poliçede açık veya gizli rehin cirosu yapılabileceğini, rehin cirosu ile devralan hamilin yetkili hamil olduğunu kabul etmektedir. Bkz. *"...Rehin cirosu, esasen bono veya poliçenin içerdiği alacak üzerinde rehin hakkı kurmak için yapılmaktadır. Bono veya poliçeyi (açık veya gizli) rehin cirosu ile devir alan hamil bono/poliçeden doğan tüm hakları kullanabilmektedir..."* Y. 11. HD, 12.07.2023, E. 2022/2060, K. 2023/4423.

⁹² *"...davacı tarafça çeklerin dava dışı kredi borçlusunca teminat amaçlı cirolandığını ileri sürererek ödenmeyen çek bedelinin davalıdan tahsilini talep ettiği, ancak çekte rehin cirosu mümkün bulunmadığından rehin veya bu sonucu elde etmeye yönelik olarak teminat amacıyla çekin ciro ile elde edilmesi halinde çeki devir alan kişi çeki dayalı hakları kullanamayacağı nazara alındığında davacı bankanın dava konusu çeklerin yetkili hamili olmadığı, bu durumda*

Dairesinin istikrar kazanmış kararlarından anlaşıldığı üzere; Özel Daire, çekteki ciro kaydında rehnetmeyi ifade eden açık bir kayıt yazılmamışsa bu cironun temlik cirosu olarak kabul edilmesi gerektiği, ayrıca düzenleyenin ciranta ile hamil arasındaki teminata ilişkin sözleşmeye dayanamayacağı görüşündedir⁹³. Başka bir deyişle Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesi, çekteki ciro kaydında rehne ilişkin kayıt bulunmazsa ve cironun tarafları arasında teminata (veya rehine) ilişkin bir sözleşme olsa da bu ciroyu temlik cirosu olarak kabul etmektedir⁹⁴. Dolayısıyla Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesi, gizli rehin cirosunun varlığını kabul etmemekle birlikte kararlarında ismen belirtmese de rehin amacıyla yapılan ancak dış görünüşte temlik cirosu olan ciroyu, teminat amacıyla inançlı temlik cirosu olarak geçerli kabul etmekte, taraflar arasındaki teminat ilişkisinin bu nedenle düzenleyen tarafından hamile karşı ileri sürülemeyeceği belirtmektedir.

çeklere dayalı alacak isteminde bulunamayacağı...” Y. 11. HD, 04.12.2019, E. 2017/5618, K. 2019/5414.

“...çek metninde açıkça rehin cirosu yazılmasa da birtakım belge ya da evraklardan çekin tahsil veya temlik amacıyla değil rehin (teminat) amacıyla verildiği anlaşılıyorsa çekte gizli rehin cirosu da hukuken geçerli değildir ve çeki bu suretle elinde bulunduran son hamil de meşru hamil olarak kabul edilemez...” Y. 11. HD, 14.09.2022, E. 2020/8526, K. 2022/5855.

⁹³ *“...6102 sayılı TTK'nun 818. maddesi çekler hakkında uygulanacak poliçe hükümlerine ilişkin atf maddesi olup TTK'nun 689. maddesinde yer alan poliçe ile ilgili rehin cirosuna atf yapılmadığından çeklerde rehin cirosunun uygulanması mümkün olmayıp, böyle bir ciro yapılsa bile yok hükmündedir. Bu konuda İstinaf mahkemesinin belirlemesi ile Dairemizin belirlemesi arasında hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Ancak somut olayda dava konusu çek üzerindeki lehtar cirosu beyaz ciro olup bu ciro TTK'nun 689.maddesinde açıkça yazıldığı şekilde bir rehin cirosu değildir. Çek metninde böyle bir ibare olmadığı için davalı bankanın cevap dilekçesinde bu çeki kredi müşterisinin borçlarının teminatı olarak aldığı şeklindeki beyanı çekteki beyaz ciroyu rehin cirosu haline getirmez.”* Y. 19. HD, 09.07.2020, E. 2019/407, K. 2020/1389.

⁹⁴ *“...davalı banka tarafından dava dışı şirkete (lehtara) hitaben dekont düzenlenmiş olduğu, dava konusu çekin bankaya “teminata alınan çekler” borç, iskonto alacak olarak kaydedildiği, söz konusu çekin bankanın kredi borçlusunu olan firmasından (lehtardan) ödeme vasıtası olarak devir ve temlik cirosuyla teslim alındığı, çek bedelinin kredi borçlusunu firmanın (lehtarın) banka nezdinde bulunan kredi borçlarına mahsuben verildiği hususunun açık olduğu, rehin cirosu ile verilmemişinin anlaşıldığı...”* Y. 19. HD, 08.04.2019, E. 2018/1578, K. 2019/2317.

“...Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK'nun 689. maddesine göre rehin cirosu “bedeli teminatır.” “bedeli rehindir” veya bunlara uygun bir ibarenin senede yazılması gerekir. Senette yukarıda açıklanan ibarelerden birinin yer almaması halinde senedin rehin cirosu ile değil temlik cirosu ile verildiği kabul edilmelidir...” Y. 19. HD 28.09.2017, E. 2016/20339, K. 2017/6394.

Yargıtay Özel Daireleri arasındaki bu içtihat farklılığı nedeniyle içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş; içtihadı birleştirmenin konusu ise “Üzerinde yazılı olmaması hâlinde çekin rehin ciroyuyla devredilmiş olması hususunun başka delillerle ispat edilip edilemeyeceği” olarak belirlenmiştir. Bu süreçte Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 07.07.2020 tarihli ve 173 sayılı kararı ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 03.08.2020 tarihi itibarıyla kapatılarak bu dairenin baktığı işlerin Yargıtay 11. Hukuk Dairesine devredilmesine karar verilmiştir. Bu nedenle Yargıtay **İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22.10.2021 tarihli ve 2019/3 Esas, 2021/2 Karar sayılı kararı ile;** *“İçtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi için içtihat farklılığına konu kararların devamlılık arz etmesinin gerektiği, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 07.07.2020 tarihli ve 173 sayılı kararıyla Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 03.08.2020 tarihi itibarıyla kapatılarak baktığı işlerin Yargıtay 11. Hukuk Dairesine devredildiği, bu durumda Yargıtay Kanunu’nun “Daire Başkanlarının Görevleri” başlıklı 24. maddesi gereğince içtihat farklılığının Yargıtay 11. Hukuk Dairesince giderilmesi gerektiği, ayrıca Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin konu ile ilgili bir içtihadının bulunmadığı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yerleşmiş kararlarına aykırılık teşkil eden sadece bir kararın bulunduğu ve dolayısıyla süreklilik taşıyan bir içtihat farklılığının bulunmadığı”* gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Her ne kadar Yargıtay **İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun anılan kararında** Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 03.08.2020 tarihi itibarıyla kapatılarak baktığı işlerin Yargıtay 11. Hukuk Dairesine devredildiği, bu durumda içtihat farklılığının Yargıtay 11. Hukuk Dairesince giderilmesi gerektiği belirtilmiş ise de geçen süre zarfında Yargıtay 11. Hukuk Dairesince verilen kararlarda içtihat farklılığı giderilememiştir. Zira bu tarihten itibaren “dış görünüş itibarıyla temlik ciro su”, Yargıtay 11.

Hukuk Dairesinin bazı kararlarında⁹⁵ gizli rehin cirosu olarak kabul edilmekte iken bazı kararlarında⁹⁶ temlik cirosu olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu farklı kararları bölge adliye mahkemeleri arasında da görüş farklılığı ortaya çıkmasına neden olmakta⁹⁷; hatta aynı bölge adliye mahkemesinin farklı daireleri arasında da görüş farklılığı bulunmaktadır⁹⁸.

⁹⁵ "...Davaya konu çekler üzerinde, "bedeli teminattır", "bedeli rehindir" ibareleri ya da rehnemeyi belirten başkaca herhangi bir kayıt bulunmadığı uyumsuzluk konusu değildir. Ancak... davalı banka vekili... dilekçesinde; dava dışı Anka... Ltd. Şti.'nin, çekleri, müvekkili bankaya olan kredi borçlarının teminatı olmak üzere ciro yoluyla müvekkiline devrettiğini belirtmiştir. Bunun yanında... Çek Tevdi Bordrosu'nda çeklerin teminat olarak alındığı belirtildiği gibi davalı bankanın, çekleri devraldıktan bir gün sonra dava dışı Anka... Ltd. Şti.'ne davaya konu çeklerin toplam tutarı olan 450.000,00 TL tutarında kredi kullandığı da anlaşılmaktadır... Bölge Adliye Mahkemesince, davaya konu çekler üzerinde... rehnemeyi belirten başkaca herhangi bir kayıt bulunmadığından bahisle davalı bankaya yapılan cironun rehin cirosu olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmış ise de... çekin, rehin sonucunu elde etmeye yönelik olarak teminat amacıyla ciro yoluyla elde edilmesi de caiz olmadığından davalı bankanın yetkili hamil olarak kabulü mümkün olmayıp, aksi yöndeki gerekçe isabetli değildir..." Y. 11. HD, 25.04.2023, E. 2021/8401, K. 2023/2425.

⁹⁶ "...TTK'nın 689. maddesine göre cironun rehin cirosu olabilmesi için senet üzerinde "bedeli teminattır, bedeli rehindir" ibaresinin veya rehnemeyi belirten diğer bir kayıt taşınması gerektiği, dava konusu çekler üzerinde ise böyle bir kayıt bulunmadığı, çek üzerinde hiçbir kayıt yazılmadan davalı bankalara yapılan cironun rehin cirosu olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, çeklerdeki cironun temlik cirosu olarak kabul edilmesi gerektiği..." Y. 11. HD, 26.05.2022, E. 2020/2550, K. 2022/4107.

⁹⁷ "...çek metninde "bedeli teminattır", "bedeli rehindir" ibaresi veya rehnemeyi belirten diğer herhangi bir kaydın da bulunmadığı, cironun, TTK'nın 684. maddesi anlamında temlik cirosu niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği..." Gaziantep BAM, 11. HD, 06.06.2024, E. 2023/106, K. 2024/810.

"...çekte rehin cirosu caiz olmayıp rehin veya bunun sonucunu elde etmeye yönelik olarak teminat amacıyla çekin ciro ile elde edilmesi halinde çeki devir alanın çeki dayalı hakları kullanamamasına, dış görünüş itibarıyla temlik cirosu şeklindeki bir cironun ciro edilene senet üzerinde bir rehin hakkı kazandırdığı durumda gizli rehin cirosunun söz konusu olmasına, dava dilekçesinde davacı banka tarafından çekin dava dışı üçüncü kişiye kullanılan kredinin teminatı için alındığının açıkça belirtilmesine, davacı bankanın çeki gizli (örtülü) bir rehin cirosu ile devraldığının anlaşılmasına, bu şekilde geçersiz ciro ile hamil olan davalı bankanın meşru hamil olmadığından kambiyo senetleri için öngörülen sebepsiz zenginleşme karinesinden faydalanamayacak olmasına..." İzmir BAM, 11. HD, 22.02.2024, E. 2021/1114, K. 2024/380.

⁹⁸ "...Çekte rehin cirosu yapabilmek yolunun kapatılmasının sebebi, çekin, bir ödeme vasıtası olmasıdır. Dosyada mevcut belgeler uyarınca çekin rehin cirosu ile devredilmediği, kredinin teminat alınarak kullanılacağına dair yapılan genel ifadelerin de çekin rehin cirosu ile devredildiğini göstermeyeceği..." İstanbul BAM, 16. HD, 18.10.2023, E. 2022/2, K. 2023/1455.

Kanaatimizce Yargıtay kararlarındaki bu içtihat farklılığının temelini, tarafların gerçek ve ortak iradelerinden hareketle çekte “*teminat amacıyla inançlı temlik cirosu*” kavramının hiç tartışılmamış olması oluşturmaktadır. Zira Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, çekte dış görünüş itibariyle temlik cirosu olan ancak teminat amacı taşıyan her ciroyu gizli rehin cirosu olarak kabul etmekte, bu cironun teminat amacıyla inançlı temlik cirosu olabilme ihtimaline hiç yer vermemektedir⁹⁹. Buna karşılık Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesi ise çekteki ciro kaydında rehine ilişkin kayıt bulunmazsa ve cironun tarafları arasında teminata (veya rehne) ilişkin bir sözleşme olsa da bu ciroyu temlik cirosu olarak görmekte, bu cironun gizli rehin cirosu olabilme ihtimaline yer vermemektedir¹⁰⁰. Oysa çekte dış görünüş itibariyle temlik cirosu; tarafların gerçek ve ortak iradelerine göre ya gizli rehin cirosudur ya da teminat amacıyla inançlı temlik cirosudur. Dolayısıyla her iki Özel Daire, söz konusu ciroya yönelik olarak

“...Ancak, çek metninde açıkça rehin cirosu yazılmama da birtakım belge ya da evraklardan çekin teminat amacıyla verildiği anlaşılıyorsa çekte gizli veya açık rehin cirosu olamayacağından son hamilin meşru hamil olarak kabulü mümkün değildir...” İstanbul BAM, 13. HD, 10.06.2024, E. 2022/277, K. 2024/1059.

⁹⁹ “...davacı, dava konusu çeklerin davalı Temel Daş tarafından Temel... Ltd. Şti’nce alınan krediler için teminat olarak verildiğini iddia etmiştir. Çekte rehin cirosu olamayacağından davacının bu iddiası doğrultusunda dava dışı şirket Temel... Ltd. Şti. ile diğer davalı banka arasında kredi kullandırılmasına ilişkin sözleşmeler, banka kayıtları, çek tevdi bordroları bilirkışı marifetiyle incelenerek dava konusu çeklerin davalı bankaya (rehin) teminat olarak verilip verilmediği tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...” Y. 11. HD, 12.07.2023, E. 2022/2060, K. 2023/4423.

“...dava konusu çeklerin lehtarı olan davalı İda... Ltd. Şti.’nin davalı bankadan kredi kullandığı, çekleri cirolayıp davalı bankaya teslim ettiği, davalı banka tarafından düzenlenen Portföy Çekleri Teslim Belgesinde Teminat/Tahsil Durumu bölümünde “Teminat” açıklamasına yer verildiği, Çek Teslim Alma Formunda da “Teminata” kaydının işlendiği görülmektedir. Bu haliyle dava konusu çeklerin davalı Banka tarafından teminat amacıyla alındığı anlaşılmakta olup çekte rehin cirosu geçerli olmadığından davalı banka yönünden davanın reddine karar verilmesi yerinde olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” Y. 11. HD, 14.09.2022, E. 2021/8526, K. 2022/5865.

¹⁰⁰ “...davaya konu edilen çeklerin davacı tarafından aralarındaki ticaret gereğince ilerde teslim edilecek mallar karşılığında davalı GÇS Metal A.Ş.’ne teslim edildiği, bu çeklerin karşılığında herhangi bir mal veya hizmet ifasında bulunulmadığı, bu nedenle çeklerin bedelsiz kaldığı, davacının ticari defter ve belgelerinin usulüne uygun şekilde tutulduğu, tasdiklerinin yapıldığı, lehine delil teşkil ettiği, bedelsizlik def’inin şahsi defilerden olduğu, yakın taraflar arasında ileri sürülebileceği, bu çeklerin GÇS Metal A.Ş. tarafından kullandığı krediler nedeniyle diğer davalı bankaya verildiği, çeklerde rehin cirosu bulunmadığı, mevcut delillere göre cironun temlik cirosu olarak kabul edilmesi gerektiği...” Y. 19. HD, 17.02.2020, E. 2018/1177, K. 2020/496.

tarafının gerçek ve ortak iradelerini yorumlayarak sonuca gitmediği için bu içtihat farklılığı ortaya çıkmıştır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.04.2024 tarihli ve 2023/11-589 Esas, 2024/212 Karar sayılı kararında ilk defa kambiyo senetlerinde teminat amacıyla inanlı temlik cirosu kavramından bahsedilmiş; çekte açık ve gizli rehin cirosunun yapılamayacağı, ancak teminat amacıyla inanlı temlik cirosunun geçerli olduğu, dış görünüş itibarıyla temlik cirosunda taraflar arasında teminat ilişkisi olsa da tarafların gerçek ve ortak iradeleri belirlenerek yapılan cironun gizli rehin cirosu mu yoksa teminat amacıyla inanlı temlik cirosu mu olduğu tespit edildikten sonra cironun geçerli olup olmayacağına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun anılan kararında yapılan cironun hukuki niteliğinin belirlenmesi için tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilmesinde tarafların kambiyo sözleşmesinde veya ellerinde bulunan belgelerde veyahut da mahkemeye sundukları iddia ve savunmalarda ciroya ilişkin kullandıkları “*rehin*”, “*teminat*”, “*temlik*” gibi kelimelerin tek başına yeterli olmadığı, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilmesinde özellikle devralan hamile senedin mülkiyetinin devredilip devredilmediğinin ve hamilin dış ilişkide senede ilişkin her türlü tasarruf işlemi yapmaya hakkı olup olmadığı belirlenmesi gerektiği, buna rağmen tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilememesi hâlinde uygulamada (özellikle bankacılık uygulamasında) hangi işlemin tercih edilmekte olduğuna ağırlık verilerek sonuca gidilmesi gerektiği, bu kapsamda çek üzerinde tam bir hak sağlaması ve alacağın rehne göre daha kolay elde edilebilmesi sebebiyle bankalar tarafından kredi işlemlerinde teminat amacıyla inanlı temlik cirosunun tercih edildiği, dolayısıyla bankacılık uygulaması kapsamında yapılan cironun hukuki niteliğinde inanlı temlik cirosu lehine fiili bir karine bulunduğu belirtilmiştir¹⁰¹.

¹⁰¹ Fiili karine bir hukuk kuralı ile bağlı olmaksızın, hâkimin insanlar ve yaşam konusundaki tecrübelerinden yararlanarak belli olmayan vakıalar hakkında sonuç çıkarılmasıdır. Başka bir deyişle fiili karine, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hâkimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam tecrübelerinin ortaya koyduğu, hukukla ilgili bulunmayan değer hükümleridir. Bkz. TAŞPINAR, Sema: "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 536. Buna göre her ne kadar Yargıtay kararında; bankacılık uygulaması kapsamında yapılan cironun hukuki niteliğinde inanlı temlik cirosu lehine fiili bir karine bulunduğu belirtilmiş

Bu itibarla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun anılan kararı ticaret hayatının gereklerine gayet uygun olan ve sektörel olarak da belirsizlikleri ortadan kaldıracak bir karardır. Zira poliçe ve bono gibi çekin de tedavül kabiliyetinin oldukça yüksek olması ve alacak hakkı içermesi nedeniyle özellikle kredi kuruluşlarınca teminat amacıyla devralınmaları yaygın bir işlemdir. Dış görünüş itibarıyla temlik cirosunda tarafların gerçek ve ortak iradeleri belirlenmeden taraflar arasında teminat ilişkisi varsa her durumda bu ciroyu gizli rehin cirosu olarak kabul etmek ve neticede hamili yetkili hamil olarak görmemek ticaret hayatının gerçeklerine ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

Hemen belirtilmelidir ki çek kural olarak bir ödeme aracı olsa da uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere düzenleyenin lehtarın borcun ödeneceğine duyduğu güveni artırmak ve mevcut ya da muhtemel bir borcun güvencesi olmak üzere teminat çeki niteliğinde de düzenlenmektedir¹⁰². Teminat çekinde ya temeldeki borç ilişkisine atıf yapılmadan sadece senet üzerinde teminat amacıyla düzenlendiğini belirten bir kayıt yazılabilir veya bu kayıt yazılmamış olsa da düzenleyen ile lehtar arasındaki inanç sözleşmesinde teminat amacıyla verilen çeki açıkça atıf yapılarak teminat amacıyla verildiği belirtilebilir. Temel borç ilişkisini somut olarak gösteren teminat kaydı kambiyo senedi vasfının kazanılmasına engel teşkil etse de soyut teminat kaydı içeren veya teminat kaydı ihtiva etmeyen çek kambiyo vasfını kazanmaktadır. Görüldüğü üzere düzenleyen ile lehtar arasındaki inanç sözleşmesi gereğince teminat amacıyla çek düzenlenmiş olsa da bu husus çekin kambiyo vasfını etkilememektedir. Teminat çekinin kambiyo vasfının bulunduğu ve şarta bağlı şekilde tedavüle çıkarılabileceği Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından da kabul edilmektedir. Dolayısıyla Yargıtay'ın anılan Özel Dairesinin düzenleyen ile lehtar arasındaki teminat amacını içeren inanç sözleşmesi gereğince çek düzenlenebileceğini kabul ederken ciranta ile hamil arasındaki teminat amacını içeren inanç sözleşmesi gereğince inançlı temlik cirosunu kabul etmemesi çelişki oluşturmaktadır.

SONUÇ

Kambiyo senetlerinin teminat sözleşmesine konu edilmesi ve bu amaçla devredilmesi kural olarak mümkündür. Bu kapsamda kambiyo

ise de bu hususun fiili karine haline gelip gelmediği tartışılması gereken bir durumdur.

¹⁰² AYTUĞAR, s. 492; SARIKAYA, s. 17; GÜLER, s. 188.

senetlerinin teminat sözleşmesine konu edilmesi hem TMK m. 956'da hem de poliçeye ilişkin olarak TTK m. 689'da özel olarak düzenlenmiştir. Bononun niteliğine aykırı düşmemek koşuluyla uygulanacak poliçe hükümlerinin sayıldığı maddede TTK m. 689'a atıfta bulunulmasına rağmen çek hakkında uygulanacak hükümlerin düzenlendiği maddede TTK m. 689'a atıf yapılmamıştır. Bu nedenle poliçe ve bonoda açık rehin cirosu geçerli kabul edilmesine rağmen çekte açık rehin cirosunun geçerli olup olmadığı hususu öğretilen tartışılan bir konudur. Bu durum ayrıca çekin TMK m. 956 kapsamında rehnedilmesini ve dolayısıyla gizli rehin cirosunun varlığını da tartışmalı hâle getirmiştir.

Oysa poliçe ve bonodan farklı olarak çekte açık rehin cirosu yapılması mümkün değildir. Zira bonoda poliçedeki rehin cirosuna ilişkin hükme açıkça atıf yapılmasına rağmen çekte atıf yapılmamış olması, kanunda bilinçli boşluk hâline örnek teşkil etmektedir. Gerçekten de mülga 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda çekin rehin cirosu ile rehnedilmesine ilişkin açık hükme yer verilmesine rağmen mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve TTK'da poliçedeki rehin cirosuna ilişkin hükme atıf yapılmamış olması kanun koyucunun bilinçli hareket ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla çekte rehin cirosuna atıf yapılmayarak çekin bir ödeme aracı olduğu gözetilmiş ve çekin rehin cirosuyla devredilerek ticari hayatta bir kredi aracı olarak kullanılması istenilmemiştir. Her ne kadar ileri düzenleme tarihli çek uygulaması olarak nitelenen Çek Kanunu'na eklenen geçici madde gereğince 31.12.2025 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersiz ise de yapılan bu düzenleme ile çekin artık ödeme aracı olmaktan çıktığı söylenemez. Başka bir deyişle ileri düzenleme tarihli çek uygulaması ile bir nevi çekin piyasada kredi aracı olarak kullanılmasının önü açılmış olsa da yapılan düzenlemenin geçici nitelikte olması kanun koyucu tarafından çekin hâlen bir ödeme aracı olarak görüldüğünün göstergesidir. Dolayısıyla çek hakkında uygulanacak hükümlerin düzenlendiği maddede rehin cirosuna ilişkin TTK m. 689'a atıf yapılmamış olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğundan çekte açık rehin cirosu geçersizdir.

Öte yandan gizli rehin cirosunun kanuni dayanağını TMK m. 956 oluşturduğu için bahsedilen ciroda rehni belirten ibarenin yazılmasına da gerek bulunmamaktadır. Böylece yapılan rehin cirosu ile taraflar arasındaki rehin ilişkisi gizli kalmakta; dış görünüş itibarıyla temlik cirosu ya-

pıldığı izlenimi verilmektedir. Dolayısıyla gizli rehin cirosunda, görünürdeki işlem olan temlik cirosunun arkasına bir rehin cirosu gizlendiğinden muvazaalı bir işlem söz konusudur. Burada taraflar görünürdeki temlik cirosunun arkasında gerçek iradelerine uygun olarak rehin cirosu yaptıkları için nispi muvazaa vardır. Bu itibarla tarafların hüküm ve sonuç doğurmasını istemedikleri dış görünüş itibariyle temlik cirosu nispi muvazaa nedeniyle geçersiz olacakken, poliçe ve bonoda tarafların ortak iradelerini yansıtan ve gerçekte hüküm doğurması istenen rehin cirosu, hukuki işlemlerde gerekli unsurları taşıması şartıyla geçerli olacaktır. Zira TMK m. 956 gereğince emre yazılı kıymetli evrakın rehni için senedin ciro edilerek zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi yeterli olduğundan dış görünüş itibariyle temlik cirosunda uyulan şekil, gizli işlem olan rehin cirosunun da şekil şartını sağlamaktadır. Buna karşılık poliçe ve bonoda gizli rehin cirosu mümkün ise de çekte açık rehin cirosuna atıfta bulunulmadığı için gizli rehin cirosunun da geçerliliği söz konusu değildir. Başka bir deyişle gizli rehin cirosunda çekteki dış görünüş itibariyle temlik cirosu, muvazaa nedeniyle geçersiz olaksa da tarafların gerçek iradelerini yansıtan rehin cirosu, çekte açık rehin cirosuna kanunen izin verilmediğı için geçersiz olacaktır.

Bununla birlikte ticari hayatta kambiyo senetlerinin içerdiği alacağın teminat teşkil etmesi için bu senetlerin rehin cirosu ile devredildiğı görülmekle birlikte teminat amacıyla inanlı temlik cirosuyla da devri söz konusu olmaktadır. Özellikle kambiyo senetlerinin teminat amacıyla inanlı temlik ile devri bankacılık uygulamasında çokça başvurulan bir yöntem hâline gelmiştir. Kambiyo senetleri kanunen emre yazılı senetlerden olduğu için teminat amacıyla inanlı temlik ile devri, görünüşte temlik cirosu ile yapılmaktadır. Görünüştteki bu temlik cirosu ise teminat amacı taşıyan inanç sözleşmesine dayanmaktadır. Dış görünüş itibariyle temlik cirosu olmaları sebebiyle gizli rehin cirosuyla teminat amacıyla inanlı temlik cirosunu birbirinden ayırt etmek oldukça zorlaşmaktadır. Özellikle çekte gizli rehin cirosunun geçerli olup olmadığı tartışmaları karşısında bu iki ciroyu birbirinden ayırt etmek ve tarafların gerçek ve ortak iradelerini belirlemek daha önemli olmuştur.

Bu kapsamda bu iki ciroyu ayırt etmek için tarafların kambiyo sözleşmesi yaptıkları sırada gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilmesine gerekir. Tarafların gerçek ve ortak iradesinin belirlenmesinde önemli olan husus ise çekin mülkiyetinin devralana geçirilip geçirilmediğidir. Her iki ciroda da tarafların amacı teminat vermek olduğundan tarafların gerçek

ve ortak iradesini tespit etmek için kullanılan “rehin”, “teminat” veya “temlik” gibi ifadelerin bir anlamı da bulunmamaktadır. Başka bir deyişle taraflar arasındaki sözleşmede “rehin” veya “teminat” ifadelerinin yer alması ciroyu gizli rehin cirosu; “temlik” ifadesinin yer alması da ciroyu teminat amacıyla inançlı temlik cirosu olarak yorumlamaya yetmeyecektir.

Yapılan cironun niteliğinin belirlenmesine yönelik olarak tarafların gerçek ve ortak iradesi tespit edilememişse uygulamada hangi işlemin kullanıldığı belirlenmeli ve bu doğrultuda tarafların gerçek ve ortak iradesi yorumlanarak karar verilmelidir. Örneğin bankalar, hamilin menfaatine olduğundan ve rehin cirosuna göre daha fazla güvence sağladığından kambiyo senetlerini rehin cirosuyla almaktan ziyade teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla almayı tercih etmektedir. Özellikle çekte rehin cirosu geçersiz olduğundan bankacılık uygulamasında teamül hâline gelen yöntem çekin gizli rehin cirosuyla devralınması değil teminat amacıyla inançlı temlik cirosuyla devralınmasıdır. Dolayısıyla ciranta ile hamil banka arasında yapılan cironun gizli rehin cirosu mu yoksa teminat amacıyla inançlı temlik cirosu mu olduğu hususunda ihtilaf çıkması hâlinde, teamül nedeniyle teminat amacıyla inançlı temlik cirosu lehine yorum yapılması gerekir.

Çekin teminat amacıyla devredilmesine ilişkin olarak Yargıtay kararlarında içtihat farklılığı bulunmaktadır. Yargıtay kararlarındaki bu içtihat farklılığının temelini, çekte “teminat amacıyla inançlı temlik cirosu” kavramının hiç tartışılmamış olması oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.04.2024 tarihli ve 2023/11-589 Esas, 2024/212 Karar sayılı kararında ilk defa kambiyo senetlerinde teminat amacıyla inançlı temlik cirosu kavramından bahsedilmiş; çekte açık ve gizli rehin cirosunun yapılamayacağı, ancak teminat amacıyla inançlı temlik cirosunun geçerli olduğu, dış görünüş itibariyle temlik cirosunda taraflar arasında teminat ilişkisi olsa da tarafların gerçek ve ortak iradeleri belirlenerek yapılan cironun gizli rehin cirosu mu yoksa teminat amacıyla inançlı temlik cirosu mu olduğu tespit edildikten sonra cironun geçerli olup olmayacağına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararı ticari hayatının gereklerine gayet uygun olan ve sektörel olarak da belirsizlikleri ortadan kaldıracak bir karardır. Zira poliçe ve bono gibi çekin de tedavül kabiliyetinin oldukça yüksek olması ve alacak hakkı içermesi nedeniyle özellikle kredi kuruluşlarınca teminat

amacıyla devralınmaları oldukça yaygın bir işlemdir. Dış görünüş itibarıyla temlik cirosunda tarafların gerçek ve ortak iradeleri belirlenmeden taraflar arasında teminat ilişkisi varsa her durumda bu ciroyu gizli rehin cirosu olarak kabul etmek ve neticede hamili yetkili hamil olarak görmemek ticari hayatının gerçeklerine ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKSOY DURSUN**, Sanem: Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, 1. Baskı, İstanbul 2008.
- ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- ARAL**, Fahrettin: "Topyekün Temlik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 42, S. 1, 1992, s. 93-140.
- ARSLANLI**, Halil: Ticari Senetler Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 1954.
- AYDINCIK**, Şirin: "Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 1, 2006, s. 131-194.
- AYTUĞAR**, Bilge: "Çekte Rehin Ciroosu ve Teminat Çeki Uygulaması", Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 163, 2020, s. 481-501.
- ATAMULU**, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, 1. Baskı, Ankara 2017.
- BAHTİYAR**, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- BAUMBACH**, Adolf/ **HEFERMEHL**, Wolfgang/ **CASPER** Matthias: Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs, 24. Auflage, München 2020.
- BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017.
- BOZGEYİK**, Hayri: Poliçede Müracaat Hakkı, 1. Baskı, Ankara 2003.
- CAN**, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019.
- ÇATAKOĞLU**, Buket: "İleri Tarihli Çekler Bakımından Rehin Ciroosunun Tetkiki", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 7, S. 28, 2018, s. 771-810.
- DEVELİ**, Emine, "Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciroosu", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 79-102.
- DOĞANAY**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 2, 4. Baskı, İstanbul 2004.
- DOMANIÇ**, Hayri: "Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciroosu", Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, 1964, s. 519-541.
- ELLENBERGER**, Jürgen/**NOBBE**, Gerd/**PAMP**, Rüdiger: Kommentar zum Kreditrecht, 4. Auflage, 2023, BGB §1292.
- ERDEM**, Nuri, "Kambiyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve Rehin Ciroosu", Regesta, C. 6, S. 1, 2021, s. 121-152.

- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- ERİŞ**, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 1. Baskı, Ankara 2014.
- ERTEKİN**, Erol/**KARATAŞ**, İzzet: Uygulamada Ticari Senetler, 3. Baskı, Ankara 1998.
- GENCER**, Abdullah Revaha: Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- GÜLER**, Ahmet Zahid: Kambiyo Senetlerinin Rehnedilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2023.
- GÜRBÜZ**, A. Hulusi: Bankalarla Ticari Senetler İlişkisi, 1. Baskı, Ankara 1981.
- HACİÖMEROĞLU**, Abdülhamid Oğuzhan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro, 1. Baskı, Ankara 2017.
- İMREGÜN**, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2003.
- KARAYALÇIN**, Yaşar: Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 1. Baskı, Ankara 1970.
- KENDİGELEN**, Abuzer: Çek Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2019
- KENDİGELEN**, Abuzer/**KIRCA**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Esaslar/Kambiyo Senetleri), 6. Baskı, İstanbul 2022.
- KINACIOĞLU**, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999.
- KIRCA**, İsmail: Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciroları, Ufuk Tekin (Editör), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2015, s. 85-106.
- KUBİLAY**, Huriye: "Kambiyo Senetlerinin Rehni", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-4 (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı), 1988, s. 497-513.
- LANGENBUCHER**, Katja/**BLIESENER**, Dirk H./ **SPINDLER** Gerald/**HAERTLEİN** Lutz: Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage, 2020, BGB §1292.
- MAKARACI BAŞAK**, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul 2014.

- MUŞUL**, Timuçin: “Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yoluyla Takip”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 7, S. 3, 1974, s. 603-645.
- NOMER**, Hâluk Nami/ **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2020.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2014.
- OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 1-2, 1999-2000, s. 657-683.
- ÖZDAMAR**, Demet: “Avrupa Sözleşmeler Hukuku’nda ve Türk Borçlar Hukuku’nda Örf ve Âdetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19 (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), 2017.
- ÖZDAMAR**, Mehmet/ **GÖKTÜRK**, Kürşat/ **CAN**, Mehmet Çelebi/ **KAŞAK**, Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2020.
- ÖZEN**, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- ÖZEL**, Bilal: Kambiyo Senetlerine Rehin Cirosu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2012.
- ÖZKAYA**, Eraslan: İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2013.
- ÖZTAN**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1997.
- ÖZTÜRK**, Gülay: İnançlı İşlemler, 1. Baskı, Ankara 1998.
- POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Baskı, İstanbul 2018.
- PULAŞLI**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Ankara 2023.
- REİSOĞLU**, Seza: Çek Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011.
- SARIKAYA**, Merve: “Teminat Senetlerinden Kaynaklanan Menfi Tespit Davalarında Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 35, S. 1, 2019, s. 215-240.

- SAYICI, Elif:** Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciroosu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019.
- SCHÄFER, Frank L:** Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Sachenrecht §§ 854-1296, 9. Auflage, 2023, BGB §1292.
- SCHÄRTL, Christoph:** BeckOK BGB, 70. Edition, Stand. 01.11.2022, BGB §1292.
- SİRMEN, A. Lale:** Alacak Rehni, 1. Baskı, Ankara 1990.
- TANDOĞAN, Hâluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010.
- TAŞPINAR, Sema:** "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 533-572.
- UÇAR BULUT, Gülnur Ceren:** "Çekte Rehin Ciroosu Bağlamında Gündeme Gelen Sorunlar", Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul 2019.
- UYGUR, Atiye B:** "Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, 2006, s. 171-195.
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsun:** Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2021.
- YAMAN, Rabiye:** "Çekin Ciroosu ve Hukuki Sonuçları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 85, 2013, s. 70- 81.
- YILDIRIM, Hakan,** Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciroosu, 1. Baskı, Ankara 2021.
- YILMAZ, Asuman:** "Kambiyo Senetlerine Rehin Ciroosu ve Rehin Ciroosunun Teminat İşlemi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 2, 2011, s. 287-308.

ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA GAZETECİLERİN KORUNMASI

Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ *

Arş. Gör. Muhammed Halid KAVAK **

Öz

Uluslararası silahlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan gazeteciler, uluslararası kamuoyuna sahadan ve sıcak çatışma bölgelerinden her türlü bilgi akışını sağlayan en önemli meslek grubudur. Bu çalışma kapsamında, uluslararası silahlı çatışma alanlarında faaliyet yürüten gazetecilere yönelik uluslararası insancıl hukuk bağlamında sağlanan hukukî korumanın mahiyeti ve pratik düzlemde, fiilen ne ölçüde, etkili olduğu ele alınmıştır. Böylece uluslararası silahlı çatışmalarda gazetecilerin korunmasına yönelik 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, 1899-1907 La Haye Düzenlemeleri ve uluslararası insancıl hukukun örfî normlarının oluşturduğu hukukî rejim incelenmiştir. Devamında, gazetecilere, tıbbî personel, dinî personel, sivil savunma personeli gibi sınıflara sağlanan özel hukukî statüye benzer bir statü sağlanması; gazeteciler tarafından sahada

* Prof. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Prof. Dr., İzmir Bakırçay University Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, İzmir, Türkiye.

✉ anil.camyamac@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-8476-9110.

** Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Res. Assist., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, İzmir, Türkiye.

✉ halid.kavak@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0001-7757-1555.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇAMYAMAÇ, Anıl/KAVAK, Muhammed Halid: "Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Gazetecilerin Korunması", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 63-109.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

kullanılmak üzere ayırt edici/koruyucu nitelikte yeknesak bir amblem belirlenmesi gibi güncel tekliflerin değerlendirilmesi yapılmıştır. İlâveten, gazetecilerin silahlı çatışmalarda korunmasına yönelik bir uluslararası sözleşme ihdas edilmesi önerisi, süregelen uluslararası insancıl hukuk ihlâllerinin çözümünde etkili olup olamayacağı açısından ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

• Gazeteci • Savaş Muhabiri • Uluslararası Silahlı Çatışma • Uluslararası İnsancıl Hukuk • Bağımsız Gazeteci

PROTECTION OF JOURNALISTS IN ARMED CONFLICTS

Abstract

In armed conflicts, journalists play a crucial role, particularly in recording human rights violations and war crimes and providing the international community with real-time information from war zones. This study examines the legal protection afforded to journalists in conflict zones under international humanitarian law (IHL), and assesses its effectiveness in practice. Hence, it scrutinises the legal framework established by the 1949 Geneva Conventions and their Additional Protocols, the 1899-1907 Hague Regulations and the customary norms of IHL that govern the protection of journalists in international armed conflicts. Therefore, this study examines the proposal for establishing an international treaty on protection of journalists in armed conflicts in terms of its potential effectiveness in addressing ongoing IHL violations. Furthermore, it evaluates recent proposals such as granting journalists a special status similar to that of medical, religious, or civil defense personnel, and examines the creation of a protective emblem for use in the field.

Keywords

• Journalist • War Correspondent • Independent Journalist • International Humanitarian Law • Armed Conflict

GİRİŞ

İnsanlık tarihinin başlangıcından itibaren sınırsız kuvvet kullanımı sorun oluşturmuş ve bunun bir biçimde sınırlandırılmasına ve zapturapt altına alınmasına çalışılmıştır. Bu durumun en belirgin göstergeleri ise, semavî dinlerdeki kurallardan tutun da Hindistan'da Manu'nun Kitabı'na kadar eski metinlerde yer alan hükümler olarak gösterilebilir.¹ Ancak konuya ilişkin evrensel düzenlemelerin başlangıcının oldukça yeni

¹ Bu konuda genel olarak meselâ bkz. JANIS Mark W., An Introduction to International Law, Boston, 1988, s. 129-130.

olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.² Bu itibarla, devletler arasındaki kuvvet kullanımını sınırlandırmaya yönelik metinlerin 19'uncu yüzyıla birlikte ortaya çıktığı ve yaygınlaşarak 20'nci yüzyıla gelindiği takip edilebilir.³ Tam da bu noktada savaş hukuku olarak anılan ve kuvvet kullanımının sınırlandırılması amacını güden kurallar bütününde de değişimin, evrilmenin izleri belirginleşmeye başlamıştır. Sadece kuvvet kullanımının metotları, şekilleri, sınırları gibi düzenlemeler değil, kuvvet kullanımının dolaylı olarak etkilediği, normal şartlarda kuvvet kullanımının doğrudan muhatabı olmayan kişi ve/veya nesnelere de koruma amaçlı olarak statülerinin düzenlemeler kapsamına alınmaya başlanması konusunda çaba sarf edildiği fark edilmektedir. Bu minvalde, siviller başta olmak üzere, doğrudan kuvvet kullanımının bir parçasını teşkil etmeyen ancak yine de kuvvet kullanımının yarattığı olumsuzluklardan korunması gereken suje ve nesnelere de içine alan ve uluslararası insanlı hukuk adı verilen bir dalın da geliştiğine işâret edilmelidir.

Korunması gereken bu sùje ve nesnelere arasında en öne çıkan ve durumları itibarıyla ayrıntılı düzenlemelerin konusunu oluşturan tıbbî personel aklı öncelikle gelmektedir.⁴ Bununla birlikte, bazı sùjelerin ya hiç ya da yeteri oranda korunmadığı, haklarında talep edilen düzenlemelerin oluşturulmadığı gözlenmektedir. Bunlar arasında da silâhlı çatışmalar esnasında görev yapan gazetecilerin talepleri öne çıkmaktadır.⁵

² Burada belirtmelidir ki, bazı kaynaklarda savaş alanlarında bilginin kayıt altına alınmasına ilişkin gazetecilik faaliyetlerinin kökeni Ortaçağda egemenin maiyetinde savaş alanına götürdüğü kişiler arasında yer alan vak'anüvislere ve bunların çalışmalarına dayandırılmaktadır. Bkz. **BUJARD** Daniele L., *Le correspondant de presse en temps de guerre*, BASTID Suzanne (editör), *La circulation des informations et le droit international*, Paris: A. Pedone, 1978, s. 279.

³ Her ne kadar devletler arasında konuya ilişkin önceki tarihli bazı ikili düzenlemelere yer verilebilse de, ilk çok taraflı antlaşma, genelde, 1856 tarihli Paris Bildirisi olmaktadır.

⁴ Tıbbî personelin durumuna ilişkin meselâ bkz. **KLEFFER**, Jann K., *Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked*, **FLECK** Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd Edition, Oxford, 2008, s. 344-350; **ÇAMYAMAÇ**, Anıl/**ÇINARLI**, Serkan, *Silâhlı Çatışmalar Hukuku Çerçevesinde Tıbbî Personelin Durumu*, **HAKERİ/DOĞRU** (editör), *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı*, Ankara, 2018, s. 413-426.

⁵ Silâhlı çatışmalar dışında gazetecilerin uluslararası statüsüne dâir meselâ bkz. **BANACH**, Marian, "International Status of an Accredited Foreign Correspondent with Special Consideration of the Polish Practice", *Polish Yearbook of International Law*, C. 17, 1988, s. 7-19.

Zîra, silâhli çatışma bölgelerinin dış dünya ile bağlantısını ve savaş bölgelerinden güncel bilgi akışını sağlayan tek vasıta bu bölgelerde tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilerdir. Buna ek olarak uluslararası insancıl hukuka ve temel insan haklarına yönelik ağır ihlaller ile savaşın getirdiği vahşetin boyutları hakkında en kapsamlı ve işlevsel bilgi silâhli çatışma bölgelerinde faâliyet yürüten gazeteciler tarafından sağlanmaktadır. Savaş alanlarındaki bu kritik rolünün yanında savaş muhabirliği en tehlikeli meslekî faâliyetlerden biridir. Gerçekten de, bakıldığında, İsviçre merkezli Basın Amblemi Kampanyası'nın (*Press Emblem Campaign*) raporladığı üzere 2023 yılında görevlerini icrâ ederken öldürülen gazeteci sayısı 140 iken 2024 yılının son çeyreği itibariyle bu rakam 110'a ulaşmıştır.⁶ Salt bu veri dahi durumun vehametini ve düzenleme oluşturulması zaruretini ortaya koymaktadır.

Tüm bu anlatılanların ışığı altında, bu çalışmada, böylelikle, gazetecilere, bilhassa da savaş muhabiri olarak görev yapanlara, eğer varsa uluslararası silâhli çatışmalar çerçevesinin mevcut düzeni içerisinde uygulanabilecek kurallar, başta tıbbî personele sağlandığı gibi bir koruyucu amblem teklifleri de dâhil olmak üzere geniş anlamda korunmalarına ilişkin talepler ve bu kapsamda ne şekilde düzenlemelerin yapılabileceği gibi hususlar değerlendirme altına alınmaya çalışılacaktır.

I. ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK AÇISINDAN GAZETECİ KAVRAMI

A. Terim Sorunu

Çalışmamızın kapsamı, uluslararası silâhli çatışmalarda tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilere ilişkin uluslararası hukukun sağladığı korumanın incelenmesidir. Bu kapsamda literatürde, uygulamada ve resmî belgelerde gazeteci terimini ifâde etmek üzere “basın mensubu”

⁶ Bkz. “**Press Emblem Campaign (PEC): Media Casualties**”, [<https://www.pressemblem.ch/casualties>] (Erişim Tarihi: 02.11.24). Bu çerçevede, 2014 ilâ 2023 yılları arasındaki 10 yıllık dönemde 1118 medya çalışanın öldürüldüğü belirtilmektedir.

(*media personnel*)⁷, “medya çalışanı” (*media worker*)⁸, “serbest gazeteci” (*freelance journalist*)⁹, “muhabir” (*correspondent/reporter*)¹⁰, “ilişkili gazeteci” (*embedded journalist*)¹¹ gibi terimler kullanılmaktadır. Belirtilen bu terimler, gazeteciliğe ilişkin teknik farklılıklardan ve terime ilişkin kullanım çeşitliliğinden kaynaklanmaktadır. Bunun yanı sıra “savaş muhabiri” (*war correspondent*) ve “bağımsız gazeteci” (*independent journalist*) terimleri hukukî sınıflandırmayı ifâde eden kullanımlardır. Bu çalışmada, yeknesaklığı sağlamak amacıyla savaş muhabiri, basın mensubu, medya çalışanı kavramlarını da kapsayacak şekilde “gazeteci” terimi tercih edilecektir.¹² Buna karşılık gerektirdiği yerlerde resmî belgelerdeki ve öğretideki diğer hukukî ve teknik kullanımlara da yer verilecektir.

B. Tanım

Bir kişinin uluslararası insancıl hukukun hükümlerinin himayesi kapsamına dâhil edilip edilmediğinin tespitinin yapılabilmesi için öncelikle bu kimsenin uluslararası insancıl hukuk açısından hangi statüye

-
- ⁷ **BALGUY-GALLOIS** Alexandre, “The Protection of Journalists and News Media Personnel in Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, C. 86, S. 853, 2004; **RATHNAYAKE**, R. M. T. S. K., “Protection of Journalists in Armed Conflicts: An International Law Perspective”, *OUSL Journal*, C. 12, S. 2, 2017, s. 64.
- ⁸ **CRAWFORD**, Emily/**DAVIES**, Kayt, “The International Protection of Journalists in Times of Armed Conflict: The Campaign for a Press Emblem”, *Wisconsin International Law Journal*, C. 32, S. 1, 2014, s. 3.
- ⁹ **LEVIN**, Elizabeth, “Journalists as a Protected Category: A New Status for the Media in International Humanitarian Law”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*. C. 17, S. 1-2, 2013, s. 227, s.243; **GROSSMAN**, Lindsey R., “All the News That’s Worth the Risk: Improving Protection for Freelance Journalists in War Zones”, *Boston College International and Comparative Law Review*, C. 40, S. 1, 2017.
- ¹⁰ **DÜSTERHÖFT**, Isabel, “The Protection of Journalists in Armed Conflicts: How Can They Be Better Safeguarded?” *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, C. 29, S. 76, 2013, s. 7.
- ¹¹ **GASSER**, Hans-Peter, “The Journalist’s Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions” *Yearbook of International Humanitarian Law*, C. 6, 2003, s. 383; **SAUL**, Ben, “The International Protection of Journalists in Armed Conflict and Other Violent Situations”, *Australian Journal of Human Rights*, C. 14, S. 1, 2008, s. 99. **CRAWFORD/DAVIES**, s. 16.
- ¹² Gazeteci terimi önceleri yazılı basın organı olan gazetelerde haber içeriği üreten kişiler için kullanılmakta iken günümüzde yazılı, görsel ve işitsel basın ve yayın araçlarının artması ve bu araçların dijitalleşmesi ile habercilik faaliyeti yürüten tüm basın mensubu kişileri kapsar şekilde kullanılmaktadır. Hem resmî belgelerde hem de öğretilerde “gazeteci (*journalist*)” terimi habercilik faaliyeti yürüten basın mensubu kişiler için hâlâ yaygın olarak kullanılmaktadır.

dâhil edildiğinin tespit edilmesi gerekir. Uluslararası insancıl hukuk kurallarının bir kimseye sağladığı hukukî korumanın mahiyetini belirleyebilmek, o kimsenin hangi statüde kabûl edildiğinin ve hangi sınıfa dâhil edildiğinin belirlenmesi ile mümkündür. Bu sebeple silâhlı çatışmalarda gazetecilerin korunmasına ve gazetecilere yönelik muameleleri düzenleyen kurallara değinmeden önce uluslararası insancıl hukuk açısından gazeteci kavramının ne anlama geldiğinden ve bu kurallara göre gazetecilerin nasıl sınıflandırıldığından bahsedilecektir.¹³

Cenevre Sözleşmeleri (1949) ve Ek Protokolleri (1977) incelendiğinde, bir gazeteci tanımının ortaya konulmadığı fark edilmektedir.¹⁴ Özellikle *Uluslararası Nitelikteki Silâhlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına Dair 1977 tarihli Ek Protokol'ün (I no'lu Ek Protokol)*¹⁵ 8. maddesinin (c) ve (d) bentlerinde protokol kapsamında korunan tıbbî personelin ve din görevlilerinin kapsamı açık şekilde düzenlenmesine karşın “gazeteci” kavramının kapsamı belirtilmemiştir. Bu nedenle gazeteci kavramının kapsamına kimlerin dâhil edilebileceğinin tespitinde terimin olağan ve güncel anlamı dikkate alınmalıdır.¹⁶ Her ne kadar “gazeteci” kavramı ilk bakışta günlük veya belirli aralıklarla yayımlanan gazetelere haber ve içerik üreten kişileri ifâde etse de günümüzde gazeteci kavramı her türlü basın-yayın organı ve medya kuruluşu bünyesinde çalışan tüm medya mensuplarını kapsar niteliktedir. Bu anlamıyla *I no'lu Ek Protokol*'de “gazeteci” terimi geniş yorumlanmaktadır.¹⁷ Zirâ, *I no'lu Ek Protokol'ün* yürürlüğe girdiği 7 Aralık 1978 tarihinden günümüze basın-yayın araçlarının çeşitlenmesi ve dijital medyanın yaygınlaşması, “gazeteci” kavramına giren medya çalışanlarının kapsamının genişlemesine sebep olmuştur. Kezâ, BM'nin *Silâhlı Çatışma Bölgelerinde Görevlendirilen Gazetecilerin Korunmasına İlişkin*

¹³ SAUL, s. 102.

¹⁴ GASSER, s. 368.

¹⁵ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri 'ne Ek Protokollerden, Uluslararası Nitelikteki Silâhlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına Dair 1977 tarihli Ek Protokol çalışmanın devamında I no'lu Ek Protokol olarak ifâde edilecektir.

¹⁶ SANDOZ, Yves/SWINARSKI, Christophe/ZIMMERMANN, Bruno, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, s. 921.

¹⁷ SANDOZ, Yves/SWINARSKI, Christophe/ZIMMERMANN, Bruno, s. 921; ICRC Commentary of 1987 on Additional Protocol Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts m. 79, kn. 3261; LONGWORTH, Sally Alexandra, Freedom of Expression in Armed Conflict, The Silence between Spaces, PhD Dissertation, Department of Law, Stockholm University, Stockholm, 2022, s. 178.

*Taslak Maddeler Metni'nin 2. maddesinde gazeteci teriminin kapsamına "habercilik faaliyetlerini aslî mesleği olarak gerçekleştiren her muhabir, raportör, fotoğrafçı; teknik film, radyo ve televizyon asistanı" dâhil edilmiştir.*¹⁸ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1996 tarihli *Çatışma ve Gerilim Durumlarında Gazetecilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı'nda* gazeteci terimi "fotoğrafçı, kameraman, teknik destek elemanları ve şoför gibi hizmet elemanları da dâhil olmak üzere, basını temsil eden tüm kişileri" kapsar şekilde ifâdesini bulmuştur.¹⁹ Böylece, bilginin, verinin toplanması, işlenmesi ve kamuya sunulması aşamalarının herhangi birinde *meslekî* olarak görev alan teknik ve yardımcı personel de dâhil her kişinin gazeteci olarak nitelendirilmesi söz konusudur. Silâhlı çatışma bölgelerindeki muhabirlerle birlikte hareket eden yardımcı ve teknik elemanların da aynı habercilik faaliyetlerinin bir unsuru olmalarından ötürü, gazeteci olarak nitelendirilmeleri mümkündür. Ayrıca BM Güvenlik Konseyi, silâhlı çatışma bölgelerindeki gazetecilerin korunmasına ilişkin kararlarında gazetecileri "gazeteciler, medya personeli ve ilgili personel"²⁰ şeklinde habercilik faaliyetleri icrâ eden kişiler olarak kullanmayı tercih etmiştir. Önemli nitelikteki bir diğer tanım da BM İnsan Hakları Komitesinin 1966 tarihli *Medenî ve Siyâsî Haklar Sözleşmesi'*ne ilişkin 34 no'lu Genel Yorum Belgesinde ortaya konmuştur.²¹ 34 no'lu Yorum Belgesi genel temayül ile örtüşür şekilde gazeteciliği, "profesyonel muhabirler ve haber analizcilerinin yanı sıra blog yazarı gibi basılı veya görsel yayın yapan kişileri de kapsayacak şekilde gerçekleştirilen bir işlev" olarak nitelendirmektedir.²² Kısaca belirtmek gerekirse, ister tam zamanlı ister yarı-zamanlı olsun, bir medya kuruluşu bünyesinde çalışan ve habercilik faaliyetlerinin herhangi bir aşamasında görev alan kişiler gazeteci kimliğini hâiz kabûl edilir. Buna karşılık, özellikle blog yazarı,

¹⁸ Draft United Nations Convention on the Protection of Journalists Engaged in Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict, 1 August 1975, **UN Doc. A/10147**, Annex 1, m. 2/1.

¹⁹ Council of Europe Committee of Ministers, **Recommendation No. R(96)4** on the protection of journalists in situations of conflict and tension, 3 May 1996, preamble para. 12.

²⁰ İlgili kararlar için bkz: **S/Res/2222** (2015), para. 2; **S/RES/1738** (2006) , para. 10.

²¹ United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 34, **CCPR/C/GC/34**, Article 19: Freedoms of opinion and expression, 2011. [<https://digitallibrary.un.org/record/715606?v=pdf>] (Erişim Tarihi: 04.11.2024).

²² Ancak buradaki ifadenin bir uluslararası insan hakları sözleşmesine yönelik resmî yorum olduğunu gözden kaçırmamak gerekmektedir. Hâlbuki, uluslararası insanlık hukuk hükümleri kapsamındaki gazeteci tanımı, gazeteciliği silâhlı çatışma bölgelerinde meslekî bir faaliyet olarak gerçekleştiren gazeteciler için geçerlidir.

youtuber gibi kamu ile paylaşmak üzere içerik üreten özel kişilerin gazeteci kimliği oldukça tartışmalıdır.²³ Gazetecilerin meslekî anlamda yürüttüğü verinin toplanması, kayıt altına alınması ve kamuoyuna sunulması gibi bazı iş ve eylemlerin bir kısmı özel kişiler tarafından sosyal medya platformları aracılığıyla yürütülebilmektedir. Gerçekten de bir sosyal medya hesabı oluşturan her birey, bu sosyal medya hesabı üzerinden görsel (video ve fotoğraf), işitsel veya yazılı veri paylaşabilmekte ve bu işlemleri kamuoyuna açık olarak gerçekleştirebilmektedir. Ancak, “gazeteci” tanımı, silâhlı çatışmalarda tehlikeli *profesyonel görevlerde* bulunan ve habercilik kapsamındaki faâliyetleri meslekî olarak icrâ eden basın mensuplarını kapsamaktadır. Böylece profesyonel gazeteciler, silâhlı çatışma bölgelerinde yazılı notlar alan, fotoğraf çeken, video ve ses kaydı alan; sonrasında da bu topladığı verileri bağlı çalıştığı basın kuruluşu veya basın aracı ile paylaşan kişilerdir.²⁴ Aslî mesleği ve uğraşı gazetecilik olmayıp silâhlı çatışma bölgelerinden fotoğraf, video ve ses kayıtları paylaşan sivil kişiler, gazeteci olarak kabûl edilemeyecektir.

C. Sınıflandırma

Gazeteci teriminin kapsamına giren kişilerin belirlenmesinden sonra, gazetecilere yönelik uluslararası insancıl hukuk belgeleri ve öğretilerde ileri sürülen hukukî sınıflandırma da incelenmelidir. Bu kapsamda, görevi gereği silâhlı çatışma sahasında veya civarında meslekî anlamda habercilik faâliyeti yürüten gazeteciler iki sınıfa ayrılmaktadır: Savaş muhabirleri (*war correspondent*) ve bağımsız gazeteciler (*independent journalists*).²⁵ Savaş muhabirleri, bir silâhlı kuvvetin izni ile ve koruma altında silâhlı çatışma bölgelerinde bulunan; sürmekte olan silâhlı çatışmalar ve

²³ LONGWORTH, s. 185.

²⁴ Bkz. SANDOZ, Yves/SWINARSKI, Christophe/ZIMMERMANN, Bruno, s. 921.

²⁵ DÜSTERHÖFT, s. 7; DOST, Süleyman, “Uluslararası Silâhlı Çatışmalarda Gazetecilerin ve Medya Araçlarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, C. 76, S. 2, Temmuz 2018, s. 179. Ek olarak, savaş muhabiri sınıfı ile bu sınıf dışında kalan diğer profesyonel faâliyet yürüten gazetecilere (bağımsız gazeteci) yönelik temel ayrıma, *III no’lu Cenevre Sözleşmesi* (1949)’ne yönelik hazırlanan güncel şerhte de değinilmiştir. Bkz: ICRC, Updated Commentary on the Third Geneva Convention, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Cambridge 2021, s. 385, kn. 1049-1050. [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-4/commentary/2020?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>] (Erişim Tarihi: 22.01.2025)

muhasamat ile ilgili mesleği gereğince bilgi toplamak, raporlamak, paylaşmak gibi habercilik faaliyetlerinde bulunan kişilerdir.²⁶ Bu kişiler beraber hareket ettikleri silâhlı kuvvetlerin mensubu olarak kabûl edilmezler.²⁷ Savaş muhabirleri, sivil statüsünde değerlendirilir. Bağımsız gazeteciler ise bir silâhlı kuvvetin izin ve onayına tâbi olmaksızın faaliyet gösterdikleri için bu şekilde isimlendirilirler. Bağımsız gazeteciler de savaş muhabirleri gibi silâhlı çatışma sahasında ve bu silâhlı çatışmalara yönelik habercilik yapmaktadırlar. Ancak bağımsız gazeteciler, adına habercilik yaptıkları medya kuruluşu haricinde herhangi bir silâhlı kuvvetin izniyle veya bir silâhlı kuvvete eşlik etmek suretiyle hareket etmemektedir.²⁸

BM'nin *Silâhlı Çatışma Bölgelerinde Görevlendirilen Gazetecilerin Korunmasına İlişkin Taslak Maddeler Metni*'nin 2. maddesinde gazeteci tanımı, habercilik faaliyetini "asıl mesleği ve uğraşı olarak" gerçekleştiren muhabir, raportör, fotoğrafçı ve bunların yardımcısı konumundaki teknik elemanların tümünü kapsamaktadır.²⁹ Buradaki gazeteci tanımı savaş muhabirlerini ve bağımsız gazetecileri kapsamına dâhil etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki gazeteci tanımı, silâhlı çatışmalar açısından bilgi toplama ve yayma faaliyetini yalnızca aslî ve mutad mesleği olarak yapan kişileri kapsamaktadır.³⁰

²⁶ **BALGUY-GALLOIS**, s. 39.

²⁷ *Savaş Esirlerine Yönelik Muameleye İlişkin 1949 tarihli III no'lu Cenevre Sözleşmesi* m. 4/A(4)'te, düşman eline geçmesi durumunda savaş muhabirlerinin savaş esiri statüsüne sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu hükme göre savaş muhabirlerinin, eşlik ettikleri silâhlı kuvvetler tarafından düzenlenen bir kimlik kartı taşınması gerekmektedir. Söz konusu sözleşmenin IV No'lu ekinde, silâhlı kuvvetlere eşlik eden kişilere düzenlenecek kimlik kartının bir örnek taslağı ilâh edilmiştir. Kimlik Kartı örneği için bkz: **SCHINDLER**, Dietrich/**TOMAN**, Jiri, *The Laws of Armed Conflicts A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden/Boston, 2004, s. 568.

²⁸ **KALSHOVEN**, Frits/ **ZEGVELD**, Liesbeth, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 4. Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s. 141.

²⁹ Draft United Nations Convention on the Protection of Journalists Engaged in Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict, 1 August 1975, **UN Doc. A/10147**, Annex 1, m. 2/1.

³⁰ Silâhlı çatışmalarda özellikle sivil kişilerin topladıkları bilgiler, kayıtlar ve yaptıkları sosyal medya paylaşımları, taraflarca gerçekleştirilen uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin ve savaş suçlarının belgelenmesinde ve açığa çıkarılmasında oldukça etkili olmaktadır. Ancak bu sivil kişilerin bilgi toplaması ve çeşitli platformlarla bu bilgileri yayması bu kişileri 1977 tarihli I no'lu Ek Protokolün 79. maddesi bağlamında

Savaş muhabiri ve bağımsız gazeteci kavramları dışında uygulamada çokça bahsedilen bir diğer sınıf ordu ile ilişkili hareket eden “*ilişkili gazeteciler (embedded journalists)*” olarak adlandırılan gazetecilerdir.³¹ Bu sınıf, özellikle 2003 Irak Savaşı’nda ABD tarafından başlatılan basın havuzu uygulaması ile gündeme gelmiştir. Bu uygulama kapsamında ilişkili gazeteciler Amerikan ve İngiliz askerî birimlerine eklemlendirilmiş olarak hareket etmiştir. Bu gazeteciler, ilişkili oldukları askerî birimlerle bağlı kalmalarını zorunlu kılan ve korunmalarını sağlayan bir tâlimatnâmeğe uymakla mükellef kılınmışlardır.³² Görüldüğü üzere ilişkili gazetecilik uygulamadan doğan ve yalnızca uygulamada kullanılan bir kavram olup hukukî bir sınıflandırma değildir. Bu bakımdan ilişkili gazetecilik kavramı uluslararası insancıl hukuk açısından savaş alanında görev icrâ eden gazetecilerin statüsüne yönelik bir farklılık ortaya koymamaktadır.³³ Bu sebeple öğretilde ilişkili gazeteciler ayrı bir hukukî sınıflandırma olarak görülmemekte ve ekseriyetle savaş muhabiri sınıfına dâhil edilmektedir.³⁴ Gazetecileri askerî birliklere bu şekilde dâhil ederek bağlı hareket etmelerini sağlamaya yönelik bu uygulamanın amacının gazetecilerin daha etkin korunmasını sağlamak ve savaş alanındaki güvenliklerini artırmak olduğu iddia edilebilir. Ancak ilişkili gazetecilik uygulaması, gazetecilerin bağımsız ve tarafsız faaliyet göstermelerine engel olacağı endişesini de beraberinde getirmiştir. Bu uygulama, özellikle uygulamayı gerçekleştiren silâhlı kuvvet tarafından onaylanmayan ve kont-

savaş muhabiri veya gazeteci yapmamaktadır. Uluslararası insancıl hukuk bağlamında gazetecilerin korunmasına dâir hükümlerin muhâtabı meslekî ve profesyonel olarak habercilik faaliyetleri ile iştigâl eden basın mensuplarıdır. Bkz. **DÜSTER-HÖFT**, s. 7; **LONGWORTH**, s. 186.

³¹ **DOST**, s. 180.

³² **BALGUY-GALLOIS**, s. 42; **SCORDAS**, Achilles, “Mass Media, Influence on International Relations”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition edited by Wofrum, 2014, paragraf 38, [<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e960>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

³³ **SAUL**, s. 107.

³⁴ **GASSER**, The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions, s. 384; **BALGUY-GALLOIS**, s. 42. Ayrıca bkz. ICRC, Updated Commentary on the Third Geneva Convention, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Cambridge 2021, s. 385, dipnot: 193. [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-4/commentary/2020?active-Tab=1949GCs-APs-and-commentaries>] (Erişim Tarihi: 22.01.2025).

rol edilemeyen tüm habercilik faaliyetinin dışlanmasına hattâ yasaklanmasına varabilir.³⁵ Bu sebeple ilişkili gazetecilik uygulaması, silâhlı çatışmalarda savaş suçlarının ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin raporlanması, uluslararası kamuoyu ile paylaşılması açısından kritik öneme sahip gazetecilik faaliyetlerinin bağımsız ve tarafsız şekilde sürdürülmesine engel ve tehdit olarak görülmektedir.³⁶ Buna ek olarak gazetecilerin askerî birimlerle yakın ve birlikte hareket etmesini gerektiren bu uygulama gazetecileri, askerî hedeflere yönelik meşrû saldırılar sebebiyle meydana gelebilecek dolaylı zararlara (*collateral damage*)³⁷ açık hâle getirebilir. Hattâ ilişkili gazeteciler, düşman kuvvetlerinin eline geçtiklerinde spesifik askerî birimlerle hareket ettiklerinden ötürü ele geçiren kuvvetler tarafından ajan veya sabotajcı olarak telakkî edilebilirler. Dolayısıyla, gazetecilerin korunmasına yönelik olduğu düşünülen ilişkili gazetecilik uygulamasının gazeteciler açısından sahada daha tehlikeli durumlara sebep olabileceği söylenebilir.³⁸

II. SİLÂHLI ÇATIŞMALARDA GAZETECİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKÎ REJİM

A. Genel Olarak

Silâhlı çatışma bölgelerinde görev yapan gazetecilerin korunmasına yönelik önlemler iki kısımda incelenmektedir. Bunlardan biri uluslararası silâhlı çatışmaları düzenleyen *jus in bello* bağlamında ortaya konan koruma hükümleridir. Diğer kısmı ise gazetecilerin korunmasına yönelik uygulama bağlamında alınan *de facto*³⁹ önlemlerdir. Bu çalışmada gazete-

³⁵ **BALGUY-GALLOIS**, s. 42-43; **SAUL**, s. 108.

³⁶ **GASSER**, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 384.

³⁷ Bkz. dipnot: 118.

³⁸ **HEYNS**, Christof/ **SRINIVASAN**, Sharath, "Protecting the Right to Life of Journalists: The Need for a Higher Level of Engagement", *Human Rights Quarterly*, C. 35, S. 2, 2013, s. 325.

³⁹ **DÜSTERHÖFT**, s. 16. *De facto*, uygulamaya dâir önlemler bağlamında uluslararası kamuoyunda silâhlı çatışmalarda gazetecilerin maruz kaldığı hukuka aykırı saldırı ve her türlü şiddet eylemlerine ilişkin farkındalık oluşturmayı amaçlayan çalışma ve faaliyetler kastedilmektedir. Bunlara özellikle tehlikeli görevlerde bulunan medya personelinin silâhlı çatışmalarda olası tehditlere en az maruz kalacak şekilde hareket edebilmesi için yapılan eğitimler de dâhildir. Bunun yanında konuyla doğrudan ilgili uluslararası platform ve kuruluşlar tarafından savaş alanlarında ve silâhlı çatışma-

çilerin korunmasına yönelik hukukî rejim üzerinde durulmaktadır. Gazetecilerin korunmasına yönelik uygulama boyutunda alınan önlemler bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Gazetecilerin uluslararası insancıl hukuk bağlamında korunmasına yönelik kuralları belirtilen iki tehlike üzerinden değerlendirmek isabetli olacaktır. Öncelikle gazetecilerin korunmasına ilişkin mevcut hukukî rejim bağlamında gazetecilerin silâhlı çatışmaların yürütülmesi esnasında gerçekleştirilen silâhlı saldırılardan korunmasına yönelik mekanizma ortaya konulacaktır. Ardından gazetecilerin esir düşmesi (silâhlı çatışma taraflarından birinin eline düşmesi) durumunda uygulanacak hukuk değerlendirilecektir.

B. Gazetecilerin Korunmasına İlişkin Mevcut Hukukî Rejim

Uluslararası hukukta gazetecilerin korunmasına ilişkin ilk düzenlemelere savaş esirlerine ilişkin hükümlerde yer verilmiştir. *Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dâir La Haye Sözleşmeleri*'nin (1899 ve 1907) 13. maddesi bir ordu ile hareket eden ancak orduya mensup olmayan kişiler hakkında savaş esiri statüsüyle ilgili düzenlemeler içermektedir.⁴⁰ Buna göre "gazeteciler" ve "muhabirler" silâhlı kuvvetler ile hareket eden ancak silâhlı kuvvetler mensubu olmayan kişiler arasında zikredilmiştir. Takip ettikleri askerî otorite tarafından bu kişilere statülerini belirten bir kimlik belgesi düzenlenir. Bu hükme göre gazeteciler, düşman kuvvetler eline düştiklerinde kendilerine verilen kimlik belgesini sunmak koşuluyla savaş esiri statüsünden faydalanabilirler. Aynı rejim ve düzenleme neredeyse hiçbir değişiklik içermeden *Savaş Esirlerine Yönelik Muameleye İlişkin*

larda görevlendirilen medya personeli için bilgilendirici nitelikte ilkeleri içeren kılavuzlar oluşturulmuştur. Örnek için bkz: [<https://newssafety.org/insi-safety-code/>; <https://cpj.org/wp-content/uploads/2020/05/guide.pdf> ; <https://rsf.org/sites/default/files/2015-rsf-safety-guide-for-journalists.pdf>] (Erişim Tarihi: 01.11.2024).

Bunun yanında Uluslararası Kızıl Haç Komitesi tarafından oluşturulan ve 7/24 aktif tutulan bir arama ve destek hattı mevcuttur.

⁴⁰ 1899 ve 1907 tarihli Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dâir IV no'lu La Haye Sözleşmesi, m. 13: "**Doğrudan bir silâhlı kuvvetlere ait olmadığı hâlde silâhlı kuvvetlerle birlikte hareket eden, gazeteci, muhabir, satıcı ve müteahhit gibi kişilerden düşman kuvvetlerin eline düşenler veya düşman kuvvetlerce alıkoyması uygun görülen kişiler, ilişkili buldukları silâhlı kuvvetlerin askerî makamları tarafından verilmiş bir kimlik belgesi taşımaları/libraz etmeleri durumunda, savaş esiri olarak muamele görürler.**" Bkz: SCHINDLER/TOMAN, s. 69.

Cenevre Sözleşmesi (1929) m. 81'de yer almıştır.⁴¹ Bu düzenleme çerçevesinde de gazeteciler, sivil unsur kabûl edilmektedir. Gazeteciler böylelikle bir silâhlı kuvvetler ile hareket eden ancak silâhlı kuvvetlerin bir unsuru olmayan sivil statüsüne sahip kişilerdir. Gazeteciler, beraber hareket ettikleri askerî otorite tarafından düzenlenmiş kimlik belgesi taşımak koşuluyla savaş esiri olarak muamele görme hakkını hâizdir. Görüldüğü gibi bu düzenlemeler, silâhlı çatışma taraflarından birine akredite olmadan savaş alanında ve silâhlı çatışma bölgelerinde faaliyet gösteren bağımsız gazetecileri kapsam dışı bırakmaktadır.⁴²

III no'lu *Cenevre Sözleşmesi* silâhlı çatışma ve savaş alanlarında görevlendirilen savaş muhabirlerinin durumuna yönelik yaklaşımı sürdürmüştür. Buna karşılık III no'lu *Cenevre Sözleşmesi*'nin savaş esiri statüsünü hâiz kişileri belirten m. 4/A(4) hükmü önceki rejime göre birtakım farklılıklar içermektedir. İlk olarak, *Savaş Esirlerine Yönelik Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi* (1929) m. 81'deki, düşman eline geçen savaş muhabirlerinin "savaş esiri gibi muamele göreceğine" ilişkin ifâde yerine III no'lu *Cenevre Sözleşmesi* m. 4/A(4), savaş muhabirinin "savaş esiri statüsüne sahip olduğunu" açıkça beyan etmektedir.⁴³ Bu minvâlde yeni düzenlemenin

⁴¹ Savaş Esirlerine Yönelik Muameleye İlişkin 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi, m. 81 şu şekildedir:

"Doğrudan bir silâhlı kuvvetlere mensup olmadığı hâlde silâhlı kuvvetleri takip eden, muhabir, gazeteci, satıcı ya da müteahhit gibi kişilerden düşman kuvvetlerin eline düşenler veya düşman kuvvetlerce alıkoyması uygun görülen kişiler, ilişkili buldukları silâhlı kuvvetlerin askerî makamları tarafından verilmiş bir kimlik belgesi taşımaları/ibraz etmeleri durumunda, savaş esiri olarak muamele görürler."

Ayrıca, İngilizce resmî metni için bkz: SCHINDLER/TOMAN, s. 437.

⁴² GASSER Hans-Peter, "The Protection of Journalists Engaged in Dangerous Professional Missions", *International Review of the Red Cross*, C. 232, 1983, s. 5; GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 369; DÜSTERHÖFT, s. 6.

⁴³ III no'lu Cenevre Sözleşmesi m. 4/A(4) şu şekildedir:

"... Eşlik ettikleri silâhlı kuvvetlerin iznini almış olmak ve bu amaçla kendilerine ekteki örneğe benzer bir kimlik belgesi sağlanmış olmak kaydıyla, askerî uçakların sivil mürettebatı, savaş muhabirleri, müteahhitler, askerî birliklerin refahından sorumlu hizmet birimleri veya işçiler gibi silâhlı kuvvetler mensubu olmaksızın silâhlı kuvvetlere refakat eden kişiler..."

"...Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model..." bkz: SCHINDLER/TOMAN, s. 513.

bu konuda daha kesin ve güvenli bir dil kullandığı göze çarpmaktadır. Yetkili askerî makamlar tarafından verilen bir kimlik kartına fiilen sahip olmak *Savaş Esirlerine Yönelik Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi* (1929) uyarınca düşman eline geçen savaş muhabirinin savaş esiri muamelesi görebilmesi için gerekli bir koşul olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, *III no'lu Cenevre Sözleşmesi* m. 4/A(4)'te ise savaş muhabirinin eşlik ettiği silâhlı kuvvetler tarafından verilen kimlik kartını ibraz etmesi veya yanında taşıması savaş esiri statüsünden yararlanabilmesi için zorunlu bir unsur değildir. Taşıyıcının bu kartı kaybedebileceği veya her durumda yanında bulunduramayabileceği gerçeği göz önüne alınarak bu zorunluluk hafifletilmiştir.⁴⁴ Böylelikle *III no'lu Cenevre Sözleşmesi* m. 4/A(4)'te belirtilen kimlik kartı, savaşan taraflardan birinin eline düşen gazetecilerin kimliğinin tespitini kolaylaştıran bir ispat unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda gazetecilerin hukukî statülerini ve kimliklerini ispatlayacak belgeyi yanlarında bulundurmamaları, savaş esiri statüsünden mahrum kalacakları anlamına gelmemektedir. Zira, gazeteciler açısından savaş esiri statüsünün mevcudiyeti, verilen kimlik kartını fiziken taşıyor olmalarına bağlı değildir. Silâhlı çatışma taraflarından birinin eline düşen kişilerin kimliği ve savaş esiri statüsü tespit edilemezse, bu kimselerin kimliği ve statüsüne ilişkin belirsizlik yetkili bir yargı mercii tarafından kesinleştirilene dek *III no'lu Cenevre Sözleşmesi*'nin korumasından yararlanma hakkı sağlanmaktadır.⁴⁵ Gazeteciler açısından bu hüküm önemlidir. Zîra silâhlı kuvvetlerden birinin eline düşen ve eşlik ettikleri silâhlı kuvvetlerce düzenlenmiş kimlik kartını ibraz edemeyen savaş muhabirleri, kimliklerine veya statülerine ilişkin şüphe oluşması durumunda, yetkili bir yargı mercii tarafından kimlikleri hakkında hükme varılıncaya dek *III no'lu Cenevre Sözleşmesi*'nin sağladığı hukukî korumanın kapsamında olacaktır.⁴⁶

⁴⁴ ICRC, Updated Commentary on the Third Geneva Convention, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Cambridge 2021, s. 386, kn. 1050. [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-4/commentary/2020?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>] (Erişim Tarihi: 22.01.2025). Ayrıca bkz. GASSER, The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions, s. 369.

⁴⁵ 1949 tarihli Savaş Esirlerine Muameleye İlişkin III no'lu Cenevre Sözleşmesi, m. 5. Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949, SCHINDLER/TOMAN, s. 514.

⁴⁶ GASSER, The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions, s. 369.

9 Aralık 1970 tarihinde BM Genel Kurulu, Ekonomik ve Sosyal Konseyi ve onun aracılığıyla İnsan Hakları Komisyonunu silahlı çatışma alanlarında tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilerin korunmasına ilişkin uluslararası bir sözleşme taslağı hazırlamaya davet eden 2673(XXV) sayılı kararı kabûl etmiştir.⁴⁷ BM bünyesinde savaş zamanında gazetecilerin durumu hakkında ayrı bir uluslararası antlaşma bağlanması fikri ilk kez bu kararlarla resmi olarak gündeme gelmiştir.⁴⁸ Ancak bu fikir süreç içerisinde gazetecilerin silahlı çatışmalarda korunmasına dâir hususunun ayrı bir uluslararası antlaşma yerine uluslararası insancıl hukuk düzenlemeleri kapsamında hükme bağlanması gerektiği düşüncesine dönüşmüştür.⁴⁹ Gazetecilere ilişkin koruma mekanizmasına bu sebeple yeni düzenlenen *I no'lu Ek Protokolün* 79. maddesinde şu şekilde yer verilmiştir.⁵⁰

"1. Silahlı çatışma alanlarında tehlikeli profesyonel görevlerde bulunan gazeteciler bu Protokol'ün 50. Maddesinin 1. fıkrası anlamında sivil kabûl edilir.

2. Gazeteciler, sivil statülerine zarar verecek bir eyleme girişmedikleri müddetçe ve III. Cenevre Sözleşmesi m. 4/A(4) hükmü uyarınca silahlı kuvvetlere akredite edilmiş savaş muhabirlerinin haklarına hâle gelmeksizin, Sözleşmeler ve bu Protokol koruması kapsamındadırlar.

*3. Bu Protokol'ün 2. Ekinde yer alan örneğe benzer bir kimlik kartı edinebilirler. Bu kimlik kartı, gazetecinin vatandaşı olduğu devletin hükümeti tarafından veya ikâmet ettiği ya da bünyesinde çalıştığı medya organının bulunduğu yer devleti tarafından düzenlenir ve gazeteci statüsünü belgeler."*⁵¹

⁴⁷ UN General Assembly (UNGA), **A/RES/2673(XXV)**, Protection of Journalists Engaged in Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict, [<https://digitallibrary.un.org/record/201886>] (Erişim Tarihi: 01.11.2024)

⁴⁸ **GASSER**, The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions, s. 370.

⁴⁹ **DÜSTERHÖFT**, s. 9.

⁵⁰ **GASSER**, The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions, s. 370- 371; **SAUL**, s. 107.

⁵¹ I no'lu Ek Protokol m. 79'un İngilizce metni şu şekildedir: "Article 79 -Measures of protection for journalists

1. Journalists engaged in dangerous professional missions in areas of armed conflict shall be considered as civilians within the meaning of Article 50, paragraph 1.

2. They shall be protected as such under the Conventions and this Protocol, provided that they take no action adversely affecting their status as civilians, and without prejudice to the right of war correspondents accredited to the armed forces to the status provided for in Article 4/A(4) of the Third Convention.

79. madde kapsamında getirilen düzenleme savaş muhabiri sınıfının dışında kalan bağımsız gazetecilerin korunmasına yönelik hükümlere yer vermesi açısından önem arz etmektedir. Bu maddeye göre silâhlı çatışma alanlarında tehlikeli görevlerde bulunan gazeteciler sivil kişilerin, sivil halkın tanımını ve kapsamını hüküm altına alan *I no'lu Ek Protokolün* 50. maddesinde düzenlenen anlamıyla sivil statüsündedir. Bu kapsamda gazeteciler, genel olarak, sivillere tanınan tüm korumadan yararlanır. Ayrıca gazeteciler, kimliğini ve statüsünü belgeleyen bir kimlik kartı taşıyabilir. Ancak, *I no'lu Ek Protokolün* 79. maddesinin, özellikle savaş muhabirleri özelinde yeni koruyucu kurallar getirdiği söylenemez. Bağımsız gazeteciler özelinde ise bunların sivil statüsünün açık şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bağımsız gazeteciler, bu hüküm kapsamında uluslararası insancıl hukuk tarafından genel olarak sivillere sağlanan tüm koruma mekanizmasından faydalanma hakkını hâizdir. Bunun yanında, silâhlı kuvvetlere akredite edilmiş savaş muhabirlerine ilişkin önceki kurallar değişmeden kalmıştır. Savaş muhabirleri, *III no'lu Cenevre Sözleşmesinin* m. 4/A(4) hükmü uyarınca savaş esiri statüsüne ilişkin haklarını korurlar.⁵² Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, ek protokollerdeki değişiklikler yalnızca bu ek protokollere taraf olan devletleri bağlamaktadır. Böylelikle, bu Protokollerdeki hükümler bağlamında düzenlenen hukukî bir yükümlülük eğer diğer metinlerde mevcut değilse veya örf ve âdet kuralı teşkil etmiyorsa taraf olmayan devlet açısından bağlayıcı olmayacaktır.⁵³

Silâhlı çatışma bölgelerinde görev ifa eden gazeteciler açısından iki farklı tehdit söz konusudur. Gazeteciler canları ve vücut bütünlüklerine yönelik fiziksel acı, kayıp ve zarara sebep olabilecek silâhlı saldırılara maruz kalabilirler. Bu durum gazetecilerin, kasıtlı düşmanca bir saldırının hedefi olması şeklinde olabileceği gibi, yorgun bir merminin veya yakın

3. *They may obtain an identity card similar to the model in Annex II of this Protocol. This card, which shall be issued by the government of the State of which the journalist is a national or in whose territory he resides or in which the news medium employing him is located, shall attest to his status as a journalist.*" Bkz: SCHINDLER/TOMAN, s. 752.

⁵² GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 372.

⁵³ Günümüz itibarıyla, I no'lu Ek Protokole 174 devlet taraftır. II no'lu Protokole ise 169 devlet taraftır. Türkiye her iki protokole de taraf değildir. Sırasıyla bkz: [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/state-parties?activeTab=default>]; [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/state-parties?activeTab=default>] (Erişim tarihi: 01.11.2024).

bir hedefe yönelik bombalı saldırıdan saçılan şarapnel parçalarının do-
laylı hedefi olması şeklinde de gerçekleşebilir. Yâni gazetecilerin savaşıan
tarafarca gerçekleştirilen düşmanca davranışların hedefi hâline gelmesi
durumu söz konusu olabilir. Gazetecilerin maruz kaldığı ikinci tür tehdit
ise, gazetecinin çatışma taraflarından birisince tutuklanması, alıkonul-
ması, rehin alınması veya izi sürülemeyecek şekilde kaybedilmesidir.
Daha açık ifâde etmek gerekirse gazeteciler, çeşitli şekillerde çatışma ta-
raflarından birinin eline düşmeleri durumunda insanlık dışı muamele ve
işkeneye de maruz kalabilirler.⁵⁴

1. Silâhlı Saldırlara veya Operasyonlara Karşı Gazetecilerin Ko- runması

Daha önce de belirttiğimiz üzere uluslararası nitelikteki silâhlı ça-
tışmalarda, savaşıan silâhlı kuvvetlerden birine akredite edilmiş savaşı
muhabirleri sivil statüsündedir.⁵⁵ Bu kişiler *IV. Cenevre Sözleşmesi m.
4/A(4)*'te belirtilmiş ve ordu ile hareket etmesine karşın silâhlı kuvvetler
mensubu sayılmayan kişiler arasında zikredilmektedir. Bu nedenle savaşı
muhabirleri muharip statüsünde değil, sivil statüsündedir.⁵⁶ *I no'lu Ek*

⁵⁴ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 368.

⁵⁵ SCORDAS, paragraf 44.

⁵⁶ Uluslararası insancıl hukuk (*Jus in Bello*), bir bütün olarak, savaşı ve silâhlı çatışma bağlamında/esnasında uyulması gereken uluslararası hukuk kurallarını ifade eder. Uluslararası insancıl hukukun temel amacı, sivillerin ve sivil unsurların silâhlı saldırı ve her türlü düşmanca eylemden korunmasıdır. Silâhlı çatışmalarda *ayrım gözetme ilkesi* en temel ilkelerden biridir. Bu ilkeye göre silâhlı çatışma tarafı kuvvetler muharip (*combatant*) ile muharip-olmayan/sivil (*non-combatant/civilian*) unsurları tespit etmeli ve düşmanca saldırı ve eylemlerini yalnızca askerî unsurlara yöneltmelidir. Sivillere ve sivil unsurlara doğrudan silâhlı saldırı ve misillemeler yasaklanmıştır. İnsancıl hukukta muharip-muharip olmayan (sivil) temel ayırımına ilişkin bakınız: DINSTEN, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, s. 27 vd; IPSEN, Knut, *Combatants and Non-Combatants*, FLECK Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 79-117; KALSHOVEN/ZEGVELD, 2011, s. 101 vd; SASSOLI, Marco, *International Humanitarian Law*, 1st Edition, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 20; Ayrıca sivillerin genel olarak statüsü için bkz. POLITIS, Stylianos, "Protection of Civilians During Armed Conflicts", *Revue hellénique de droit international*, C. 63, S. 2, 2010, ss. 1011-1018; RONZITTI, Natalino, "Civilian Population in Armed Conflict", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wofrum, 2010, [<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e268#>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

Protokol m. 79 silâhlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan bağımsız gazetecilerin de aynı protokolün 50. maddesi çerçevesinde düzenlenen sivil statüsüne sahip kişiler kapsamına girdiğini açık bir şekilde belirtmiştir.⁵⁷ Böylelikle *I no'lu Ek Protokol* m. 79 hem savaş muhabirlerini hem de bağımsız gazetecileri kapsayacak şekilde bu kişilerin sivil statüsünü teyit etmektedir.⁵⁸ Bu madde gereğince savaş muhabirleri ve bağımsız gazeteciler genel olarak, *IV. Cenevre Sözleşmesi* ve *I no'lu Ek Protokol* bağlamında sivil kişilere tanınan tüm imtiyaz ve korumadan faydalanırlar. Buna göre, silâhlı çatışmalarda görev alan gazeteciler askerî operasyonlardan doğan tehlikelere karşı silâhlı çatışma taraflarınca korunup gözetilmelidirler.⁵⁹ Böylelikle gazeteciler silâhlı saldırıların, terör ve şiddet eylemlerinin ve misilleme amaçlı yapılan saldırıların hedefi yapılamaz.⁶⁰ Sivil halk ve bireyler (dolayısıyla gazeteciler) ilke olarak silâhlı unsurlar tarafından canlı kalkan olarak kullanılamazlar. Sivil statüsündekiler ve muharipler ile sivil hedef ve askerî hedefler arasında ayırım gözetmeksizin yapılan saldırılar yasaktır ve savaş suçu niteliğindedir.⁶¹ Gazeteciler, silâhlı çatışmalarda doğrudan rol almadıkları müddetçe sivil unsurlara sağlanan korumadan faydalanırlar.⁶² Bir gazetecinin ölümüne veya beden ve sağlığına yönelik ciddi nitelikli zararlara neden olan kasıtlı saldırılar, *I no'lu Ek Protokol*'ün ağır ihlâli (*grave breaches*) anlamına gelir. Ağır ihlaller, soruşturma ve kovuşturma usulü uluslararası ceza hukuku kapsamında düzenlenen savaş suçlarını teşkil eder.⁶³

Gazeteciler, sivil statüsündeki kişilere tanınan tüm temel koruma hükümlerinden faydalanırlar. Dikkat edilmesi gereken husus, *IV no'lu Ce-*

⁵⁷ SASSOLI, s. 21.

⁵⁸ SAUL, s. 106.

⁵⁹ *I no'lu Ek Protokol*, m. 50/1. Belirtmek gerekir ki *I no'lu Ek Protokol* m. 79 savaş muhabirlerine ve bağımsız gazetecilere yönelik yeni biri statü veya hukuk kuralı ortaya koymamaktadır. Bu hüküm sadece gazetecilerin, sivil statüsünde olduklarını ikrar etmekte ve sivil statüsündekilere uygulanan koruma hükümlerinden faydalanacağını ortaya koymaktadır. CRAWFORD/DAVIES, s. 12.

⁶⁰ *I no'lu Ek Protokol*, m. 50/6.

⁶¹ HENCKAERTS Jean-Marie/DOSWALD-BECK, Louise, *International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law Study*, Vol. 1: Rules, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 3; *I no'lu Ek Protokol* m. 50/2.

⁶² *I no'lu Ek Protokol* m. 48 ve m. 50/3. Ayrıca bkz. HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1: Rules, 2009, s. 19-20.

⁶³ *I no'lu Ek Protokol* m. 85/3. Ayrıca bkz: DÜSTERHÖFT, s. 11.

nevre Sözleşmesi'nin 4. maddesinde Sözleşmenin koruması kapsamına giren kişilerin kimler olduğunun düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre, bağımsız gazetecilerden, bu Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin vatandaşı olanlar; çatışmaya taraf olmayan (tarafsız) bir devletin vatandaşı olanlar bu Sözleşmenin himayesi kapsamında olmayacaklardır. Bunun yanında savaşan müttefik silâhlı kuvvetlerden birinin vatandaşı gazeteciler, diğer müttefik gücün eline düştükleri durumda bu Sözleşmenin sağladığı himayenin dışında kalmaktadır.⁶⁴ Sözleşmenin himayesi dışında bırakılan bu kişiler, barış zamanı uluslararası hukuk hükümleri ve diplomatik himaye rejimi çerçevesinde muamele görecektir. Bu minvâlde, bu kişiler uluslararası insancıl hukukun ve insan hakları hukukunun sağladığı en temel korumadan faydalanırlar.⁶⁵ Uluslararası insancıl hukuk açısından herkese sağlanan asgarî koruma standartları olarak kabûl edilen, insanca muamele görme hakkı⁶⁶; fiziksel zihinsel işkence, bedensel cezalar ve sakat bırakma eylemlerinin yasak olması⁶⁷ ve çatışan kuvvetlerden birinin eline düşme durumunda sağlanan asgari standartlar⁶⁸ gazeteciler için de uygulanmaktadır.

IV. *Cenevre Sözleşmesi* ve *I no'lu Ek Protokol* hükümleri, bunlara taraf olmayan devletlerin silâhlı kuvvetleri için bağlayıcı değildir. Ancak gazetecilerin sivil statüsü ve gazetecilerin düşmanca saldırılardan ve silâhlı çatışma eylemlerinden korunmasına ilişkin kural artık örf ve âdet hukuku niteliğindedir⁶⁹. Uluslararası Kızıl Haç Komitesinin (*International Committee of the Red Cross/ICRC*) uluslararası insancıl hukukun örfî normlarını

⁶⁴ 1907 tarihli Kara Savaşındaki Kural ve Örlere Dâir IV no'lu La Haye Sözleşmesi, m. 4 (2): "...Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin vatandaşı kişiler bu Sözleşme tarafından korunmazlar. Tarafsız bir devletin vatandaşı olup silâhlı çatışma taraflarından birinin bölgesinde bulunan kişiler veya müttefik devletin vatandaşı olan kişiler, eline düştükleri devlet ile vatandaşı oldukları devletin olağan diplomatik temsil ilişkisi sürmekte ise bu Sözleşme tarafından korunmazlar."

⁶⁵ SAUL, s. 105.

⁶⁶ IV. Cenevre Sözleşmesi, m. 75/1.

⁶⁷ IV. Cenevre Sözleşmesi, m. 75/2.

⁶⁸ IV. Cenevre Sözleşmesi, m. 75/3.

⁶⁹ SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN, s. 615; ICRC Commentary of 1987 on Additional Protocol Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts m. 51, [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-51/commentary/1987?activeTab=undefined>] , kn. 1923 (Erişim Tarihi: 01.11.2024); DÜSTERHÖFT, s. 11.

tespit eden çalışmasına göre silâhlı çatışmalarda tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilerin korunması ve gazetecilere doğrudan saldırıların yasak olmasına yönelik devlet uygulamaları mevcuttur.⁷⁰

2. Gazetecilerin Silâhlı Çatışma Taraflarından Birinin Eline Düşmesi

Silâhlı çatışmalar esnasında savaşılan kuvvetler kontrol ettikleri bölgelerde askerî ve stratejik gereklilik sebebiyle sıkı bir denetim uygulamaktadır. Savaşılan taraflar kontrol ettikleri bölgelere kişilerin girişini ve bu bölgelerin geçiş güzergâhı olarak kullanılmasını engelleyebilmektedir. Bu sebeple savaşılan kuvvetler, özellikle silâhlı çatışmaların devam ettiği bölgelerde ele geçirdikleri kimseleri statüsüne ve kimliğine göre muameleye tâbî tutmaktadır. Silâhlı çatışmalarda tehlikeli görevlerde bulunan gazeteciler de bir silâhlı kuvvetin eline geçtiğinde kendilerine uygulanacak hukukî rejim kişinin savaş muhabiri veya bağımsız gazeteci olmasına göre değişiklik göstermektedir.

Savaş muhabirleri, *III no'lu Cenevre Sözleşmesi* m. 4/A(4)'te belirtildiği üzere silâhlı kuvvetlere eşlik etmekte olup silâhlı kuvvetler mensubu olmayan kişilerdendir. Kural olarak siviller savaş esiri statüsünden faydalanamamakta iken silâhlı kuvvetlere eşlik eden bu sivil kişiler savaş esiri statüsünü haizdir.⁷¹ Burada, sadece muhariplere düşman kuvvetler tarafından yakalanmaları durumunda tanınan savaş esiri statüsü savaş muhabirlerine de tanınmıştır.⁷² Savaş muhabirleri eşlik ettikleri silâhlı kuvvetlerden izin almış ve silâhlı kuvvetlerce kendilerine görevlerini ve statülerini belirtir bir kimlik belgesi düzenlenmiş gazetecilerdir. Savaş muhabirleri silâhlı çatışma taraflarından birinin eline düştüklerinde savaş esiri statüsünü kendiliğinden kazanır ve *III no'lu Cenevre Sözleşmesinin* korunması kapsamında değerlendirilirler.⁷³ Bununla birlikte, daha önce de belirtildiği üzere bir kimlik kartına sahip olmak, savaş esiri olarak mua-

⁷⁰ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, vol. 1: Rules, Rule: 34, s. 115; SAUL, s. 106.

⁷¹ ICRC, Updated Commentary on the Third Geneva Convention, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Cambridge 2021, s. 385, kn. 1049. [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-4/commentary/2020?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>] (Erişim Tarihi: 22.01.2025).

⁷² SAUL, s. 103.

⁷³ GASSER, The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions, s. 375.

mele görme hakkının vazgeçilmez bir koşulu olarak düzenlenmiş değildir. Kimlik kartına sahip olunması yalnızca kişinin gerekli izni aldığıın kanıtıdır.⁷⁴

Gazetecilerin korunmasına yönelik daha kapsayıcı bir düzenleme getiren *I no'lu Ek Protokolün* 79. maddesi ile bağımsız gazeteciler de *Cenevre Sözleşmeleri (1949)* ve *I no'lu Ek Protokolün* koruması kapsamına dâhil edilmiştir. Bu hükme göre gazeteciler *I no'lu Ek Protokol* m. 50 düzenlemesi çerçevesinde sivil statüde olup sivillerin yararlandığı hak ve dokunulmazlıktan yararlanacaklardır. Bu hüküm, gazeteciler için herhangi bir özel statü veya yeni bir koruma sağlamamaktadır.⁷⁵

Bağımsız gazeteciler, savaş muhabirlerine tanınan savaş esiri statüsünü hâiz değildir. Savaş muhabirlerine tanınan bu ayrıcalık bağımsız gazetecilere *I no'lu Ek Protokolün* 79. maddesinde tanınmamıştır. Sivil statüsündeki bağımsız gazeteciler çatışma taraflarınca iki gerekçe ile tutuklanabilirler. Bunlardan biri sivil kişilere ve halka yönelik “zorunlu nitelikteki güvenlik önlemleri” sebebiyle kişilerin alıkonulmasıdır.⁷⁶ Bir diğer gerekçe ise kişinin casus veya sabotajcı olduğuna ilişkin yeterli bir şüphenin varlığı durumudur.⁷⁷ Bir çatışma tarafınca sivil statüsündeki kişinin şahsen ordunun güvenliğine zarar verecek bir faaliyetinde bulunduğu ciddi

⁷⁴ SAUL, s. 103.

⁷⁵ SAUL, s. 107.

⁷⁶ IV. Cenevre Sözleşmesi, m. 42 ve m. 78. Bunun yanında, savaş muhabirlerinin hareket ve seyahat serbestisi, eşlik ettikleri silâhlı kuvvetlerce, askerî operasyonların gereği olarak veya gazetecilerin güvenliğini sağlamak ya da muhasamatın seyrini etkileyebilecek stratejik bilgilerin düşman kuvvetlere ulaşmasını engellemek amacıyla kısıtlanabilecek veya belirli bölgelere erişimleri yasaklanabilecektir. Buna ilişkin görüş için bkz. BUJARD, s. 288. Bunun yanında devletler, özellikle uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda, ulusal güvenliğin veya devletin uluslararası itibarının gazetecilik faaliyetleri sebebiyle zarar gördüğü gerekçeleriyle çatışma bölgelerine gazetecilerin girişini engelleyebilmekte veya yayın yasağı getirebilmektedir. Devletin ulusal güvenliğine, kamu düzenine veya devletin uluslararası itibarına yönelik tehdit oluşturduğu gerekçesiyle askerî operasyonlar hakkında yayın yasağı getirmenin veya belirli çatışma bölgelerine gazetecilerin erişimini yasaklamanın, silâhlı çatışmalardan kamuoyuna bilgi akışının kesilmesi ve ifade özgürlüğü açısından doğuracağı olumsuz sonuçlara yönelik bkz. ZAMIR, Itzhak, “Media Coverage of Military Operations”, *Israel Yearbook on Human Rights*, C. 18, 1988, s. 64, 65 ve 69.

⁷⁷ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 375.

gerekleşmelerle tespit edilirse IV. Cenevre Sözleşmesinin sağladığı hak ve imtiyazlar üzerinde hiçbir iddiada bulunamaz.⁷⁸ Buna karşılık, aynı maddenin son fıkrasında devletin güvenliğine zarar verecek faaliyetlerde bulunması sebebiyle tutuklanan kişilerin insanca muâmele ve âdil yargılanma haklarının devam ettiğine de vurgu yapılmıştır.

Vatandaşı oldukları veya ikamet ettikleri devletin silâhlı kuvvetleri tarafından alıkonulan, tutuklanan gazetecilerin durumu, o ülkenin iç hukuk hükümlerine tâbidir. Bu kişiler, iç hukukun izin verdiği şart ve süreleri bağlı olarak tutuklu kalabilirler.⁷⁹ Silâhlı çatışmaya taraf olmayan üçüncü bir devletin vatandaşı olan ve çatışmaya taraf kuvvetlerden birinin yakaladığı gazeteciler, kendi ülke devletleri ile tutuklu güç arasındaki normal barış zamanı ilişkilerinden yararlanır. Bu gazeteciler, uyuşu olduğu devletin diplomatik koruması altında oldukları için uluslararası insancıl hukuk kapsamında sayılmamaktadırlar.⁸⁰

I no'lu Ek Protokol'ün 79. maddesinin 3. fıkrasında gazetecilerin kendi statülerini ve görevlerini belirten bir kimlik kartı taşıyabilecekleri düzenlenmiştir.⁸¹ Kimlik belgesi taşınması yalnızca gazeteci kimliğini ikrar eden ve bu durumun tespitini kolaylaştıran bir unsurdur.⁸² Bu kimlik kartı gazetecinin vatandaşı olduğu, ikamet ettiği veya adına çalıştığı basın organının bulunduğu ülke devletinin hükûmeti tarafından düzenlenir ve gazeteci statüsünü belgeler niteliktedir. Hiçbir hükümet-dışı örgüt, medya organı veya uluslararası dernek kart düzenleme yetkisine sahip değildir.⁸³ Burada ulusal makamların medyanın görev ve faaliyetlerini kı-

⁷⁸ IV. Cenevre Sözleşmesi, m. 5/1.

⁷⁹ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 374.

⁸⁰ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 375.

⁸¹ SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN, s. 923.

⁸² GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 373; BALGUY-GALLOIS, s. 41.

⁸³ SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN, s. 923.

1970'te Kamboçya'da 17 gazetecinin ortadan kaybolması sonrası Gazetecilerin Güvenliğine İlişkin Profesyonel Komite (*Professional Committee for the Safety of Journalists*) oluşturulmuş ve bu Komite tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilere yönelik kimlik kartı düzenlemekle yetkilendirilmiştir. Buna karşın bu Komite'nin yetkileri hem devamlılık arz etmemiş hem de Güney-Doğu Asya ile sınırlı kalmıştır. Ayrıntılı bilgi

sıtlamak için kimlik kartı vermeyi reddetme tehlikesi vardır. Ancak kimlik kartı düzenlenmesi gazetecilerin kimlik ve statüsünü netleştirmesi ve esir düşmeleri durumunda statülerine yönelik şüpheleri belirli oranda ortadan kaldırması açısından önemlidir. Kimlik kartı düzenlemesi bir gazetecinin potansiyel bir güvenlik riski, casus, paralı asker veya yasadışı-muharip olabileceğine dâir şüphenin giderilmesine yardımcı olması açısından önemlidir.⁸⁴

3. Uluslararası Olmayan Silâhlı Çatışmalarda Gazetecilerin Korunması

Uluslararası olmayan silâhlı çatışmaları düzenleyen hukukî rejim uluslararası silâhlı çatışmaları düzenleyen insancıl hukuk kurallarına göre daha kısıtlı ve zayıf bir koruma sağlar. Zîra uluslararası olmayan silâhlı çatışmalara ilişkin kurallar uluslararası silâhlı çatışmaları düzenleyen kurallara nazaran daha az gelişmiştir. Bu durum gazetecilerin silâhlı çatışmalarda korunmasına ilişkin statüye de yansımaktadır. *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silâhlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin II no'lu Ek Protokol* gazetecilere yönelik özel bir hüküm içermemektedir. Buna karşılık, gazeteciler sivil statüsünün sağladığı koruma sebebiyle muhassatta doğrudan rol almadıkları müddetçe saldırılara karşı korunurlar. Ancak belirtmek gerekir ki, silâhlı çatışmalarda profesyonel görevlerde bulunan gazetecilere saygı duyulması ve korunmasına ilişkin kural, örf ve âdet hukuku niteliği kazanmıştır.⁸⁵ Bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda uygulanır.⁸⁶ Buna ek olarak uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda gazeteciler *II no'lu Ek Protokol*'ün sivil kişilerin ve sivil popülasyonun korunmasına ilişkin 13. maddesinin sağladığı korumadan faydalanırlar. Yine gazeteciler, *1949 Cenevre Sözleşmeleri*'nin ortak 3. maddesinin sağladığı insanî muameleyi esas alan

için bkz: HOWARD, Dylan: "Remaking the Pen Mightier Than the Sword: An Evaluation of the Growing Need for the International Protection of Journalists", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, C. 30, S. 3, 2002, s. 515; BOSCH, Shannon: "Journalists: Shielded from the Dangers of War in their Pursuit of the Truth", *South African Yearbook of International Law*, C. 34, S. 1, 2009, s. 73.

⁸⁴ SAUL, s. 107.

⁸⁵ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1: Rules, 2009, Rule 34, s. 115-116.

⁸⁶ SAUL, s. 119; DÜSTERHÖFT, s. 11.

ve belirli şiddet eylemlerini yasaklayan asgarî standartların koruması altındadır.⁸⁷ Bunun yanında ortak 3. madde, ICRC'nin tutuklanan gazetecileri ziyaret etmeyi veya rehin alınan gazetecilerin serbest bırakılması hususunda arabuluculuk yapmayı da içerebilecek hizmetler sunmasına izin verir.⁸⁸

III no'lu Cenevre Sözleşmesi'nin kapsamına yalnızca tarafların devlet olduğu, uluslararası nitelikteki silâhli çatışmalar girmektedir. Uluslararası olmayan silâhli çatışmalarda muharip statüsü bulunmadığından savaş esiri statüsü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla savaş muhabirlerine ilişkin savaş esiri statüsü ve bu statü için düzenlenen garantiler uluslararası olmayan silâhli çatışmalar için geçerli olmayacaktır.

Kısaca belirtmek gerekirse, Cenevre Sözleşmeleri ve Protokolleri, uluslararası olmayan silâhli çatışmalar açısından gazetecilere yönelik ayrı bir koruma hükmü içermemektedir. Bu sebeple *II no'lu Ek Protokole* taraf bir devlet bakımından dâhi gazeteciler sivil statüsündedir ve sivil olarak

⁸⁷ Cenevre Sözleşmeleri (1949) ortak 3. madde şu şekildedir: “Milletlerarası mahiyette olmayan bir silâhli anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:

1. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silâhlarını terkedendenler ve hastalık, yaralılık, meokûfluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışında kalanlar, ırk, renk, din ve inanç, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiçbir tefrik yapılmadan insanî sûrette muamele göreceklendir.

Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere; aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun, memnûdur ve memnû kalacaktır:

- a) Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz her nevi katil, sakatlanma, vahşice muamele, işkence ve eziyet,
 - b) Rehine almak,
 - c) şahısların izzet-i nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretâmiz ve haysiyet kırıcı muâmeleler,
 - d) Medenî milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı hâiz nizâmî bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ile idâm cezalarının infazı.
2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir.

Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insanî bir teşkilât, anlaşmazlık halinde taraflara hizmetlerini arzedebilecektir.

Anlaşmazlık halindeki taraflar, bundan başka; hususî anlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamını veya bir kısmını yürürlüğü getirmeye çalışacaklardır.

Yukardaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukukî durumları üzerinde bir tesir icrâ etmeyecektir.”

⁸⁸ SAUL, s. 119.

muâmele görürler. Buna ek olarak gazeteciler, uluslararası insancıl hukukun sağladığı asgarî koruma standartlarından her durumda yararlanırlar. Ayrıca ne 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ne de II no'lu Ek Protokol gazetecilere çatışma bölgesine erişim hakkı vermiştir.⁸⁹ Tüm bunlar dikkate alındığında uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda gazetecilere bahsedilen korumanın icrâ ettikleri görevin getirdiği tehlikelere kıyasla oldukça kısıtlı ve yetersiz olduğu mütalâa edilebilir.

C. Medya Araçlarına Yönelik Saldırlara Karşı Sağlanan Koruma

Askerî hedef niteliğinde olmayan her nesne sivil nesnedir.⁹⁰ Kural olarak sivil nesnelere, saldırı ve düşmanca fiiller açısından meşrû hedef olarak kabûl edilmemektedir. Savaşan taraflar düşmana yönelik her türlü silâhlı saldırı ve düşmanca faaliyetlerini yürütürken sivil unsurlar ile askerî unsurlar arasında ayırım gözetme yükümlülüğü altındadır. I no'lu Ek Protokol m. 52/1'de sivil nesnelere yönelik saldırılar yasaklanmıştır. Bu hüküm hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda geçerli bir örf ve âdet hukuku kuralıdır.⁹¹ Uluslararası insancıl hukuk kuralları kapsamında düşmanca davranış ve saldırılar yalnızca askerî unsur ve hedeflere yönelik gerçekleştirilmelidir.⁹² I no'lu Ek Protokol m. 52/2'de askerî hedef tanımlanarak, bu hedef dışındaki tüm hedefler sivil nesne ve unsurlar olarak kabûl edilmiştir. Bu hükme göre bir nesnenin "askerî hedef" sayılabilmesi için iki koşulu birlikte sağlaması gerekmektedir. Böylelikle, *sabit faktör* olarak da anılan ilgili nesnenin doğası, konumu, amacı veya kullanım şekli gereği askerî harekâta etkili bir katkıda bulunması ilk koşuldur; *değişken faktör* olarak da adlandırılan saldırı esnasındaki mevcut koşullar dikkate alındığında hedefin tamamen veya kısmen imhasının, ele geçirilmesinin veya etkisiz hâle getirilmesinin belirli bir askerî avantaj sağlamış olması ise ikinci koşulu teşkil etmektedir.⁹³ Bu iki koşulu karşılamayan bir hedefe yapılan saldırı, hedef askerî hedef niteliğinde olmadığından hukuka aykırı sayılacaktır. Tanımın ikinci kısmına göre, "askerî hedef" imha edilmesi o sırada mevcut koşullar bakımından "kesin bir askerî avantaj" sağlayan nesnelere sınırlıdır. Başka bir

⁸⁹ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 374; SAUL, s. 123.

⁹⁰ I no'lu Ek Protokol m. 52/1.

⁹¹ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1: Rules, s. 4-6; BALGUY-GALLOIS, s. 46-47.

⁹² SAUL, s. 112.

⁹³ SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN, s. 635; BALGUY-GALLOIS, s. 49.

deyişle, yalnızca belirsiz veya muhtemel avantajlar sunan saldırılar hukuka aykırıdır. Ancak, burada yer verilmiş olan kesin askerî avantaj sağlama hususu oldukça sübjektif nitelikte olup tespiti zordur. Kesin bir askerî avantaj sağlanması gerekliliği, hiçbir askerî amaca hizmet etmeyen nesneye saldırı düzenlemenin hukuka aykırı olacağı anlamına gelir.⁹⁴ Bir nesnenin askerî hedef olup olmadığı konusunda şüphe söz konusu olduğunda ise bu nesne, yapı veya eşya sivil kullanıma tahsis edilmiş kabûl edilir.⁹⁵

Bu hükümler ışığında gazeteciler ve medya kuruluşları tarafından basın ve yayın faaliyeti için kullanılan binalar, stüdyolar, vericiler, bilgi kaydını, işlenmesini ve iletimini sağlayan her türlü cihaz ve ekipmanlar da sivil nesne olarak kabûl edilecektir. Buna karşılık, bazı medya binaları hem askerî hem sivil amaçla kullanılabilir. Örneğin Belgrad'da Sırbistan'a ait bir radyo-televizyon yayını yapan tesisin 1999'da NATO uçakları tarafından bombalanması vakasında, sivil bir yayın organı binasının aynı zamanda Sırp ordusunun iletişim ve haber alma ağı olarak kullanılması söz konusu olmuştur. NATO, ilgili yayın organı binasının bu şekilde çifte-amaçlı kullanımının Sırp ordusuna etkili bir askerî katkı sağladığından ve yok edilmesi önemli bir askerî avantaj oluşturduğundan bahisle saldırı düzenlemiştir.⁹⁶ Buradan hareketle belirtmelidir ki, bir bölgedeki yapı, nesne ve kaynaklar yerine göre hem askerî amaçlarla hem de sivil veya kamusal amaçlarla kullanılabilir. Bunlara en bariz örnekler otoyollar, geçiş güzergâhları, köprüler, tren ve metro hatları, okul gibi kamu binalarıdır. Bunlara medya personelinin faaliyet gösterdiği yapı ve binalar da dâhildir.⁹⁷ Hem askerî hem sivil amaçla kullanılan nesnelere açısından bakıldığında askerî amaçlı kullanımın söz konusu olduğu müddet boyunca bu nesnelere askerî hedef olarak kabûl edilmesi gerektiği mü-talaâ edilebilir. Askerî amaçla kullanımın son bulunduğu andan itibaren bu hedefler sivil hedef hâline gelmektedir. Bu tür hem askerî hem de sivil kullanıma tahsis edilen nesnelere ilişkin saldırılar, *I no'lu Ek Protokol* m. 52/2'deki askerî hedef şartlarını sağlıyorsa, yapılan bir saldırının orantılılık ilkesi ile bağdaşması ve *I no'lu Ek Protokol* m. 57/3(c) hükmü gereği

⁹⁴ **BALGUY-GALLOIS**, s. 49.

⁹⁵ *I no'lu Ek Protokol*, m. 52/3. Ayrıca bkz. **SAUL**, s. 112.

⁹⁶ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 2000, paragraf 55. Ayrıca bkz. **SAUL**, s. 113; **DOST**, s. 188.

⁹⁷ **BALGUY-GALLOIS**, s. 49.

şartların elverdiği ölçüde etkin bir uyarı yapılması koşulları ile hukuka uygun olacaktır.⁹⁸ Görüldüğü üzere belirli durumlarda radyo ve televizyon binaları askerî hedef olarak kabûl edilebilecektir. Zîra korunan sivil-lerin ve nesnelere dokunulmazlığının mutlak olmadığı ifade edilmelidir. Bu çerçevede belirtilen nesnelere düşmanca amaçlar için kullanılması durumunda sivil nesnelere yönelik koruma sona erecektir. Askerî personel, ekipman veya malzeme barındıran veya muhasamata etkili bir katkı sağlayan ve herhangi bir şekilde statüleriyle bağdaşmayacak şekilde askerî amaçlarla kullanılan sivil nesnelere (gemiler, uçaklar, araçlar, binalar) meşrû hedef hâline gelecektir.⁹⁹

D. Gazetecilerin Yararlandığı Korumayı Ortadan Kaldıran Hâller

Uluslararası silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukukun sağladığı koruma mutlak veya sınırsız nitelikte değildir. Silahlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilere tanınan sivil statüsüne yönelik korumayı ortadan kaldıran iki hâl söz konusudur. Bunlar, sivil kişilerin “muhasamata doğrudan katılması” (*direct participation in hostilities*) ve sivil statüsündeki kişilerin “casusluk” niteliğindeki faaliyetlerde bulunmasıdır.¹⁰⁰

Sivil kişiler, dolayısıyla gazeteciler, yalnızca askerî hedeflere yöneltilen düşmanca fiillere ve askerî operasyonlara karşı korunurlar. Sağlanan bu koruma savaş eylemlerinin askerî gereklilik ilkesi esas alınarak savaşan taraflar ve askerî hedeflerle sınırlı tutulması, sivil kişilerin ve sivil popülasyonun silahlı çatışmanın dışında tutulması esasına dayanır.¹⁰¹ Sivil kişiler, muhasamata doğrudan katılmadıkları müddetçe bu korumadan yararlanırlar.¹⁰² *I no’lu Ek Protokol* m. 52/3’te muhasamata doğrudan katılmaları durumunda ve bu süre boyunca gazetecilerin Protokol’ün sağladığı korumadan faydalanamayacakları düzenlenmiştir.¹⁰³ Aynı Protoko-

⁹⁸ BALGUY-GALLOIS, s. 50; BOSCH, s. 93.

⁹⁹ BALGUY-GALLOIS, s. 47.

¹⁰⁰ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 377.

¹⁰¹ OETER, Stefan, *Methods and Means of Combat*, FLECK, Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 187.

¹⁰² HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1: Rules, Rule 6, s. 19.

¹⁰³ *I no’lu Ek Protokol* m. 51/3.

lün gazetecilerin korunmasına ilişkin 79. maddesinde gazetecilerin, “statülerini olumsuz etkileyecek eylemlerde bulunmadıkları müddetçe”¹⁰⁴ koruma altında oldukları düzenlenmiştir. Bu sebeple sivil kişiler, dolayısıyla gazeteciler, bu korumayı askıya alacak türden davranışlardan kaçınmak amacıyla “düşmanca eylemler”e (*hostile acts*) dâhil olmamalı, muharip gibi hareket etmemelidir.

Belirtilen maddelerde, muhasamata doğrudan katılım doğası ve amacı gereği düşman silâhlı kuvvetlerinin personeline ve teçhizatına somut zarar vermesi muhtemel savaş eylemlerini ifâde eder. Burada, muhasamata doğrudan katılım ve düşmanca davranış kavramlarının kapsamını net olarak belirlemek güçtür.¹⁰⁵ Bu kavramlara ilişkin spesifik bir tanım ortaya konulmamıştır.¹⁰⁶ Bunun yanında askerî personele zarar vermeyi veya askerî materyal, mühimmat ve ekipmanları yok etmeyi amaçlayan herhangi bir eylem muhasamata doğrudan katılım veya düşmanca davranış olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁷ Doğrudan katılım ifâdesi, gazeteciler açısından bakıldığında, bölgede seyahat etmek, röportaj yapmak,

¹⁰⁴ I no’lu Ek Protokol m. 79/2: “... *They shall be protected as such under the Conventions and this Protocol, provided that they take no action adversely affecting their status as civilians...*”

¹⁰⁵ Muhasamata doğrudan katılımın tespitine yönelik ICRC tarafından üç temel koşul ortaya konulmuştur ki, bunlar şu şekilde sıralanabilir:

I. İlgili hareketin, silâhlı çatışma taraflarından birinin askerî operasyon kabiliyetini veya askerî kapasitesini olumsuz yönde etkileyecek ya da doğrudan saldırıya karşı korunan kişi ve nesnelere üzerinde yaralanma, ölüm veya tahribata sebep olabilecek potansiyele sahip olmalıdır (*Zarar eşiği/threshold of harm*).

II. Bu hareket veya bu hareketin tamamlayıcı bir parçasını oluşturan koordineli bir askerî operasyon ile muhtemel zarar arasında doğrudan nedensel bir bağ olması gerekir (*Doğrudan nedensellik/direct causation*).

III. İlgili hareket silâhlı çatışma taraflarından birini desteklemek veya taraflardan birini zarara uğratmak amacıyla özel olarak tasarlanmış olmalıdır (*Çatışma ile ilişki/belligerent nexus*). Bkz: **MELZER**, Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva, May 2009, p. 46.

Belirtilmelidir ki muhasamata doğrudan katılımın tespiti için ortaya konulan bu kriterler, ICRC’nin kavrama yönelik yorum ve tespitidir. Bu kriterlerin devlet uygulamasında ve öğretilerde genel kabul gördüğü söylenememektedir. Bkz: **CRAWFORD/DAVIES**, s. 13; **DOST**, s. 193; **LONGWORTH**, s. 455.

¹⁰⁶ **HENCKAERTS/DOSWALD-BECK**, Vol. 1: *Rules*, Rule 6, s. 22; **GEISS**, Robin, “The Protection of Journalists in Armed Conflicts”, *German Yearbook of International Law*, C. 51, 2008, s. 295; **CRAWFORD/DAVIES**, s. 15.

¹⁰⁷ **GASSER**, *The Journalist’s Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 373.

not, ses ve görüntü kaydı almak, fotoğraf çekmek gibi mûtat meslekî faâliyetleri kapsamamaktadır. Buna karşılık, gazetecinin, silâhlı çatışma taraflarından birine somut ve etkili bir askerî avantaj sağlamak amacıyla bilgi toplaması, teknik araçlarla dinleme faâliyeti yürütmesi, düşman askerinin yerini bildirmesi, bu gazetecinin sivil statüsünü kaybedip meşrû hedef hâline gelmesine sebep olabilecektir.¹⁰⁸

Muhasamata doğrudan katıldığı süre boyunca gazeteci, dokunulmazlığını kaybederek meşrû bir askerî hedef hâline gelmektedir. Gazetecinin düşman kuvvetlerce meşrû hedef hâline gelmesi çatışmalarda aktif rol aldığı süre boyunca devam eder.¹⁰⁹ Gazeteci, muhasamata doğrudan katılımını ve düşmanca davranışını sona erdirdiği andan itibaren sivil statüsünü tekrar kazanacaktır. Ancak sivil statüsündeki kişilerin muhasamata doğrudan katılması bu kişileri muharip yapmamaktadır. Bu nedenle düşmanca eylem niteliğindeki tüm fiiller ve askerî hedeflere verdikleri zararlar açısından cezaî sorumlulukları doğacaktır.¹¹⁰ Dolayısıyla, gazeteciler muhasamata doğrudan katıldıkları müddet boyunca ne “muharip ayrıcalığı”na (*combatant privilege*) sahip kabûl edilmekte ne de sivil olarak mütâlaa edilmektedir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, gazeteciler tarafından propaganda amaçlı içerik üretip yayılmasının muhasamata doğrudan katılma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur. Tek başına, savaşı taraflardan biri lehine yapılan propaganda faâliyeti silâhlı çatışmalara doğrudan katılma olarak değerlendirilemez.¹¹¹ Karşı tarafın moral ve kararlılığını bozmak için psikolojik bir silâhlı olarak propagandaya başvurmak, bu faâliyeti yürüten gazeteciyi meşrû bir askerî hedef hâline getirmeyecektir.¹¹² Ancak buna bir istisna getirilmiştir. Genel kabûl gören görüşe göre insancıl hukukun ciddi ihlâllerini oluşturan şiddet eylemlerini işlemeye teşvik eden propaganda faâliyetleri yasaktır. Bu tür

¹⁰⁸ **BALGUY-GALLOIS**, s. 44.

¹⁰⁹ **GASSER**, Hans-Peter/**DÖRMANN**, Knut, Protection of the Civilian Population, **FLECK**, Dieter (editör), The Handbook of International Humanitarian Law, 3rd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 255.

¹¹⁰ **GASSER/DÖRMANN**, s. 256; **SASSOLI**, s. 357.

¹¹¹ **BALGUY-GALLOIS**, s. 51-52; **SAUL**, s. 111; **CRAWFORD/DAVIES**, s. 15; **DÜSTER-HÖFT**, s. 5.

¹¹² **BALGUY-GALLOIS**, s. 53.

faâliyetleri gerçekleştiren gazeteciler muhasamata doğrudan katılım sağlamış sayılmaktadır.¹¹³ Kişileri savaş suçları ve soykırım eylemleri işlemeye teşvik etmek savaş eylemi veya düşmanca davranış olarak kabûl edilmektedir. 1994 yılında Ruanda'da gerçekleştirilen soykırım ve savaş suçlarının yargılamasını yapmak üzere kurulan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi *Radio Mille Coline* ve *Kangura* adlı iki yayın organından yapılan, diğer grup (*Tutsiler*) aleyhine savaş suçu niteliğindeki şiddet eylemlerini işlemeye, ayrımcılık ve soykırım suçlarını işlemeye teşvik eden propaganda yayınlarının savaş suçu oluşturduğuna hükmetmiştir.¹¹⁴ Dolayısıyla savaş suçu arz eden şiddet eylemleri ile soykırım fiillerini işlemeye teşvik eder şekilde propaganda faâliyeti yürüten gazeteciler sivil statüsünün sağladığı korumadan yararlanamayacaktır.¹¹⁵

Gazeteciler, görev gereği sıcak çatışma alanlarına çok yakın olabilmekte ve askerî birimler ile hareket edebilmektedir. Bu durumda da sivil statüsünün sağladığı korumayı etkisiz ve faydasız kılacak durumların oluşması söz konusu olmaktadır. Gazeteciler, sıcak çatışma alanlarına çok yakın çalışabilir veya bir askerî birimle seyahat edebilir, askerî bir araca binebilir ya da askerî üniformaya benzer giysiler giyebilir. Bu hâllerde gazeteciler sivil olarak yasal koruma haklarını kaybetmez, ancak böyle bir korumanın artık fiilen mümkün olmadığı söylenebilir. Zîra, askerî birlikler veya araçlar, düşman kuvvetler tarafından saldırı düzenlenebilecek askerî hedeflerdir.¹¹⁶ Burada, savaşan taraf silâhlı saldırıları düzenlerken askerî hedefler ile sivil unsurları ayırt etme yükümlülüğü altındadır.¹¹⁷ Ancak savaş muhabirlerine veya ilişkili gazetecilere yönelik uygulamalarda görüldüğü üzere bu sivil unsurlar askerî birim, araç ve hedeflerle çok yakın veya birlikte hareket edebilmektedir. Askerî hedeflerin sivil unsurlara yakınlığı sebebiyle bir saldırı durumunda sivillere, sivil bina ve

¹¹³ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 382; BALGUY-GALLOIS, s. 53.

¹¹⁴ *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze, International Criminal Tribunal for Rwanda, Case No. ICTR-99-52-T, Judgement of 3 December 2003*, s. 325. Ayrıca bkz. ODORA, Alex Obote, "Criminal Responsibility of Journalists under International Criminal Law: The ICTR Experiences", *Nordic Journal of International Law*, C. 73, 2004, s. 308-309.

¹¹⁵ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 382.

¹¹⁶ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 374.

¹¹⁷ I no'lu Ek Protokol m. 51/4

nesnelere yönelik dolaylı zararlar ve can kayıpları oluşabilmektedir. Bu tür dolaylı zararlara sebep olan saldırılar “somut” ve “doğrudan” bir askerî avantaj sağlamıyorsa ayırım gözetme ilkesine aykırılık teşkil eder.¹¹⁸ Buna göre, doğrudan ve somut bir askerî avantaj sağlaması durumunda gazetecilerin varlığı askerî hedeflere yönelik saldırılara engel teşkil etmemektedir. Bu sebeple gazeteciler ve siviller açısından, sıcak çatışma noktalarına çok yakın olmak veya doğrudan sıcak çatışma bölgesinin içinde askerî personelle birlikte hareket etmek ciddi bir risk oluşturmaktadır. Bu durumlarda faâliyet gösteren gazeteciler bu durumun getirdiği risk ve tehlikeleri göze almak durumundadır. Bu tür durumlarda gazeteciler düşman kuvvetler tarafından askerî hedeflerle karıştırılarak silâhlı hedef hâline gelebilecekleri gibi askerî hedeflere yönelik saldırılar sebebiyle “dolaylı zararlara/yansıma kayıplara” (*collateral damage/incidental loss*) uğrayabilmektedir. Görüldüğü üzere sivillere yönelik dokunulmazlık mutlak değildir ve insancıl hukukta hiçbir hüküm gazetecilere diğer sivillerden daha fazla koruma sağlamamaktadır.¹¹⁹

Uygulamada gazeteciler silâhlı çatışmalar esnasında alternatif koruma yollarına başvurabilmekte, güvenlik gerekçesiyle silâh taşıyabilmekte hatta silâhlı korumalar eşliğinde hareket edebilmektedirler.¹²⁰ Güvenlik gerekçesiyle silâh taşıması ve silâhlı koruma bulundurması bir gazeteciyi askerî hedef hâline getirmeyecektir. Burada silâhlı korumalar, muharip veya çatışma tarafı değildir. Kişi ancak bir düşmanca eylem gerçekleştirirse veya muhasamata doğrudan katılırsa sivil dokunulmazlığını

¹¹⁸ Silâhlı çatışmalarda meşrû askerî hedeflere yönelik saldırılar sivil halka ve sivil nesnelere yönelik kaçınılmaz dolaylı zarar veya yansıma kayıplara sebebiyet verebilmektedir. Bu sebeple çatışma tarafları saldırı ve operasyonlarını gerçekleştirirken orantılılık ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü altındadır. Dikkat edilmelidir ki sivil hedeflere yönelik doğrudan ve kastî saldırılar uluslararası insancıl hukukta yasaktır. Askerî operasyon ve saldırılar yalnızca askerî hedeflere yönelik gerçekleştirilmelidir. Buna karşılık, sivillere ve sivil nesnelere yönelik dolaylı zararlara sebep olması muhtemel saldırılar açısından gözetilmesi gereken temel ilke, bu saldırı ile sağlanacak askerî avantajın, sivil nesnelere yönelik muhtemel zarara nazaran daha ağır basmasıdır. Başka bir ifadeyle sivil kişilere ve nesnelere yönelik doğacak tahmini kaybın veya zararın, saldırının sağlayacağı somut ve doğrudan askerî avantaja nazaran aşırı nitelikte olmaması gerekir. (Orantılılık İlkesi) Silâhlı çatışmalarda dolaylı zarar kavramına ve saldırılarda orantılılık ilkesinin uygulanmasına ilişkin bkz: **HENCKAERTS/DOSWALD-BECK**, Vol. 1: Rules, s. 46 vd; **OETER**, s. 195. Ayrıca bkz. *I no’lu Ek Protokol* m. 51/5(b) ve m. 57/2 (a).

¹¹⁹ **SAUL**, s. 111.

¹²⁰ **DÜSTERHÖFT**, s. 15.

kaybedebilir. Buna rağmen, silâhlı çatışma bölgelerinde silâh taşımak veya silâhlı korumalarla hareket etmek bu kişilerin muharip zannedilmesi ve saldırı hedefi haline gelmeleri riskini beraberinde getirmektedir.¹²¹ Ayrıca gazetecilerin silâh taşınması savaşan taraflarca tehdit olarak görülmelerine, hattâ silâh taşımamasına rağmen diğer basın mensuplarının da tehdit olarak görülmeye başlamasına sebep olabilir.¹²²

Gazetecilerin haksız bir askerî saldırıya maruz kaldığında meşrû müdâfaaya başvurma hakkının olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Muhasamata katılmaya karar veren ve askerî operasyonlarda doğrudan rol alan gazeteciler bu süreç zarfında sivil statüsünün korumasını kaybettiklerinden bu kişiler için meşrû müdafaa hakkından zaten bahsedilemez.¹²³ Buna karşılık, askerî kuvvetler tarafından kasten ve hukuka aykırı bir şekilde saldırıya uğrayan bir gazetecinin, kendisini böyle bir saldırıdan korumak amacıyla gerekli ve orantılı bir kuvvet kullanabileceği kabûl edilebilir.¹²⁴

Gazetecilerin sivil statüsünü kaybetmesine sebep olan bir diğer durum ise “casusluk” olmaktadır. Düşman kuvvetlerin kontrolündeki bölgede gizlice, kılık değiştirerek veya sahte beyan ve iddialarla kimliğini gizleyerek bilgi toplayan veya bilgi toplama teşebbüsünde bulunan kişiler “casus” olarak tanımlanır. Casuslara yapılacak muameleyi düzenleyen *Ino’lu Ek Protokol* m. 46 bir casus tanımı yapmadığı gibi casusluk faaliyetinin ne olduğuna ilişkin bir açıklamaya da yer vermemiştir. Ancak *Lieber Kodu* ve *La Haye Düzenlemelerinde* casus tanımı ortaya konulmuştur.¹²⁵ Bu tanımların ortak noktası özellikle kişinin bilgi toplama ve istihbarat faaliyetini kılık değiştirerek veya sahte, gizli bir görüntü, kimlik ile gerçekleştirmesidir. Bu sebeple özellikle düşman kontrolündeki bölgelere bilgi toplamak amacıyla kendi üniformasıyla sızmaya çalışan muharipler

¹²¹ DÜSTERHÖFT, s. 16.

¹²² GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 377.

¹²³ SAUL, s. 112.

¹²⁴ SAUL, s. 112.

¹²⁵ Lieber Kodu, m. 88: “Casus, düşmana iletmek amacıyla **gizlice, kılık değiştirerek veya sahte beyanlarla bilgi sağlayan** kişidir...”. SCHINDLER/TOMAN, s. 13. 1907 tarihli Kara Savaşındaki Kural ve Örlere Dâir IV no’lu La Haye Sözleşmesi, m. 29: “Bir kişi ancak, **gizli bir şekilde veya sahte beyanlarla** hareket ederek, **savaşan taraflardan birinin operasyon bölgesinde**, düşman tarafa iletmek amacıyla **bilgi elde ettiğinde** ya da elde etmeye çalıştığında casus olarak kabul edilebilir”.

casus olarak kabûl edilmezler.¹²⁶ Casusluğun bir diğer unsuru ise casusluk faaliyetlerinin düşman kontrolündeki bir bölgede gerçekleştiriliyor olmasıdır.¹²⁷ Kendi silâhlı kuvvetlerinin olduğu bölgelerde savaş açısından önemli stratejik verileri toplamak amacıyla gözlem, araştırma ve soruşturma yapan muharıpler veya silâhlı kuvvetler mensupları casus olarak nitelendirilemez ve bu nedenle casus muamelesi görmemelidir.¹²⁸ Silâhlı kuvvetlerden biri adına casusluk faaliyeti yürüten gazeteciler, sivil statüsünün sağladığı korumayı kaybeder.¹²⁹ Böylelikle, *IV. Cenevre Sözleşmesi*'nin sağladığı özel koruma hükümlerinden faydalanamaz. Ancak casusluk yaparken düşman kuvvetler tarafından yakalanan gazeteciler âdil yargılanma hakkına sahiptir¹³⁰ ve en temel garantileri sağlayan *I no'lu Ek Protokol* m. 75'in sağladığı korumadan faydalanırlar.

III. GAZETECİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKÎ REJİMİ GELİŞTİRMEYE YÖNELİK GİRİŞİMLER

A. Gazetecilerin Korunmasına Yönelik Uluslararası Bir Sözleşme Oluşturulmasına İlişkin Çabalar

Silâhlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilerin korunmasına yönelik bir uluslararası sözleşme hazırlama fikri BM Genel Kurulu'nun 2673 sayılı kararı ile resmî olarak gündeme gelmiştir.¹³¹ BM Genel Kurulu bu kararıyla *Ekonomik ve Sosyal Konsey* vasıtasıyla *İnsan Hakları Komisyonu* tarafından bir taslak metin oluşturulması çağrısında bulunmuştur. Bu süreç neticesinde 1975 tarihli *Silâhlı Çatışma Bölgelerinde Tehlikeli Görevlerde Bulunan Gazetecilerin Korunmasına İlişkin Taslak Maddeler Metni* oluşturulmuştur.¹³² Oluşturulan bu taslak metin BM Genel Kurulunun talebi ile 20 Şubat 1974'te Cenevre'de başlayan Uluslararası İn-

¹²⁶ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1, s. 380.

¹²⁷ *I no'lu Ek Protokol*, m 46/2. Ayrıca bkz. HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1, s. 380.

¹²⁸ SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN, s. 562.

¹²⁹ DÜSTERHÖFT, s. 10.

¹³⁰ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1: Rules, s. 118.

¹³¹ A/RES/2673 (XXV), 9 December 1970. Ayrıca, bkz. PILLOUD, C., "Protection of Journalists on Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, C. 11, S. 118, 1971, s. 3; GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 370.

¹³² Draft United Nations Convention on the Protection of Journalists Engaged in Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict, 1 August 1975, UN Doc. A/10147, Annex 1.

sancıl Hukukun Geliştirilmesine İlişkin Diplomatik Konferans bünyesinde oluşturulan *ad hoc* çalışma grubu tarafından incelenmiştir.¹³³ Gazetecilerin silâhlı çatışmalarda tehlikeli görevlerde korunması konusunu inceleyen çalışma grubu, BM Genel Kurulunun talebi bağlamında yorum ve düzeltmelerde bulunmak yerine farklı bir teklif sunmuştur. *Ad hoc* çalışma grubu nihaî raporunda gazetecilerin korunmasına yönelik ayrı bir uluslararası metin oluşturmak yerine bu hususun hâlihazırda uluslararası insancıl hukukun geliştirilmesine ilişkin hazırlanan *Ek Protokol*'ün bünyesine dâhil edilmesi önerisinde bulunmuştur.¹³⁴ Bu öneri üzerine konferansta görüşülen bu hüküm 1977 tarihli *I no'lu Ek Protokol*'ün 79. maddesini oluşturmuştur.¹³⁵ *I no'lu Ek Protokol*'de yapılan bu düzenleme, konunun incelenmesini isteyen BM Genel Kurulu tarafından da yeterli bir çözüm olarak görülmüş, dolayısıyla uluslararası sözleşme çalışmaları devam ettirilmemiştir.¹³⁶

Gazetecilerin silâhlı çatışmalarda korumasına ilişkin bir uluslararası sözleşme hazırlanması konuya dâir yazılı ve teâmülî uluslararası hukuk kurallarını toplu ve sarîh şekilde bir metinde toplaması açısından faydalı olabileceği mütalâa edilebilir. Özellikle uluslararası ve uluslararası olmayan silâhlı çatışmaları kapsayan; savaş muhabiri ve bağımsız gazetecilere yönelik hükümleri tutarlı bir şekilde ortaya koyan bir belgenin oluşturulması fikri câzip görünmektedir.¹³⁷ Zîra, silâhlı çatışmalarda tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilere ilişkin düzenlemelerin tek bir belgede toplanması konuya ilişkin belirsizliklerin giderilmesi açısından önemlidir. Buna karşılık, böyle bir uluslararası sözleşmenin *Cenevre Sözleşmeleri* (1949) ve *I no'lu Ek Protokol*'ün sağladığı korumadan daha etkili

¹³³ SAPIENZA, Rosario, "The International Protection of Journalists", The Italian Yearbook of International Law C. 5, S. 1, 1980, s. 140; DÜSTERHÖFT, s. 9.

¹³⁴ Official Reports of Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of the International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Vol. X, **Report of the Ad Hoc Working Group on the Protection of Journalists Engaged in Dangerous Missions**, CDDH/I/237, s. 75-76. [<https://www.legal-tools.org/doc/0b7e5f/pdf/>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

¹³⁵ GASSER, The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions, s. 370.

¹³⁶ "Respect for Human Rights in Armed Conflicts", A/RES/3500 (XXX), 15 December 1975.

¹³⁷ HESSEL, Daniel, "The Pen and the Sword: International Humanitarian Law Protections for Journalism", Yale Journal of International Law, C. 41, S. 415, 2016, s. 450; DÜSTERHÖFT, s. 17.

bir sonuç doğuracağı şüphelidir. BM'nin taslak maddeler metni incelendiğinde, gazetecilerin korunmasına yönelik hükümlerin hâlihazırda uluslararası insancıl hukuk metinleri ile sağlanan korumadan farklı bir şey getirmediği gözlenmektedir.¹³⁸ Kaldı ki, silâhlı çatışmalar esnasında gazetecilere yönelik şiddet eylemleri ve saldırı fiilleri ekseriyetle bir hukukî korumanın yokluğu sebebiyle değil, mevcut hukukun ihlâlî şeklinde gerçekleşmektedir. Uluslararası insancıl hukuk temel metinlerinden bağımsız bir uluslararası sözleşmenin, daha fazla karışıklığa ve gazetecilerin daha fazla tehlikeye maruz kalmasına sebep olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.¹³⁹ Buna ek olarak uluslararası sözleşmeler hukuken bağlayıcı metinler olduğundan, devletlerin bu tür bir bağlayıcı metni ne ölçüde olumlu karşılayacakları ve ne kadarının bu belgeye taraf olacağı ayrı bir muammâdır. Bu açıdan bakıldığında hukuken bağlayıcı olmayan uluslararası metinler devletler tarafından daha olumlu karşılanabilmekte ve küresel anlamda gazetecilerin korunmasında daha etkili olabilmektedir.¹⁴⁰

B. Gazetecilere Yönelik Özel Statü Sağlanması

Uluslararası insancıl hukuk bağlamında silâhlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilerin korunmasına ilişkin tartışılan bir diğer çözüm yolu gazetecilere özel statü sağlanmasıdır.¹⁴¹ Uluslararası insancıl hukuk bağlamında özel statü sahibi sınıflar tıbbî personel (*medical personnel*)¹⁴², din adamları (*religious personnel*)¹⁴³, sivil savunma

¹³⁸ 1975 tarihli *Silâhlı Çatışma Bölgelerinde Tehlikeli Görevlerde Bulunan Gazetecilerin Korunmasına İlişkin Taslak Maddeler Metni*, sözleşme metni kapsamında "gazeteci (*journalist*)" teriminin tanımını ve kapsamını açık biçimde ortaya koyması açısından önemli olmakla birlikte gazetecilere yönelik mevcut hukukî korumadan (özellikle 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokolleri kapsamında düzenlenen hükümlerden) farklı bir düzenleme getirmemektedir. Bkz: GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 379.

¹³⁹ CRAWFORD/DAVIES, s. 7.

¹⁴⁰ DÜSTERHÖFT, s. 17.

¹⁴¹ GEISS, s. 313, 314; SAUL, s. 124; CRAWFORD/DAVIES, s. 5-7; GROSSMAN, s. 163.

¹⁴² Görevi gereği her türlü sağlık hizmeti sağlayan personeldir. Tıbbî personel sivil olabileceği gibi silâhlı kuvvetlere bağlı askerî sağlık personeli de olabilir. Tıbbî personele sağlanan özel koruma statüsü için bkz: KLEFFNER Jann K, *Protection of the Wounded, Sick and Shipwrecked*, FLECK, Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 340-365; ÇAMYAMAÇ/ÇINARLI, s. 413-424. Ayrıca bkz. DINSTEIN, s. 147; HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1: Rules, Rule 25, s. 79.

¹⁴³ Din adamlarına sağlanan özel koruma statüsünün kapsamı ve mahiyeti için bkz: WILSON, Robert R, "Status of Chaplains with Armed Forces", *American Journal of*

personeli (*civil defence personnel*)¹⁴⁴ ve insanî yardım personeli (*humanitarian aid personnel*)'dir¹⁴⁵.

Gazeteciler, habercilik faâliyeti kapsamında silâhlı çatışma bölgelerinde doğrudan edindikleri bilgi, kayıt ve tanıklıkları kamuoyu ile paylaşmaktadır. Gazetecilerin yürüttüğü faâliyetler, uluslararası toplumun ilk elden bilgiye ulaşımını sağlaması açısından kamu yararına hizmet etmektedir. İlâveten silâhlı çatışma alanlarında tehlikeli görevlerde bulunan gazeteciler, bu görevlerini savaşın getirdiği doğrudan veya dolaylı her türlü tehlikeye maruz kalarak gerçekleştirmektedir.¹⁴⁶ Buna binâen, medyanın silâhlı çatışmalardaki kritik rolü yadsınamaz. Bu durum silâhlı çatışma bölgelerinde görev yapan gazetecilere, diğer özel koruma statüsüne sahip sınıflar gibi özel statü sağlanması düşüncesini kuvvetlendirmektedir. Buna karşılık, özel statü sağlanan kişiler yukarıda belirtildiği üzere sınırlı sayıda olup doğrudan savaş mağdurları, hasta ve yaralılar ile sivil halkın âcil ve hayatî ihtiyaçlarını, din adamları bağlamında da manevî ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik faâliyet yürütmektedir. Dolayısıyla özel statü sahibi bu kişilerle karşılaştırıldığında gazetecilerin yaptığı habercilik faâliyetinin, özellikle savaş mağdurları ve siviller için tıbbî personelin sağladığı temel hizmet kadar kritik olmadığı belirtilebilir.¹⁴⁷ Aynı şekilde, silâhlı çatışma bölgelerinde faâliyet gösteren insanî yardım personelinin de özel olarak korunması ve gözetilmesinde sivillerin, hasta ve yaralıların doğrudan somut çıkarı bulunmaktadır.¹⁴⁸

Öğretideki kimi yazarlara göre, gazetecilere yönelik yeni bir özel koruma statüsünün ihdâs edilmesi özel statü sağlanan diğer kişilere yönelik korumayı da olumsuz etkileyecektir. Bu itibarla, özel statü sağlanan

International Law, C. 37, S. 3, 1943, s. 490-494; KUMAR Nilendra, Religious Personnel, FLECK, Dieter (editör), The Handbook of International Humanitarian Law, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 419-432. Ayrıca bkz. DINSTEIN, s. 148; HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, Vol. 1: Rules, Rule 27, s. 88.

¹⁴⁴ Sivil savunma personeline yönelik daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: JAKOVLJEVIC, Bosko, New International Status of Civil Defence. As an Instrument for Strengthening the Protection of Human Rights, The Hague: Martinus Nijhoff, 1982. Ayrıca bkz: SASSOLI, s. 379; DÜSTERHÖFT, s. 9.

¹⁴⁵ GASSER/DÖRMANN, s. 263-264.

¹⁴⁶ DÜSTERHÖFT, s. 18.

¹⁴⁷ MUKHERJEE, Amit, "International Protection of Journalists: Problems, Practice, and Prospects", Arizona Journal of International ve Comparative Law, C. 11, S. 2, 1994, s. 346; GASSER, s. 380.

¹⁴⁸ GASSER/DÖRMANN, s. 257, 263.

kişilerin listesi büyüdükçe, özel statünün gerektirdiği korumanın zayıflayacağı düşünülmektedir.¹⁴⁹ Özellikle, tıbbî personelin sahip olduğu özel koruma benzeri korumanın başka sınıflara tanınması bu özel koruma statülerinin değerini düşürebilecek ve böylelikle silâhlı çatışma bölgelerinde bulunan sağlık personelinin sahip olduğu ayrıcalıklı konumu olumsuz etkileyebilecektir.¹⁵⁰ Silâhlı çatışmaların yürütülmesi esnasında özel koruma statüsü sahibi kişiler silâhlı çatışma taraflarınca ayrıca gözetilmektedir. Buna binâen, özel statü sağlanan sınıfların sayısının artması, silâhlı çatışmaların yürütülmesinde özellikle ayırım gözetme ilkesinin uygulanması açısından ayrı bir zorluk oluşturup karışıklığa sebep olabilecektir.¹⁵¹

C. Koruyucu Amblem Kullanılması

I no'lu Ek Protokol henüz tasarı aşamasında tartışılırken gazetecilerin korunmasına ilişkin 79. madde metnine eklenmek üzere silâhlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilerin belirli bir mesafeden açıkça görülebilen koruyucu bir amblem takmalarını zorunlu kılan bir hüküm konulması teklifinde bulunulmuştur. Ancak bu teklif birçok delege tarafından kabûl görmemiştir. Böyle bir düzenleme gazetecileri daha göze çarpar ve görünür kılacağı, gazetecileri daha tehlikeli bir konuma yerleştireceği sebebiyle reddedilmiştir.¹⁵² Gazetecilerin korunması üzerine çalışan STK'lardan *Press Emblem Campaign*, 2004 yılında uluslara-

¹⁴⁹ GASSER, *The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions*, s. 380; BALGUY-GALLOIS, s. 41; LISOSKY, J. M./HENRICHSEN, J., "Don't shoot the messenger: prospects for protecting journalists in conflict situations", *Media, War and Conflict*, C. 2, S. 2, 2009. s. 134; DÜSTERHÖFT, s. 18; LEVIN, s. 240.

¹⁵⁰ SAUL, s. 124.

¹⁵¹ DÜSTERHÖFT, s. 18.

¹⁵² SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN, s. 919. Gazetecilerin silâhlı çatışmalarda tehlikeli görevlerde bulunan gazetecilerin korunmasına ilişkin I no'lu Ek Protokol m. 79 hükmü, 1974'te Cenevre'de başlayan Uluslararası İnsancıl Hukukun Geliştirilmesine İlişkin Diplomatik Konferans bünyesinde oluşturulan I. Komisyon tarafından kabul edilerek metne eklenmiştir. Bu bağlamda *I no'lu Ek Protokol*'ün hazırlık çalışmaları sırasında I. Komisyonunda yapılan tartışmalar kapsamında gazetecilerin uzaktan ayırt edilmelerini kolaylaştıracak koruyucu bir amblem belirlenmesi görüşü de ortaya atılmış; ancak bu görüş ayırt edici işaretlerin artışının mevcut amblemlerin koruyucu değerini zayıflayacağı endişesini beraberinde getirmiştir. Bu sebeple koruyucu amblem belirlenmesine ilişkin teklif komisyon üyelerinin çoğunluğunca reddedilmiştir. Bkz. KALSHOVEN, Frits, *The Law of Warfare*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1973, s. 78; BUJARD, s. 288.

rası kamuoyuna savaş alanlarında gazetecilerin ayırt edilebilmesini kolaylaştırmak amacıyla uluslararası tanınan bir sembol belirleme teklifinde bulunmuştur.¹⁵³ Bu teklif, ortak bir amblem belirlemenin gazetecilere ek bir koruma sağlayıp sağlamayacağı üzerinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Hâlihazırda silâhli çatışma bölgelerinde görevli gazeteciler, hukuken bir zorunluluk olmadığı hâlde kendi medya organlarının işaret ve amblemlerini veya basın mensubu olduklarını belli edecek işaretleri kullanabilmektedir.¹⁵⁴ Ayırt edici amblemlerin kullanılması gazetecilerin kimliklerinin uzaktan anlaşılır ve belirgin olması açısından bir avantaj sağlayabilecektir. Aynı şekilde bu amblemler, gazetecilerin kamera vb. medya araçlarının silâh ve askerî teçhizatlarla karıştırılmaması veya kullandıkları taşıtların askerî araçlar ile karıştırılmaması açısından önemi hâizdir.¹⁵⁵ Ancak bu tür bir amblemin görünür şekilde kullanılmasının zorunlu kılınması, gazetecileri daha fark edilebilir kılmak suretiyle iyiniyetli olmayan silâhli unsurların hedefi hâline de getirebilecektir.¹⁵⁶ Gazetecilere yönelik kastî saldırıların da sıkça yaşanması sebebiyle ayırt edici ve görünür amblemlerin giyilmesi, yerine göre gazeteciler için daha büyük bir tehlike oluşturabilmektedir.¹⁵⁷ Amblem giymemek gazetecilere sivil statünün sağladığı hukukî korumayı ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca, gazetecilerin amblem giymesinin de sağlanan korumayı kuvvetlendireceği söylenememektedir. Bu itibarla, gazetecilerin koruyucu amblem kullanması, kastî olmayan ve dolaylı nitelikteki saldırılardan korunması ve iyiniyetli taraflarca onların gözetilmesi açısından önemli olmakla beraber,

¹⁵³ LISOSKY/HENRICHSEN, s. 138. Konuya ilişkin bir uluslararası sözleşme yapılması teklifi çerçevesinde PEC Sitesinde önerilere de açık yer verilen Taslak Sözleşmenin 7'nci maddesi ikinci fıkrası uyarınca gazeteciler için koruyucu amblemin basın anlamına gelen "press" kelimesini oluşturan harflerin kavuniçi bir çember içerisinde büyük ve koyu olarak yazılması şeklinde târif edilmiştir. Bkz. [<https://www.pressemb-lem.ch/draft-convention>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024). Bunun öncesinde *Silâhli Çatışma Bölgelerinde Görevlendirilen Gazetecilerin Korunmasına İlişkin Taslak Maddeler Metni*'nin (1975) 9. maddesinde uzaktan görünür şekilde gazetecinin sol koluna takılacak altın renginde bir çember içinde büyük kalın siyah "P" harfinin bulunduğu amblem önerisi söz konusu edilmiştir. Bu amblemin Cenevre'de başlayan *Uluslararası İnsancıl Hukukun Geliştirilmesine İlişkin Diplomatik Konferanslarda* tartışıldığı belirtilmektedir. Bkz. BUJARD, s. 288.

¹⁵⁴ SAUL, s. 124.

¹⁵⁵ KALSHOVEN, *The Law of Warfare*, s. 78; DÜSTERHÖFT, s. 20.

¹⁵⁶ LEVIN, s. 246-247.

¹⁵⁷ GASSER, s. 371.

doğrudan ve kastî saldırılar açısından beklenen somut etkiyi sağlayamayacaktır. Bu nedenle genel kanâat, koruyucu amblemlerin kullanılması-nın gazetecilerin kendi takdirine bırakılması gerektiği yönündedir.¹⁵⁸

SONUÇ

Silâhlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan gazeteciler açısından gazetecilik, küresel anlamda en tehlikeli mesleklerden biri olarak görülmektedir. Bunun yanında, bu gazetecilerin yürüttüğü habercilik faâliyeti uluslararası kamuoyunun silâhlı çatışmaya yönelik her türlü bilgiye ilk elden ve bağımsız kaynaklardan ulaşmasını sağlamaktadır. Özellikle, insan hakları ihlâllerine ve savaş suçlarına tanıklık edilmesi, bu ihlâllerin kayıt altına alınması ve uluslararası kamuoyuna sunulması açısından silâhlı çatışma bölgelerindeki gazeteciler yeri doldurulamaz bir görev icrâ etmektedir. Bunun yanında, medya araçlarının gelişmesi ve dijitalleşmesi ile bağımsız medya kuruluşlarının faâliyetlerine duyulan uluslararası ilgi artmıştır. Bu durum aynı zamanda hükûmetlerin ve silâhlı kuvvetlerin medyanın sahip olduğu güce yönelik korku ve endişelerini de arttırmıştır. Böylece, silâhlı çatışma bölgelerinde tehlikeli görevlerde bulunan gazeteciler çatışma tarafı silâhlı kuvvetler ve hükümet-dışı silâhlı gruplar tarafından sıklıkla tehdit olarak algılanabilmekte, saldırı ve düşmanca eylemlerin hedefi olabilmektedir. Özellikle son yıllarda silâhlı çatışmalarda gazetecilerin doğrudan hedef alınmasına, ortadan kaybolmasına, her türlü işkence ve kötü muameleye tâbi tutulmasına yönelik vakalar artarak devam etmektedir. Pratik düzlemde durum böyle iken bu çalışma kapsamında konunun hukukî ve teorik düzlemdeki güncel durumu incelenmiştir.

Jus in Bello bağlamında, silâhlı çatışmalarda habercilik faâliyetinde bulunan gazeteciler, silâhlı çatışmalarda doğrudan, aktif rol almadıkları müddetçe, sivil statüsündedir ve sivil unsurlara sağlanan korumadan faydalanırlar. Böylelikle gazeteciler, silâhlı saldırıların, her türlü düşmanca eylemin ve misilleme amaçlı yapılan saldırıların hedefi yapılamaz. Gazetecilere yönelik sivil hedef- askerî hedef ayrımı gözetilmeksizin yapılan saldırılar savaş suçu niteliğindedir. Buna karşılık, silâhlı kuvvetlere akredite olarak faâliyet yürüten “savaş muhabiri” sınıfı *III. Cenevre Sözleşmesi* çerçevesinde savaş esiri statüsüne sahip iken savaş bölgelerinde

¹⁵⁸ SAUL, s. 126; DÜSTERHÖFT, s. 27; DOST, s. 199. Aksi görüş için bkz. RATHNAYAKE, s. 71.

tehlikeli görevlerde bulunan “bağımsız gazeteci” sınıfı savaş esiri statüsünü hâiz değildir. Burada, *Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller* kapsamında yapılan savaş muhabiri-bağımsız gazeteci ayrımının hukukî ve pratik düzlemde karışıklığa sebep olduğunu belirtmek gerekir. Öncelikle, bu iki sınıfın da silâhlı çatışma bölgelerinde profesyonel meslekî görevlerde bulunan gazeteciler olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, bu ayrımın ortadan kaldırılması ve uluslararası insancıl hukuk temel metinlerinde gazetecilere yönelik hükümlerin tek bir statüde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. En azından, savaş muhabirleri için düzenlenen savaş esiri statüsünün, bağımsız gazetecilere de tanınması gazetecilerin tamamına yönelik hukukî korumayı yeknesak ve kuşatıcı hâle getirecektir.

Ek olarak silâhlı çatışmalar bağlamında uygulanacak uluslararası hukuk kuralları açısından gazeteci kavramının resmî ve genel bir tanımının bulunmaması da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. *Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinde* ayrıca hükme bağlanan sınıflardan biri olmasına rağmen “gazeteci” sınıfının tanımı ve kapsamı belirtilmemiştir. Burada belirtilmelidir ki, hem savaş muhabirleri hem de bağımsız gazetecilerden bahsedilirken faâliyetlerini bir basın kuruluşuna bağlı olarak yürüten profesyonel gazeteciler kastedilmektedir. Bu durum özellikle, aslî mesleği gazetecilik olmasına karşın herhangi bir basın kuruluşu bünyesinde çalışmayan ancak silâhlı çatışma bölgelerinden bilgi toplayıp dijital medya kanallarında oluşturdukları hesaplar vasıtasıyla bu bilgileri paylaşan kişiler açısından belirsizlik oluşturmaktadır. Zira, bu kimseler meslekî donanım ve beceriye sahip olması sebebiyle sivil sosyal medya kullanıcılarından ayrılmasına rağmen bir basın kuruluşu bünyesinde çalışmıyor olması sebebiyle Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller bağlamında gazeteci olarak da görülememektedir. Dolayısıyla, “silâhlı çatışmalarda tehlikeli görevlerde bulunan gazeteci” kavramının kapsamına kimlerin dâhil edildiği konusundaki belirsizliğin de giderilmesi açısından resmî bir gazeteci tanımının yapılması gerekmektedir.

Bir uluslararası sözleşme ihdas edilmesi fikri, gazetecilerin uluslararası silâhlı çatışmalarda korunmasına ilişkin mevcut hukukî rejimin tek bir belgede kodifiye edilmesi açısından önemlidir. Buna karşılık, gazetecilerin korunmasına dair hükümlerin silâhlı çatışmalar hukukunun temel metinlerinde, diğer süjelere yönelik kurullarla birlikte düzenlenmesi fikri öğretilerde ağır basmaktadır ve nitekim BM bünyesinde hazırlık çalışmalarına başlanan uluslararası sözleşme, I no’lu Ek Protokolde yapılan düzenleme sonrası rafa kaldırılmıştır. Kaldı ki ayrı bir uluslararası sözleşmenin

pratikte, gazetecilerin korunmasına yönelik mevcut uluslararası hukuk normlarından daha etkili sonuçlar doğuracağı da oldukça tartışmalıdır. Zira silâhlı çatışmalarda gazetecilerin hedef alınması, kasıtlı olmayan ve dolaylı zararlar hariç tutulursa, hukukî korumanın yetersizliğinden ziyâde mevcut hukukun etkin uygulanmamasından ve kasten ihlâl edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Gazetecilere yönelik korumanın güçlendirilmesine dâir bir diğer teklif ise silâhlı çatışma bölgelerindeki gazetecilere özel hukukî statü sağlanmasıdır. Özel hukukî statü fikri, gazetecilerin silâhlı çatışmalardaki kritik rolü sebebiyle diğer özel statü sahibi sınıflar gibi *ad hoc* bir statüyle korunmasını esas almaktadır. Böylece gazeteciler, silâhlı çatışma bölgelerindeki tıbbî personel ve din adamları gibi özel bir hukukî statüye ve gazetecilere özgü, ayırt edici bir ambleme sahip olacaklardır. Özel statü sağlanması gazetecilere ilişkin savaş muhabiri-bağımsız gazeteci ayrımının ortadan kaldırılması ve tek bir sınıf olarak düzenleme yapılmasını da sağlamaktadır. Ancak burada belirtilmelidir ki, hukukî korumayı arttırmak amaçlı yapılan normatif düzenlemelerin, silâhlı çatışma bölgelerinde gazetecilere yönelik fiilî korumayı da kesin olarak arttırdığı söylenememektedir. Bunun yanında, gazetecilerin silâhlı çatışmalar açısından işlevinin, silâhlı çatışma bölgelerindeki mağdurlara, yaralı ve hastalara yönelik en temel ve mühim hizmetleri sağlayan tıbbî personel ve insanî yardım personeli gibi sınıfların gerçekleştirdiği hizmet kadar hayatî ve önemli olduğu söylenemeyecektir. *Jus in bello* bağlamında özel hukukî statü sahibi sınıflar istisnâi ve sınırlıdır. Bu nedenle, bu sınıfların sayısının artırılması bu sınıflara sağlanan istisnâi korumanın etkisinin azalması riskini beraberinde getirmektedir. Üstelik, zaten silâhlı çatışma taraflarınca sivil olarak değerlendirilmesi ve korunması gereken gazetecilere özel bir hukukî statü sağlanmasının silâhlı çatışma alanlarında somut olarak ne tür faydalar sağlayacağı belirsizdir.

KAYNAKÇA

- BALGUY-GALLOIS, A.:** "The Protection of Journalists and News Media Personnel in Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, C. 86, S. 853, 2004, ss. 37-67.
- BANACH, Marian:** "International Status of an Accredited Foreign Correspondent with Special Consideration of the Polish Practice", *Polish Yearbook of International Law*, C. 17, 1988, ss. 7-19.
- BOSCH, Shannon:** "Journalists: Shielded from the Dangers of War in their Pursuit of the Truth", *South African Yearbook of International Law*, C. 34, S. 1, 2009, ss. 70-100.
- BUJARD, Daniele L.:** "Le correspondant de presse en temps de guerre", *La circulation des informations et le droit international*, BASTID, Suzanne (editör), Paris: A. Pedone, 1978, ss. 279-293.
- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907.
- Council of Europe Committee of Ministers, **Recommendation No. R(96)4** on the protection of journalists in situations of conflict and tension, 3 May 1996. [<https://rm.coe.int/16804ff5a1>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).
- CRAWFORD, E./DAVIES, K.:** "The International Protection of Journalists in Times of Armed Conflict: The Campaign for a Press Emblem", *Wisconsin International Law Journal*, C. 30, S. 1, 2014, ss. 1-36.
- ÇAMYAMAÇ, Anıl/ÇINARLI, Serkan:** Silâhlı Çatışmalar Hukuku Çerçevesinde Tıbbî Personelin Durumu, HAKERİ/DOĞRU (editörler), II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, ss. 413-426.
- DINSTEIN, Y.:** *Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2004.
- DOST, Süleyman:** "Uluslararası Silâhlı Çatışmalarda Gazetecilerin ve Medya Araçlarının Korunması", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 76, S. 2, Temmuz 2018.
- Draft United Nations Convention on the Protection of Journalists Engaged in Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict, 1 August

1975, **UN Doc. A/10147**, Annex 1, m. 2/1, [<https://digitallibrary.un.org/record/721941?ln=en>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

DÜSTERHÖFT, Isabel: "The Protection of Journalists in Armed Conflicts: How Can They Be Better Safeguarded?", *Merkourios: Utrecht Journal of International & European Law*, C. 29, S. 76, 2013, ss. 4-22.

GASSER, Hans-Peter: "The Protection of Journalists Engaged in Dangerous Professional Missions", *International Review of the Red Cross*, C. 232, 1983, ss. 3-18.

GASSER, Hans-Peter: "The Journalist's Right to Information in Time of War and on Dangerous Missions", *Yearbook of International Humanitarian Law*, C. 6, 2003, ss. 366-388.

GASSER, Hans-Peter/**DÖRMANN**, Knut: Protection of the Civilian Population, **FLECK**, Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2013.

GEISS, Robin: "The Protection of Journalists in Armed Conflicts", *German Yearbook of International Law*, C. 51, 2008, ss. 289-320.

Geneva Convention for the Amelioration of The Condition of The Wounded And Sick in Armed Forces in The Field, 12 August 1949 (**I. GENEVA CONVENTION**).

Geneva Convention for the Amelioration of The Condition of Wounded, Sick And Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12 August 1949 (**II. GENEVA CONVENTION**).

Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949 (**III. GENEVA CONVENTION**).

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 (**IV. GENEVA CONVENTION**).

GROSSMAN, Lindsey R., "All the News That's Worth the Risk: Improving Protection for Freelance Journalists in War Zones", *Boston College International and Comparative Law Review*, C. 40, S. 1, 2017, ss. 141-166.

HENCKAERTS, J. M./ **DOSWALD-BECK**, L.: Customary International Humanitarian, Vol. I (Rules), Cambridge, 2005.

- HESSEL**, Daniel: "The Pen and the Sword: International Humanitarian Law Protections for Journalism", *Yale Journal of International Law*, C. 41, S. 415, 2016, ss. 416-457.
- HEYNS**, Christof/**SRINIVASAN**, Sharath: "Protecting the Right to Life of Journalists: The Need for a Higher Level of Engagement", *Human Rights Quarterly*, C. 35, S. 2, 2013, ss. 303-332.
- HOWARD**, Dylan: "Remaking the Pen Mightier Than the Sword: An Evaluation of the Growing Need for the International Protection of Journalists", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, C. 30, S. 3, 2002, ss. 505-542.
- ICRC Commentary of 1987 on Additional Protocol Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, m. 79, [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-79?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).
- ICRC, Updated Commentary on the Third Geneva Convention, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Cambridge 2021. [<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-4/commentary/2020?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>] (Erişim Tarihi: 22.01.2025)
- Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863.
- IPSEN**, Knut: *Combatants and Non-Combatants*, **FLECK**, Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 79-117.
- JAKOVLJEVIC**, Bosko: *New International Status of Civil Defence. As an Instrument for Strengthening the Protection of Human Rights*, The Hague, 1982.
- JANIS**, Mark W.: *An Introduction to International Law*, Boston, 1988.
- KALSHOVEN**, Frits: *The Law of Warfare*, Leiden, 1973.
- KALSHOVEN**, Frits/**ZEGVELD**, Liesbeth: *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 4th edition, Cambridge, 2011.

- KLEFFER**, Jann K.: "Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked", FLECK, Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, ss. 325-365.
- KUMAR**, Nilendra: Religious Personnel, FLECK, Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, ss. 413-424.
- LEVIN**, Elizabeth, "Journalists as a Protected Category: A New Status for the Media in International Humanitarian Law", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, C. 17, S. 1/2, 2013, ss. 215-250.
- LISOSKY J.M./ HENRICHSEN**, J.: "Don't Shoot the Messenger: Prospects for Protecting Journalists in Conflict Situation", *Media, War & Conflict*, C. 2, S. 2, 2009, ss. 129-148.
- LONGWORTH**, Sally Alexandra: *Freedom of Expression in Armed Conflict: The Silence Between Spaces*, PhD Dissertation, Department of Law, Stockholm University, Stockholm, 2022.
- MUKHERJEE**, A.: "International Protection of Journalists: Problems, Practice, and Prospects", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, C. 11, S. 2, 1994, ss. 339-387.
- ODORA**, Alex Obote: "Criminal Responsibility of Journalists under International Criminal Law: The ICTR Experiences", *Nordic Journal of International Law*, C. 73, 2004, ss. 307-323.
- OETER**, S.: "Methods and Means of Combat", FLECK, Dieter (editör), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2013. ss. 115-231.
- PILLOUD**, C.: "Protection of Journalists on Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, C. 11, S. 118, 1971, s. 3-7.
- POLITIS**, Stylianos: "Protection of Civilians During Armed Conflicts", *Revue hellénique de droit international*, C. 63, S. 2, 2010, ss. 1011-1018.
- Press Emblem Campaign (PEC): **Media Casualties** [<https://www.press-emblem.ch/casualties>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (**Protocol I**), 8 June 1977.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (**Protocol II**), 8 June 1977.

RATHNAYAKE, R. M. T. S. K.: "Protection of Journalists in Armed Conflicts: An International Law Perspective", *OUSL Journal*, C. 12, S. 2, 2017, ss. 63-73.

RONZITTI, Natalino: *Civilian Population in Armed Conflict*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, [<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e268#>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024)

SANDOZ, Yves/**SWINARSKI**, Christophe/**ZIMMERMANN**, Bruno: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987.

SAPIENZA, Rosario, "The International Protection of Journalists", *The Italian Yearbook of International Law*, C. 5, S. 1, 1980, ss. 139-146.

SASSOLI, Marco: *International Humanitarian Law*, 1st Edition, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019.

SAUL, Ben: "The International Protection of Journalists in Armed Conflict and other Violent Situations", *Australian Journal of Human Rights*, 2008, C. 14, S. 1, ss. 99-140.

SCHINDLER, Dietrich/**TOMAN**, Jiri: *The Laws of Armed Conflicts A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden/Boston 2004.

SCORDAS, Achilles: *Mass Media, Influence on International Relations*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014, [<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e960>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

S/Res/1738 (2006), [<https://digitallibrary.un.org/record/589659?ln=en&v=pdf>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

S/Res/2222 (2015), [<https://digitallibrary.un.org/record/793613?ln=en&v=pdf>] (Erişim Tarihi: 02.11.2024).

The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze, International Criminal Tribunal for Rwanda, **Case No. ICTR-99-52-T**, Judgement of 3 December 2003.

United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 34, **CCPR/C/GC/34**, Article 19: Freedoms of opinion and expression, 2011. [<https://digitallibrary.un.org/record/715606?v=pdf>] (Erişim Tarihi: 04.11.2024).

WILSON, Robert R: "Status of Chaplains with Armed Forces", American Journal of International Law, C. 37, S. 3, 1943, ss. 490-494.

ZAMIR, Itzhak: "Media Coverage of Military Operations", Israel Yearbook on Human Rights, C. 18, 1988, ss. 61-70.



ADİL YARGILANMA VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI BAĞLAMINDA TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN AVUKATLARI İLE İLETİŞİMLERİNİN GİZLİLİĞİNE YÖNELİK SINIRLAMALAR

Ozan Can ÖZBALÇIK*

Öz

Kişilerin avukatlarıyla gizlilik içinde görüşmeleri etkili hukuki yardımın önemli bir parçasıdır. Avukat-müvekkil gizliliği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınan adil yargılanma ve özel hayata saygı hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır. Öneme rağmen, avukatla gizli iletişim hakkı bakımından çeşitli sınırlamalar gündeme gelebilmektedir. Bu çalışma, adil yargılanma ve özel hayata saygı hakları çerçevesinde avukat-müvekkil iletişimine yapılan müdahalelerin hukuki boyutlarını ele almakta ve etkili hukuki yardımın sağlanabilmesi için bu iletişimin gizliliğinin önemini vurgulamaktadır. Ayrıca, Türk hukuk sisteminde tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla gizli iletişimlerine getirilen sınırlamaların değerlendirilmesine odaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu sınırlamalara yönelik yaklaşımı ve kanuni düzenlemelerin yerindeliği makalenin ana tartışma konularını oluşturmaktadır.

* Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye ✉ PhD Student, Istanbul University, Institute of Social Sciences, Department of Public Law, Istanbul, Türkiye.

✉ ozancanozbalcik@gmail.com • ORCID 0000-0001-7986-4829.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZBALÇIK, Ozan Can: "Adil Yargılanma ve Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Tutuklu Ve Hükümlülerin Avukatları İle İletişimlerinin Gizliliğine Yönelik Sınırlamalar", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 111-149.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

• Avukat-Müvekkil Gizliliği • Savunma Hakları • Adil Yargılanma Hakkı • Özel Hayata Saygı Hakkı • Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatlarıyla İletişimi

RESTRICTIONS ON THE CONFIDENTIALITY OF COMMUNICATIONS OF DETAINEES AND CONVICTS WITH THEIR LAWYERS IN THE CONTEXT OF RIGHT TO A FAIR TRIAL AND RESPECT FOR PRIVACY

Abstract

Confidential communication with one's lawyer is an important part of effective legal assistance. Attorney-client confidentiality is addressed within the framework of the right to a fair trial and the right to respect for private life guaranteed under the European Convention on Human Rights. In spite of its importance, the right to confidential communication with a lawyer is not absolute but may be subject to restrictions. This study examines the legal dimensions of interventions in attorney-client communication within the framework of the rights to a fair trial and respect for private life, and emphasizes the importance of confidentiality of this communication for the provision of effective legal assistance. It also focuses on the evaluation of the restrictions in the Turkish legal system. The Constitutional Court's approach to these restrictions and the appropriateness of the legal regulations are the main topics of discussion in the article.

Keywords

• Attorney-Client Confidentiality • Defence Rights • Right To A Fair Trial • Right To Respect For Private Life • Communication Of Detainees And Convicts With Their Lawyers

GİRİŞ

Hakkında isnat veya hüküm bulunan kişilere hukuki yardım sağlanması evrensel ölçekte asgari haklar çerçevesinde ele alınan önemli bir olgudur. İttifakla kabul edildiği üzere hukuki yardımın anlamlı olabilmesi ilgilisi bakımından etkili olması şartına bağlıdır. Etkili bir hukuki yardımın vazgeçilmez koşullarından birisi de avukat ile müvekkilin gizli biçimde iletişim kurma imkânının bulunmasıdır. Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki güvene dayalı olduğundan, aralarındaki iletişimin üçüncü kişiler ve özellikle kamu görevlileri tarafından denetlenmemesi ve ifşaya zorlanmaması bu ilişkinin verimli biçimde gerçekleşmesini sağlayan önemli bir güvencedir.

Bu çerçevede avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin gizliliğinin ihlal edilmeyeceğine yönelik güvencelere temel metinlerde ve mevzuatta çeşitli biçimlerde rastlamak mümkündür. Birçok hakta olduğu gibi avukat ile gizli iletişim hakkı bakımından da çeşitli sınırlamalar gündeme gelebilmektedir. Özellikle kişinin cezaevinde bulunduğu durumlarda ise hukuki yardımın etkililiği ve sınırlamaların boyutu daha fazla önem kazanmaktadır zira kişinin cezaevi koşullarında avukatıyla görüşmesinin önünde doğal yer ve zaman sınırlamaları gündeme gelmektedir.

Çalışma kapsamında da avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiye yönelik güvenceler asgari standartların tespit edilmesi adına öncelikli olarak temel haklar çerçevesinde ele alınacak ve sınırlandırma rejimine ilişkin kurallar içtihat ışığında değerlendirilecektir. Devamında ise Türk hukukunda cezaevinde bulunanların avukatlarıyla iletişimine yönelik genel ilkeler ve sınırlama sebepleri tespit edilerek bu sınırlamaların asgari standartlarla, diğer mevzuatla ve genel ilkelerle ne derece uyumlu olduğuna yönelik irdelemeler gerçekleştirilecektir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin iç hukukta yer alan ilgili düzenlemelerin iptaline ilişkin gerçekleştirmiş olduğu değerlendirmelerin yerindeliği ve kararın yarattığı hukuki sonuçlar ele alınacak, sorunlu alanlara yönelik değişiklik önerileri ileri sürülecektir.

I. İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA AVUKAT İLE İLETİŞİME YAPILAN MÜDAHALELERİN HUKUKİ GÖRÜNÜMÜ

A. Genel Olarak Müdafî Yardımından Yararlanma ve Avukat ile İletişim

Temel haklar çerçevesinde kişilerin avukat ile iletişimlerini konusunun incelenmesi için ilk olarak avukatın hukuki yardımının çerçevesinin belirlenmesi, bu doğrultuda öncelikle adil yargılanma hakkı kapsamında bir inceleme yapılması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının Türk hukuku açısından öncelikli görünüm biçimi Anayasa'nın 36. maddesi olsa da hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 6. maddesi ve bunun yorumu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihadı etkisiyle Anayasa'ya eklenmesi ve taraf olunan milletlerarası anlaşmalar göz önüne alındığında yorumunda AİHM'in attığı nitelikler önem arz etmektedir. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı kapsamında bir irdeleme gerçekleştirirken hakkın kapsamının ve içeriğinin

belirlenmesinde Sözleşme'nin ve yorumu olan AİHM içtihadının dikkate alınması gerekir¹.

Çalışma kapsamında önem arz eden müdafî yardımından yararlanma hakkı AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen savunma garantilerinden biri olarak yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrası tüm süreçlere ilişkin genel güvenceleri düzenlerken ikinci ve üçüncü fıkrası münhasıran cezai süreçlere yönelik güvenceleri içermektedir². Maddenin üçüncü fıkrasında suç isnadı ile karşı karşıya olanların sahip olduğu asgari haklar (minimum rights/guarantees)³ düzenlenmekte olup müdafî yardımından yararlanma hakkı kapsamında yer alan; kendini bizzat savunma, seçtiği müdafinin yardımından yararlanma ve müdafî yardımından ücretsiz yararlanma hakları üçüncü fıkranın c bendinde yer almaktadır⁴.

Müdafî yardımından yararlanmaya ilişkin güvenceler esasen savunmanın etkililiğini amaçlamaktadır⁵. Suç isnadına maruz kalan hakkında yürütülen sürecin savunma için yeterli temsil olmadan gerçekleşmesinin önlenmesi hedeflenmektedir⁶. Zira hukuki basiret ve yeteneğe sahip olması beklenmeyen şüpheli veya sanığın devletin önemli kaynaklara ve hukuki uzmanlığa sahip sùjelerinin deneyimine maruz kalması

¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne gelen bireysel başvurularda adil yargılanma hakkının kapsamının ve içeriğinin bu doğrultuda belirleneceğini ifade etmektedir. Bkz: Onurhan Solmaz başvurusu, 2012/1049, 26.3.2013, §22.

² **GRABENWARTER**, Christoph, *European Convention on Human Rights Commentary*, München, 2014, p. 101; **RAINEY**, Bernadette /**WICKS**, Elizabeth/ **OVEY**, Clare, Jacobs, White and Ovey: *The European Convention on Human Rights*, 7. Edition, Oxford, 2017, p. 274. Burada yer alan garantiler iyi bir savunmanın hazırlanması ve yürütülmesi için gerekli hakları koruma altına almakta, itham edilene itham edenin karşısında savunma için eşit fırsatlar vererek silahların eşitliğini usuli bakımdan güvence altına almaktadır. Bkz: **HİRVELÄ**, Päivi /**HEİKKİLÄ**, Satu, *Right to a Fair Trial. A Practical Guide to the Article 6 Case-Law of the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2021, p. 257. (Bundan sonra Fair Trial olarak anılacaktır).

³ **OMKAR**, Sidhu, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2018, p. 64.

⁴ AİHM Sözleşme'nin savunma haklarının etkili biçimde korunmak amacıyla tasarlandığını kabul ederek bu düzenlemedeki hakların belirlenmesinde Sözleşme'nin İngilizce yerine Fransızca metninin esas alınması gerektiğini ve bu düzenlemede üç ayrı hak düzenlendiğini tespit etmektedir. *Pakelli v. Almanya*, no. 8398/78, 25.04.1983, §31.

⁵ **GRABENWARTER**, p. 155; **RAINEY/WICKS/OVEY**, p. 322.

⁶ *Pakelli v. Almanya*, no. 8398/78, Komisyon Raporu, 12.12.1981, §84; **HARRIS**, David/ **O'BOYLE**, Micheal/**BATES**, Ed vd., *Law of The European Convention on Human Rights*, 4. Ed., Oxford, 2018, p. 473.

halinde karar vericiler üzerinde orantısız bir etkiye bulunma tehlikesi gündeme gelebilir ki bu tehdidi dengelemek için müdafinin varlığı oldukça önemlidir⁷. Müdafinin varlığı yalnızca savunma stratejisinin hazırlanması ve geliştirilmesini içermemekte, aynı zamanda muhakeme işlemlerinin denetimi açısından da kritik önem arz etmektedir⁸. Hatta AİHM'e göre müdafi hem müvekkilinin hem de kamunun menfaatleri için "usule ilişkin düzenli işleyişin gözlemcisi" olarak hareket etmektedir⁹. Bu açıdan müdafi yardımından yararlanma Sözleşme anlamında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri bakımından önemli bir kesişim noktası oluşturmaktadır¹⁰.

Bu çerçevede Sözleşme'nin 6/3-c maddesi ile güvence altına alınan; hakkında bir suç isnadı bulunan herkesin gerektiğinde resmi biçimde atanan bir müdafi tarafından etkili bir şekilde savunulma hakkı AİHM tarafından adil yargılamanın temel özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir¹¹. AİHM, içtihadında Sözleşme'nin hakların teorik ve hayali olmasını değil pratik ve etkili olmasını güvence altına aldığını; dolayısıyla kişinin müdafisinin olmasının tek başına bu yardımının etkililiğini garanti

⁷ **OMKAR**, p. 198.

⁸ **WINTER**, Lorena Bachmaier/**THAMAN**, Stephen C.: A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications, **WINTER**, Lorena Bachmaier/**THAMAN**, Stephen C./**LYNN**, Veronica (Editörler) The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings A Comparative View, Cham, 2020, p. 13. (Bundan sonra Attorney-Client Privilege olarak anılacaktır).

⁹ *Ensslin, Baader ve Raspe v. Almanya*, nos. 7572/76, 7586/76 ve 7587/76, Komisyonun 8 Temmuz 1978 tarihli kararı, Kararlar ve Raporlar 14, s. 64.

¹⁰ **TANER**, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 189; **BAŞIBÜYÜK**, İsa: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (M.6/3-C) Kapsamında Müdafi Yardımından Yararlanma Hakkı", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2013, s. 1344; **KOCAOĞLU**, Serhat Sinan, Müdafi, 3 Baskı, Ankara, 2017, s. 4- 45; **HİRVELÄ/HEİKKİLÄ**, Fair Trial, p. 279. AİHM de Sözleşme'nin 6. maddesinin bütün olarak kişinin ceza muhakemesine etkili katılımını güvence altına aldığını hakkın sadece hazır bulunmayı değil aynı zamanda müdafi yardımından yararlanmayı da kapsadığını ve bu hakların çelişmeli yargılama kavramının özünde yer aldığını ifade etmektedir. Bkz: *Lagerblom v. İsveç*, no. 26891/95, 14.01.2003, §49.

¹¹ *Salduz v. Türkiye [BD]*, no. 36391/02, 27.11.2008, § 51; *Dvorski v. Hırvatistan [BD]*, no. 25703/11, 20.10.2015, § 76; *Simeonovi v. Bulgaristan [BD]*, no. 21980/04, 12.05.2017, § 112.

altına almayacağını belirtmektedir¹². Bu nedenle müdafî yardımından yararlanmaya ilişkin değerlendirmelerde etkililiğe ilişkin asgari gerekliliklerin ve kısıtlamaların Sözleşme standartlarıyla uyum sağlayıp sağlamadığı tespiti oldukça önem arz etmektedir.

Öte yandan temel haklar sisteminde tutuklu ve hükümlü kişilerin durumları açısından yapılan ayrıma da değinilmesi gerekmektedir. AİHM genel olarak hükümlü ve tutukluların Sözleşme kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerden yararlanacağını kabul etmektedir¹³. Sözleşme'nin özgürlük ve güvenlik hakkı başlıklı 5. maddesinin 4. fıkrası, yakalanma veya tutulma yoluyla özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere, bu müdahalenin Sözleşme anlamında hukuka uygunluğu bakımından usuli ve maddi koşulların denetlenmesi amacıyla başvuru yapabilme imkânı sağlamaktadır. Bu başvuru yoluna ilişkin denetimde adil yargılanma hakkı kapsamında gerekli kılınan tüm güvencelerin sağlanması gerekmektedir. Birlikte muhakemenin çelişmeli olması ve silahların eşitliğinin sağlanması gerektiği, Sözleşme'nin 6. maddesinin belli ölçüde belli yönler açısından uygulanabileceği ve cezai süreçler açısından Sözleşme'nin 5/4 maddesi ile 6/1 maddesi arasında yakın bir bağ olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Dolayısıyla AİHM, Sözleşme'nin 5/4 maddesi kapsamında gerçekleştirilen ve konusu müdafî yardımının etkililiği olan başvurularında 6. maddeyle sağlanan güvenceleri de gözeterek etkili bir yardım alınıp alınmadığını incelemektedir¹⁵. Tutukluların müdafileri ile haberleşmeleri özellikle ayrıcalıklı olup aynı zamanda Sözleşme'nin 6/3-b hükmünde yer alan savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma güvencesinden kaynaklanmaktadır¹⁶.

Hükümlülerin ve tutukluların avukatla görüşme kapsamında sahip olduğu güvenceler, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında da ele alınmaktadır¹⁷.

¹² *Artico v. İtalya*, no. 6694/74, 13.05.1980, § 33; *Imbrioscia v. İsviçre*, no. 36822/06, 24.11.1993, § 38; *Sakhnovskiy v. Rusya [BD]*, no. 21272/03, 02.11.2010, § 95.

¹³ *Hirst v. Birleşik Krallık (No. 2)*, no. 74025/01, 6.10.2005, § 69.

¹⁴ *Reinprecht v. Avusturya*, no. 67175/01, 15.11.2005, § 31 vd; *A. ve diğeri v. Birleşik Krallık*, no. 3455/05, 19.02.2009, § 202 – 204.

¹⁵ *Castravet v. Moldova*, no. 23393/05, 13.03.2007, § 47 – 48.

¹⁶ **RAINEY/WICKS/OVEY**, p. 453.

¹⁷ Sözleşme'nin 8. Maddesinin usule ilişkin yönü adil yargılanma hakkı kapsamında korunan hak ve menfaatlerle yakından bağlantılıdır. **HİRVELÄ**, Päivi /**HEİKKİLÄ**,

AİHM, kişinin avukatı ile ele aldığı konuların çoğunlukla mahrem ve kişisel meseleleri veya hassas konuları içermesinden ötürü bu iletişimin özel hayat kapsamında değerlendirildiğini ve ister dava için yardım ister genel hukuki tavsiye bağlamında olsun, avukata danışan bireylerin makul biçimde iletişimlerinin özel ve gizli olmasını bekleyeceğini kabul etmektedir¹⁸. Özgürlüğünden mahrum kalmış kişiler bakımından avukatla görüşmenin bir görevli huzurunda gerçekleşmesi durumunda hem devam eden davaya ilişkin konuları tartışma hem de misilleme korkusuyla yaşanmış kötü muameleleri bildirme konusunda kendilerini kısıtlanmış hissedebileceklerinden iletişim esnasında mahremiyetin sağlanması yükümlülüğü mevcuttur¹⁹. Bu çerçevede AİHM kişinin avukatıyla kurduğu gizli iletişimin savunma hakkının önemli bir güvencesi olarak Sözleşme'nin 8. ve 6. maddeleri bağlamında korunduğunu ifade etmektedir²⁰. Böylelikle gizliliğin korunması müvekkil çıkarının etkili biçimde temsil edilmesinin, diğer bir ifadeyle etkili savunmanın vazgeçilmez unsurlarından biri olmaktadır²¹.

Öte yandan hükümlü kişilerin AİHM nezdinde görülmekte olan bireysel başvuru süreçlerinde avukatlarıyla paylaştıkları belgelerin engellenmesine ilişkin bir başvuruda avukat ile iletişimin engellenmesi, AİHM nezdinde bireysel başvuruyu düzenleyen Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında da değerlendirilmiştir²².

Dolayısıyla avukat ile müvekkil arasındaki gizli iletişime yönelik müdahaleler çeşitli açılardan Sözleşme'deki farklı maddeler kapsamında

Satu, Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, Cambridge, 2022, p. 7. (Bundan sonra Right to Respect for Private Life olarak anılacaktır); YÜZER ELTİMUR, Dilara, AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul, 2019, s. 56.

¹⁸ *Altay v. Türkiye (no.2)*, no. 11236/09, 09.04.2019, § 49.

¹⁹ *Altay v. Türkiye (no.2)*, no. 11236/09, 09.04.2019, § 50.

²⁰ *S. v. İsviçre*, nos. 12629/87, 13965/88, 28.11.1991, § 48; *Apostu v. Romanya*, no. 22765/12, 03.02.2015, § 96.

²¹ LÖWE, Ewald/ROSENBERG, Werner, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtverfassungsgesetz, Vierter Band, 27. Auflage, 2022, s. 559; KNIEMEYER, Claus-Dieter, Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, Frankfurt am Main, 1997, s. 54.

²² *Zakharkin v. Rusya*, no. 1555/04, 10.06.2010, § 157 – 160; *Mehmet Ali Ayhan ve diğerleri v. Türkiye*, 4536/06 53282/07, 04/06/2019, § 40 – 45.

ele alınabilmektedir²³. Ancak inceleme hangi çerçevede gerçekleştirilse gerçekleştirilsin, avukat ile müvekkil arasındaki iletişime yönelik sınırlamaların iletişimin gizliliği ve doğrudanlığı ilkeleri esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır²⁴.

B. Etkili ve İşleyen Hukuki Yardım ile Ayrıcalıklı İletişim Bağlamında Avukat ve Müvekkili Arasında Gizli İletişim

Şüpheli veya sanığın gizliliğin sağlanabildiği koşullarda müdafisi ile görüşebilmesi, etkili bir savunmanın önemli bir bölümünü oluşturmaktadır²⁵. Bu nedenle etkili hukuki yardım hakkı, avukata gizlilik içinde erişimi kapsamaktadır²⁶. Bu doğrultuda tüm muhakeme sistemlerinde suç isnadı altında olanın müdafisi ile iletişiminin gizli olduğu ve avukat-müvekkil gizliliği olarak ifade edilen ayrıcalığın müdafinin kendisiyle paylaşılan bilgileri açıklamayı reddetmesine imkân sağladığı, genel bir ilke olarak kabul edilmektedir²⁷. Savunmanın etkili olabilmesi, müdafinin müvekkili ile davanın olgusal ve hukuksal kısımları ile savunma stratejisi hakkında gerçekleştireceği açık ve samimi bir iletişim neticesinde mümkün olacaktır. Ancak bu iletişime diğer süjeler tarafından herhangi biçimde şahit olunması böyle bir iletişimi engelleyeceği gibi müdafisi ile müvekkili arasındaki güven ilişkisini de zedeler²⁸. Zira müdafisi ile müvekkil arasındaki ilişki, karşılıklı güven ve anlayışa dayalı olmalıdır²⁹.

AİHM'e göre bir müdafinin müvekkilinin çıkarlarını etkili biçimde gözetebilmesinin temel unsurlarından biri aralarında paylaşılan bilgilerin gizliliğinin korunması gerektiği ilkesidir. Bu nedenle kişinin avukatı ile gizli iletişimi savunma hakkının önemli bir güvencesi olarak Sözleşme tarafından koruma altındadır³⁰. Zira avukatlar demokratik toplumda

²³ TANER, s. 200; ELEKÇİ, Mert: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 31.

²⁴ DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2023, s. 324.

²⁵ HİRVELÄ/HEİKKİLÄ, Fair Trial, p. 303.

²⁶ HARRIS/ O'BOYLE/BATES vd., p. 481; BAŞIBÜYÜK, s. 1354.

²⁷ WINTER/THAMAN, p. 40.

²⁸ OMKAR, p. 225.

²⁹ GRABENWARTER, p. 159; *Sakhnovskiy v. Rusya [BD]*, no. 21272/03, 02.11.2010, § 102.

³⁰ *Castravet v. Moldova*, no. 23393/05, 13.03.2007, § 49; *Apostu v. Romanya*, no. 22765/12, 03.02.2015, § 96; *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu v. Türkiye*, nos. 10207/21 10209/21, 06.06.2023, § 105.

bireyleri savunmak gibi temel bir rolü üstlenmekte olduklarından bu görüşmelerin gizliliğini garanti edemezlerse kendilerinin bu görevi yeri-ne getiremeyecekleri kabul edilmektedir³¹. Müdafiyeye danışmak isteyen kişinin, tam ve kısıtlanmamış iletişime uygun koşullar altında bunu yapmakta özgür olması kamu yararına uygun bulunmaktadır. Bu nedenle avukat-müvekkil ilişkisi, prensip olarak ayrıcalıklı kabul edilmektedir³². Şüphelinin müdafisi ile üçüncü kişilerin duyamayacağı biçimde iletişim kurma hakkının demokratik bir toplumda adil yargılanmanın temel gereklerinden biri olduğu ve Sözleşme'nin md. 6/3-c hükmünden kaynaklandığı benimsenmektedir. Şayet müdafii müvekkili ile görüşemez ve bir gözetim altında bulunmadan talimat alamazsa hukuki yardım faydasını büyük ölçüde yitirecektir ki bu sonuç hakların pratik ve etkili olmasını güvence altına almayı amaçlayan Sözleşme sistemiyle bağdaşmayacaktır³³.

C. Gizliliğin Kısıtlanması Ölçütleri

Sözleşme'ye göre herkesin bizzat veya müdafii yardımıyla savunma hakkı mevcut olsa da ilgili hükümlerin hakkın icra şeklini belirtmediği, bu nedenle sözleşmeciler devletlerin hakkın kendi sistemlerinde güvence altına alınma şeklini belirleyebileceği, AİHM'in ise bu yöntemlerin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını denetleyebileceği kabul edilmektedir³⁴. Dolayısıyla hakkın icrası bakımından devletlerin takdir yetkisine bırakılan çeşitli kısıtlamalar gündeme gelebilecektir. AİHM de içtihadında tutuklular ile müdafileri arasındaki iletişimde doğal yer ve zaman sınırları olduğunu ifade etmektedir³⁵. Ancak savunma haklarına verilen büyük önem gereğince olası zorluklar ve kısıtlamalara rağmen etkili hukuki yardıma her koşulda saygı gösterilmesi bu doğrultuda iletişime getirilen sınırlamanın sanığın etkili hukuki yardım almasını engellememesi gerektiği de ifade edilmektedir³⁶. Bu çerçevede sanığın müdafisi ile iletişim

³¹ *Michaud v. Fransa*, no. 12323/11, 06/12/2012, § 118.

³² *Campbell v. Birleşik Krallık*, no. 13590/88, 25.03.1992, § 46; *Piechowicz v. Polonya*, no. 20071/07, 17.4.2012, §239.

³³ *S. v. İsviçre*, nos. 12629/87, 13965/88, 28.11.1991, § 48; *Artico v. İtalya*, no. 6694/74, 13.05.1980, § 33; *Öcalan v. Türkiye [BD]*, no. 46221/99, 12.05.2005; § 133; *Sakhnovskiy v. Rusya [BD]*, no. 21272/03, 01.11.2010, § 97.

³⁴ *Quaranta v. İsviçre*, no.12744/87, 24.05.1991, §30; *Dvorski v. Hırvatistan [BD]*, no 25703/11, 20.10.2015, § 79.

³⁵ *Sakhnovskiy v. Rusya [BD]*, no. 21272/03, 01.11.2010, § 102.

³⁶ *Orlov v. Rusya*, no. 29652/04, 21.6.2011, § 106.

hakkı meşru gerekçeler ışığında kısıtlanabilirse de yargılama süreci bütün olarak göz önüne alındığında, sanığın Sözleşme haklarından mahrum kalıp kalmadığı incelenmektedir³⁷. Gizli iletişim hakkı bakımından getirilen kısıtlamaların amaçlarıyla orantılı olması için hakkın özüne zarar verecek ve hakkı etkililikten yoksun bırakacak seviyede olmaması adına yasayla öngörülmüş olması, ilgili kişiler için öngörülebilen olması, meşru amaçları izlemesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması kanaatinin oluşması gerekir³⁸.

Sanığın oluşturduğu güvenlik riski meşru kısıtlamalar bağlamında bir gerekçe olarak değerlendirilebilir. Bu türden bir riskin varlığı, isnat edilen suçlamanın niteliği, kişinin suçluluk profili, muhakeme sürecindeki davranışları gibi hususlardan çıkarılabilecektir³⁹. Bu çerçevede AİHM'in terör ve diğer örgütlü suçlar bakımından bu türden kısıtlamalara müsamaha gösterdiği bilinmektedir⁴⁰.

Söz gelimi şüphelinin uyuşturucu ticareti gerçekleştiren bir çete üyesi olması, soruşturma esnasında henüz kimi diğer şüphelilerin yakalanmadığı ve şüphelinin çelişkili beyanları gözetilerek belli bir süre zarfında müdafii ile iletişiminin soruşturma hâkimi tarafından denetlenmesine yönelik tedbire yapılan itirazda mahkemece madde 6/3-c kapsamında bir ihlal tespit edilmemiştir⁴¹. Bu türden denetimlerin haklı görülebileceği istisnai durumlarda görüşmelerin görsel olarak denetlenmesi kısıtlama amaçları açısından yeterli kabul edilmektedir⁴². Buna aykırı biçimde şüphelinin cezaevi görevlisinin huzurunda ve avukatıyla paylaştığı belgeler de incelenerek iletişiminin kısıtlanması⁴³, müdafii ile

³⁷ *John Murray v. Birleşik Krallık*, no. 18731/91, 8/2/1996, § 63; *Öcalan v. Türkiye [BD]*, no. 46221/99, 12.05.2005; § 133.

³⁸ *Altay v. Türkiye (no.2)*, no. 11236/09, 09.04.2019, § 52; *Canavcı ve diğerleri v. Türkiye*, no: 24074/19, 14.11.2023, § 93.

³⁹ *Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya*, nos. 11082/06, 13772/05, 25.07.2013, § 628.

⁴⁰ *Erdem v. Almanya*, no. 38321/97, 05/07/2001, §65 vd.

⁴¹ *Kempers v. Avusturya*, no. 21842/93, 27.02.1997.

⁴² *Öcalan v. Türkiye [BD]*, no. 46221/99, 12.05.2005, § 133; *Istratii v. Moldova*, nos., 8721/05 8705/05 8742/05, 27.03.2007, § 99.

⁴³ *S. v. İsviçre*, nos. 12629/87, 13965/88, 28.11.1991, § 49 – 51. Atılı suçun ciddiyetine rağmen aynı olaya ilişkin diğer şüphelilerin müdafileriyle savunma stratejilerini koordine etme amaçlı iş birliği olasılığı kısıtlama açısından yeterli görülmemiş, ilave olarak müdafinin meslek etiği ya da davranışlarından kaynaklı bir sebep bulunmadığına dikkat çekilmiştir.

müvekkili arasındaki telefon görüşmelerinin zorlayıcı bir neden olmadan gizlice dinlenmesi⁴⁴, müdafii ile gizli iletişimi engelleyecek biçimde cam bölme kullanılması⁴⁵, duruşma esnasında hakim tarafından müdafii ve müvekkili arasında gerçekleştirilen yazışmaların denetlenmesi⁴⁶, sanığın polis gözetiminde mahkemeye getirildiği ve bekleme alanında müdafisinin o anda hazırlayıp kendisine vermek istediği belgenin polis tarafından şüphe yokluğunda denetlenmesi⁴⁷ hallerinde gizli iletişime yapılan müdahalelerde Sözleşme güvencelerine aykırılıklar tespit edilmiştir. Yine davanın karmaşıklığı ve suçlamaların ciddiyetine binaen müdafii ile yapılan görüşmelerin sayısına ve süresine getirilen ölçüsüz kısıtlamalar nedeniyle etkili hukuki yardım engellenmiş kabul edilmektedir⁴⁸.

İletişime müdahale yalnızca sözlü iletişim için değil, aynı zamanda tarafların birbiriyle paylaştığı materyaller ve dolayısıyla yazışmalar için de gündeme gelebilir⁴⁹. Böylesi durumlarda bu müdahalenin ve evleviyetle ilgili materyallerin sanık aleyhinde kullanımının istisnai olması ve acil bir ihtiyaçla gerekçelendirilmesi gerektiği vurgulanarak AİHM tarafından katı bir denetime tabi tutulacağı ifade edilmektedir⁵⁰. Bireyler arasındaki tüm yazışmaların Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunacağı kabul edilirken avukatlar ve müvekkileri arasındaki yazışmalara daha kuvvetli bir koruma sağlanacağı ifade edilmektedir⁵¹. Bu çerçevede kötüye kullanıma karşı yeterli ve uygun güvencelerin bulunması

⁴⁴ *Zagaria v. İtalya*, no. 58295/00, 27.11.2007, §36; **HARRIS/O'BOYLE/BATES** vd., p. 481; **HİRVELÄ/HEİKKİLÄ**, Fair Trial, p. 303.

⁴⁵ *Istratii v. Moldova*, nos., 8721/05 8705/05 8742/05, 27.03.2007, § 101. Başvurucunun bu yöndeki iddiaları bakımından bkz: *Castravet v. Moldova*, no. 23393/05, 13.03.2007, § 42 vd. Aksi yönde şüphelinin tehlikeli olmasından kaynaklı cam bölme kullanımında ihlal olmadığı hakkında bkz: *Kröcher ve Möller v. İsviçre*, no. 8463/78, 09.07.1981, § 14.

⁴⁶ *Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya*, nos. 11082/06, 13772/05, 25.07.2013, § 645.

⁴⁷ *Laurent v. Fransa*, no. 28798/13, 24.5.2018, §§43–49; **HİRVELÄ/HEİKKİLÄ**, Right to Respect for Private Life, p. 371.

⁴⁸ *Öcalan v. Türkiye [BD]*, no. 46221/99, 12.05.2005, § 137; *Sakhmovskiy v. Rusya [BD]*, no. 21272/03, 01.11.2010, § 104.

⁴⁹ Avukatla müvekkil arasındaki haberleşmenin gizliliği AİHM içtihadında geniş olarak değerlendirilmiş ve bilgisayar sabit diskleri, elektronik veriler, bilgisayar dosyaları ve e-posta hesapları, hatta avukat tarafından yazılarak verilen katlanmış kâğıt parçası dahil bu koruma çerçevesinde değerlendirilmiştir. **HİRVELÄ/HEİKKİLÄ**, Right to Respect for Private Life, p. 370.

⁵⁰ *Khodorkovskiy. v. Rusya*, no. 5829/04, 31.05.2011, § 198.

⁵¹ *Michaud v. Fransa*, no. 12323/11, 06/12/2012, § 118.

elzemdir⁵². Avukat ve müvekkili arasındaki yazışmanın bir dava ile ilgili ya da genel niteliğe sahip olması bakımından bir ayırım yapılmayacağı, bu ikisi arasındaki sınırın çizilmesinin zor olması sebebiyle türlü konuları içerebileceği ve bu ilkenin hem sözlü iletişim bakımından (*a fortiori*) hem de yazılı iletişim bakımından geçerli olduğu tespit edilmiştir⁵³. Cezaevindekilerin yazışmalarının denetimi açısından AİHM tarafından çeşitli ilkelere belirlenmiştir. Bu çerçevede cezaevi yetkilileri bir avukatın tutuklu veya hükümlüye gönderdiği yazışmaları, ancak olağan tedbirlerin uygulanmasıyla açığa çıkarılamayan yasadışı ek içerdiğine yönelik makul sebepler doğrultusunda açabilir. Ancak yazışmanın yalnızca açılabilmesi ve fakat okunmaması gerektiği kabul edilmektedir. Mektubun ilgilisi yanında açılması gibi okunmasını önleyici tedbirlerle bu hususun sağlanabileceği ifade edilmektedir. Cezaevindekilerin avukatına ya da avukatlarının bu kişilere gönderdikleri mektupların okunması, ancak istisnai durumlarda, yetkililerin mektubun içeriğinin cezaevi güvenliğini veya diğer kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya suç niteliği taşıdığı gerekçesiyle “gizliliğin kötüye kullanıldığına” inanmaları için makul bir nedenlerinin bulunduğu istisnai koşullar altında izin verilebilir. Neyin makul sebep sayılacağı konusunda objektif gözlemciyi ayrıcalıklı iletişim kanalının kötüye kullanılacağına ilişkin ikna edici olgu ve bilgilerin varlığı gerekli görülmektedir⁵⁴.

İletişim araçlarının belirlenmesi konusunda da Sözleşmeciler devletlerin belirli bir takdir marjının varlığı kabul edilmektedir⁵⁵. Hükümlünün avukatının müvekkiline iletilmesi için cezaevinin ortak mail adresine gönderdiği e-postanın müvekkiline iletilmemesi ve cezaevi yönetimince diğer iletişim araçlarının kullanılmasının bildirildiği bir örnekte AİHM, iç hukuk tarafından izin verilen iletişim yöntemlerinin uluslararası kurallara uygun olduğunu; posta, telefon ve ziyaret imkânları sağlandığından devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğini belirterek Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında bir ihlal tespit etmemiştir⁵⁶.

⁵² *Erdem v. Almanya*, no. 38321/97, 05/07/2001, §65.

⁵³ *Campbell v. Birleşik Krallık*, no. 13590/88, 25.03.1992, § 48.

⁵⁴ *Campbell v. Birleşik Krallık*, no. 13590/88, 25.03.1992, § 48; *Erdem v. Almanya*, no. 38321/97, 05/07/2001, §61; *Boris Popov v. Rusya*, no. 23284/04, 28.10.2010, §111.

⁵⁵ **HİRVELÄ/HEİKKİLÄ**, Right to Respect for Private Life, p. 362.

⁵⁶ *Helander v. Finlandiya*, no. 10410/10, 10.9.2013, §§53–56.

Bu çerçevede gündeme gelebilecek başka bir müdahale türü de müdafinin bürosunda yapılan aramalar ve müvekkili ile arasındaki yazılı iletişimine ilişkin elde edilen bulgulardır. AİHM içtihadına bu gibi durumlar genellikle Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelenirse de mesleki gizliliğe yapılan bu müdahalenin aynı zamanda etkili hukuki yardımı ve müvekkilin menfaatlerini etkilemesi halinde Sözleşme'nin md. 6/1 ve 6/3-c hükümleri kapsamında incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷.

Kişinin polis merkezinde olduğu esnada avukatıyla görüşmesinin gizli biçimde izlenmesinin özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına son derece büyük bir müdahale teşkil ettiği, bu türden müdahalelerin Sözleşme'nin 8. maddesinin sağladığı güvencelere keyfi müdahalelerden korunmasını sağlayacak ilkeler ışığında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁸. Öte yandan ifade etmek gerekir ki avukat-müvekkil gizliliğine ve dolayısıyla savunma haklarına yönelik bir müdahalenin mutlaka fiili veya gizli dinleme biçiminde gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır. Böyle bir müdahale yapıldığına ilişkin makul gerekçelere dayanan samimi bir inanç kaçınılmaz olarak avukat ve müvekkili arasındaki özgür tartışmayı ve yardımın etkililiğini etkileyecektir⁵⁹.

Sanığın video konferans yöntemiyle duruşmaya katıldığı durumlarda iletişimin gizliliği Sözleşme bağlamında ele alınan diğer bir konudur. Mafya aktiviteleri ile bağlantılı ciddi suçlar isnat edilen sanığın, müdafisinin bulunduğu yerde hazır olduğu ve gizlilik içinde görüşebildiği⁶⁰, temyiz aşamasındaki duruşmayı video konferans yöntemiyle takip ettiği (fakat katılmadığı) ve duruşma sırasında olmasa da duruşma öncesinde müdafileri ile görüştüğü⁶¹ durumlarda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği tespit edilirken Taraf devlet tarafından kurulup işletilen ve yeterli gizliliği sağlayıp sağlamadığı konusunda şüpheli olan bir video konferans sistemi aracılığıyla duruşma başlamadan önce kısa süreliğine konuşabildiği durumda Sözleşme'nin 6/3-c maddesiyle birlikte ele alındığında 6/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁶².

⁵⁷ *Niemietz v. Almanya*, no. 11082/06, 16.12.1992, § 37; *Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya*, nos. 11082/06, 13772/05, 25.07.2013, § 629.

⁵⁸ *R.E. v. Birleşik Krallık*, no. 62498/11, 27.10.2015, §131 vd.

⁵⁹ *Castravet v. Moldova*, no. 23393/05, 13.03.2007, § 51.

⁶⁰ *Marcello Viola v. İtalya*, no. 45106/04, 05.10.2006, § 75.

⁶¹ *Golubev v. Rusya*, no. 26260/02, 09.11.2006.

⁶² *Sakhnovskiy v. Rusya [BD]*, no. 21272/03, 01.11.2010, § 104.

Avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliği mutlak olmasa da bir kimsenin salt tutuklu olması müdafisiyle gerçekleştirdiği tüm yazılı iletişimin incelenmesi için yeterli bir dayanak sağlamayıp, müdahale belirsiz süreli ve somut olaya ilişkin koşullara uygun gerekçelendirilmedikçe uygulanmamalıdır⁶³. Bu çerçevede kişinin müdafisi ile olan tüm yazışmaların demokratik toplumda gerekli olduğunu gösteren yeterli nedenlerin yokluğunda gelişigüzel ve rutin olarak kontrol edilmesi Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık teşkil edecektir⁶⁴. Her ne kadar Sözleşmeciler devletlerin sınırlama konusunda belirli bir takdir marjı olsa da böylesi sistematik incelemelerde denetlemenin acil bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklanması ve izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekliliklerinin karşılanmayacağı belirtilmelidir⁶⁵. Ayrıca avukatların ayrıcalıklı statüleri gereğince Sözleşmeciler devletlerin haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahaleler bakımından pozitif yükümlülüğü söz konusu olup demokratik topluma ilişkin gerekliliklerin bu çerçevede de değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁶.

Dolayısıyla kısıtlama uygulanabilecek sınırlı haller bakımından yalnızca istisnai durumlarda ve kötüye kullanımlara karşı uygun ve yeterli güvencelerle çevrili olma koşuluyla Sözleşme standartlarıyla uyum sağlanabileceği kabul edilmektedir⁶⁷. Bununla birlikte izin verilebilir sınırların değerlendirilmesindeki takdir marjının önemli suçların işlenmesinin veya cezaevi güvenliğinin önemli ihlallerinin önlenmesi gibi istisnai durumlarda dahi dar olduğunu belirtmek gerekir⁶⁸. Söz gelimi terör faaliyetlerinden dolayı özgürlüğü kısıtlanan kişiler açısından bu kişilerin Sözleşme kapsamından çıkarılamayacağı, Sözleşmece tanınan hak ve özgürlüklerinin özünün ihlal edilmemesi ve ulusal mercilerin toplumu şiddete karşı korumak için mutlak surette gerekli olduğu ölçüde bu kişiler hakkında meşru kısıtlamalar uygulanabileceği kabul edilmektedir⁶⁹.

⁶³ *Khodorkovskiy v. Rusya*, no. 5829/04, 31.05.2011, § 640.

⁶⁴ *Jankauskas v. Litvanya*, no. 59304/00, 24.02.2005, § 22.

⁶⁵ **HİRVELÄ/HEİKKİLÄ**, Right to Respect for Private Life, p. 341. *Petrov v. Bulgaristan*, no. 15197/02, 22.5.2008, §§43–45. Karara konu olayda başvurucunun avukatına ve avukatının kendisine yazdığı yazışmalar dahil olmak üzere gerçekleştirdiği tüm iletişimler açısından izleme tedbiri uygulanmıştır.

⁶⁶ **YÜZER ELTİMUR**, s. 46 – 47.

⁶⁷ *M v. Hollanda*, no. 2156/10, 25.07.2017, § 88; *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu v. Türkiye*, nos. 10207/21 10209/21, 06.06.2023, § 106.

⁶⁸ **TANER**, s. 200.

⁶⁹ *Altay v. Türkiye (no.2)*, no. 11236/09, 09.04.2019, § 52.

II. TÜRK HUKUKUNDA TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN AVUKATLARI İLE GİZLİ İLETİŞİMLERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR VE SINIRLAMALARIN TEMEL HAKLAR PERSPEKTİFİNDEN İRDELENMESİ

A. Gizli İletişime İlişkin Genel Kurallar

1. Hükümlülere İlişkin Kurallar

Çalışmamız kapsamında değerlendirilecek hükümlü ve tutuklu kişilerin genel hatlarını çizdiğimiz müdafî yardımından yararlanma ve gizliliğin sağlandığı koşullarda iletişim hakkı bağlamında müdafileri ve avukatları ile iletişimlerine yönelik olarak iç hukuktaki düzenlemelere değinmek gereklidir. Hükümlülerin avukat ile görüşmesine ilişkin genel ve özel kurallar, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'da (İnfaz Kanunu) yer almaktadır. İnfaz Kanunu'nun 59. maddesinin 2. fıkrası uyarınca avukat ve noter ile görüşmenin tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde yapılacağı düzenlenmektedir. Yine aynı Kanun'un ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar başlıklı md. 86/4 düzenlemesi uyarınca ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyaların incelemeye tâbi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere genel kural avukatın kuruma yönelik genel bir zaman sınırlaması dışında müvekkiliyle gizliliğin ihlal edilmeyeceği biçimde görüşebileceği yönündedir⁷⁰. Ancak İnfaz Kanunu'nda 2016 yılında OHAL ilanı sonrasında yapılan değişikliklerle birlikte konuya ilişkin birçok tartışmalı husus gündeme gelmiştir. 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı KHK ile getirilen hükümler 1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Buna göre md. 59/4 düzenlemesi uyarınca avukat ile hükümlünün görüşmesi sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtların incelenemeyeceği ve hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşmenin dinlenemeyeceği ve kayda

⁷⁰ Aynı düzenleme 31083 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in (İnfaz Yönetmeliği) 72. Maddesinde de yer almaktadır.

alınamayacağı genel bir kural olarak düzenlenmiştir. Sınırlamalar ise devam eden fıkralarda şu biçimde açıklanmıştır:

“... ”

(5) *Türk Ceza Kanununun 220’nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve tâlimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.*

(6) *İnfaz hakimliği hükümlünün; kurallara uyumunu, toplum veya ceza infaz kurumu bakımından arz ettiği tehlikeyi ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişimini değerlendirerek, kararda belirttiği süreyi üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defa uzatabileceği gibi kısıtılmasına veya sonlandırılmasına da karar verebilir.*

(7) *Beşinci fıkra kapsamına giren hükümlünün yaptığı görüşmenin, aynı fıkroda belirtilen amaca yönelik yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce taraflar bu hususta uyarılır.*

(8) *Hükümlü hakkında, yedinci fıkra uyarınca tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemiyle hükümlünün avukatlarıyla görüşmesi infaz hâkimince altı ay süreyle yasaklanabilir. Yasaklama kararı, hükümlüye ve yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Cumhuriyet başsavcılığı baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesini baro başkanlığından isteyebilir. Bu fıkra hükmüne göre görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 13’üncü maddesine göre ücret ödenir.*

(9) *İnfaz hâkimi tarafından bu madde uyarınca verilen kararlara karşı 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edilebilir.*

(10) *Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır...*

Görüleceği üzere yapılan değişikliklerle birlikte belli suçlar bakımından hükümlülerin avukatlarıyla gizli iletişimine yönelik olarak ciddi sınırlamaların uygulanabilmesine imkân doğmuştur.

Öte yandan yazılı haberleşme kapsamında düzenlenen haklara da değinmek gerekir. İnfaz Kanunu'nun 68. maddesinde hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı ücreti kendisince karşılanması koşuluyla kabul edilmiştir. Ancak bu hak bakımından da çeşitli sınırlamalar öngörülmüş, savunma için avukata gönderilen mektup, faks veya telgrafların ise denetime tabi tutulmayacağı genel kuralı ve kuralın istisnası şu biçimde düzenlenmiştir:

"... (2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.

(3) *Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yönlendirecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.*

(4) *Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir. (Ek cümle:17/6/2021-7328/7 md.) Bu iletiler, alıcısı dışındaki kişilerin erişimini engelleyici tüm tedbirler alınarak hükümlünün talebine göre posta yoluyla veya elektronik ortamda alıcısına ulaştırılabilir.*

(5) (Ek:17/6/2021-7328/7 md.) *Kamu düzeninin korunması ile kişi, toplum ve kurum güvenliğinin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olan veya tehlikeli hâlde bulunan ya da dışarı ile iletişiminin kurum güvenliği açısından tehlikeli olabileceği değerlendirilen hükümlülere gelen veya bu hükümlüler tarafından gönderilen mektup, faks ve telgraflar dijital olarak kaydedilebilir veya fiziki olarak saklanabilir. Bunlar, amacı dışında kullanılamaz, kanunda açıkça belirtilen hâller dışında hiçbir kişi veya kurumla paylaşılamaz, herhangi bir soruşturma veya kovuşturmayla konu edilmemiş ise en geç bir yıl sonunda silinir veya imha edilir.*

Silme veya imha işlemi Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenir. Bu fıkra hükmü dördüncü fıkra bakımından uygulanmaz."

2. Tutuklulara İlişkin Kurallar

Şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafî yardımından yararlanabileceği ve avukatın kendisiyle şüpheli veya sanıkla görüşme ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 149. maddesinde genel bir düzenleme olarak yer almaktadır. Diğer taraftan İnfaz Kanunu'nun tutuklunun hakları başlıklı 114. maddesinin 5. fıkrasında tutuklunun müdafîsi ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamayacağı ve kısıtlamalar konulamayacağı güvence altına alınmıştır. Ayrıca İnfaz Yönetmeliği'nin 139/5-a düzenlemesi uyarınca şüpheli veya sanığın, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği, bu kişilerin müdafîleri ile yazışmalarının denetime tâbi tutulamayacağı ifade edilmektedir. Bu düzenlemeler uyarınca hükümlülerden farklı olarak tutuklu ile müdafî görüşmelerine yönelik herhangi bir zaman kısıtının öngörülmediği ifade edilebilir⁷¹.

Öte yandan İnfaz Kanunu'nun 59. maddesinde yapılan değişiklikler ilgili dönemde tutuklular bakımından da sonuç doğuracak şekilde düzenlenmiştir. İlgili hükümler şu biçimdedir:

"10-) Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır.

11-) Tutuklular hakkında bu madde hükümlerine göre karar vermeye soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme yetkilidir."

Bu düzenlemelerle birlikte İnfaz Kanunu'nun 59/5 hükmünde yer aldığı şekliyle sınırlamaların tutuklular hakkında da uygulanabileceği öngörülmüştür. Ayrıca yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan ve İnfaz Kanunu'nun 59/5 hükmünde düzenlenen suçlardan hükümlü olan ve bu hükümlülük sonrasında hakkında başka bir suç isnadı

⁷¹ ÖLMEZ, Gökhan / ÜNAL, Osman Gazi / KARABULAT, Efe Can / KAYA, Funda, İnfaz Hukuku, ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, (Editörler) 6. Bası, Ankara, 2023, s. 81.

nedeniyle soruşturma veya kovuşturma süreci devam eden kişiler açısından da kısıtlamaların uygulanması amaçlanmıştır.

B. Anayasa Mahkemesinin İptal İstemlerine Yönelik Yaklaşımı

1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanun ile İnfaz Kanunu'nda gerçekleştirilen ilgili değişiklikler Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne iptal başvurusuna konu olarak gelmiş ve sınırlamaların uygunluğu AYM tarafından temel haklar perspektifinden ele alınmıştır. AYM E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019 sayılı kararında İnfaz Kanunu'nda yapılan değişiklikleri ayrı ayrı değerlendirmiştir.

AYM hükümlüler bakımından İnfaz Kanunu'nun 59/5 hükmü açısından Anayasa'nın 20. maddesine göre gerçekleştirdiği incelemede gizliliğin sınırlanması yönünden meşru amaçların bulunduğu, hükümlülerin tümü bakımından kategorik bir sınırlama getirilmediği, kısıtlama için belli bir süre öngörüldüğü ve karar yetkisinin yargı organlarına bırakıldığı, karara itiraz imkânı bulunduğu gerekçeleriyle değişikliklerin özel hayata saygı hakkına orantısız ve ölçüsüz bir sınırlama getirmediğini kabul ederek iptal istemini reddetmiştir⁷².

Ancak avukatla görüşme hakkının 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen suçlardan hükümlü olup *"başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler"* ibaresi açısından şüpheli veya sanığın etkili bir hukuki yardım alabilmesi ve savunma hakkını etkili bir şekilde kullanması doğrultusunda gerekli olan güvencelerin öngörülmediği, kuralla getirilen sınırlamanın kişiye yüklediği külfetin aşırı ve orantısız olduğu ve müdafî yardımından yararlanma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği bu nedenle hükmün *"...görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir..."* bölümü yönünden Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu tespit edilmiştir⁷³. Bu itibarla kapsam içerisine giren şüpheli veya sanıklar bakımından *"görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi"* yönünden tedbirin ölçüsüz bir sınırlama olmadığı değerlendirilerek bu tedbire ilişkin iptal istemi kabul edilmemiştir⁷⁴.

⁷² AYM E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 89 – 100.

⁷³ AYM E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 112 – 124.

⁷⁴ AYM E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 121.

5275 sayılı Kanun'un 59. maddesine eklenen (11) numaralı fıkra bakımından ise AYM ilgili kuralın yalnızca sınırlamaların yargı kararıyla gerçekleştirilebileceğini öngördüğünü müdafiden yararlanma hakkına yönelik sınırlamanın sebebinin oluşturmadığını bu nedenle iptal isteminin yerinde olmadığını ifade etmiştir⁷⁵.

C. Sınırlamaların Temel Haklar Perspektifinden ve Genel İlkeler Açısından Değerlendirilmesi

AYM'nin yukarıda özetlenen kararı neticesinde hükümlü ve tutukluların avukat ile gizli biçimde görüşmesine imkân sağlayan kurallar bakımından zaten karmaşık olarak formüle edilen mevzuatın iyiden iyiye karmaşık ve bazı yönlerden belirsiz bir hâl aldığını söylemek mümkündür. Buna göre İnfaz Kanunu'nda yer alan ve avukat ile gizlilik içerisinde görüşmeye imkân sağlayan genel kurallar açısından bir değişiklik olmasa da geniş yelpazede çeşitli sınırlamalar mevcudiyetini sürdürmektedir.

1. Hükümlülerin Gizli Görüşmelerine Yönelik Sınırlamaların Değerlendirilmesi

a. İstisnai Koşullar ve Meşru Amaçlar Bakımından

İptale ilişkin AYM kararı ile Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 220'nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlardan hükümlü kişilerin avukatla görüşmeleri bakımından çeşitli gerekçelerle gizliliğin ortadan kaldırılabilmesi bakımından bir problem tespit edilmemiştir. Anılan suçlar, TCK'da düzenlenen örgütlenme suçları, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk ile TMK kapsamındaki suçlardan oluşmaktadır. Ayrıca İnfaz Kanunu md. 59/10 uyarınca yüksek güvenlikli ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler de tedbirlerin uygulanabileceği kapsama dahil edilmiştir.

İlgili kategori bağlamında yukarıda da değinilen AİHM içtihadı kapsamında özellikle terör ve diğer örgütlü suçlar ile devletin güvenliğine karşı suçlar bakımından çeşitli kısıtlamaların uygulanmasının istisnai koşulların varlığı altında demokratik toplumda gerekli olabileceği ve Sözleşmeciler devletlerin bu alanda uygun gördüğü tedbirleri alabileceği

⁷⁵ AYM E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 131.

kabul edilmektedir⁷⁶. Dolayısıyla ilk bakışta bu gibi suçlardan hüküm giyenler açısından istisnai koşullar halinde görüşmelerin gizliliğin sınırlandırılmasına bir mâni olmadığı düşünülebilir. Ancak kısıtlama kapsamına giren suç türlerinin oldukça geniş çerçevede belirlendiği gözlemlenmektedir. Yüksek güvenlikli ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin de dahil edilmesiyle birlikte cezaevi nüfusunun hatırı sayılır bir bölümü açısından tedbirlerin uygulanabilmesi ihtimali mümkün hale gelmiştir. Benzeri düzenlemelere Almanya⁷⁷ ve İspanya'da⁷⁸ rastlamak mümkünse de bu örneklerde avukat ile iletişime yönelik müdahalelere yalnızca terör suçlarıyla sınırlı olarak izin verildiği görülmektedir. Nitekim kanun kapsamında yer alan suçlar arasında değerlendirilecek TMK md. 6 uyarınca açıklama ve yayma ile TMK md. 7/2 vd. uyarınca terörizmin veya terör örgütünün propagandası suçları açısından uygulanabilecek tedbirlerin düzenleme amacıyla bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁷⁹. Bu haliyle düzenlemenin istisnai kapsamda olması gereken suçlar açısından bu özelliği taşımadığı ifade edilebilir. AİHM, terör faaliyetlerinden ötürü özgürlüklerinden kısıtlananlar bağlamında dahi "ulusal mercilerin toplumu şiddete karşı korumak için *mutlak surette* gerekli olduğu ölçüde" bu kişilere yönelik sınırlamalar uygulanabileceğinin altını çizmiştir⁸⁰. AYM ise iptal istemine ilişkin kararında sınırlamalar açısından "... *millî güvenlik ve kamu düzeni yönünden önem arz eden suçların işlenmesinin önlenmesi amaçlarına ulaşılması bakımından elverişli ve gerekli olmadığı* söylenemez." biçiminde bir

⁷⁶ *Klass ve diğeri v. Almanya*, no. 5029/71, 06.09.1978, § 48 vd. İlgili dava haberleşme tedbirleri bakımından öncü davalardan olup keyfiliğe karşı yeterli hukuki güvencelerin sağlandığı kabul edilmiş ve bu karardan sonra gizli izleme tedbirleri AİHM tarafından Sözleşme'nin 8. Maddesi kapsamında ele alınmıştır. **HİRVELÄ/HEİK-KİLÄ**, Right to Respect for Private Life, p. 341. Ayrıca bkz: *Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya*, nos. 11082/06, 13772/05, 25.07.2013, § 627; *Canavcı ve diğeri v. Türkiye*, no: 24074/19, 14.11.2023, § 96.

⁷⁷ **DEMİRBAŞ**, s. 324. Alman İnfaz Kanunu'nun (Strafvollzugsgesetz) 29. maddesi uyarınca Alman Ceza Kanunu'nun (Strafgesetzbuch) 129(a) ve 129(b) hükümleri uyarınca terör suçlarında mahkûm olan kişilerin avukatlarıyla olan yazışmaları Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung) 148/2 ve 148(a) hükümleri çerçevesinde denetlenebilir. **LÖWE/ROSENBERG**, s. 586.

⁷⁸ **LÓPEZ**, María Luisa Villamarín: Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in Spain, Attorney-Client Privilege, p. 286 vd. Burada yer alan ikinci istisna ise avukatın bir suç işlediğine yönelik objektif delillerin bulunması durumudur.

⁷⁹ **ÖLMEZ/ÜNAL/KARABULAT/KAYA**, s. 85.

⁸⁰ *Altay v. Türkiye (no.2)*, no. 11236/09, 09.04.2019, § 52.

gerekçelendirme ileri sürmüşse de oldukça geniş ve belirsiz bir alanı çevreleyen bu gerekçenin istisnai olma koşuluyla ne derecede uyumlu olduğu tartışmalı görünmektedir.

Mevcut düzenleme açısından sınırlamaların uygulanabileceği istisnai koşullar “toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar ileildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi” halleri olarak ifade edilmiştir. Doktrinde avukat ve hükümlünün yaptığı görüşmeler neticesinde toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin nasıl tehlikeye düşebileceği hususunun belirsiz görünmesi sebebiyle eleştiri konusu edildiği görülmektedir⁸¹. Yukarıda da değinilen içtihat kapsamında AİHM’in Sözleşme’nin 8/2 maddesi bağlamında düzensizliğin ve suçun önlenmesi meşru amacı kapsamında cezaevi güvenliğini tehlikeye düşürecek materyal içermemesi adına avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin kontrolünün sağlanabileceğini kabul ettiğini gözlemlemek mümkündür⁸². Strafvollzugsgesetz’in çeşitli hükümlerinde de kurum güvenliği ya da düzenine yönelik tehlike hallerinde ziyaret, yazışma, teslimat gibi imkânların sınırlandırılabilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁸³. Buna rağmen “toplumun güvenliğinin tehlikeye düşmesi” şartı açısından kavramın oldukça muğlak ve yoruma açık olduğunu, esasen suçla korunan hukuki değerlere benzer biçimde geniş bir sebep öngörüldüğünü ve bu koşulun birçok suç açısından sınırlamaların uygulanabilmesi adına başvurulabilecek denetim imkânını zorlaştıran bir kavram olduğunu söylemek bizce de mümkündür. İlgili şart ve diğer şartlar AYM tarafından güvence kapsamında değerlendirilse de bize göre toplumun güvenliğinin tehlikeye düşmesi şartı, ilgili müdahaleye başvurulmasını zorlaştıracı bir

⁸¹ ÖLMEZ/ÜNAL/KARABULAT/KAYA, s. 85.

⁸² RAINEY/WICKS/OVEY, p. 453. Bkz: *Campbell v. Birleşik Krallık*, no. 13590/88, 25.03.1992, § 41; *Petrov v. Bulgaristan*, no. 15197/02, 22.5.2008, § 42; *Altay v. Türkiye (no.2)*, no. 11236/09, 09.04.2019, § 52.

⁸³ Bkz: Strafvollzugsgesetz’in md. 28/2 hükmüne göre kurum güvenliği veya düzeninin tehlikeye girmesi durumlarında yazışma hakkının kısıtlanabileceği, md. 31/(1)-1 hükmüne göre infazın amacı kurum güvenliği veya düzeninin tehlikeye girmesi durumlarında kurum tarafından mektubun gönderilmesinin engellenebileceği, 31/(1)-ve md. 33(3) hükmüne göre kurum güvenliği ve düzeni açısından risk teşkil edebilecek durumlarda zorunlu olması halinde paket teslim alma izninin geçici olarak reddedilebileceği düzenlenmiştir.

güvence sağlamak yerine keyfi biçimde uygulanmasını sağlayamaya elverişli bir “maymuncuk” olarak kullanılabilir niteliktedir⁸⁴.

b. Ölçülülük ve Kötüye Kullanıma Karşı Güvenceler Bakımından

Tedbirlerin uygulanabilmesi şartlarının ölçülülüğü bakımından terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bu örgütlere emir ve talimat verilmesi veya yorumlar ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi durumlarını ayrıca ele almak gerekir. Zira sayılan durumlar ceza kanunları kapsamında cezaya layık görülen fiilleri tarif etmektedir. Başka deyişle bu haller aynı zamanda bu iletişimi sağlayan avukat için de suç ve suça yardım teşkil eden faaliyetlerden olup bu durumların bağımsız soruşturmayı gerektireceği ifade edilmelidir⁸⁵. Böyle bir soruşturma dahi olmadan⁸⁶ yine belirliliği tartışmalı görünen “bilgi, belge, bulgu” elde edilmesi halleri üzerine tedbirin uygulanabilmesi hükümlüler ve avukatlar açısından güvencesiz bir durum yaratabilir. Elbette bu iletişimin kanunda tarif edildiği şekliyle kötüye kullanılması halinde iletişime müdahale gerçekleştirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak anılan hallerin gerçekleştiğine ilişkin bilgi, bulgu ve belge elde edilmesinin avukat ile müvekkili arasında gizli görüşmelerin sürdüğü esnada gerçekleşmesi oldukça zor görünmektedir⁸⁷. AİHM içtihadında da kamusal görev

⁸⁴ Düzenlemedeki sınırlamalar sınırları belirsiz ve keyfi müdahale alanı doğurması nedeniyle eleştirilmektedir. ARAS, Bahattin, AİHM Kararları Işığında Hükümlü ve Tutuklu Hakları, Ankara, 2022, s. 156. AİHM tarafından OHAL döneminde bu sınırlamalara yönelik kararlarda ilgililerin bireysel durumlarının somut koşullarına dayalı güvenlik risklerinin varlığı ortaya konulmadan, ulusal güvenlik ve ceza infaz kurumunun güvenliğine yönelik genel gerekçelerle karar verildiği ve uygulamada keyfiliğin riskinin doğduğu ifade edilmiştir. Bkz: *Canavcı ve diğerleri v. Türkiye*, no: 24074/19, 14.11.2023, § 102.

⁸⁵ ÖLMEZ/ÜNAL/KARABULAT/KAYA., s. 86.

⁸⁶ CMK md. 151/2 hükmü uyarınca 149 uncu maddeye göre seçilen veya 150'nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından şüpheli, sanık veya hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında görevden yasaklama kararının hakkında soruşturma olması durumunda da verilebileceğine ilişkin ekleme AYM tarafından ölçülülük ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bkz: AYM E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 37 – 47.

⁸⁷ Nitekim ilgili tedbirin tutuklular açısından uygulandığı bir olayda AİHM yerel mahkemenin bu sonuca varmasını sağlayan gerekçeleri haklı göstermeksizin ve herhangi bir somut delil unsuru bulunmadan basmakalıp gerekçelerle bilgi, bulgu ve belgelerin yokluğunda tedbirlere hükmettiğini tespit etmiştir. Bkz: *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu v. Türkiye*, nos. 10207/21 10209/21, 06.06.2023, § 109.

üstlenmiş ve mesleki sorumlulukları bulunan avukatların salt yetkilerini kötüye kullanma şüphesiyle suç faaliyetine dahil olan/yardımcı eden olarak görülmesinin yerinde olmadığı ifade edilmektedir⁸⁸. Dolayısıyla ilgili tedbirin uygulanabilmesi açısından kanunda sayılı ihlallerin gerçekleştiğine yönelik somut deliller ve kuvvetli belirtilerin varlığı halinde tedbire başvurulmalı, salt şüpheye dayalı biçimde tedbir uygulanmasından imtina edilmelidir. Doktrinde de bu gibi hallerin hükümlüden ziyade kamu görevi yürüten avukat açısından bir sorun olduğu, bu nedenle avukat yönünden bir tedbire gidilmesi ve avukat hakkında adli soruşturma sürecinin başlatılmış olması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁹. Bu çerçevede avukat hakkındaki harici bir soruşturma en azından akıbeti itibariyle tedbirin uygulanma süresi açısından etkili olabileceği gibi tedbir uygulanmasının yerinde olup olmadığının -kuvvetle muhtemel sonradan- denetimi açısından da fayda sağlayabilecektir. Öte yandan uygulanma sebepleri CMK'nın müdafinin görevden yasaklanmasına ilişkin hükümlerini andıran bu düzenlemelerin yine benzer biçimde avukat temelli yapılması, salt avukatın meslek ilkelerine aykırı biçimde gizli iletişimin kötüye kullanılmasına vesile olacağı şüphesi ile sınırlamalar uygulanmaması gerekçesine nazaran ölçülülük anlamında daha yerinde olacaktır⁹⁰. Bu konuda Almanya örneğinde olduğu gibi müdafinin görevden yasaklaması hallerinin kapsamının artırılması ile daha güvenceli ve avukatın fiili ile

⁸⁸ TANER, s. 205. Avukatların mesleki yeterliliği ve dürüstlüklerine her zaman güvenilemeyeceği argümanına karşın avukatların kamusal görev üstlendikleri ve mesleki suistimal durumlarında disiplin yaptırımına tabi tutulabilmeleri karşısında makul sebep yokluğunda avukat müvekkil gizliliğine yönelik ihtiyacın kötüye kullanma ihtimaline daha ağır basacağı kabul edilmelidir. Bkz: *Campbell v. Birleşik Krallık*, no. 13590/88, 25.03.1992, § 51 – 54.

⁸⁹ ÖLMEZ/ÜNAL/KARABULAT/KAYA, s. 86. Özellikle soruşturma olmaksızın idari makamlara denetim yetkisi verilmesi eleştiri konusudur. ARAS, Bahattin, s. 288.

⁹⁰ LÖWE/ROSENBERG, s. 583. Görevden yasaklama hükümlerine rağmen Strafprozeßordnung 148/2 düzenlemesi uyarınca müdafinin denetlenebilmesi Alman doktrinde de eleştirilmektedir. Almanya'da ilgili düzenlemelerin tarihsel arka planı 1970'li yıllardan başlayarak etkili olan RAF (Kızıl Ordu Fraksiyonu) örgütü üyelerinin müdafilerinin de örgütün siyasi hedef ve faaliyetlerine yakın olması nedeniyle aralarında ve dış dünyayla iletişimlerine yardımcı olacakları yönündeki endişelerden kaynaklanmıştır. Almanya Federal Cumhuriyeti'nin mevcut ikliminde böyle bir yasaya ihtiyaç kalmadığı ifade edilmektedir. Tarihsel arka plan hakkında detaylı bilgi için bkz: LÖWE/ROSENBERG, s. 580 – 581.

doğrudan ilgili tedbirlerin alınması sağlanabilir⁹¹. Aksi durumda mevcut uygulama avukatın fiillerinden ötürü görevini icra etmemesinden ziyade cezaevinde bulunanın gizli olması gereken iletişiminin ifşa edilmesine odaklanmış bulunmaktadır.

Madde kapsamında gerçekleştirilebilecek müdahaleler bakımından yine sayma yoluyla da olsa geniş bir çerçevede belirleme yapıldığı görülmektedir. Görüşmelerin gün ve saatinin sınırlanması dışındaki müdahalelerin uygulanması esnasında avukat ile müvekkil arasında beklenen açık ve samimi bir iletişimin gündeme gelmesinin zor olduğu, bu nedenle avukat yardımından beklenen faydanın sağlanamayacağı ve kötü muamele gibi konuların açıklanmasının imkânsız hale gelebileceği söylenebilir⁹². Özellikle görüşmelerin sesli ve görüntülü biçimde kayda alınması görüşmenin tarafları açısından büyük ve tedirgin edici bir müdahale çeşidi olup kayıtların silinmeyeceği ya da ileride aleyhe kullanılabilceği yönündeki kuşku taraflar açısından mutlak bir kısıtlama olarak algılanabilecektir. Bu çerçevede denetim esnasında elde edilen bilgi, belge ve kayıtların gizliliğinin sağlanacağına yönelik bir düzenleme bulunmaması ve denetimin hâkim dışındaki kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hükmün güvenceler bağlamında sorun teşkil eden diğer bir noktayı oluşturmaktadır. Değişikliklerden önceki düzenlemelerde yer alan ve hükümlülerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgelerin yalnızca infaz hâkimince incelenebileceğine yönelik düzenleme görüşmelerin yalnızca infaz hâkimliği bakımından denetlenmesi sayesinde gizlilik açısından daha yüksek seviyede bir koruma sağlamaktaydı. Ancak mevcut durumda hâkim denetimi yerine infaz koruma görevlilerince iletişime doğrudan müdahale edilmesi ve kayıtların gizliliğine ya da imhasına ilişkin hüküm bulunmaması kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili

⁹¹ Müdafinin görevden yasaklanmasını ele alan Strafprozeßordnung 138a düzenlemesi uyarınca müdafinin kovuşturmanın konusunu teşkil eden fiile iştirak ettiği, cezaevindeki müvekkili ile olan ilişkisini suç işlemek veya infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürmek için kullandığı gibi avukatın yardım faaliyetine yönelik yasaklama nedenleri öngörülmüştür. Görevde yasaklama kararı olmadıkça avukatın müvekkili tarafından işlediği bir suçta iştiraki yönündeki salt şüphenin terör bağlamındaki tehlikeler halinde dahi savunma haklarına etkisi bakımından yeterli olmayacağı ifade edilmektedir. **KNIEMEYER**, s. 55.

⁹² Bkz: *Altay v. Türkiye* (no.2), no. 11236/09, 09.04.2019, § 50, *Sakhnovskiy v. Rusya* [BD], no. 21272/03, 01.11.2010, § 97; *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu v. Türkiye*, nos. 10207/21 10209/21, 06.06.2023, § 111 çerçevesinde değerlendiriniz.

güvencelerin bulunmadığı sonucuna ulaştırabilecek niteliktedir⁹³. Söz gelimi Almanya’da yazışmaların denetlenmesi bakımından hâkimin denetlemesi koşulu ve gizli tutma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler mevcuttur⁹⁴. Nitekim AİHM, Türkiye aleyhine gerçekleştirilen bir başvuruda tutuklulara ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede ilgili mevzuatta hangi makamın bu türden bir incelemeden sorumlu olabileceği veya ilgililerin, haklarının kullanılmasına yönelik muhtemel bir kötüye kullanımı bu inceleme sırasında denetleyebilme ya da bunun denetimini sağlayabilme şeklinin belirlenmediği; yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamı ve bunun kullanma koşullarının tanımlanmadığı; özel bir güvence ve ayrıntılı kurallar öngörülmediği gerekçeleriyle mevzuatın muhtemel kötüye kullanımlara karşı uygun güvencelerle çevrili olmadığını tespit etmiştir⁹⁵. İlgili tespitlerin hükümlüler açısından yapılacak değerlendirmeler için de geçerli olduğu pekâlâ söylenebilir⁹⁶.

Tedbir süresinin uzatılması veya kısaltılması bakımından İnfaz Kanunu md. 59/6’da infaz hâkimliğine tanınan yetkinin ilgilinin kurallara uyumu, toplum veya ceza infaz kurumu bakımından arz ettiği tehlike ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişiminin değerlendirilmesi şartlarına bağlı olarak kullanılabilmesi düzenlenmektedir. Tedbir süresinin ya da ortadan kaldırılmasının en başta uygulanma amacının ortadan kalkması veya mevcudiyetini sürdürmesiyle ilgili olması gerekirken bunlar dışında

⁹³ Bkz: *Erdem v. Almanya*, no. 38321/97, 05/07/2001, §65 çerçevesinde değerlendiriniz.

⁹⁴ Strafvollzugsgesetz md. 29’a göre yazışmaları izlenebilecek kişiler açısından Strafprozeßordnung 148/2 ve 148(a) hükümleri çerçevesinde denetleme yapılabileceği ifade edilmektedir. Strafprozeßordnung 148(a)/2 düzenlemesi uyarınca denetim görevinin hâkim tarafından yapılacağı ve hâkimin denetim sırasında edindiği bilgileri gizli tutmakla yükümlü olduğu açıkça belirlenmiştir.

⁹⁵ *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu v. Türkiye*, nos. 10207/21 10209/21, 06.06.2023, § 112.

⁹⁶ Nitekim kararın ilgili kısmına dayanak yapılan kötüye kullanıma karşı güvencelerin bulunması yönündeki tespit Sözleşme’nin 8. Maddesi kapsamında değerlendirme yapılan *Erdem v. Almanya* kararına ilişkindir. Dolayısıyla muhtemel bir incelemede aynı sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Öte yandan AYM tutuklu kişiye gönderilen ve tutuklu kişinin gönderdiği mektupların UYAP sistemine kaydedilmesine ilişkin olarak bireysel başvuruda kişisel veriler kapsamında işlemenin usuli koşullarının ve kötüye kullanıma karşı güvencelerin bulunmaması gerekçesiyle özel hayata saygı ve haberleşme hürriyetinin ihlaline karar vermiştir. Bkz: *Ümit Karaduman başvurusu*, 2020/20874, 2.2.2022, § 54. Ayrıca İnfaz Kanunu md. 68/4’te hükümlünün mektup faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkına ilişkin sınırlamalar bağlamında saklama ve imhaya ilişkin çeşitli kurallar getirildiği gözlemlenmektedir.

ve özellikle cezaevinin fonksiyonlarına yönelik amaçlarla değerlendirilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu çerçevede tedbir süresinin uzatılması, kısaltılması ya da tedbirin sonlandırılmasında tedbire hükmedilmesini sevk eden koşulun değerlendirilmesi gerekmekte ve aksi yönde gerekçelerle özellikle tedbirin uzatılması halinde meşru amaç yönünden güvencelere aykırılık teşkil edeceği ifade edilmelidir.

c. Avukat Seçme Hakkı Bakımından

Hükümlünün gerçekleştirdiği görüşmenin beşinci fıkrada belirtilen amaca yönelik yapıldığının anlaşılması halinde görüşmeye son verileceği, bu hususun tutanağa bağlanacağı ve bu durumda hükümlünün “avukatlarıyla” görüşmesinin yasaklanabileceği, yasaklama kararının yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirileceği ve Cumhuriyet başsavcılığının baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesini baro başkanlığından isteyebileceği hüküm altına alınmaktadır. Anılan tedbirin uygulanmasıyla yalnızca avukat ile gizli iletişim hakkına değil aynı zamanda avukat seçme hakkına yönelik olarak müdahaleler gündeme gelmektedir. Kişinin kendi seçtiği avukatın yardımından yararlanma hakkı adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilen bir konudur. Güven ilişkisinin gereği olarak kişinin avukat seçimine saygı gösterilmesi gerekliliği AİHM içtihadı kapsamında da belirtilen bir husustur⁹⁷. Ancak bu hak mutlak olmayıp ilgili ve yeterli gerekçeler ışığında sınırlandırılabilir⁹⁸. Bu çerçevede yalnızca görüşmede bulunan avukat açısından değil, hükümlünün vekâletnamesinde bulunan ve kısıtlama tedbirlerine yönelik herhangi bir davranışı bulunmayan diğer avukatlar açısından yasaklama yapılabilmesi ve kişinin seçimi hilafına baro aracılığıyla avukat görevlendirmesi yapılması seçim hakkı bakımından da problemli bir alan olarak göze çarpmaktadır. Bu durumlarda ilgili avukata yönelik yasaklamadan sonra yeni avukat tayininde öncelikli olarak hükümlünün görüşünün alınması ile sakıncalar giderilebilir.

⁹⁷ Lagerblom v. İsveç, no. 26891/95, 14.01.2003, § 54.

⁹⁸ Croissant v. Almanya, no. 13611/88, 25.09.1992, § 29. AİHM, Sözleşme'nin 6. Maddesi kapsamında gerçekleştirdiği bu incelemede sanığın müdafii seçimine ilişkin isteminin yerine getirilmemesi için yeterli gerekçelerin bulunup bulunmadığını, böyle bir gerekçe yoksa bütünsel hakkaniyetin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirmektedir. Dvorski v. Hırvatistan [BD], no 25703/11, 20.10.2015, § 76.

2. Tutukluların Gizli Görüşmelerine Yönelik Sınırlamaların Değerlendirilmesi

AYM'nin iptal kararı sonrasında tutuklular açısından oluşan durumun ayrıca ele alınması gerekmektedir. Avukatla görüşme hakkının 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen suçlardan hükümlü olup "başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler" yönünden sınırlanmasına yönelik düzenleme iptal edildiğinden İnfaz Kanunu'nun 59/11. maddesine rağmen tutuklular bakımından da uygulanabilmesi öngörülen "...görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara elkonulabilir..." tedbirlerinin dayanağı ortadan kalkmıştır⁹⁹. Zira İnfaz Kanunu'nun 59. maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen suçlardan hükümlü olsalar bile başka suçtan dolayı hakkında soruşturma veya kovuşturma bulunan kişiler yönünden kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu tespiti ve gerekçeleri karşısında ilgili kuralın savunma hakları çerçevesinde tutuklular bakımından da evleviyetle Anayasa'ya aykırı olacağı ifade edilmelidir. Anılan kategorideki kişiler arasında savunma haklarının kullanılması bağlamında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Sırf isnat edilen suç türlerinin farklı olması nedeniyle savunma haklarına yönelik bu müdahalenin iptal kararında varılan sonuçları değiştirmesi beklenemez¹⁰⁰. Nitekim AYM İnfaz Kanunu'nun 59/11. maddesinin iptal istemine ilişkin değerlendirmesinde ilgili kuralın sınırlama sebebinin oluşturmadığını, hakka müdahale teşkil etmediğini, hakka yönelik sınırlamaların sebeplerinin, usulünün, kapsamının, süresinin ve ilgililerinin Kanun'un 59. maddesinin (5) ve (10) numaralı fıkralarında hükme bağlandığını ifade etmiş ve aynı kararda anılan düzenlemelerin büyük bir kısmı yönünden iptal kararı vermiştir. Bu değerlendirme ve kararın aynı kısmında hakka yönelik sınırlamaların

⁹⁹ ÖZGENÇ, İzzet Tutuklu veya Hükümlünün Avukatla Görüşmesinin Gizliliğinin İhlali ve Sınırlandırılması Sorunu Üzerine, s. 5 – 6. (Çevrimiçi: <https://izzetozgenc.com/data/contents/tutuklu-veya-hukumlunun-avukatla-gorusmesinin-gizliliğinin-ihl%C3%A2li-ve-sinirlendirilmesi-sorunu-uzerine.pdf>) Erişim Tarihi: 10.07.2024.

¹⁰⁰ Ayrıca hükümde maddenin tutuklular bakımından uygulanmadan bahsedilmişse de atif yoluyla getirilen bu sınırlamanın öngörülebilirlik açısından sorun taşıdığını ve tutuklular bakımından hangi koşullarda hangi tedbirlerin uygulanacağını açıkça içermediğini ifade etmek gerekir.

iptal edildiği gerçeği karşısında tutuklular açısından da iptal edilen sınırlama sebeplerinin mevcut olmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Esasen kanunların uygulanmasında bu gibi açık olmayan durumların AYM'nin son yıllarda vermiş olduğu ve doktrinde de çeşitli biçimlerde adlandırılıp eleştirilen “düzenlemeleri belirli yönlerden iptal ettiği yönündeki iptal kararlarından” kaynaklandığını ifade etmek gerekir¹⁰¹. AYM'nin bu tarz kararlarından beklenen kesinlik yerine yarattığı belirsizliklerin özellikle ceza hukuku kuralları açısından bireyler yönünden telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açacağı göz önüne alınarak hukuki sonuçları açısından öngörülebilirliğe uygun biçimde gerekçelendirilmesi önem arz etmektedir.

Bu bağlamda hem tutuklular hem de İnfaz Kanunu md. 59/5 düzenlemesinde belirtilen suçlardan hükümlü olup başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler açısından uygulanabilecek yegâne tedbir türü görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılması olmuştur. AYM, savunma hakları kapsamında yaptığı değerlendirmede ilgili tedbir yönünden ölçüsüz bir sınırlama olmadığı gerekçesini ifade etmiştir. İlgili tedbir yönünden sınırlama sebeplerinin yerindeliği tartışması bir yana hükmün bu haliyle amacına ne kadar matuf olduğu da tartışmalı hale gelmiştir. Sınırlama sebepleri teşkil eden “toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi” halinde tutuklu ve İnfaz Kanunu md. 59/5 düzenlemesinde belirtilen suçlardan hükümlü olup başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler açısından yalnızca görüşmelerin gün ve saatinin sınırlandırılmasına yönelik uygulanabilecek tedbirin kanunda öngörülmesi tehlikeleri bertaraf etme hususunda işlevsel olmayacağı açıktır. AYM tarafından savunma hakları çerçevesinde hükümde yer alan diğer tüm tedbirler yerinde görülmezken sırf

¹⁰¹ Bu türden kararlar doktrinde “... yönünden iptal kararları” (GÖZLER, Kemal, Anayasa Mahkemesinin “... Yönünden İptal Kararları” Hakkında Bir Eleştiri, (Çevrimiçi: <https://www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm>) Erişim Tarihi: 15.07.2024; KANA-DOĞLU, Korkut/ŞAHİN, Battal Niyazi: Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 39, S. 1, 2022, s. 4 vd.) ve “kuralı daraltan örtülü iptal kararları” (GEDİK, Ömer: Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 39, S. 1, 2022, s. 304 vd.) olarak adlandırılmaktadır.

tutuklu veya isnat edilen suç dışında başka bir suçtan hükümlü olduğu için şüpheli veya sanığın hukuki yardımına süre kısıtı getiren bir tedbirin uygulanabilir olması da kararın kendisiyle çelişkilidir. AYM kararı sonrası oluşan karmaşık durum ve kanuni değişiklik ihtiyacı en çok bu alanda kendini göstermektedir. İlaveten gün ve saatlerin sınırlandırılması yönündeki tedbirin uygulanması bakımından ilgili kişilerin karşı karşıya olduğu davanın karmaşıklığı veya isnat edilen suçlamaların ciddiyeti binaen müdafii ile yapılan görüşmelerin sayısına ve süresine getirilen ölçsüz kısıtlamalar nedeniyle etkili hukuki yardım engellenmiş kabul edilmektedir¹⁰². Bu çerçevede süre bakımından gerçekleştirilecek kısıtlamada bu hususun dikkate alınması önem arz etmektedir.

Öte yandan AYM iptal kararlarına karşın benzer düzenlemeye İnfaz Yönetmeliği'nde yer verilmiş olması dikkat çekicidir. İnfaz Yönetmeliği'nin avukat ve noterle görüşme hakkı başlıklı 72. maddesinin 8. fıkrası uyarınca yüksek güvenli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile bu maddenin üçüncü fıkrasındaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler, 9. fıkrası uyarınca da tutuklular hakkında ilgili madde hükümlerine göre karar verilebileceği düzenlenmiş olup, uygulanabilecek tedbirler bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Bu haliyle ilgili düzenlemenin hükümlü olup da başka suçtan şüpheli veya sanık olanlar ile tutukluklar açısından iptal kararına ve kanuna aykırı olduğu, iç hukuk çerçevesinde yönetmelik ile böyle bir sınırlama getirilemeyeceği ifade edilmiştir.

3. Yazılı İletişime Getirilen Sınırlamaların Değerlendirilmesi

Kanunda yer alan ve avukat ile müvekkil arasındaki iletişime sınırlama getiren hallerden bir diğeri ziyaret ve görüşlerde geçerli olacak İnfaz Kanunu'nun 86/4 maddesi uyarınca avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyaların incelemeye tâbi tutulamayacağına ilişkin düzenleme ve bu çerçevede İnfaz Yönetmeliği'nde

¹⁰² *Öcalan v. Türkiye [BD]*, no. 46221/99, 12.05.2005, § 137; *Sakhnovskiy v. Rusya [BD]*, no. 21272/03, 01.11.2010, § 104.

yer alan madde 72/2-d¹⁰³ ve 72/2-e¹⁰⁴ düzenlemeleridir. Bu düzenlemeler uyarınca hükümlü ile görüşmeye gelen avukatın yanında bulundurduğu belge ve dosyaların savunmaya ilişkin olduğuna yönelik yazılı beyanda bulunma yükümlülüğü öngörülmektedir. Kanunda yer alan savunmaya ilişkin olma şartının dar kapsamda yorumlanmaması ve avukat müvekkil iletişiminin gerektirdiği her konuya ilişkin olarak ele alınması gereklidir¹⁰⁵. Nitekim İnfaz Yönetmeliği'nde yer verilen ilaveyi bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

İnfaz Yönetmeliği'nin 72/2-e hükmü ise İnfaz Kanunu'nda yer almayan bir sınırlama sebebini öngörmektedir. Bu düzenlemeye göre hükümlülerin avukatları ile ilişkisinde avukatın savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyaların ve buna ilave olarak avukatların hükümlü ile kurumda yapmış olduğu görüşme sırasında konuşmaları yansıtan ve bizzat avukat tarafından elle tutulan kayıtların fiziki olarak aranabileceği öngörülmektedir. İlgili düzenleme ile birlikte avukat ile müvekkil görüşmesinin gizliliğine bu defa hâkim kararına dahi ihtiyaç duyulmadan müdahale edilebilmesine imkân veren bir sınırlama öngörülmüştür. Tıpkı tutuklulara ilişkin sınırlama sebeplerinde olduğu gibi kanunda yer almayan -alsa dahi hukuka aykırılığı yukarıda açıklanan ilkeler bakımından tereddüte mahal vermeyecek derecede açık- bu

¹⁰³ İlgili hüküm şu biçimde düzenlenmiştir: “Hükümlü ile görüşmek üzere kuruma gelen avukatların, yanlarında bulundurdukları belge ve dosyaların savunmaya ilişkin olup olmadıkları konusunda kendilerinden yazılı beyanları alınır. Savunmaya ilişkin olduğu beyan edilen belge ve dosyalar, her ne suretle olursa olsun incelenemez. Hükümlü ile doğrudan ilişkisi olmak koşulu ile avukatın yanında getirmiş olduğu ve bir hukuki uyumsuzluk konusunu oluşturan belge ve dosyalar hakkında da aynı hükümler uygulanır.”

¹⁰⁴ İlgili hüküm şu biçimde düzenlenmiştir: “5237 sayılı Kanununun 220’nci maddesinde ve aynı Kanunun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisinde avukatın savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyalar fiziki olarak aranabilir. Avukatların hükümlü ile kurumda yapmış olduğu görüşme sırasında konuşmaları yansıtan ve bizzat avukat tarafından elle tutulan kayıtlar hakkında da bu bent hükümleri uygulanır.”

¹⁰⁵ Bkz: *Altay v. Türkiye* (no.2), no. 11236/09, 09.04.2019, § 57 çerçevesinde değerlendiriniz. Ayrıca bkz: *İrfan Kaplan başvurusu*, 2017/34518, 23.06.2020, § 61 – 67; **ELEKÇİ**, s. 131.

sınırlamaların yönetmelikle düzenlenip uygulanması hukuka aykırı niteliktedir¹⁰⁶.

Kanunda yer alan sınırlama sebeplerinin yerindeliği hususunda hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkına da değinmek gerekmektedir. Yukarıda değinilen İnfaz Kanunu md. 68’de yer alan ve hükümlülerin yazılı iletişimlerini düzenleyen bu kurallar çerçevesinde hükümlü tarafından resmî makamlara veya “savunması için” avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tâbi olmayacağı genel bir kural olarak düzenlenmiş ancak “kamu düzeninin korunması ile kişi, toplum ve kurum güvenliğinin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olan veya tehlikeli hâlde bulunan ya da dışarı ile iletişiminin kurum güvenliği açısından tehlikeli olabileceği değerlendirilen hükümlülere gelen veya bu hükümlüler tarafından gönderilen mektup, faks ve telgrafların dijital olarak kaydedilebileceği veya fiziki olarak saklanabileceği” ifade edilmiştir.

İlgili düzenleme içeriği öğrenilmeden mektubun kayda alınmasının mümkün olmadığı ve denetimi gerektireceği vesilesiyle yazılı iletişime hukuka aykırı müdahale imkânı sağlaması nedeniyle isabetli biçimde eleştirilmektedir¹⁰⁷. Öte yandan İnfaz Kanunu’nda çeşitli durumlar terör ve diğer örgütlü suçlar kapsamında mektup, faks ve telgrafların kaydedilebileceğine ilişkin bir hüküm yer alırken İnfaz Yönetmeliği’nin md. 76/4 düzenlemesinde “Ancak hükümlünün savunması için avukatına gönderilen mektup, faks veya telgraflar 72’nci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hâllerin gerçekleşmesi hâlinde, bu gönderiler hakkında da 72’nci maddenin üç ilâ dokuzuncu fıkralarında belirtilen esas ve usuller uygulanır.” denilerek İnfaz Yönetmeliği’nde yer alan avukatla görüşme hakkına yönelik sınırlamalara atıf yapılmıştır. Kanunda yazılı olmayan bu sınırlama sebebinin yönetmelikle düzenlenmesi yine eleştiri konusu yapılmıştır¹⁰⁸. Bu düzenleme ile sınırlamanın, kendisi de karmaşık olan başka bir düzenlemeye atıf

¹⁰⁶ Avukat ile iletişime kanuni olmayan bir tedbirin uygulanmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine ilişkin bkz: Çetin Arkaş ve Nasrullah Kuran başvurusu, 2016/371, 13.1.2021, § 60.

¹⁰⁷ KOCAOĞLU, s. 227; ÖLMEZ/ÜNAL/KARABULAT/KAYA, s. 92. ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 18. Baskı, Ankara, 2024, s. 185.

¹⁰⁸ AKBULUT, Berrin/DEMİRKOL, Neslihan/TURAN, Taha Yasin, İnfaz Hukuku, AKBULUT, Berrin (Editör), Ankara, 2021, 284.

yapılarak belirlenmesi hükmün öngörülebilirliği açısından da sorunludur. Zira Sözleşme'nin 8/2 maddesi uyarınca yasallık şartı yasanın kalitesini de içine alır biçimde değerlendirilmekte ve ilgililer açısından uygulanabileceği koşulları ile etkilerinin öngörülebilirliğini yeterli kesinlikte ortaya koymalıdır¹⁰⁹. Düzenleme bu açıdan da problem teşkil etmektedir.

SONUÇ

Temel haklar çerçevesinde tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla gizliliğin sağlandığı koşullarda iletişim kurmaları Anayasa ve Sözleşme çerçevesinde koruma altında olup, şartlara göre hem savunma hem de özel hayata saygı hakları kapsamında ele alınan önemli bir alandır. Avukatların muhakeme sürecinde ve demokratik toplumda üstlendikleri temel rol doğrultusunda görevlerini layıkıyla yerine getirebilmelerinin en önemli koşullardan biri müvekkilleriyle gizli iletişimde kendini göstermektedir. Hangi hak çerçevesinde olursa olsun ilgisinin menfaati açısından etkililik dolayısıyla gizlilik sağlanması gerekliliği doğrultusunda şayet gerçekleşecekse müdahalenin objektif ve denetlenebilir bir rejime bağlı olarak uygulanması önem arz etmektedir. Bu çerçevede bu alana yapılan müdahalelerin istisnai olması, meşru gerekçeler ışığında öngörülebilirliğe elverişli yasalarla sınırlanması, hakkın özüne zarar verecek ve hakkı koruduğu menfaatlerden yoksun bırakacak seviyede olmaması, demokratik toplumda gerekli olması gibi AIHM içtihatlarında benimsenen ve AYM tarafından da kabul edilen ilkeler çerçevesinde konunun titizlikle ele alınması gerekmektedir.

Mevzuatta özellikle OHAL dönemi ve sonrasında İnfaz Kanunu çerçevesinde avukatlar ile müvekkilleri arasındaki gizli iletişime getirilen sınırlamaların bu açıdan önemli sorun ve sonuçlara yol açtığı görülmektedir. AYM'nin bu değişikliklere ilişkin iptal talebi çerçevesinde ulaştığı sonuçların bu sorunları gidermediği ve ilgililer açısından yeterli kesinlikte olması beklenen sınırlamaların karmaşık bir hal aldığını söylemek mümkündür. Buna ilave olarak İnfaz Yönetmeliği'nde yer verilen ve bir kısmı iptal kararına aykırı bir kısmı da kanunda yer almayan sınırlama sebeplerine dayanan sınırlamalarla birlikte iç hukuk ve temel haklar sistemiyle bütünüyle uyumsuz bir uygulamanın doğması riski mevcuttur.

Hükümlüler ile avukatlar arasındaki görüşmelerin gizliliği açısından İnfaz Kanunu'nda yer alan müdahalelerin ve sınırlama sebeplerinin

¹⁰⁹ *Altay v. Türkiye (no.2)*, no. 11236/09, 09.04.2019, § 54.

oldukça geniş çerçevede belirlendiğini, denetim imkânı açısından yetersiz olduğu, müdahalelerin avukat ile müvekkil arasında gerçekleşmesi beklenen açık iletişimi engelleyeceği bu doğrultuda hukuki yardımdan beklenen faydanın sağlanamamasına neden olacak derecede ölçsüz olduğu, kimi tedbirler açısından kötüye kullanıma karşı güvencelerin düzenlenmediği, sınırlama sebeplerinin esasen avukat için suç teşkil eden fiillere yönelik olmasına karşın soruşturma şartı dahi getirilmeden uygulanabileceği, tedbir süresine ilişkin gerekçelerin tedbirin uygulanması hallerinden farklı olduğu, avukatın görüşmeden yasaklanması durumunda doğrudan avukat görevlendirilmesinin seçilen avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı ile de uyumsuz olduğu bu çerçevede hükümlerin büyük ölçüde Sözleşme'nin 6. ve 8. maddesi kapsamındaki sınırlama sebeplerine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Hükümlünün avukat ile ziyaretinde avukatının yanında getirdiği belge ve dosyaların incelenmesine yönelik savunma şartının AİHM içtihadı gözetilerek geniş anlamda algılanması ve uygulanması gerekmekte, bu hakka yönelik İnfaz Yönetmeliği'nde İnfaz Kanunu'nda yer almayan ancak avukatın yanında getirdiği belge ve dosyaların fiziki incelenmesine ve avukatın görüşmeye ilişkin notlarına yönelik müdahaleye imkân veren düzenlemenin kanuni olmaması, hâkim kararını gerektirmeden uygulanabilmesi, ölçsüz olması gibi sebepler yönünden yerinde olmadığı ifade edilmelidir. Yazılı haberleşmeye yönelik kurallar bakımından da bunların çeşitli durumlarda kaydedilebileceğine ilişkin düzenlemelerin, içeriği öğrenilmeden gerçekleşemeyeceği karşısında güvence fonksiyonunu haiz olmadığı ve doğrudan müdahale teşkil edeceği belirtilmelidir.

Tutuklular açısından AYM'nin iptal kararı sonrasında İnfaz Kanunu md. 59/5'te yer alan tedbirlerden yalnızca görüşmelerin gün ve saatinin sınırlandırılabilmesine ilişkin müdahalenin uygulanabileceği, aksi düşünüş halinde belli suçlardan hükümlü olup da başka suç nedeniyle şüpheli veya sanık bulunan kişilerle hükümlü olmadığı halde hakkında yalnızca tutuklu bulunması nedeniyle kısıtlamalara maruz kalması gündeme gelmesi halinde bu durumun çelişkili olacağı, tek başına bu sınırlamanın uygulanmasının da hükümle öngörülen tehlikeleri bertaraf etmeye elverişli olmadığı, iptal kararına rağmen aynı kısıtlama sebebine İnfaz Yönetmeliği'nde yer verilmesinin hukuka aykırı olduğu ve böyle bir düzenlemenin aynı zamanda savunma hakları ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı bakımından ölçsüz müdahale oluşturabileceği dikkate alınmalıdır. Düzenleme ihtiyacı bu alanda da kendini göstermektedir.

Kanun koyucunun bu çerçevede yeni bir düzenleme yaparak, ancak çok sınırlı alanlarda ve sayıda, somut ve denetlenebilir gerekçeler ışığında uygulanabilecek, kötüye kullanıma karşı güvencelerle sınırlı ve en önemlisi ilgilileri bakımından öngörülebilir olma şartını taşıyan hakkın özünü ihlal etmeyen bir rejim oluşturması elzemdir. Bu bakımdan ilgili müdahalelerin avukatın fiilleri ile doğrudan bağlantısı gözetilerek müdafilikten yasaklanmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde konunun ele alınmasını sağlayacak, tedbirin uygulanabilmesi koşulları açısından denetime imkân veren düzenlemeler ile hem İnfaz Kanunu hem Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde değişiklikler yapılması yerinde olacaktır. Ayrıca iletişime müdahalenin yalnızca hâkim tarafından ve yazılı iletişime yönelik gerçekleştirilmesi, avukat ve müvekkil arasındaki sözlü iletişimin denetlenmemesi, gizliliğe yönelik tedbirlerin alınmasıyla kötüye kullanım riskinin ortadan kaldırılması ile etkili hukuki yardımın teşvik edilmesi sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin/DEMİRKOL, Neslihan /TURAN, Taha Yasin:** İnfaz Hukuku, AKBULUT, Berrin (Editör), Ankara, 2021.
- ARAS, Bahattin:** AİHM Kararları Işığında Hükümlü ve Tutuklu Hakları, Ankara, 2022.
- BAŞIBÜYÜK, İsa:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (M.6/3-C) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2013, 1339 – 1371.
- DEMİRBAŞ, Timur:** İnfaz Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2023.
- ELEKÇİ, Mert:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022.
- GEDİK, Ömer:** “Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarma- lındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İliş- kin Bazı Değerlendirmeler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 39, S. 1, 2022, s. 289–324.
- GÖZLER, Kemal:** Anayasa Mahkemesinin “... Yönünden İptal Kararları” Hakkında Bir Eleştiri, (Çevrimiçi: <https://www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm>) Erişim Tarihi 15.07.2024.
- GRABENWARTER, Christoph:** European Convention on Human Rights Commentary, München, 2014.
- HARRIS, David/O’BOYLE, Micheal/BATES, Ed vd.:** Law of The Euro- pean Convention on Human Rights, 4. Ed., Oxford, 2018.
- HİRVELÄ, Päivi/HEIKKİLÄ, Satu:** Right to a Fair Trial. A Practical Guide to the Article 6 Case-Law of the European Court of Human Rights, Cambridge, 2021.
- HİRVELÄ, Päivi/HEIKKİLÄ, Satu:** Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, Cambridge, 2022.
- KANADOĞLU, Korkut/ŞAHİN, Battal Niyazi:** “Anayasa Mahkemesi- nin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hak- kında Gözlemler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 39, S. 1, 2022, s. 1- 33.

- KNIEMEYER, Claus-Dieter:** Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, Frankfurt am Main, 1997.
- KOCAOĞLU, Sinan:** Müdafî, 3 Baskı, Ankara, 2017.
- LÓPEZ, María Luisa Villamarín :** “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in Spain”, WINTER, Lorena Bachmaier/THAMAN, Stephen C./LYNN, Veronica (Editörler), The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings A Comparative View, Cham, 2020, 273 – 291.
- LÖWE, Ewald /ROSENBERG, Werner:** Die Strafprozeßordnung und das Gerichtverfassungsgesetz, Großkommentar, Viertes Band, 27. Auflage, 2022.
- OMKAR, Sidhu :** The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Cambridge, 2018.
- ÖZBEK, Veli Özer:** İnfaz Hukuku, 18. Baskı, Ankara, 2024.
- ÖZGENÇ, İzzet:** Tutuklu veya Hükümlünün Avukatla Görüşmesinin Gizliliğinin İhlâli ve Sınırlandırılması Sorunu Üzerine (Çevrimiçi: <https://izzetozgenc.com/data/contents/tutuklu-veya-hukumlunun-avukatla-gorusmesinin-gizliliginin-ihl%C3%A2li-ve-sinirlendirilmesi-sorunu-uzerine.pdf>) Erişim Tarihi 10.07.2024.
- RAINEY, Bernadette/WICKS, Elizabeth/OVEY, Clare :** Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights, 7. Edition, Oxford, 2017.
- TANER, Fahri Gökçen:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- WINTER, Lorena Bachmaier/THAMAN, Stephen C.:** “A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications”, WINTER, Lorena Bachmaier/THAMAN, Stephen C./LYNN, Veronica (Editörler), The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings A Comparative View, Cham, 2020, 7 – 73.
- YÜZER ELTİMUR, Dilara:** AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul, 2019.

Yararlanılan AYM kararları:

- Çetin Arkaş ve Nasrullah Kuran başvurusu, 2016/371, 13.1.2021.
İrfan Kaplan başvurusu, 2017/34518, 23.06.2020.
Onurhan Solmaz başvurusu, 2012/1049, 26.3.2013.
Ümit Karaduman başvurusu, 2020/20874, 2.2.2022.

Yararlanılan AIHM kararları:

- A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 3455/05, 19.02.2009.
Altay v. Türkiye (no.2), no. 11236/09, 09.04.2019.
Apostu v. Romanya, no. 22765/12, 03.02.2015.
Artico v. İtalya, no. 6694/74, 13.05.1980.
Boris Popov v. Rusya, no. 23284/04, 28.10.2010.
Campbell v. Birleşik Krallık, no. 13590/88, 25.03.1992.
Canavcı ve diğerleri v. Türkiye, no: 24074/19, 14.11.2023.
Castravet v. Moldova, no. 23393/05, 13.03.2007.
Croissant v. Almanya, no. 13611/88, 25.09.1992.
Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu v. Türkiye, nos. 10207/21 10209/21,
06.06.2023
Dvorski v. Hırvatistan [BD], no 25703/11, 20.10.2015.
Ensslin, Baader ve Raspe v. Almanya, nos. 7572/76, 7586/76 ve 7587/76.
Erdem v. Almanya, no. 38321/97, 05/07/2001.
Golubev v. Rusya, no. 26260/02, 09.11.2006.
Helander v. Finlandiya, no. 10410/10, 10.9.2013.
Hirst v. Birleşik Krallık (No. 2), no. 74025/01, 6.10.2005.
Imbrioscia v. İsviçre, no. 36822/06, 24.11.1993.
Istratii v. Moldova, nos., 8721/05 8705/05 8742/05, 27.03.2007.
Jankauskas v. Litvanya, no. 59304/00, 24.02.2005.
John Murray v. Birleşik Krallık, no. 18731/91, 8/2/1996.
Kempers v. Avusturya, no. 21842/93, 27.02.1997.
Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, nos. 11082/06, 13772/05, 25.07.2013.
Klass ve diğerleri v. Almanya, no. 5029/71, 06.09.1978.
Kröcher ve Möller v. İsviçre, no. 8463/78, 09.07.1981.

- Lagerblom v. İsveç, no. 26891/95, 14.01.2003.
Laurent v. Fransa, no. 28798/13, 24.5.2018.
M v. Hollanda, no. 2156/10, 25.07.2017.
Marcello Viola v. İtalya, no. 45106/04, 05.10.2006.
Mehmet Ali Ayhan ve diğeri v. Türkiye, 4536/06 53282/07, 04/06/2019.
Michaud v. Fransa, no. 12323/11, 06/12/2012.
Niemiets v. Almanya, no. 11082/06, 16.12.1992.
Orlov v. Rusya, no. 29652/04, 21.6.2011.
Öcalan. v. Türkiye [BD], no. 46221/99, 12.05.2005.
Pakelli v. Almanya, no. 8398/78, 25.04.1983.
Petrov v. Bulgaristan, no. 15197/02, 22.5.2008.
Piechowicz v. Polonya, no. 20071/07, 17.4.2012.
Quaranta v. İsviçre, no.12744/87, 24.05.1991.
R.E. v. Birleşik Krallık, no. 62498/11, 27.10.2015.
Reinprecht v. Avusturya, no. 67175/01, 15.11.2005.
S. v. İsviçre, nos. 12629/87, 13965/88, 28.11.1991.
Sakhnovskiy v. Rusya [BD], no. 21272/03, 02.11.2010.
Salduz v. Türkiye [BD], no. 36391/02, 27.11.2008.
Simeonovi v. Bulgaristan [BD], no. 21980/04, 12.05.2017.
Zagaria v. İtalya, no. 58295/00, 27.11.2007.
Zakharkin v. Rusya, no. 1555/04, 10.06.2010.

TÜRKİYE’NİN GÖÇMEN POLİTİKALARI VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Prof. Dr. Murat BALCI*

Doç. Dr. Kerim ÇAKIR**

Öz

Göç, demografik, antropolojik, sosyolojik, ekonomik ve politik yönleri bulunan, insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Göç yasal olabileceği gibi yasa dışı da olabilir. Yasa dışı göç; bir kişinin, yasal veya yasa dışı olarak bulunduğu ülkeyi terk edip başka bir ülkeye yasa dışı yollardan girmesi, yasal yollardan girdikten sonra süresi içinde ülkeyi terk etmemesi anlamına gelmektedir. Kendi ülkelerini terk edip başka bir ülkeye izinsiz girmek isteyenler, hedeflerine ulaşmalarını sağlamak için göçmen kaçakçılarına güvenme eğilimindedir. Kaçak göçmenler, çalışabilecekleri ve güvenliğe sahip olabilecekleri “vadedilmiş bir ülkeye” ulaşma umuduyla genellikle hayatlarını, geçimlerini ve ailelerinin hayatını ipotek etmek durumunda kalmaktadır. Çalışmada yasa dışı göç kavramı ve Türkiye’de göçmen kaçakçılığı suçu izah edildikten sonra bahse konu suçun insan ticareti suçu ile mukayesesi yapılacaktır. Son olarak Türkiye ile Avrupa Birliği arasında imzalanan Geri Kabul Anlaşması ve yasa dışı göç ilişkisi açıklanacaktır.

* Prof. Dr., Polis Akademisi, Polis Akademisi Başkanı, Ankara, Türkiye | Professor, Police Academy, President of Police Academy, Ankara, Türkiye.

✉ balci53@hotmail.com.tr • ORCID 0000-0002-8506-7911.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Marmara University, Faculty of Law, Criminal and Criminal Procedure Law, İstanbul, Türkiye.

✉ kerimcakir@marmara.edu.tr • ORCID 0000-0003-1821-9935.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BALCI, Murat- ÇAKIR, Kerim: “Türkiye’s Migrant Policies And Crime of Migrant Smuggling”, SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s.151-179.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Göç • Göçmen Kaçakçılığı • İnsan Ticareti • Geri Kabul Anlaşmaları • Uluslararası İş Birliği

TÜRKİYE'S MIGRANT POLICIES AND CRIME OF MIGRANT SMUGGLING

Abstract

As one of the oldest phenomena in the history of humanity, migration involves demographic, anthropological, sociological, economic, and political aspects. Migration can occur legally as well as illegally. Illegal migration signifies leaving a country, whether legally or illegally, and entering a new one through illegal ways or not leaving the new country after the permitted time limit has elapsed following legal entry. People who have left their territories to enter another country without the necessary permissions tend to circumvent these requirements by relying on migrant smugglers. In most cases, illegal migrants are forced to risk their lives and savings, as well as the lives of their families, in the hopes of reaching some promised land where they will be secure and able to work in a decent job. While states have generally developed migration policies to protect their border security and fight against illegal migration, Türkiye prioritizes human rights in the framework of its migration policies. In this context, the study will first discuss Türkiye's migration policy and its effects on the crime of migrant smuggling between Türkiye and the European Union.

Keywords

• Migration • Illegal Migration • Migrant Smuggling • Readmission Agreements • International Collaboration

INTRODUCTION

People leave their home countries and migrate to raise their life standards in a more developed country in terms of economic conditions for various reasons such as economic crises, civil wars, geographical features, and employment opportunities.¹ The International Organization for Migration (IOM) defines migration as follows:

¹ **KFİR**, Isaac: *International Law and Human Smuggling: Trying to Make Sense of A Convoluted Framework*, Coyne, John/ Nyst, Madeleine (Editors), *People Smugglers Globally*, 2017, p. 57; **RODRÍGUEZ**, Laidiana Torres/ **PAEZ CUBA**, Lisett D./**MAR-TÍNEZ HERNANDEZ**, Liliana Margarita: "Migration and the crimes of People smuggling and trafficking, Technical-legal analysis", *Technium Social Sciences Journal*, Volume 5, 2020, p. 34; **BAIRD**, Theodore: "Understanding human smuggling as

An umbrella term, not defined under international law, reflecting the common lay understanding of a person who moves away from his or her place of usual residence, whether within a country or across an international border, temporarily or permanently, and for a variety of reasons. The term includes a number of well-defined legal categories of people, such as migrant workers; persons whose particular types of movements are legally defined, such as smuggled migrants; as well as those whose status or means of movement are not specifically defined under international law, such as international students.”²

Immigration activities can be organized in compliance with the law. For example, a labor immigration movement occurred from Türkiye to some European countries under labor agreements in the 1960s.³ Conversely, circumstances might occur in which migration is deemed illegal (i.e., irregular migration). People puts often their lives in peril while trying to migrate as a result of inhumane travel conditions. The photograph of the dead body of 3-year-old Alan Kurdi, who drowned when the inflatable boat on which he had been trying to cross from Türkiye to Greece on September 2, 2015 with his family sank, painfully demonstrated to the world how desperate the conditions these people have to bear are.

Most of the time, irregular migrants get help from migrant smugglers to illegally trespass to the territories of another state. Conceptually, a clear difference exists between migrant smuggling and irregular migration. Migrant smuggling covers smugglers' activities that facilitate the forms of irregular migration for financial or other material benefits, while irregular migration implies the conduct (and status) of the migrants themselves. The conditions of irregular migration are deemed to be fulfilled when at least one of three principal conducts take place: illegally entering a country, illegally residing in a country, and illegally working in a country.

a human rights issue”, Danish Institute for International Studies, 2013, p. 1-2; **PARLAK**, Bekir: “Küresel Düzeyde Göç Gerçeği ve Uluslararası Göç Örgütü”, TESAM Strateji, Issue 5, 2023, p. 12.

² For IOM's definition of migration, see: <https://www.iom.int/about-migration> Date of Access: 9/27/2023).

³ For examples on this issue, see: “Agreement between the Government of the Republic of Türkiye and the Government of the Federal Republic of Germany on the Employment of Turkish Workers in Germany” dated October 30, 1961, “Agreement between the Republic of Türkiye and the republic of Austria on the Turkish Labor Subpoena to Austria and the Employment of Turkish Workers in Austria” dated May 15, 1964, “Agreement between the Government of the Republic of Türkiye and the Australian Commonwealth Government on the Residence and Work of Turks in Australia dated October 5, 1967.

Migrant smugglers should be emphasized to not necessarily accompany the migrants during their travels. On the other hand, the offense of migrant smuggling can involve some side offenses. For example, a migrant smuggler may provide false documents (e.g., passport, visas, residence permits, or labor contracts) to facilitate irregular entries and/or residences in these countries.⁴

International cooperation has an important role in fighting against illegal migration and migrant smuggling. Migrant smuggling is defined as follows in Subparagraph (a) of Article 3 titled "Use of Terms" in the Protocol Against the Smuggling of Migrants:⁵ "the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident."

Different motivations are found to force people to migrate, such as political instability, economic conditions, and transport facilities, in particular for those who live in Africa, the Middle East, Asia, and Eastern Europe.⁶ Given that Türkiye is on the corner of the Asian, European, and African continents and is a political and economic bridge between emerging states and European countries, it has become a transit country for irregular migrants. In addition, because of the enormous wave of migration that has exponentially expanded in recent years, Türkiye has evolved from a transit country to a destination country for third country citizens due its advantageous conditions for irregular migrants.

Moreover, internal conflicts and political complications in the countries of the Middle East, the Caucasus, and Balkans have triggered an even greater mass influx into Türkiye. Political uprisings such as the Arab Spring (a political and social change movement that started in 2010 and took place in Middle Eastern and North African countries) have influenced many people to flee from their countries and migrate to others

⁴ TUDOR, Corina Maria: "Migrants Smuggling European Phenomenon or Crime?", AGORA International Journal of Juridical Sciences, No: 2, 2021, p. 81. See: UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants 2018, United Nations Publication, p. 20.

⁵ Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime was adopted at the conference held in Palermo within the framework of the United Nations on December 12-13, 2000. Türkiye approved the Protocol with Law No. 4803 dated January 30, 2003.

⁶ ŞAHİN, Güngör: "Göç Kapsamında Avrupa Güvenliği ve Tehdit Analizi", TESAM Strateji, Issue 5, 2023, p. 11.

such as Türkiye. Since the 1980s, Türkiye has not only remained a migrant sending country but has also become a migrant receiving country. The freedom for communication and travel globalization promoted has accelerated the movement of migration, from which Türkiye has also been substantially affected. Türkiye has accepted many irregular migrants for humanitarian reasons and provided them shelter, health services, education, and employment opportunities. However, the increased pressure of migration flows on its borders have forced Türkiye to adopt new policies related to migration. As a result, Türkiye has become more willing to take part and enhance its international cooperation in international conventions devoted to solving the migration crises.

In this context, the Department for Combating Irregular Migration was established by Presidential Decree No. 4 published on July 15, 2018 in order to increase the efficiency of policies on downshifting irregular migration flows and to mitigate their effects.

Türkiye prepared an action plan to fight against irregular migration and encouraged further studies to achieve the strategic goals it has determined in this context. Lastly, the Strategy Document and National Action Plan for Combating Irregular Migration, which covers the period of 2021-2025, has been drafted and entered into force.

Since deporting irregular migrants is insufficient on its own for solving the irregular migration problem, a voluntary return scheme has taken a critical position in Türkiye's strategies to prevent irregular migration as well. Voluntary return schemes prevent migrants who've been deported from coming back to Türkiye and seek to achieve improved conditions for irregular migrants in their home countries and to ensure they leave Türkiye on a voluntary basis beforehand in accordance with human dignity and international standards. Numerous legal arrangements have been made in this context. As the legal basis of the Nationally Supported Voluntary Return Mechanism, an additional regulation was promulgated under Law No. 6458 (On Foreigners and International Protection) on December 24, 2019. This regulation envisages that the support determined by the Voluntary Return Regulation will be offered to irregular migrants, victims of human trafficking, and foreigners in the international protection application process who want to voluntarily leave the country. Because the return of irregular migrants will be carried out on a voluntary basis with this mechanism, they are expected to spend less time in removal centers, thereby eliminating

administrative cases arising from disputes between the government and the foreigners and reducing the financial burden of the government regarding return procedures.⁷

I. TÜRKİYE'S POSITION AND MIGRANTS

European countries are final destinations for immigration routes because of their high level of development and promising employment opportunities. Meanwhile, Türkiye has been a transit country along these routes. However, one should note that the increased numbers in migration have transformed Türkiye into a target country as well.⁸

Like many states who struggle with such problems, migration policies have been developed and legal arrangements formed in order to prevent illegal migration in Türkiye. Protocols in relation to the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and its annexes on Migrant Smuggling and Human Trafficking were signed in Palermo, Italy on December 13, 2000. With an amendment made to the Turkish Citizenship Law in June 2003, the section that allowed direct acquisition of Turkish citizenship by way of marrying a Turkish citizen was abolished, thus forestalling sham marriages that had been made solely for becoming a citizen. On September 6, 2003, the Law on the Work Permit for Foreigners No. 4817 entered into force to prevent illegal work and the low-paid employment of foreigners. This law intended to ensure legal control over illegal migration and regulation of migration for employment as instruments for solving unregistered employment.

States also include the offense of migrant smuggling in their criminal codes to inhibit uncontrolled migration flows. In this context, the offense of migrant smuggling is regulated in Section 79 of the Turkish Criminal Code No. 5237. Pursuant to Law No. 6008 dated July 20, 2010, the relevant section was amended to punish the offense as if it had been carried out, even if the smuggling was only in the attempt phase. By the same token and pursuant to Law No. 7445 dated March 28, 2023, the

⁷ See: <https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-duzensiz-gocle-mucadelesi> Date of Access: 3/9/2023).

⁸ The destination country is the country where an migrant is trying to reach illegally or where they had entered legally but continue to stay illegally; transit country refers to a country that is entered legally or illegally and used as for temporary transit to reach the destination country from the source country (<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-hakkinda> Date of Access: 4/27/2023).

minimum prison sentence for migrant smuggling was increased from three years to five years in Paragraph 1 of Article 79.

The Law on Foreigners and International Protection No. 6458 was enacted to regulate Türkiye's policies regarding migration and to govern related issues more effectively. With the authority given by this Law, the General Directorate of Migration Management was established within the organization scheme of the Ministry of the Interior in order to concentrate on irregular migration and to implement the necessary measures. The General Directorate began operations on April 11, 2014.

The issue of seizure of the tools used in migrant smuggling is regulated in the amended section to the Law on Foreigners and International Protection No. 6458 pursuant to Article 6 of Statutory Decree No. 690 as published in the Official Gazette on April 17, 2017.⁹

The overwhelming pressure from migration in combination with a number of economic reasons and political problems such as civil wars has affected not only target countries such as Germany and Scandinavian countries, but also smaller European Union (EU) states.¹⁰ Türkiye's position has also become more prominent than ever as a transit and destination country for migrants and asylum seekers who seek better economic and social conditions.¹¹ According to the statistics of the Directorate General of Migration Management, three different types of significant characteristics are found regarding irregular mobility. These are (i) groups coming from neighbor countries to Türkiye, (ii) groups that see Türkiye as a destination country or a transit country to third countries despite not coming from a neighboring border, and (iii) groups coming from Central Asian states.¹²

The concept of illegal migration and the offence of migrant smuggling are some of the most significant problems for Türkiye. Figure 1 shows the number of migrant smugglers caught in Türkiye each year. As such, 1,711 migrant smugglers were caught in 2010, 1,292 in 2011, 1,484

⁹ See: <https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-duzensiz-gocle-mucadelesi> Date of Access: 4/10/2023).

¹⁰ İÇDUYGU, Ahmet/KOSER AKÇAPAR, Şebnem: "Türkiye", Migrant smuggling data and research: A global review of the emerging evidence base (Eds. Marie McAuliffe & Frank Laczko), IOM, 2016, p. 151.

¹¹ İÇDUYGU/KOŞER AKÇAPAR, p. 152.

¹² SAĞIROĞLU, Ali Zafer/ ÜNSAL, Ramazan/ ÖZENCİ, Furkan: Türkiye Migration and Human Mobility Annual Report 2021, AYBÜ-GPM, Ankara 2022, 1st ed.; p. 80.

in 2012, 1,469 in 2013, 1,506 in 2014, 4,471 in 2015, 3,314 in 2016, 4,794 in 2017, 6,357 in 2018, 9,102 in 2019, 4,358 in 2020, 7,942 in 2021, 9,149 in 2022, and 2,017 as of April 14, 2023.¹³

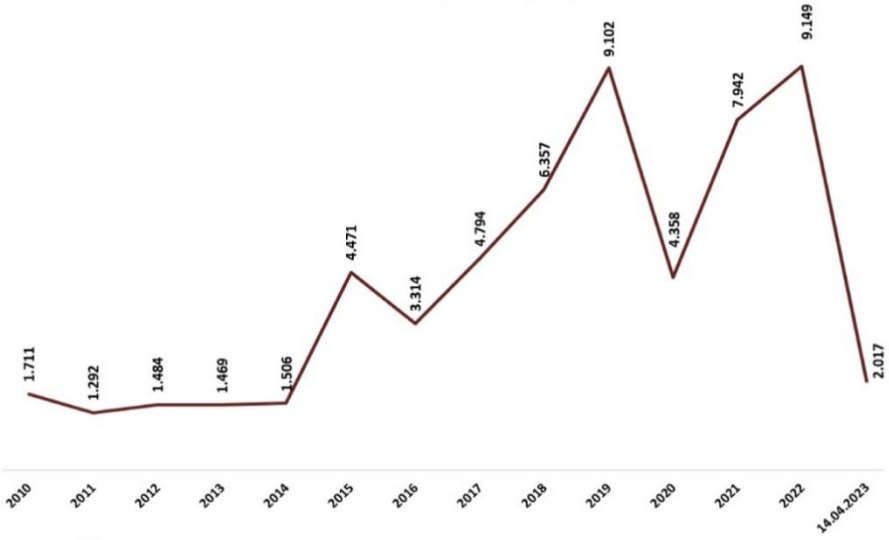


Figure 1. Migrant smugglers apprehended per year (as of April 14, 2023; Presidency of Migration Management, 2023a).

Figure 2 shows the statistics on irregular migrants who'd been apprehended in Türkiye each year. As such, 32,667 irregular migrants were apprehended in 2010, 44,415 in 2011, 47,510 in 2012, 39,890 in 2013, 58,647 in 2014, 146,485 in 2015, 174,466 in 2017, 268,003 in 2018, 454,662 in 2019, 122,302 in 2020, 162,996 in 2021, 285,027 in 2022, and 39,560 as of April 13, 2023.¹⁴

¹³ <https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler> (Date of Access: 4/20/2023).

¹⁴ <https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler> (Date of Access: 4/20/2023).

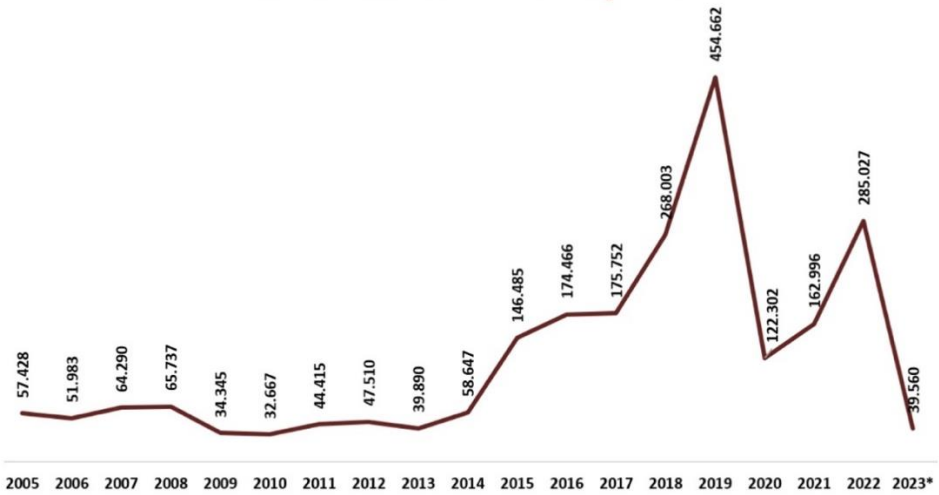


Figure 2. Number of irregular migrants apprehended per year (Presidency of Migration Management, 2023b).

The fact that migrant smuggling actually realized as such an organized activity shows up in networks established on social media. Social media platforms are used in various ways in the context of migrant smuggling, with consumer forums being where social media is commonly used. Due to the significant gap between the information that is shared with migrants and the actual facts in such relationships, migrants usually try to fill in the missing information by using social media tools to research smugglers, as well as the possible conditions of the journey they plan to make. Social media platforms are also used to divulgate critical information about routes and prices for organizing the trip, as well as positive or negative comments regarding the migrant smugglers themselves.¹⁵ In destination countries, illegal migrants publish their feedback regarding the smugglers and the service they'd received. thus, revealing cases where smugglers have failed, cheated, or mistreated migrants. Migrants and refugees also comment on their experiences in the countries to which they've migrated, as well as the administrative procedures for remaining in that country. Furthermore, smuggling can also be promoted through social media platforms. To do this, advertisements are usually posted on Facebook or other forums migrants normally use for exchanging views and experiences. Smugglers usually

¹⁵ UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants 2018, United Nations Publication, p. 44.

attach attractive visual materials and convey their offers in their posts. They provide information on payment methods afterwards and may ask potential customers to contact them directly through different kinds of messaging services, some of which also offer the benefit of anonymity.¹⁶

From the perspective of comparative law, the offense of migrant smuggling is observed to generally be sanctioned under specific codes. As a matter of fact, German law regulates migrant smuggling not under its criminal law, but rather in a specific code that also involves the conditions of residency for foreigners in Germany. The offense of migrant smuggling is incorporated under Section 9 titled "Provisions Regarding Penalties and Misdemeanors" of the Code on the Residence, Work, and Integration of Foreigners in the Federal Country (*Aufenthaltsgesetz*) dated July 30, 2004. Article 95 of this Code stipulates the penalties regarding illegal entrance to the country.

II. THE OFFENSE OF MIGRANT SMUGGLING IN TÜRKİYE AND ITS ELEMENTS

One should not overlook the unprecedented international expansion of the volume of migration flows as being a direct consequence of globalization, poverty, and armed conflicts.¹⁷ For this reason, some regulations have been adopted regarding illegal migration in Turkish law, just as in many other states. One of these regulates migrant smuggling as an offense according to the Turkish Criminal Code. Paragraph (b) in Article 2 of Law No. 4771 dated August 3, 2002, amends Paragraph (a) in Article 201 of Turkish Criminal Code No. 765, thus making the first regulation in the Turkish Criminal Code concerning migrant smuggling. This modification has its roots in Article 6 of the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air, which obliges party states to regulate migrant smuggling as an offense.

Firstly, making migrant smuggling an offense intends to protect states' public order and security. However, the facts that the protected legal interest of this crime not being limited thereto and having a hybrid nature are worth noting. The protected legal interests of this offense can have various aspects such as the inviolability of the victim's bodily

¹⁶ UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants 2018, United Nations Publication, p. 44.

¹⁷ CİOROBĂI, Ervin: "Smuggling of Migrants Threat to National Security", Research and Science Today, Volume 13, Issue 1, 2017, p. 64; RODRÍGUEZ/PAEZ CUBA/MARTÍNEZ HERNANDEZ, p. 32.

integrity and protection of their property and human dignity, as well as the protection of social and economic public order and the international community order. As can be observed here, making this an offense seeks to preserve both the common interests of the national and international communities, as well as the individual interests of those who are subject to this crime¹⁸.

Migrant smuggling also affects state sovereignty with regard to border security.¹⁹ In fact, migrant smuggling, whose *actus reus* has a transnational nature, is essentially an offense classifiable under state security offenses. It threatens not only national security but also the security of Europe and the world and as a consequence is forbidden by international conventions.

In Türkiye, Article 79 of Turkish Criminal Code No. 5237 sanctions the following acts within the scope of the crime of migrant smuggling:²⁰

¹⁸ **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2024, 10th ed.; p.75; **DOĞAN**, Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Ankara 2008, 2nd ed.; p.89.

¹⁹ **ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2024, 21th ed.; p.14; UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, United Nations Publication, p. 19.

²⁰ The decision is unlawful and should be overturned when evaluating the legal articles above with the current case. Dismissing the case is unlawful due to the lawsuit previously filed against the accused and a verdict having been given with written justification, regardless of the fact that the defendant had been caught by the Greek Coast Guard Police on October 7, 2008 while illegally cruising to take 20 foreign nationals by boat from the Kuşadası Coast to Greece by sea; the court in Greece had tried the defendant and punished him for the crime of migrant smuggling. If the defendant's actions are proven, the crime is considered to have occurred as soon as the migrants had left Türkiye, and thus the crime is deemed to have been committed in Türkiye. The defendant being tried in Greece does not prevent him from being tried again in Türkiye for the same crime; a certified copy of the case file in Greece should be brought and evaluated alongside all the evidence available in the case, and the legal status of the defendant should be evaluated and determined in accordance with these. In the case of a conviction, according to Turkish Criminal Code Article 16, the time spent in detention, observation, or conviction in a foreign country will be deducted from the sentence to be imposed in Türkiye for the same crime (18th Criminal Chamber of the Court of Cassation Ruling No. E. 2015/134 K. 2015/48 dated March 30, 2015). To convict instead acquitting is illegal without considering the defendant's claim and accepted action in accordance with the scope of the case, which consists of illegally taking foreign nationals from Greece to other European countries and does not constitute the crime of migrant smuggling as regulated in Article 79 of the Turkish Criminal Code. (9th Criminal Chamber of the Court of Cassation Ruling No. E. 2012/5789 K. 2013/3031 dated February 26, 2013).

(a) bringing a foreigner into the country illegally (Art. 79 para. 1a), (b) enabling a foreigner to stay in the country illegally (Art. 79, para. 1a), and (c) enabling a Turkish or a foreigner to go abroad illegally (Art. 79, para. 1b).²¹

Although the most frequent conduct under this offence involve assisting in the illegal entry into another country or exit from a country of a foreigner, enabling a foreigner to remain in the country without complying with the national requirements of this state also satisfies the *actus reus* element of the offense of migrant smuggling. Therefore, a person who enables a foreigner who had initially legally entered a country to remain in the country despite being required to leave the

²¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, p.13, 14; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2023, 21th ed.; p. 92, 93; KOCA/ÜZÜLMEZ, p.75; EVİK, Ali Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Issue 3-4, 2005, p.125; DOĞAN, p.89. "To decide that defendants who are caught while transporting migrants who've entered Türkiye illegally and want to go to Europe with the vehicles under their administration should be punished in accordance with Article 79/1-a of the TCC instead of Article 79/1-b of the same law, which complies with the defendants' actions, is illegal. For this reason, the judgment should be reversed. Because this issue can be corrected according to Article 322 of Criminal Procedural Law without a retrial, the article of law applied while determining the basic penalty should be removed and replaced with Article 79/1-b of the TCC; the other aspects of the provision that had been found to be in accordance with procedure and law should be corrected and approved (9th Criminal Chamber of the Court of Cassation Ruling No. E. 2013/17330 K. 2014/1074 dated February 3, 2014). Although the Court of First Instance accepted that the defendant had illegally brought migrants into Türkiye, allowed them to stay, and thus had completed the action, due to the defendant's unprovable defense that he had brought the migrants who'd entered Türkiye illegally to Istanbul and also due to the passports located on the defendant that had been prepared on behalf of the migrants having been found to be fake according to the expert report, as well as the absence of any evidence that the migrants who'd entered Türkiye illegally had been brought into the country by the defendant, the defendant's actions are understood to constitute the optional act of "enabling a Turkish or a foreigner to go abroad illegally" in the face of the facts that no evidence could be obtained regarding migrant smuggling and that the act remained at the stage of an attempt due to the defendant having been caught before the migrants were taken out of the country. For this reason, the Court of First Instance's "decision of insistence" regarding its decision that had mistakenly accepted the act of the defendant as "to allow migrants to enter the country illegally and allow them to stay" and had not applied a "decision of persistence" regarding fulfillment of the attempt to commit the crime was inaccurate and should overturned. (The General Assembly of the Criminal Chamber of the Court of Cassation Ruling No. E. 2012/8-322 K. 2012/221 dated June 5, 2012).

country due to the absence of any permanent residency right will be also deemed to have committed the offense of migrant smuggling if the other elements of the crime are also fulfilled. Accompanying this conduct are certain financial opportunities that are provided to the illegal migrant in order to allow them to remain in the country.

Anyone can commit the crime of migrant smuggling. The nationality of the perpetrators (i.e., whether they are a Turkish citizen or foreigner) does not matter. The victim of the crime of migrant smuggling is each person in the society. Although immigrants are not victims of migrant smuggling in terms of criminal law, they may become the victims of other accompanying offenses during the smuggling process. The crime of migrant smuggling involves migrants likely being exposed to inhumane treatment and suffering from this offense as a result of financial exploitation and abuse of their desperate positions.

As advised by Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air, regulating migrant smuggling as an offense should be stated to not criminalize the migrants but rather to solely punish the smugglers acting for material benefit. In addition, Article 5 of this Protocol clearly states that migrants cannot be prosecuted for being smuggled. Most migrants and refugees have a relationship with the migrant smugglers, with the consensus being that they deserve protection.²²

In terms of migrant smuggling, putting the life of a victim in danger, exposing victims to degrading treatment while committing the offense, or committing the crime within an organizational activity require more severe punishment.²³ The perpetrator of the crime of of migrant smuggling acts directly or indirectly to procure material benefit²⁴. However, the crime of human trafficking has been committed if the offender intends to force the victim into work, servitude, slavery, or another similar practice; to coerce them into providing their organs; or to force them into prostitution. Unlike in the crime of human trafficking, because the victim voluntarily takes part in the smuggling, coercion is not an element of the offense of migrant smuggling.

²² **KFİR**, p. 58.

²³ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, p.25; **ALJEHANİ**, Abdelnaser: "The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol", *Journal of Criminal Law*, Volume 79, Issue 2, 2015, p. 131.

²⁴ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, p.10, 11; **KFİR**, p. 58.

The fact that material interests are considered an element of the offense²⁵ clearly indicates the Protocol Against Migrant Smuggling by Land, Sea, and Air to be focused on fighting against individuals – particularly organized crime groups – who seek material benefit from smuggling. This policy is also confirmed in the *travaux préparatoires* of the Protocol, which indicated that the activities of organized crime groups for profit are to be included, whereas the activities of those who provide support to immigrants for humanitarian reasons or based on close family relations are to be excluded.²⁶

Lastly, Article 6 of the Protocol Against Migrant Smuggling by Land, Sea, and Air bares the title of Criminalization. This article indicates that states shall punish any attempt at migrant smuggling in compliance with their fundamental legal concepts. However, the Protocol should be noted to not explicitly indicate that any attempt at migrant smuggling should be punished as a completed crime of migrant smuggling. Instead, the Protocol states that the Party States should regulate this issue within framework of their own legal system. In this context, Paragraph 1 of Article 79 of the Turkish Criminal Code sanctions the attempt of migrant smuggling with the same punishment as the completed crime of migrant smuggling.²⁷

²⁵ In the current case, to decide on a conviction instead acquittal regardless of not having definitive and convincing evidence and not being free from any doubt is unlawful; the evidence that was considered sufficient for his conviction was that “the defendant obtained directly or indirectly material benefit or commits the crime for this purpose” when he was caught at the border control in İpsala Customs Office during the time the defendant took his brother-in-law V. and his friend’s brother M. abroad with his vehicle (9th Criminal Chamber of the Court of Cassation Ruling No. E. 2014/2101 K. 2014/4908 dated April 21, 2014).

²⁶ UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants 2018, United Nations Publication, p. 18.

²⁷ As of the date of the crime, according to the additional sentence of Article 79 Paragraph 1 of the Turkish Criminal Code No. 5237 enacted on the same day as Article 6 of Law no. 6008 dated 7/25/2010 as established in Official Gazette No. 27652, the incomplete penalty necessitated to reverse a verdict that did not consider the act of a defendant that had remained at the stage of attempt should be punished as a completed crime with the determination of an incomplete penalty instead of reducing the basic penalty that had been sentenced in accordance with Article 35 of the TCC (18th Criminal Chamber of the Court of Cassation Ruling No. E. 2015/53 K. 2015/6 dated March 30, 2015). The defendants were caught due to a popped tire on the vehicle while they were carrying 41 migrants who’d entered Türkiye illegally and wanted to go to Greece; the act is understood to constitute the crime of attempting to allow

III. EFFECTS OF MIGRATION POLICIES ON THE CRIME OF IMMIGRANT SMUGGLING

Turkey's immigration policy is an important factor affecting the crime of immigrant smuggling. It would be appropriate to increase the penalty for the crime of smuggling in order to prevent strict border controls and illegal immigration and to classify it as a crime that falls within the jurisdiction of the high criminal courts. Increasing penalties may be effective in the fight against smuggling. However, restricting immigrants from entering the country legally could lead to increased smuggling. Additionally, the uncertainty of migrants' situations and their lack of social integration can increase their risk of exposure to trafficking. Therefore, Turkey's migration policies require a careful balance in terms of both preventing smuggling and protecting the rights of immigrants.

Border controls have an important place in terms of the effects of Turkey's immigration policy on the crime of immigrant smuggling. Türkiye has tightened border control measures to prevent migrant smuggling. Let us point out that social integration also needs to be given importance. When sufficient support is not provided for the integration of immigrants, social exclusion and economic difficulties are among the factors that increase the crime of immigrant smuggling. When Türkiye does not effectively enforce the laws that protect the rights of immigrants, immigrants may be exploited by people who commit the crime of smuggling. Türkiye hosts a large number of refugees. The uncertainty of the situation of refugees is another factor that leads to an increase in smuggling. If this balance is not established, Turkey's immigration policy may increase illegal immigrant mobility, so all policies must be carefully evaluated and implemented. For example, it is obvious that the internal turmoil in Syria triggered irregular migration, and the increase in the number of irregular immigrants also caused an increase in the crime of immigrant smuggling²⁸. In addition, other conflicts and internal turmoil

illegal migrants to leave the country as defined in Article 79 Paragraph 1-b of the TCC, to disregard Article 35 of TCC regarding the necessity of a reduction in sentence is unlawful (9th Criminal Chamber of the Court of Cassation Ruling No. E. 2012/9413 K. 2014/478 dated 15.01.2014).

²⁸ **UZAN, Yıldız/ AKGÜL, Derya:** Türkiye'nin Göçmen Kaçakçılığı İle Mücadelesi ve Suriyeli Düzensiz Göçmenler Üzerine Bir Değerlendirme, Fırat Üniversitesi, İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Volume 6, Issue 1, 2022, p.208.

in the world are becoming more difficult due to the diversification of the nationalities of people migrating to Turkey²⁹.

However, by ensuring an environment of peace and stability in Syria, irregular migration to Turkey and the crime of immigrant smuggling can be prevented. For this reason, it is obvious that ensuring a peaceful order in the countries of origin will be beneficial in preventing immigrant smuggling³⁰. In Turkey's migration policies, administrative measures taken to prevent immigrant smuggling can also increase the effectiveness of the trials and practices carried out within the scope of the Turkish Penal Code. Stricter inspections and border controls could make smuggling-related crimes easier to detect. In addition, legal regulations on the rights and security of immigrants and policies for the protection of immigrants can reduce the risk of these people being exposed to smuggling. Immigration policies can also affect the investigation and prosecution of immigrant smuggling crimes. Legal uncertainties and concerns can make it difficult for immigrants to testify or cooperate.

IV. CRIMES POSSIBLY ACCOMPANYING MIGRANT SMUGGLING CRIME

Migrant smugglers organize illegal migration paths for migrants in exchange for material benefit. Although migrants are the beneficiaries of this service, they may be exposed to inhumane treatment during the activities of migrant smuggling.³¹ Many migrants are physically harmed or lose their lives due to the dangerous conditions of their journeys. These migrants are frequently observed to be taken to another country than the one they had contracted or to be abandoned in a transit country.

Migrants who arrive in their destination country fall into a desperate situation due to lack of legal protection in that country. The crime of migrant smuggling imposes high risks to migrants' personal property, physical integrity, dignity and honor, and freedom.³² Moreover, the transnational feature of migrant smuggling threatens international community order.

²⁹ UZAN/ AKGÜL, p. 208.

³⁰ UZAN/ AKGÜL, p. 218.

³¹ KHAN/KHAN/NİSAR/KHAN, p. 1512.

³² DE MASSOL DE REBETZ, Roxane/ VAN DER WOUDE, Maartje: "A socio-legal analysis of the Belgian protective legislation towards victims of aggravated forms of migrant smuggling", *Crime Law and Social Change*, Issue 78, 2022, p. 373; RODRÍGUEZ/PAEZ CUBA/MARTÍNEZ HERNANDEZ, p. 42; BAIRD, p. 3.

While carrying out the crime of migrant smuggling, migrants may become injured or even lose their life. In this case, the responsibility of the perpetrator is determined according to their intention, and the offender is punished for both migrant smuggling as well as assault or homicide. Other offenses may also occur that go hand in hand with migrant smuggling. For example, a person who smuggles a foreigner into the country and starts to illegally employ this foreigner without the permission of the relevant local authorities should be examined for violating the elements of the crime of human trafficking. Similarly, the person who illegally smuggles foreigners using forged documents in their actions should be punished for forgery in addition to migrant smuggling. After committing the crime of migrant smuggling, a perpetrator who acquires themselves of the profit arising from this crime through money laundering practices should also be charged with money laundering as well. Similar to armed smuggling, drug trafficking is also one of the most common crimes committed during migrant smuggling.³³

Problems also occur regarding the social adaptation of illegal migrants in destination countries. Migrants are observed to usually disrupt public order by becoming involved in numerous criminal activities in these countries.³⁴

When evaluating the crime of migrant smuggling and its elements with regard to Türkiye, human trafficking should also be considered due to its international feature. While similarities exist between human trafficking and migrant smuggling, they also have divergent points. Migrant smuggling differs from human trafficking in several aspects. First of all, consent from the transported people is present in migrant smuggling.³⁵ The migrant being illegally transferred has consented to this action. Even though illegal immigrants are not responsible for the crime of smuggling, they may face administrative sanctions due to their illegal entry into the country. For example, according to Paragraph 1h in Article 54 of the Foreigners and International Protection Law No. 6458, governors may render decisions to deport those who violate provisions regarding legal entry into and legal exit from Türkiye.³⁶ Furthermore, the consent of

³³ Frontex Risk Analysis for 2022/2023, Warsaw 2022, p. 28.

³⁴ VG Köln (13. Kammer), Urteil vom 08.03.2022 – 13 K 326/21, § 34, § 536.

³⁵ UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants 2018, United Nations Publication, p. 19; **KFİR**, p. 58.

³⁶ **DE MASSOL DE REBETZ/VAN DER WOUDE**, p. 364.

an illegal migrant can be questioned because of economic pressure. Because illegal migration is generally triggered by economic distress, they are deemed to have escaped from their countries as a result of poverty and unemployment.³⁷

The crime of migrant smuggling by its very nature requires crossing a country border and thus involves physical movement. In this respect, an action must be performed in at least two countries for this offense to have occurred, namely the source country and the destination country.³⁸ Therefore, migrant smuggling carries an international feature.³⁹

In human trafficking, the perpetrator's purpose is to abuse the victims,⁴⁰ while the purpose of migrant smuggling is to facilitate the irregular entry or residence of a person in order to obtain a financial gain.⁴¹ Another difference between human trafficking and migrant smuggling is the source of the offender's profit. In human trafficking, profits come from the exploitation of victims. In migrant smuggling, the source of income is payment from the migrants in return for the service of being smuggled. In EU Law pursuant to Directive No. 2002/90/EC, migrant smuggling is considered a crime even when no material benefit occurs.⁴²

That the victims are different in terms of these crimes is worth mentioning. Human trafficking involves the abuse and implicit victimization of a person. Therefore, the victim of this crime is the person who has been exposed to this abuse.⁴³ However, migrant smuggling affects the sovereign rights of states regarding their borders and public order. Therefore, immigrants are not classified as victims. Nevertheless, immigrants quite possibly can become victims of other crimes while being smuggled, which has been frequently observed. As we have stated, the presence of threats, pressure, violence, and coercion transforms the offense from migrant smuggling into human trafficking.⁴⁴

³⁷ ALJEHANI, p. 132.

³⁸ RODRÍGUEZ/PAEZ CUBA/MARTÍNEZ HERNANDEZ, p. 33.

³⁹ TUDOR, p. 77; KFİR, p. 58.

⁴⁰ RODRÍGUEZ/PAEZ CUBA/MARTÍNEZ HERNANDEZ, p. 37.

⁴¹ DE MASSOL DE REBETZ/VAN DER WOUDE, p. 363.

⁴² TUDOR, p. 77; KFİR, p. 58.

⁴³ TUDOR, p. 77

⁴⁴ KHAN, Abdus Samad/KAHN, Taza/ NISAR, Adnan/ KHAN, Riaz Ahmad: "Understanding the Human Trafficking Doctrine from a Legal Perspective", International Journal of Early Childhood Special Education, Volume 14, Issue 7, 2022, p. 1512.

Although the difference between human trafficking and migrant smuggling can be distinguished in theory, the structure is quite problematic. To suggest that migrant smuggling is a more tolerable offense compared to human trafficking would imply an underestimation and tolerance of immigration law violations. Moreover, distinguishing between human trafficking and migrant smuggling is difficult in practice.⁴⁵

Finally, Figure 3 presents the numbers for the crimes of migrant smuggling and human trafficking in Türkiye (pursuant to Arts. 79 & 80 of the Turkish Criminal Code). As such, Türkiye had 2,430 convictions in 2009, 2,644 in 2010, 2,546 in 2011, 2,754 in 2012, 4,463 in 2013, 3,667 in 2014, 4,985 in 2015, 7,234 in 2016, 7,030 in 2017, 10,551 in 2018, 13,537 in 2019, 10,692 in 2020, and 15,111 in 2021.⁴⁶

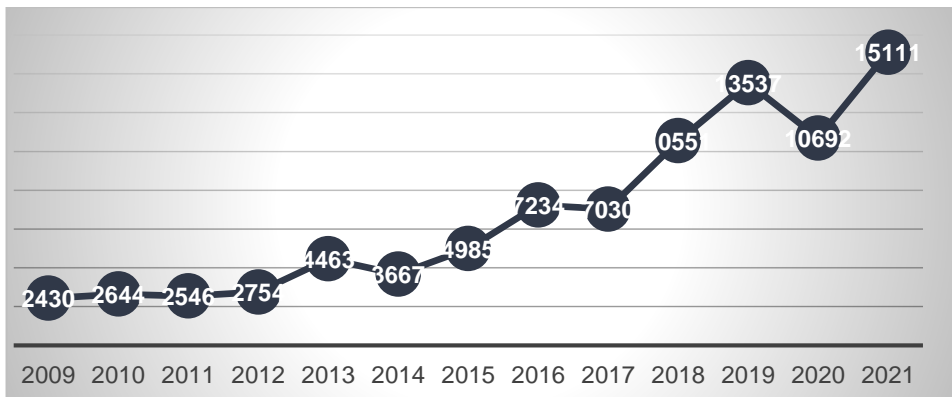


Figure 3. Conviction decisions regarding migrant smuggling and human trafficking crimes in Türkiye (Articles 79 & 80 of the Turkish Criminal Code).

V. ILLEGAL MIGRATION AND READMISSION AGREEMENTS

A. General Outline

⁴⁵ MARTİN, Philip/MİLLER, Mark, "Smuggling and Trafficking", *International Migration Review*, Volume 34, Issue 3, 2000, p. 975.

⁴⁶ Forensic Statistics, General Directorate Of Criminal Records And Statistics, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adl-istatistikler-yayin-arsivi> (Date of Access: 12/23/2022).

Irregular migration is such a huge problem exceeding the capabilities of states that solving it without international cooperation is rendered impossible. In this context, states try to fight against irregular migration by forming bilateral, regional, and global entities. Türkiye also collaborates with national and international institutions such as the International Organization for Migration (IOM), United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), and International Centre for Migration Policy Development (ICPMD), as well as various national non-governmental organizations, in order to increase its effectiveness in the fight against irregular migration. The specific concept of migration diplomacy has also emerged, which involves how states and international actors use migration as an instrument in diplomatic negotiations.⁴⁷

At the beginning of January 2006 and with the participation of 53 participator and four observer countries and 13 international organizations, Türkiye assumed presidency of the Budapest Process, which aims to prevent irregular migration, find permanent solutions in the fight against irregular migration, and develop sustainable policies in the field of migration management. During this Process, Türkiye led the establishment of the Silk Road Region Working Group for gathering the home countries of migrants, and the transit and destination countries along migration routes. Türkiye has also contributed to the Mediterranean Transit Migration Dialogue initiative carried out by the International Centre for Migration Policy Development (ICPMD) by signing the Memorandum of Understanding with Frontex (EU Border Security Unit) to prevent irregular migration on the May 28, 2012.⁴⁸

B. Readmission Agreements for Combating Irregular Migration

Irregular migration and the crime of migrant smuggling affect societies socially, politically, and economically. The need to protect international public order has required countries to act in cooperation to combat illegal migration and migrant smuggling. Security is also one of the main concerns of migration diplomacy because of how it affects the stability of states⁴⁹. For this reason, many international conventions and

⁴⁷ ÖZDAL, Barış/ARGALI, Medihanur: "Göç Diplomasisi", TESAM Strateji, Issue 5, 2023, p. 19.

⁴⁸ See: <https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-duzensiz-gocle-mucadelesi> (Date of access: 13.02.2023).

⁴⁹ ÖZDAL/ARGALI, p. 22.

documents have been signed with the endeavor of implementing policies to prevent irregular migration.⁵⁰

Because of the substantial rise of irregular and illegal immigration and how migration has started being seen as a worrisome threat and prominent problem, initiatives to control migration have been launched in Europe.⁵¹ The EU uses many systems to take migration under control. The Schengen Agreement (1985) and the 1990 Convention implementing that agreement⁵² have determined common external borders, as well as visa and border security policy. The EU has developed policies to strengthen its external borders and to ensure uniformity on visa and asylum policies with a free movement plan within the common external borders.⁵³ One set of policies developed in this context are readmission agreements. Based on the competence provided by the Amsterdam Agreement, the EU is able to sign readmission agreements in order to return these migrants to transit countries or to their home countries if the EU detects migrants crossing the border or residing in the country illegally. Returning illegal immigrants is expected to affectively combat irregular migration.⁵⁴

These returned persons can be citizens of the receiving country, citizen of a third country who uses the receiving country only as a transit country, or they can be stateless.⁶³ In addition to the agreements that have been signed with the EU, bilateral readmission agreements can be signed as well. In fact, Türkiye has signed readmission agreements with Syria,

⁵⁰ BAIRD, p. 2.

⁵¹ ŞAHİN, p. 10.

⁵² "The Schengen Convention supplements the agreement and lays down the arrangements and safeguards for establishing an area without internal border controls. It was signed by the same five countries on 19 June 1990 and entered into force in 1995. The agreement and the convention, along with the related agreements and rules, together form the 'Schengen acquis,' which was integrated into the framework of the EU in 1999, becoming EU legislation. The Lisbon Treaty made the 'area without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured' an EU goal." (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/schengen-agreement-and-convention.html> Date of Access: 4/20/2023).

⁵³ NAS, Çiğdem: "Türkiye-AB İlişkilerinde Geri Kabul ve Vize Serbestliği: Hareketliliğin Yönetimi", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Volume 23, Issue 2, 2015, p. 177.

⁵⁴ NAS, p. 179.

⁶³ EKİNCİ, Mehmet Uğur: *Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması ve Vize Diyalogu*, SETA Rapor, 2016, p. 12.

Greece, Kyrgyzstan, Romania, Ukraine, Pakistan, Russia, Nigeria, Bosnia and Herzegovina, Yemen, Moldova, Belarus, Montenegro, Norway, and the EU since 2001.⁵⁵

Readmission agreements are risky for the transit and home countries because of their costly consequences. For this reason, the EU offers some advantages by relating some specific issues in order to incentivize states to become party to the agreement. One of these advantages is visa facilitation. Some processes facilitating the ability of the citizens of the signing country to obtain visas are offered in return for signing and implementing a readmission agreement. The content of the visa facilitation framework is determined specifically for the party state with the stipulation of certain criteria and a road map defining compliance for the visa facilitation process.⁵⁶ Another incentive that can be offered to convince states to sign readmission agreements is financial support offered from the EU for sharing financial burdens as a result of returning migrants. Nonetheless, a specific fund for this purpose within the EU budget does not exist. Even though no reference to funding is found in the wording of readmission agreements, Article 23 titled “Technical Assistance” in the Readmission Agreement between Türkiye and the EU stipulates the following which thus paves the way for providing funds to Türkiye⁵⁷.

Europe is the final destination for irregular migrations these days. Because Türkiye is a transit country for migrations to Europe, the EU

⁵⁵ See: <https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-duzensiz-gocle-mucadelesi> Date of Access: 14/9/2023).

⁵⁶ **EKİNCİ**, p. 12. Migration diplomacy is a concept that states that international actors are to look after their own interests and to use migration and immigrants as bargaining chips. See **ÖZDAL/ARGALI**, p. 21.

⁵⁷ See: **BATIR**, Kerem: “Avrupa Birliği’nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye ile AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki bir Değerlendirme, Yönetim Bilimleri Dergisi”, Volume 15, Issue 30, 2017, pp. 595–606. “Within the framework of the Turkey-EU Joint Migration Action Plan of which the Readmission Agreement is a part, the European Union has guaranteed to accelerate the allocation of 3 billion Euros of financial resources on a project-based basis for the needs of Syrians in Turkey at the Turkey-EU Summit held on March 18, 2016. After the use of the 3 billion Euros resource, an additional 3 billion Euros was foreseen to be provided until the end of 2018 in regard to the Asylum Seeker Financial Facility. According to the report of the European Union Commission, only 1.5 billion Euros of the 3 billion Euros envisaged had been budgeted as of the end of February 2017. Only 750 million Euros of this figure has been paid.” See: **Batir**, p. 600.

wanted to expand its cooperation with Türkiye in order to combat illegal and irregular migration and protect its borders. According to Frontex,⁵⁸ Türkiye is a transit country for two different main migration routes that reach the EU, one from the Eastern Mediterranean and the other from the Western Balkans.⁵⁹ In addition, due to being located at the junction of two continents, Türkiye has also become a destination country for migration routes.

The issue of signing a readmission agreement between Türkiye and the EU emerged in the early 2000s. The EU presented an agreement proposal to Türkiye on March 10, 2005, and negotiations started on May 27, 2005. Shortly after, the negotiations halted for a while due to some disagreements but were brought back to the agenda in 2009. Agreement between the EU and the Republic of Türkiye for readmitting persons residing without authorization was signed on December 16, 2013 and entered into force on September 1, 2014. After the refugee crisis in 2015, the Joint Action Plan was accepted on November 29, 2015 as a result of the negotiations that took place at the request of the EU for completely implementing the framework of the agreement. Following this Plan, the Agreement entered into force completely on July 1, 2016. The transfer of illegal migrants to Europe through Türkiye as a transit country had intensified in 2015, with more than 800,000 asylum seekers and migrants being detected crossing from Türkiye to Greece. In 2016, this figure decreased to 123,246. After enacting the Readmission Agreement between Türkiye and the EU, a limited number of people was observed to have been returned to Türkiye from EU countries. Most of the returned migrants were said to have given up their asylum claims voluntarily.⁶⁰ According to the statement from the Ministry, the number of irregular migrants who had been returned to Türkiye within the scope of the Readmission Agreement between Türkiye and the EU was 1,093 as of May 2, 2017.⁶¹

⁵⁸ "Frontex is a centre of excellence for border control activities at the EU's external borders, sharing intelligence and expertise with all Member States and with neighbouring non-EU countries affected by migratory trends and cross-border crime" (<https://frontex.europa.eu/about-frontex/who-we-are/tasks-mission/> Date of Access: 4/27/2023).

⁵⁹ Frontex Risk Analysis for 2022/2023, Warsaw 2022, p. 10; NAS, p. 178.

⁶⁰ EKİNCİ, p. 7, 17; BATIR, p. 599.

⁶¹ See: https://ab.gov.tr/ab-bakani-omer-celikin-turkiye-ab-geri-kabul-anlasmasina-iliskin-aciklamasi_50778.html Date of Access: 14/9/2023).

Given that cooperation with Türkiye for border security and control is an important measure for preventing illegal migrants from coming to Europe, the EU has accepted to negotiate visa liberalization with Türkiye in exchange for signing the Readmission Agreement. In addition, due to the lack of sufficient capacity for readmission during the signature phase of the Agreement, Türkiye was granted a three-year period to increase capacity and sign readmission agreements with third countries. A new measure was also developed to temporarily control irregular migration until the Readmission Agreement would be entered into force. Türkiye agreed to take back the illegal migrants who had crossed from Türkiye to the Greek islands in the Aegean from March 20, 2016 and onwards. With implementation of this measure, and based on the readmission agreement between Türkiye and Greece, returns were expected to be expedited. In addition, this implementation was intended to deter migrant smuggling and irregular migration over the Aegean Sea and to prevent loss of life. The decision was made that the EU countries would take one Syrian refugee for each Syrian refugee Türkiye accepted back.

According to the Readmission Agreement between Türkiye and the EU, EU countries can request Türkiye to readmit its citizens as well as the stateless people and third-country citizens who've enter their borders illegally or who fail to meet the legal requirements for staying there.

Article 3 titled "Readmission of Turkey's Own Nationals" in the Agreement regulates how Türkiye readmits its own citizens, providing the following⁶².

⁶² See: "2) Turkey shall also readmit: minor unmarried children of the persons mentioned in Paragraph 1 of this Article, regardless of their place of birth or their nationality, unless they have an independent right of residence in the requesting Member State or if the said independent right of residence is held by the other parent who has legal custody of the children concerned; spouses, holding another nationality, of the persons mentioned in Paragraph 1 of this Article, provided they have the right to enter and stay or receive the right to enter and stay in the territory of Turkey unless they have an independent right of residence in the requesting Member State or unless it is demonstrated by Turkey that according to its national legislation the marriage in question is not legally recognised. 3) Turkey shall also readmit persons who in accordance with Turkish legislation have been deprived of, or who have renounced, the nationality of Turkey since entering the territory of a Member State, unless such persons have at least been promised naturalisation by that Member State. 4) After Turkey has given a positive reply to the readmission application or, where appropriate, after expiry of the time limits laid down in Article 11(2), the competent consular office of Turkey shall, irrespective of the will of the person to be readmitted,

The readmission of third-country citizens and stateless persons is regulated in Article 4 of the Agreement, titled "Readmission of Third-Country Nationals and Stateless Persons" and stipulates the following⁶³.

In accordance with the principle of reciprocity, EU countries will also accept back their citizens who are illegally in Türkiye, as well as irregular migrants crossing to Türkiye from the EU region. The EU considers the Readmission Agreement essential in order to control irregular migrations and the refugee crisis, and the Agreement is also crucial for Türkiye. The agreement has an accelerating effect on allowing the legal and institutional developments and practices related to migration and border policies to reach international standards. Visa liberalization negotiations are also an incentive for signing the Agreement.

within three working days, issue the travel document required for the return of the person to be readmitted with a period of validity of three months. In case there is no consular office of Turkey in a Member State or if Turkey has not, within three working days, issued the travel document, the reply to the readmission application shall be considered as the necessary travel document for the readmission of the person concerned. 5) If, for legal or factual reasons, the person concerned cannot be transferred within the period of validity of the travel document that was initially issued, the competent consular office of Turkey shall, within three working days, issue a new travel document with a period of validity of the same duration. In case there is no consular office of Turkey in a Member State or if Turkey has not, within three working days, issued the travel document, the reply to the readmission application shall be considered as the necessary travel document for the readmission of the person concerned."

⁶³ See: "3) After Turkey has given a positive reply to the readmission application or, where appropriate, after expiry of the time limits laid down in Article 11(2), the Turkish authorities, if necessary, shall within three working days, issue the person whose readmission has been accepted with the 'emergency travel document for aliens' required for his or her return with a period of validity of at least three months. In case there is no consular office of Turkey in a Member State or if Turkey has not, within three working days, issued the travel document, it shall be deemed to accept the use of the EU standard travel document for expulsion purposes. 4) If, for legal or factual reasons, the person concerned cannot be transferred within the period of validity of the 'emergency travel document for aliens' that was initially issued, the Turkish authorities shall within three working days extend the validity of the 'emergency travel document for aliens' or, where necessary, issue a new 'emergency travel document for aliens' with the same period of validity. In case there is no consular office of Turkey in a Member State or if Turkey has not, within three working days, issued the travel document, it shall be deemed to accept the use of the EU standard travel document for expulsion purposes."

CONCLUSION

People try to migrate due to economic, social, and political reasons such as war, unemployment, and poverty. However, migration does not always occur legally. People who do not fulfil the legal conditions for migrating apply to migrant smugglers. Because migration has social importance for both the destination and transit countries, developing migration policies and criminalizing migrant smuggling are important for preventing uncontrolled migration and taking preventative measures. While designing migration policies, how to both prevent the issue of migrant smuggling as well as respect migrant rights should be taken into consideration. While some improvements have occurred with respect to human rights in the context of migration, some problems still exist as a result of migration becoming a matter of national security.⁶⁴ However, as long as these economic, social, and political reasons persist, ending illegal migration and migrant smuggling should be stated to appear impossible.

Migrant smuggling is frequently confused with the crime of human trafficking. Despite some similarities, they differ in terms of matters such as consent, purpose, and source of profit. While the crime of migrant smuggling has the migrant's consent, the crime of human trafficking involves victims who are under threat and oppressions, with migrants' desperation being exploited through the use of force and violence. While the purpose of human trafficking is to abuse the victims, the purpose of migrant smuggling is the illegal transfer of migrants between countries. Migrant smugglers earn money directly from migrants in return for the illegal service they provide them. However, the abused person is not the source of material benefit in the crime of human trafficking; profits are instead gained by exploiting these persons. Also, the crime of human trafficking can be committed in only one country; however, the crime of migrant smuggling must involve at least two countries (i.e., the destination and source countries) in order to be committed.

Smuggling is not solely limited to the crime of migrant smuggling; it may also be intertwined with other crimes. In particular, migrants who are subjected to inhumane treatment are much more likely to experience injury or death. Moreover, crimes like forgery and money laundering can also be co-committed with the crime of migrant smuggling.

⁶⁴ KÖNİ, Hasan: "Uluslararası Göç", TESAM Strateji, Issue 5, 2023, p. 8.

That the problems integrating illegal migrants in the destination or transit countries are reflected in the rate of migrant crime in these countries is also worth mentioning.⁶⁵ Thus, migrant smuggling cannot be reduced to just smuggling. On the contrary, smuggling triggers many crimes, both during smuggling activities and after arrival in the transit and destination countries.

Given that migrant smuggling has a transnational feature, it is usually committed by organized international criminal organizations, concerns international community order, and entails international cooperation. By ensuring the coordinated actions of relevant states, national and international institutions will surely uphold the struggle against illegal migration and migrant smuggling. In this context, the dissemination of readmission agreements is important for promoting cooperation in the international sphere. Through readmission agreements, states endeavor to prevent uncontrolled migration and ensure the return of illegal migrants to their home or transit countries. In this context, advantages such as visa liberalization are offered to incentivize the increased popularity of readmission agreements.

Although Türkiye has been criticized for not taking sufficient action to prevent migrant smuggling and illegal migrants to Europe, as well as for not removing the geographical reservation⁶⁶ that was imposed upon it when it became a party to the 1951 Geneva Convention, it has experienced overwhelming pressure from migration; hence, cooperation is obviously the one and only solution to this problem.

Lastly, the readmission agreements that regulate the return of irregular migrants and the admission of qualified migrants to Europe should be stated to prove that European states prioritize their border security, while Türkiye follows a human rights-based policy in this regard.

⁶⁵ See: The behavior of immigrants that pose a risk to social order and disrupt public peace, together with uncontrolled immigration. VG Köln (13. Kammer), Urteil vom 08.03.2022 – 13 K 326/21, § 535, § 545.

⁶⁶ The geographical reservation made by Türkiye when it became a Party to the 1951 Geneva Convention is about the implied obligation in the Convention to provide international protection only to refugees from Europe, and this reservation is a right recognized by the Convention. See: NAS, p. 182.

REFERENCES

- ALJEHANI**, Abdelnaser: "The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol", *Journal of Criminal Law*, Volume 79, Issue 2, 2015.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 21th ed., Ankara 2024.
- BAIRD**, Theodore: "Understanding human smuggling as a human rights issue", *Danish Institute for International Studies*, 2013.
- BATIR**, Kerem: "Avrupa Birliği'nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye İle AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme", *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Volume 15, Issue 30, 2017.
- CİOROBĂI**, Ervin: "Smuggling of Migrants Threat to National Security", *Research and Science Today*, Volume 13, Issue 1, 2017.
- DE MASSOL DE REBETZ**, Roxane/ **VAN DER WOUDE**, Maartje: "A socio-legal analysis of the Belgian protective legislation towards victims of aggravated forms of migrant smuggling", *Crime Law and Social Change*, Issue 78, 2022.
- DOĞAN**, Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 2nd ed., Ankara 2008.
- EKİNCİ**, Mehmet Uğur: *Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması ve Vize Diyalogu*, İstanbul 2016.
- EVİK**, Ali Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, Issue 3-4, 2005.
- Forensic Statistics, General Directorate Of Criminal Records And Statistics, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adl-istatistikler-yayin-arsivi>, *Frontex Risk Analysis for 2022/2023*, Warsaw 2022.
- İÇDUYGU**, Ahmet/ **KOSER AKCAPAR**, Şebnem: "Türkiye", *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base* (Ed.: Marie McAuliffe, Frank Laczko), IOM, 2016.
- KFİR**, Isaac: "International Law and Human Smuggling: Trying to Make Sense of A Convolutated Framework", (People Smugglers Globally, 2017, Editor: John Coyne, Madeleine Nyst), *Australian Strategic Policy Institute*, October 2017.

- KHAN**, Abdus Samad/**KHAN**, Taza/**NİSAR**, Adnan /**KHAN**, Riaz Ahmad: "Understanding the Human Trafficking Doctrine from a Legal Perspective", *International Journal of Early Childhood Special Education*, Volume 14, Issue 7, 2022.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10th ed., Ankara 2024.
- KÖNİ**, Hasan: "Uluslararası Göç", *TESAM Strateji*, Issue 5, 2023.
- MARTİN**, Philip/**MİLLER**, Mark: "Smuggling and Trafficking", *International Migration Review*, Volume 34, Issue 3, 2000.
- NAS**, Çiğdem: "Türkiye-AB İlişkilerinde Geri Kabul ve Vize Serbestliği: Hareketliliğin Yönetimi", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Volume 23, Issue 2, 2015.
- ÖZDAL**, Barış/**ARGALI**, Medihanur: "Göç Diplomasisi", *TESAM Strateji*, Issue 5, 2023.
- PARLAK**, Bekir: "Küresel Düzeyde Göç Gerçeği ve Uluslararası Göç Örgütü", *TESAM Strateji*, Issue 5, 2023.
- RODRÍGUEZ**, Laidiana Torres/ **PAEZ CUBA**, Lisett D. / **MARTÍNEZ HERNANDEZ**, Liliana Margarita: "Migration and the crimes of People smuggling and trafficking, Technical-legal analysis", *Technium Social Sciences Journal*, Volume 5, 2020.
- SAĞIROĞLU**, Ali Zafer/ **ÜNSAL**, Ramazan/ **ÖZENCİ**, Furkan: *Türkiye Göç ve İnsan Hareketlilikleri Yıllık Raporu 2021*, AYBÜ-GPM, 1. Baskı, Ankara 2022.
- ŞAHİN**, Güngör: "Göç Kapsamında Avrupa Güvenliği Ve Tehdit Analizi", *TESAM Strateji*, Issue 5, 2023.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21th ed., Ankara 2023.
- TUDOR**, Corina Maria: "Migrants Smuggling European Phenomenon or Crime?", *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, Issue 2, 2021.
- UNODC**: *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, United Nations Publication.
- UZAN**, Yıldız/ **AKGÜL**, Derya: *Türkiye'nin Göçmen Kaçakçılığı İle Mücadelesi ve Suriyeli Düzensiz Göçmenler Üzerine Bir Değerlendirme*, Fırat Üniversitesi, İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Volume 6, Issue 1, 2022.

ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI: TÜRK HUKUKUNDA GÖZDEN GEÇİRİLMESİ GEREKEN BİR KONU

Arş. Gör. Furkan KILINÇER *

Öz

Aleyhe değiştirme yasağı yalnızca sanık lehine kanun yolu başvurusu yapıldığında gündeme gelen ve sanık hakkında hükmedilen cezanın ağırlaştırılmaması sonucunu doğuran kuraldır. Bu kuralın düzenleniş amacı sanığın kanun yoluna özgürce başvurabilmesidir. Bu bağlamda kural; adil yargılanma hakkı, iki dereceli yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi ile yakın ilişki içerisinde. Aleyhe değiştirme yasağının Türk hukukundaki uygulama alanı, mevzuattaki düzenleniş şekline göre cezanın sanık aleyhine ağırlaştırılmamasından ibarettir. Ancak karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde çağdaş ülkelerin ceza muhakemesi kanunlarındaki düzenlemelerde, konunun Türk hukukundakinden daha geniş bir biçimde ele alındığı ve sanığın hukuki durumunun aleyhine değiştirilemeyeceğinin açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bu çalışmanın amacı, düzenleniş gayesi sanığın kanun yoluna başvurma hakkını teminat altına almak olan aleyhe değiştirme yasağının gerçekten bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını tartışmak, bu doğrultuda sanığa yalnızca ceza bakımından koruma sağlan-

* Arş. Gör., Karabük Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Karabük, Türkiye | Res. Asst., Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Political Science and Public Administration, Law Sciences, Karabük, Türkiye.

✉ furkankilincer@karabuk.edu.tr, • ORCID 0009-0005-9585-8230

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KILINÇER, Furkan: "Aleyhe Değiştirme Yasağı: Türk Hukukunda Gözden Geçirilmesi Gereken Bir Konu", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 181-205.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

masının doğuracağı sakıncaları ortaya koymak ve nihayetinde yasağın daha etkin bir biçimde uygulanabilmesi adına koruma alanının genişletilebilmesi için neler yapılabileceğini çözüm önerileri sunarak açıklamaya çalışmaktadır

Anahtar Kelimeler

• Aleyhe Değişirme Yasağı • Suçun Niteliğinin Değişmesi • Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması • Basit Yargılama Usulü • Kanun Yoluna Başvurma Hakkı

PROHIBITION OF REFORMATIO IN PEIUS: A MATTER TO BE REVIEWED IN TURKISH LAW

Abstract

The prohibition of reformatio in peius results in the sentence not being aggravated against the defendant as a result of the legal remedy application made in his favor. It is seen that the regulations in the criminal procedure law of modern countries, in a broader manner than the regulations in Turkish law, clearly regulate that the legal status of the defendant cannot be changed to his detriment. The purpose of this study is to discuss whether the prohibition of reformatio in peius, the purpose of which is to guarantee the defendant's right to resort to legal remedy, is really suitable for achieving this purpose, to reveal the drawbacks of providing protection to the defendant only in terms of punishment in this direction, and finally to try to explain what can be done to expand the protection area in order to apply the prohibition more effectively by offering solutions.

Keywords

• Prohibition of Reformatio In Peius • Recharacterization of the Offense • Deferral of the Announcement of Verdict • Simplified Trial Procedure • Right to Appeal

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde işkencenin bir delil elde etme aracı olarak kabul edildiği, sanığın yargılamada obje konumunda olduğu ve kendisine neredeyse hiçbir hakkın tanınmadığı tahkik sisteminden; sanığın yargılamanın süjesi konumunda bulunduğu, davasız yargılama olmaz gibi temel ceza muhakemesi ilkelerinin uygulandığı ve sanığın çeşitli haklara

sahip olduğunun kabul edildiği işbirliği sistemine geçilmiştir.¹ Artık modern ceza hukukunda sanığa, masumiyetini kanıtlayabilmesi için birtakım hukuki çarelere başvurabilmesi imkanının tanınmasının gerektiği tartışmasızdır. Nitekim kanun yolu incelemeleri de yargılama aşamasındaki var olan hataların giderilmesiyle bu amaca hizmet etmekte ve adaletin tesis edilmesini sağlamaktadır.²

Medeni hukuk yargılamalarından farklı olarak ceza hukuku yargılamalarında mahkemelerin verdikleri kararlar bizzat kişilerin özgürlükleri üzerinde etki doğurmaktadır. Bu nedenle de ceza hukuku yargılamalarında kıyas yasağı, masumiyet karinesi veya aleyhe değiştirme yasağı gibi çeşitli ilke ve kurumlar uygulanmaktadır. Çalışmamız bakımından ele aldığımız aleyhe değiştirme yasağı (*reformatio in peius yasağı*³) kanun yoluna yalnızca sanık veya müdafii ya da sanık lehine Cumhuriyet savcısı veya sanığın eşi ya da yasal temsilcisi tarafından başvurulduğunda hükmedilecek nihai cezanın önceki hükümde belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacağı anlamına gelmektedir. Sanığın hem lehine hem de aleyhine başvuru varsa aleyhe değiştirme yasağı uygulanmayacaktır.

Bu kural, çağdaş hukuk düzenlerince kabul edilerek sanığın kanun yoluna “özgürce” başvurabilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.⁴ Bu özelliği nedeniyle kural, korku duyulmadan yasa yollarına başvurma ilkesi

¹ KOCAOĞLU, Serhat Sinan: “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafii”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2010, s. 129-132; DURANOĞLU, Yakup: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2022, s. 170-172.

² ALGAN CANSEVEN, Hazal: Ceza Muhakemesinde Kanun Yoluna Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 28.

³ KAYMAZ, Seydi: “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, s. 1399; ÖZBEK, Veli Özer/TEPE, İlker: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasasına İlişkin – Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla – Genel Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 3759.

⁴ DÜLGER, Murat Volkan/TAŞKIN, Şaban Cankat: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 793; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara, 2024, s. 750; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ALAN, Esra/ SİRMA GEZER, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./Özaydın, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/TOK, Mehmet Can: (Nazarî ve Uygulamalı) Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 686; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 100.

(principle of appeal without fear) olarak da adlandırılmıştır.⁵ Aynı zamanda aleyhe değiştirme yasağının, sanığı hak ve yetkilere sahip olan ve yargılamaya şekil verebilen bir süje konumuna getirdiği de ifade edilmektedir.⁶

Hukukun üstünlüğü ilkesinin egemen olmadığı devletlerde aleyhe değiştirme yasağının ya hiç uygulanmadığı ya da kapsamının oldukça dar tutulduğu ifade edilmiştir.⁷ Bu bağlamda hukukun üstünlüğü ilkesiyle aleyhe değiştirme yasağı yakın ilişki içerisindedir.⁸ Nitekim Alman

cılık, Ankara, 2024, s. 602; **ORMANOĞLU**, Hatice Derya: Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 26; **KESKİN**, Serap: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 416; **ÇINAR**, Ali Rıza: “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, s. 632; **SOYER GÜLEÇ**, Sesim: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, s. 705; **ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 2355; **ÖZBEK/TEPE**, s. 3774; **KAYMAZ**, Aleyhte Değiştirme Yasağı, s. 1404. CMUK döneminde doktrinde *Kunter* tarafından; kuralın uygulanmamasının antidemokratik bir yaklaşım tarzını yansıtmadığı, sanığın kanun yoluna başvurusuyla kanun yolu muhakemesini başlattığı ve bunun sonucunda verilen karara ne şekilde olursa olsun razı olması gerektiği ifade edilerek aleyhe değiştirme yasağının kanunda yer almasının gerektiği savunulmaktaydı (**KUNTER**, Nurullah: “Aleyhte Düzeltme Yasağı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 18, S. 3-4, 1952, s. 668-669) ancak yazar daha sonrasında bu görüşünden “İlk altı basıdaki görüşümüz, daha çok kararı beğenmeyip bozulmasını isteyen kişinin, karar bütün olduğuna ve yeni bir karar verileceğine göre, bunun aleyhe sonuçlarına da katlanması gerekmesinde ve bu mecburiyetin temelinde, iddia makamlarının aleyhte kanun yollarına gitmemesindeki tesadüfün yatmasına dayanıyordu. Rasyonel olmasına rağmen bu görüşün fazla sert olduğunu gördük. Hepimiz şu veya bu tesadüften yararlanırken, sanık niye yararlanmasın?” şeklindeki gerekçeyle vazgeçmiştir (**KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 1666).

⁵ **HERKE**, Csongor/**TÓTH**, Csenge D.: “Theoretical and Practical Issues of the Prohibition of Reformatio in Peius in Hungary”, Issues of Business and Law, Volume 3, 2011, s. 97.

⁶ **ERSOY**, Uğur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 168.

⁷ **HERKE**, Csongor/**TÓTH**, Csenge D.: “Prohibition of Reformation in Peius and the Principle of Constitutionality”, Journal of Politics and Law, Volume 5, No. 2, 2012, s. 50.

⁸ **SELÇUK**, Sami/**ÇINAR**, Ali Rıza: Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırma Kuralı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 32-34 (Selçuk); **EREM**, Faruk: “Aleyhe

ceza muhakemesi hukukunda daha öncesinde uygulanan aleyhe değiştirme yasağının Nazi dönemiyle birlikte 1935 tarihli bir yasa ile yürürlükten kaldırılması da bu görüşü destekler niteliktedir.⁹

Biz de bu kuralın hukuk devleti ilkesinden bağımsız olarak değerlendiremeyeceğini düşünüyoruz. Zira aleyhe değiştirme yasağının uygulanmadığı bir düzende sanık cezasının ağırlaşabileceği endişesini taşıyacağından kendisine kanun yoluna başvurma imkânı tanınmış olsa dahi bu hakkını fiilen kullanamayacaktır. Hukuk düzenince tanınan bir hakkın kullanımının fiili olarak imknsızlaştırılması ise hukuk devleti ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecek ve adaleti zedeleyecektir. Bir taraftan sanığa adil yargılanma, kanun yoluna başvurma gibi temel hak ve özgürlükler tanınırken diğer taraftan bunların kullanılmasının maddi olarak imknsızlaştırılması doğru değildir.

I. KANUN YOLLARI BAKIMINDAN ALEYHE DEğİşTİRME YASAğI

A. Olağan Kanun Yolları

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) olağan kanun yollarını düzenleyen istinaf ve temyiz yoluna ilişkin hükümleri arasında (CMK m. 283 ve CMK m. 307/5) aleyhe değiştirme yasağının uygulanacağına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak re'sen istinaf (otomatik istinaf) muhakemesi açısından yapılacak incelemede aleyhe değiştirme yasağının uygulanıp uygulanmayacağına yönelik herhangi bir düzenlemenin bulunmaması tartışmalara yol açmaktadır. Bir görüş, re'sen istinafta aleyhe değiştirme yasağının uygulanacağı hususunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını gerekçe göstererek re'sen istinaf durumunda yasağın uygulanamayacağını ifade etmektedir.¹⁰ Diğer bir görüş ise re'sen istinafın sanık lehine yapılmış bir istinaf gibi değerlendirilmesi

Bozma Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, C. 24, S. 2, 1967, s. 616-617; SOYER GÜLEÇ, s. 718; ÇINAR, s. 648; KAYMAZ, Aleyhte Değiştirme Yasağı, s. 1405. Alman hukukunda da kimi yazarlarca yasağın hukuk devleti ilkesinden tredıği ifade edilmiştir. İlgili görüşler için bkz. ERSOY, Aleyhe Değiştirme, s. 138-146.

⁹ EREM, s. 617.

¹⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/ALAN/SIRMA GEZER/SAYGILAR/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/TOK, s. 709. Bu görüşü savunan zen, re'sen istinaf düzenlemesiyle sadece sanığın haklarının gözetilmediğini aynı zamanda bu düzenlemeyle maddi gerçeğe hatasız bir biçimde ulaşılmasının da hedeflendiğini ifade etmektedir. Ayrıca yazara göre bu durumda aleyhe değiştirme yasağının koşulları da oluşmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 1449.

gerektiğini ve bu nedenle de istinaf incelemesi sonucunda hükmün sanığın aleyhine ağırlaştırılamayacağını ifade etmektedir.¹¹ Bu görüşe göre, düzenlemenin on beş yıl ve daha fazla hapis cezaları bakımından öngörüldüğü göz önünde bulundurulduğunda adil yargılanma hakkını ihlal etme olanağı bulunan hususların mümkün olduğunca giderilmesi amaçlanmaktadır. Biz de bu görüşü benimsemekteyiz. Zira kanun koyucunun on beş yıl gibi oldukça ağır miktarda hapis cezasını aşan cezalar bakımından hükmün sanığın talebi olmaksızın inceleneyeceğini düzenlemesinin gerekçesi bu tür hükümler bakımından olası hataların giderilerek sanığın doğru bir biçimde yargılanmasının istenmesidir. Bu nedenle de istinaf merciince yapılacak incelemede aleyhe değiştirme yasağı uygulanmalı ve sanığın durumu ağırlaştırılmamalıdır.

Bir diğer olağan kanun yolu olan itiraz kanun yoluna ilişkin hükümler arasında da aleyhe değiştirme yasağına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle yasağın mevcudiyeti tartışmalıdır. Bir görüş; gerek yasağın amacını gerekse de CMK m. 265'teki "*Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez*" hükmünün kanun yollarına ilişkin genel hükümler kapsamında düzenlendiğini dikkate alarak Cumhuriyet savcısının sanığın lehine başvurduğu tüm kanun yolları açısından yasağın uygulanacağını ifade etmektedir.¹² Diğer bir görüş ise aleyhe değiştirme yasağının diğer kanun yollarında açıkça belirtilmesine rağmen itiraz kanun yolunda bu yönde bir düzenlemenin bulunmadığını ve itiraz kanun yolunun hâkimlik kararlarına karşı bir başvuru niteliğinde olduğunu, bu nedenle de cezaya ilişkin bir değerlendirme yapılmadığını belirterek itiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağının uygulanmayacağı kanaatindedir.¹³

¹¹ İTİŞGEN, Rezzan: "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 5, S. 16, 2014, s. 388; ÖZEN, Muharrem: "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2363-2364; SELÇUK/ÇINAR, s. 40 (Selçuk); KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde İstinaf, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 93; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 603; ERSOY, Aleyhe Değiştirme, s. 332-333.

¹² ÖZEN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 135; ÖZDEMİR, Süleyman Emre: Yargıtay Kararları Işığında İtiraz Kanun Yolu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 137; KAYMAZ, Aleyhte Değiştirme Yasağı, s. 1416-1417.

¹³ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 935; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 602; DÜLGER/TAŞKIN, s. 794; ORMANOĞLU, s. 26; ÜNVER/HAKERİ, s. 2361.

Biz de ilk görüşü destekliyor ve aleyhe değiştirme yasağının uygulanıp uygulanmayacağı hususunda itiraz kanun yoluyla diğer olağan kanun yolları arasında bir ayrıma gidilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira aksi kabul, bünyesinde ceza hükmü barındırmasına rağmen denetimi itiraz kanun yoluna bırakılmış kararlar bakımından lehe kanun yolu başvurusu neticesinde hükmün (cezanın) ağırlaştırılabileceği anlamına gelecek ve yasağın amacıyla bağdaşmayacaktır.

B. Olağanüstü Kanun Yolları

Aleyhe değiştirme yasağı kural olarak olağanüstü kanun yollarında da uygulanmaktadır. Kanun yararına bozma yolunu düzenleyen hükümler arasında CMK m. 309/4-b'de mahkûmiyet hükmü açısından, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin yapılacak başvurularla sınırlı olarak aleyhe değiştirme yasağının uygulanacağı ifade edilmiştir. CMK m. 309/4-c'de de davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere yönelik yapılacak kanun yararına bozma incelemesinin aleyhe sonuç doğurmayacağı ve yeniden yargılamayı gerektirmeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre örneğin Yargıtay tarafından verilen bozma kararına rağmen sanık hakkındaki önceki beraat hükmü geçerliliğini koruyacaktır.¹⁴ Yargılamanın yenilenmesi açısından da CMK m. 323/2'de yargılamanın yenilenmesi talebi hükümlü lehine ise yeniden yapılacak yargılamada önceki hükümde belirlenmiş olan cezadan daha ağır cezaya hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir.

CMK m. 308'de düzenlenen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı ile CMK m. 308/A'da düzenlenen Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı açısından açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak olağanüstü itiraz kanun yoluna da nihayetinde Cumhuriyet savcısı tarafından başvuruabileceğe göre bu yol açısından da CMK m. 265 hükmü gereğince aleyhe değiştirme yasağının uygulanmasının gerektiği savunulabilir. Nitekim öğretide de kimi yazarlarca istinaf veya temyiz yoluna sadece sanık lehine gidilmişse olağanüstü itiraz açısından da aleyhe değiştirme yasağının uygulanmasının gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵

¹⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1841.

¹⁵ ERDEM, Mustafa Ruhan/ŞENTÜRK Candide: Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 246; APAYDIN, Cengiz: Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları, Seçkin Yayıncılık, An-

II. KURALIN KAPSAMI: UYGULAMA ALANI VE SINIRLARI

Yukarıda ifade edildiği üzere CMK'nın aleyhe değiştirme yasağını düzenleyen normlarında sanığın "cezasının" ağırlaştırılmayacağı belirtilmiştir. Ancak doktrinde isabetli bir şekilde, yasağın amacı nazara alındığında maddelerde geçen ceza kavramının hapis cezası ve adli para cezalarından daha geniş çerçevede yorumlanmasının gerektiği ifade edilmektedir. Bu hususta ceza ile kastedilen şeyin aslında bir bütün olarak yaptırım kavramı olduğu ifade edilerek cezanın hukuksal sonuçları ve güvenlik tedbirleri açısından da aleyhe değiştirme yasağının uygulanacağı savunulmaktadır.¹⁶ Bu kabulde birlikte sanığın hukuki durumu kanun yoluna başvurmasından önceki durumuna göre ağırlaştırılmayacaktır.

Ancak bu yoruma karşılık *Ersoy* tarafından aleyhe değiştirme yasağının ceza muhakemesi bakımından istisna teşkil ettiği, kıyas yoluyla istisnaların kapsamının genişletilemeyeceği ve CMK'da aleyhe değiştirme yasağı bakımından yalnızca cezalara değinildiği hususları göz önünde bulundurulduğunda her ne kadar olması gereken hukuk bakımından güvenlik tedbirlerinin de yasağın kapsamında değerlendirilmesi isabetli olsa da şu anki düzenleme biçimiyle bunun mümkün olamayacağı ifade edilmiştir.¹⁷

kara, 2020, s. 217; ÜNSAL, Cengiz: "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının Olağanüstü İtiraz Yetkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 1, 2022, s. 576.

¹⁶ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/ALAN/SIRMA GEZER/SAYGILAR/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/TOK, s. 687; KESKİN, s. 416; ÇINAR, s. 653; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 752; KAYMAZ, Aleyhte Değiştirme Yasağı, s. 1427; SOYER GÜLEÇ, s. 742. Bu doğrultuda doktrinde *Özbek/Tepe* tarafından "Sonuçları itibariyle daha ağır bir yaptırım türü olan ceza için öngörülen usulî bir güvence veya bir kazanılmış hak, yine bir yaptırım türü olan ve sonuçları itibariyle cezadan daha hafif olan güvenlik tedbirleri için evleviyetle geçerli kabul edilebilir." gerekçesiyle de yasağın güvenlik tedbirlerini kapsadığı ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK/TEPE, s. 3778-3780.

¹⁷ ERSOY, Aleyhe Değiştirme, s. 200-207.

Yargıtay, kararlarında ağırlıklı olarak yasağın yalnızca hapis ve adli para cezalarının türü veya miktarı bakımından koruma sağladığını belirtmektedir.¹⁸ Nitekim yeni tarihli CGK kararında da bu yönde belirlemelerde bulunulmuştur.¹⁹ Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında ceza kavramının geniş bir biçimde anlaşılacak sonuç ceza dışında kalan kısımlar yönünden de hükmün sanık aleyhine ağırlaştırılmamasının gerektiği görülmektedir. Örneğin sanığın cezaevinde geçirmesi gereken süreyi ağırlaştırarak etkisi bakımından tekerrür, erteleme kurumları ya da adli para cezasının taksitle ödenmesi açısından aleyhe değiştirme yasağının uygulanacağına yönelik kararlar mevcuttur.

Lehe kanun yolu başvurusu neticesinde suçun niteliğinin değişebileceği, bu durumun aleyhe değiştirme yasağının kapsamında olmadığı savunulmaktadır.²⁰ Kanun koyucunun tercihinin de bu doğrultuda ol-

¹⁸ Aleyhe değiştirme yasağının yalnızca ceza miktarı ve türü açısından uygulanacağına yönelik bkz. **Yargıtay CGK, E: 2006/199, K: 2006/188, T: 19.09.2006**, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15.06.2024); **Yargıtay CGK., E. 2006/301 K. 2006/296 T. 12.12.2006**, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15.06.2024). Aleyhe değiştirme yasağı ile sanığın önceki hükümdeki hukuki durumunun korunacağına yönelik bkz. "Ceza Genel Kurulumuz da çeşitli kararları ile lehe temyiz davası üzerine aleyhe düzeltmeye zorunluluğuna açıklık getirmiş ve CYUY'nun 326/2. maddesindeki hüküm sözünü sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden düşünerek geniş anlamak gerekeceğini (15.03.1971 gün ve 4-84), ilk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse, lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiğini (19.06.1967 gün ve 114-162, 13.04.1964 gün ve 154-167), temyiz incelemesinde öncelikle temyiz lehe veya aleyhe mi olduğu tespit edilerek, incelemenin buna göre yapılması gerektiğini, sanık lehine tecelli edecek bir hatanın tazammun edeceği hukuki neticelerin aleyhte tevessülatta bulunmadıkça değiştirilemeyeceğini, (31.01.1949 gün ve 171-35) vurgulanmıştır." **Yargıtay CGK., E: 2008/198, K: 2008/211, T: 7.10.2008**, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15.06.2024).

¹⁹ "Kanun'daki açık düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere; yaptırım ve sonuçlarını aleyhe değiştirme yasağının kapsamı yalnızca ceza miktarı ile sınırlı olacak, sanık veya onun lehine ilgililer tarafından temyiz davası açıldığında, lehe bozma üzerine yeniden kurulan hükümle belirlenen ceza ve sonuç önceki hükümle belirlenen cezadan ve sonuçtan daha ağır olamayacaktır... Belirtildiği üzere aleyhe değiştirme yasağı münhasıran cezalar ile ilgili ve sınırlı olup, fiilin nitelendirilmesinde ve suç adının belirlenmesinde geçerli değildir. Cezalar TCK'nın 45. maddesinde; hapis ve adli para cezaları olarak sayıldığından, cezalar arasında sayılmayan güvenlik tedbirleri ile diğer müesseselerin bu yasak kapsamda değerlendirilemeyeceği CGK tarafından duraksamasız olarak kabul edilmiştir." **Yargıtay CGK, E: 2019/148, K: 2023/361, T: 21.6.2023**, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15.06.2024).

²⁰ **DÜLGER/TAŞKIN**, s. 793-794; **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 1014; **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/ALAN/SIRMA GEZER/SAYGILAR/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/TOK**, s. 688; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ**, s. 753; **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s.

duğu istinaf ve temyiz yoluna ilişkin aleyhe değiştirme yasağı düzenlemelerinin madde gerekçelerinden anlaşılabilir. Bu madde gerekçelerinde açıkça kuralın suç niteliğine bir etkisinin bulunmadığı, aleyhe değiştirme yasağının yalnızca cezanın türü ve süresi bakımından uygulanacağı ifade edilmiştir.²¹

Farklı bir görüş olarak *Kaymaz*, suçun niteliğinin değişmesi sonucunda sanığın fiilinin af kapsamında görülmemesi ya da memuriyete engel bir suça dönüşmesi gibi sanık açısından kanun yoluna başvurmaktan vazgeçmesine yol açabilecek oldukça ağır sonuçlarının olabileceğini ifade etmekte ve suçun niteliğinin değişmesinin aleyhe değiştirme yasağı ile bağdaşmayacağını belirtmektedir.²²

Ersoy da sanığın lehe kanun yolu başvurusu sonucunda fiilinin hukuki niteliği bakımından yapılacak aleyhe değişikliklere katlanmasının gerekli olduğu şeklindeki görüşlere katılmamakta, aleyhe değişiklik kavramının tespitinde hem maddi ceza hukuku hem ceza muhakemesi hukuku hem de infaz hukuku bakımından değerlendirme yapılarak tüm bu yönler bakımından sanığın hukuki durumunun ağırlaştırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak yazar bu kabulünün yasal dayanağa ihtiyacı olduğunu belirterek ilgili hükümlerde fiilin bütün haksızlık sonuçlarının ve hukuksal nitelendirmesinin sanığın aleyhine değiştirilemeyeceği doğrultusunda değişiklik yapılmasını önermektedir.²³

Yine *Erem* de mahkemece hükmedilen cezanın sanık aleyhine artırılmış olacağı kanaatiyle teşebbüs kabul edilen fiilin tamamlanmış suç, basit suç kabul edilen fiilin nitelikli suç olduğundan bahisle hükmün bozulmasını veya ilk mahkemece kabul edilmemiş teselsülün daha sonrasında kabul edilmesini aleyhe değiştirme yasağı ile bağdaştırmamaktadır.²⁴

Çağdaş ülkelerin ceza muhakemesi hukuku mevzuatlarında ise yasağın, Türk hukukundaki “*cezası ağırlaştırılmaz*” ifadelerinden daha geniş bir biçimde ele alındığını ve güvenlik tedbirlerini de kapsar bir biçimde sanığın hukuki durumunun korunduğunu görmekteyiz. Örneğin Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 515/2’de yalnızca sanığın lehine

603; **ORMANOĞLU**, s. 69; **KESKİN**, s. 418; **ÇINAR**, s. 633; **ÖZBEK/TEPE**, s. 3782; **SELÇUK/ÇINAR**, s. 41 (Selçuk); **ÜNVER/HAKERİ**, s. 2357.

²¹ CMK m. 283 ve m. 307 gerekçeleri.

²² **KAYMAZ**, Aleyhte Değiştirme Yasağı, s. 1432-1433.

²³ **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme, s. 276-277.

²⁴ **EREM**, s. 617.

temyize başvurulduğunda sanığın durumunun kötüleştirilemeyeceği,²⁵ Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu m. 369/2'ye göre hükümlünün durumunun ağırlaştırılabilmesi için mağdurun, yasal temsilcisinin veya Cumhuriyet savcısının sanık aleyhine itirazda bulunmasının aranacağı,²⁶ Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu m. 351'de savcılık makamının sanık lehine yaptığı itirazın neticesinde sanığın aleyhine herhangi bir değişikliğin yapılamayacağı,²⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 331/1'de yalnızca sanık lehine itiraz durumunda, sanık, sanığın kanuni temsilcisi veya Cumhuriyet savcısının itirazı neticesinde sanığın aleyhine ceza miktarının ve suçun hukuki sonuçlarının değiştirilemeyeceği ifade edilmektedir.²⁸ Ancak Alman hukukunda sanığın tehlikelilik durumu göz önünde bulundurulmuş ve maddenin devamında aleyhe değiştirme yasasının, sanığın psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavi merkezine yatırılmasına karar verilmesini engellemeyeceği belirtilmiştir.

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu bu düzenlemeleri bir adım daha ileri taşımakta ve m. 597/3 hükmünde; hükme sadece sanık itiraz etmişse, hâkimin tür veya miktar bakımından cezayı veya güvenlik tedbirini ağırlaştıramayacağı, sanığın beraatine yönelik verilen kararın daha olumsuz bir nedenden dolayı değiştirilip tekrar bu doğrultuda bir karar verilemeyeceği ve beraat kararının sağladığı avantajların bu şekilde kaldırılmayacağını düzenlemektedir.²⁹

²⁵ Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce Çevirisi için bkz. https://legislationline.org/sites/default/files/documents/ca/France_CPC_am2006_en.pdf, (Erişim Tarihi: 13.06.2024).

²⁶ Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce Çevirisi için bkz. https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/rus/1996/the-criminal-procedure-code-of-the-russian-federation_html/Russia_Criminal_Procedure_Code_2001_as_amd_2012.pdf, (Erişim Tarihi: 13.06.2024).

²⁷ Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce Çevirisi için bkz. https://legislationline.org/sites/default/files/documents/30/Norway_Criminal_Procedure_Act_1981_am2013_en.pdf, (Erişim Tarihi: 13.06.2024).

²⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce Çevirisi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html, (Erişim Tarihi: 13.06.2024). Bu hüküm

²⁹ Ceza muhakemesi hukukunda her ikisi de beraat gerekçesi olarak kabul edilse de sanığın suçu işlediğinin sabit olmaması ile suçu işlemediğinin sabit olması arasında aklanma açısından oldukça büyük bir fark vardır. İtalyan kanun koyucusu da bu farka dikkat çekmektedir. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu için bkz. https://legislationline.org/sites/default/files/documents/42/Italy_CPC_updated_till_2012_Part_2_it.pdf, (Erişim Tarihi: 13.06.2024).

Yine Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 16. maddesindeki düzenleme de bu konuda güzel bir örnektir. Bu düzenlemeye göre, bir kanun yoluna veya hukuki bir çareye yalnız sanık lehine başvurulmuşsa soruşturma aşamasında verilen mahkeme kararları ve ceza verilmesine ilişkin mahkûmiyet kararları, karar aleyhine hiç kanun yoluna veya hukuki çareye başvurulmamış gibi sanık aleyhine değiştirilemeyecektir.³⁰

III. HUKUKUMUZ AÇISINDAN ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞININ ETKİLİ BİR ŞEKİLDE UYGULANIP UYGULANMADIĞI SORUNU

Sanığın herhangi bir tereddüt yaşamadan kanun yoluna başvurabilmesini teminat altına alan, bu sayede hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını koruyan aleyhe değiştirme yasağının bu amacı gerçekleştirebilmek için elverişli bir biçimde uygulanıp uygulanmadığı incelenmeye muhtaç bir konudur. Bu incelemede öncelikle aleyhe değiştirme yasağı bakımından suçun niteliğinin değişmesinin yasak kapsamında görülmemesinin muhtemel sonuçlarını izah etmek ve daha sonrasında bu yasağı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ve basit yargılama usulüne ilişkin itirazın denetimi bakımından değerlendirmek istiyoruz.

A. Suçun Niteliğinin Değişmesinin Yasak Kapsamında Görülmemesinin Değerlendirilmesi

Aleyhe değiştirme yasağının yalnızca cezalar bakımından uygulanacağını kabul etmek, lehe başvuru neticesinde sanığın aleyhine suçun niteliğinin değişebileceğini de kabul etmek anlamına gelecektir. Bu bağlamda, hükmedilen cezanın ağırlaştırılmaması şartıyla taksirli bir suçun kasten işlenen bir suçta dönüşmesi veya somut olayda hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması nedeniyle sanığın eyleminin suç olduğuna yönelik karar verilebilmesi ya da failin koşullu salıverilme düzenlemelerine göre daha az bir süre cezaevinde kalması gerekirken bu sürenin mahkûmiyet kurulan suçun niteliğinin değişmesiyle birlikte artması mümkündür. Bu tip değişikliklerin adeta bir ilave yaptırım olduğu ve sanığın bu yaptırımlarla karşılaşmasının aleyhe değiştirme yasağı ile bağdaşmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür.³¹

³⁰ Düzenlemenin Türkçe çevirisi için bkz. **ERSOY**, s. 120.

³¹ **KAYMAZ**, Aleyhte Değiştirme Yasağı, s. 1432-1433; **SELÇUK/ÇINAR**, s. 60 (Selçuk); **ERSOY**, s. 277.

Yine memurlar açısından da yargılama sonucunda mahkûm olunan suçun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde sayılan suçlardan birisine dönüşmesi sonucunda kişinin memuriyetini kaybetmesi ihtimali mevcuttur. Taksirli bir fiil neticesinde örneğin 13 ay hapis cezası almış bir sanığın kanun yolu incelemesi sonucunda 13 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılarak fazladan 15 günlük bir cezanın tesis edilmesi aleyhe değiştirme yasağını ihlal etmekteyken, ömür boyu mesleğini icra edememesini doğuracak yeni bir sonuçla karşılaşması aleyhe değiştirme yasağını ihlal etmemektedir. Kişinin yıllarca emek verdiği mesleğini icra etme imkanının tamamen elinden alınması, almış olduğu ceza miktarının artmasına nazaran çok daha ağır sonuçları olabilecek bir durumdur. Hatta bu durum, bazı kişiler açısından ölüm cezasından bile daha ağır görülebilir.³²

Bu noktada özellikle Yargıtay 3. Ceza Dairesinin bazı kararlarında yer alan karşı oy gerekçelerine aynen yer vermek istiyoruz. Zira bu gerekçelerde lehe kanun yolu incelemesi neticesinde suçun niteliğinin sanığın aleyhine değiştirilmesinin aleyhe değiştirme yasağı ile bağdaşmayacağı ifade edilmekte ve bu ifadeler sadece bir kısım yazarlarda değil kimi uygulayıcılarda da aleyhe değiştirme yasağının kapsamının genişletilmesinin gerektiği fikrinin ısrarla benimsendiğini ortaya koymaktadır. Buna göre Yargıtay 3. CD E: 2021/2002, K: 2021/8559, T: 15.09.2021; E: 2021/1861, K: 2021/9871, T: 03.11.2021 ve E: 2022/26793, K: 2022/6743, T: 25.10.2022 sayılı kararların karşı oy gerekçelerinde “*Aleyhe değiştirme yasağı uyarınca sanığın aleyhine değiştirilemeyecek olan hususlar yalnızca “ceza miktarı mıdır?”, yoksa ceza dışında çeşitli hak ve özgürlükleri sınırlayan sanığın aleyhine sonuç doğurabilecek diğer yaptırımlar ve kurallar bu kapsama dahil midir? Bu sorun esas itibarıyla aleyhe bozma yasağının sınır ve kapsamının ne olduğuyula ilgili olduğu ve bunun doğru yanıtlanması için aleyhe değiştirme yasağının amacının ne olduğunu bilmekten geçtiğini, zira aleyhe bozma yasağının amacı sanık ve sanık lehine yasa yoluna başvuran kişileri sanığın aleyhine bir sonuç ile karşılaşacakları korkusunu yaşamaksızın adalete erişim hakları kapsamında yasa yollarına başvurmalarını temin etmektir. Bu yönde baktığımızda yalnızca ceza değil, bu korkuya neden olabilecek diğer yaptırımlar bakımından da aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığı, yani aleyhte bozma yasağının kabul edilmesinin gerekçesi sanığın daha ağır bir cezayla karşılaşma*

³² YÜCE, Turhan Tufan: “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, Danıştay Dergisi, S. 88, 1994, s. 6.

korkusu taşımadan temyiz yasa yoluna başvurmasını sağlamak olduğuna göre bozma kararından sonraki sanığın durumunun yasa yoluna başvurmadan önceki durumundan daha kötü olmaması gerektiği sonucuna ulaşılır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 07.10.2008 tarih, 2008/1-198 E, 2008/211 Karar sayılı ilamında belirttiği gibi "İlk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse, lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiğine hükmetmiştir." // Aleyhe bozma yasağının kabul görmemesinin nedeni olarak "suçluların etkin bir şekilde cezalandırılmasının gerekmesi ve bozulan toplum barışının yeniden sağlanmak istenmesi" gösterilmektedir. Ancak bizzat yargı eliyle hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucu hukuk düzenimize karşı oluşan güvensizlik daha ağır sonuçlar doğuracaktır. Sonuç olarak; suç vasfına ilişkin hukuksal eleştiri yapılarak yetinilmesi gerekirken aleyhe bozma yasağı kurumunun amacına, ruhuna ve konuluş amacına aykırı olarak hak arama özgürlüğünü kısıtlamasına yol açacak şekilde yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olduğundan çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir." şeklinde ifadelerde bulunulmuştur.

B. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi Bakımından Aleyhe Değişirme Yasağının Değerlendirilmesi

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı, kanunda ifade edilen şartları taşıyan sanık bakımından mahkumiyetine yönelik kurulan hükümün açıklanmasının ertelenmesidir. Bu karar, hem mahkûmiyet hem de bu mahkumiyetin hukuki sonuç doğurmasını engelleyen erteleme kararından oluşmaktadır.³³ Dolayısıyla HAGB kararının kanun yolu denetiminde ilgili mahkeme tarafından hüküm bu iki karar bakımından incelenecektir.

Doktrinde HAGB kararının denetiminin itiraz kanun yoluna bırakıldığı döneme dair aleyhe değiştirme yasağının itiraz kanun yolunda uygulanmayacağı doğrultusundaki çeşitli görüşleri yukarıda ifade etmiştik. Yine bu dönemde HAGB kararı bakımından ilgili görüşlere ek olarak, yasağın yalnızca ceza miktarına ilişkin olduğu gerekçesiyle itiraz merciince

³³ AKYILDIZ, Anıl: "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, 2020, s. 81; GÜNGÖR, Devrim/OKUYUCU ERGÜN, Güneş: "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 1955; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 849; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 556; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/ALAN/SIRMA GEZER/SAYGILAR/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/TOK, s. 648.

HAGB kararının kaldırılabilirliği ve itiraza konu hükümden daha ağır bir cezaya hükmedilebileceği de ifade edilmiştir.³⁴ Ancak bu dönemde hakim görüşüne rağmen HAGB kararı bakımından da aleyhe değiştirme yasağının uygulanmasının gerektiği kimi yazarlarca ifade edilmiştir.³⁵ Sözgelimi bu görüşte olan *Ersoy*, HAGB kararları bakımından aleyhe değiştirme yasağının uygulanmaması halinde itiraz merciince itiraza konu hükümdeki ceza miktarının ağırlaştırılabilirliğinin mümkün olduğunu, bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini ve bireysel başvuruya konu edilebileceğini ifade etmektedir.

Ancak bu dönemde Yargıtay CGK tarafından E. 2019/148, K. 2023/361 sayılı ve 21.06.2023 tarihli kararıyla HAGB kararının denetiminde aleyhe değiştirme yasağının uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Tartışmamız bakımından oldukça önem taşıyan bu kararı ayrıca değerlendirmek istiyoruz. Yargıtayın önüne gelen dosyada; yerel mahkemece sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediğinden bahisle 1 yıl 8 ay hapis cezasıyla mahkumiyetine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar verilmiş, bu karara karşı yalnızca sanık tarafından itiraz edilmiş, itiraz merciince yargılamada ağırlaştırıcı nitelikli halin uygulanmaması sebebiyle HAGB kararı kaldırılarak dosya ilk derece mahkemesine gönderilmiş ve nihayetinde sanık 3 yıl 4 ay hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.

Bu karar, Yargıtay 14. Ceza Dairesince 2018/7422-7718 sayılı ve 24.12.2018 tarihli karar ile *“ceza hukukunun aksine ceza muhakemesi hukukunda kural olarak serbest olduğu ve ceza muhakemesi hukukunda genişletici yorum yapılabilirliği gözetildiğinde aleyhe bozma yasağının düzenlediği 5320 sayılı Kanunun 8. Maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nın 326/son maddesinin, itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün*

³⁴ **SARIGÜL**, Ali Tanju: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu”, TBB Dergisi, S. 125, 2016, s. 81; **CAN**, Sibel/**EVİRGEN**, Selen: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Prof. Dr. Mustafa Avcı'ya Armağan, 2025, s. 2099-2100.

³⁵ **KAYMAZ**, Aleyhte Değişirme Yasağı, s. 1416-1420; **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 858. Yine *Kayabaşı* tarafından da itiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağının uygulanmamasının isabetli olduğu ancak HAGB kararının denetiminde olduğu gibi sanığın aldığı cezanın daha da ağırlaşması ihtimalinin bulunduğu çeşitli durumlarda bu yasağın geçerlilik kazanmasının gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KAYABAŞI**, Recep: "Tartışmalı Yönleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu", Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 3, 2023, s. 113-115.

olduğundan, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhine yalnızca sanık tarafından itiraz kanun yoluna başvurulduğu, bu sebeple aleyhe değiştirme (bozma) yasağı gereği ilk verilen ceza miktarından daha fazla cezaya karar verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi” gerekçeleriyle bozulmuştur. Ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay CGK, aleyhe değiştirme yasağının istisnai bir düzenleme olduğu ve itiraz yolunda bu yönde bir düzenlemeye kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde yer verilmediğini ifade ederek “öte yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar, CMK’nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından, ortada davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan söz edilememesi, aynı Kanun’un 231/5. maddesinde belirtildiği üzere hukuken sonuç doğurmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında sanık hakkında hükmedilen bir cezadan bahsedilemeyeceğinden cezanın aleyhe değiştirilmesi ilkesinin uygulanma olanağının bulunmaması” gerekçeleriyle Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 2018/7422-7718 sayılı ve 24.12.2018 tarihli kararının kaldırılmasına yönelik karar vermiştir.

Ancak kanun koyucu tarafından HAGB kararının tabii olduğu itiraz kanun yolu 7499 sayılı kanunla³⁶ değiştirilmiş ve bu kararın denetimi istinaf veya temyiz yoluna bırakılmıştır. Bu değişiklik neticesinde ilgili kanun yollarında öngörülen aleyhe değiştirme yasağı düzenlemeleri HAGB kararı bakımından da uygulanabilecektir. Lakin bu düzenlemelerin hangi kapsamda uygulanacağı ayrı bir tartışma konusudur.

Biz aleyhe değiştirme yasağı düzenlemelerinin HAGB kararının niteliğine uygun bir biçimde hem mahkûmiyet hem de erteleme kararı bakımından uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi durumda HAGB kararına karşı kanun yoluna başvurmak sanık açısından oldukça sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Zira kanun yolu muhakemesinde yapılacak incelemede hüküm hem usul hem de esas yönünden denetleneceğinden HAGB kararının verilebilmesi için gereken şartların gerçekleşip gerçekleşmediği mahkemece incelenebilecektir. Bu inceleme neticesinde şartların oluşmadığı kanaatinde olan mahkemenin HAGB kararını kaldırması sonucunda sanığın hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırması mümkündür. Bu bağlamda kanun gereği, ilk hükümde mahkemece

³⁶ Söz konusu kanun değişikliği 12/03/2024 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

hükmedilen ceza miktarı sanığın aleyhine değiştirilemese de HAGB kararının kaldırılması yasağı ihlal etmeyecektir.³⁷ Bu durumun aleyhe değiştirme yasağı ile bağdaşmayacağı açıktır.

C. Basit Yargılama Usulü Neticesinde Verilen Kararlara İtiraz Bakımından Aleyhe Değişirme Yasağının Değerlendirilmesi

Bu noktada basit yargılama usulüne de ayrı bir parantez açmak istiyoruz. Basit yargılama usulü, tüm suçlar bakımından aynı şekilde uygulanan muhakeme usulünün farklılaştırılarak önem düzeyi diğer suçlara göre nispeten daha az olan suçlara ilişkin yapılacak muhakemenin genel muhakeme usulünün zorunlu kıldığı çeşitli usulü mecburiyetlerin uygulanmadan daha hızlı bir biçimde yürütülmesi amacıyla düzenlenmiştir.³⁸

³⁷ Her ne kadar HAGB kararının denetiminin itiraz kanun yoluyla yapıldığı döneme ilişkin bir karar olsa da gerekçede yer alan "hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar, CMK'nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından, ortada davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan söz edilememesi, aynı Kanun'un 231/5. maddesinde belirtildiği üzere hukuken sonuç doğurmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında sanık hakkında hükmedilen bir cezadan bahsedilemeyeceğinden cezanın aleyhe değiştirilmesi ilkesinin uygulanma olanağının bulunmaması" şeklindeki ibarelerden Yargıtay CGK görüşünün, HAGB kararının kaldırılmasının aleyhe değiştirme yasağını ihlal etmeyeceği doğrultusunda olduğu ifade edilebilir. Karar için bkz. **Yargıtay CGK, E: 2019/148, K: 2023/361, T: 21.06.2023**, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11.07.2024).

³⁸ **DEĞİRMENCİ**, Olgun: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)", Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 161, 2020, s. 38; **YILMAZ**, Zahit/**APİŞ**, Özge: "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, 2020, s. 86; **ŞAHİN**, İsmail: Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 58; **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s. 575. Basit yargılama usulünü hukuk sistemimize dahil eden kanun değişikliğinin ilgili madde gerekçesinde de "Ceza yargılaması sistemimizde tek bir yargılama usulü öngörülmüş olup, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulanan yargılama usulü ile bir ay hapis cezası öngörülen suçlar için uygulanan yargılama usulü aynıdır. Başka bir ifadeyle, basit suçlarla ağır suçlar arasında bir ayırım yapılmadan, duruşma açmak suretiyle aynı yargılama usulünün tüm prosedürlerinin uygulanması kabul edilmiştir. Bu durum, ağır suçların yargılanmasına daha az vakit ve emek ayrılmasına sebebiyet vermektedir." ifadelerine yer verilmiştir. 7118 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi 24. Madde gerekçesi için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBS-PublicFile/D27/Y3/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/b980c094-deb9-4ef3-8424-1de264a95f4e.pdf>, (Erişim Tarihi 09.08.2024)

Ancak bu usule ilişkin hükümler incelendiğinde kanun koyucunun aleyhe değiştirme yasağının uygulanmasını istemediği sonucuna ulaşılmaktadır. Şöyle ki, itiraz üzerine mahkemece duruşma açılacak ve genel hükümlere göre yargılama yürütülecektir (CMK m. 252/2). Ancak bu yargılamada mahkeme, önceki hükümle bağlı olmayacaktır (CMK m. 252/3). Bu nedenle itiraz üzerine yapılan yargılama neticesinde alt sınırdan uzaklaşarak yeni bir hüküm kurulması mümkündür.

Yine CMK m. 252/3 hükmünde itiraz üzerine yapılan yargılamada indirim, ancak itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı halde uygulanacağı ifade edilmiştir. Sanığın itiraz etmesi halinde indirimin uygulanmaması doktrinde çeşitli yazarlarca eleştirilmektedir. Bu bağlamda *Ersoy*, sanığın öngörülen cezai indirimden mahrum kalma endişesini yaşayarak kendisine tanınan hukuki çarelere başvurma hakkını kullanmayabileceğini belirterek bu durumda sanığın adeta yargılamanın objesi haline getirilmiş olacağını ifade etmektedir.³⁹ Yine *Taner* de, kanun koyucunun sanığı duruşma yapılmasını talep etmekle uygulanan indirimden vazgeçmek arasında bir seçime zorladığını ifade ederek söz konusu düzenlemenin mahkemeye erişim hakkını orantısız bir biçimde sınırladığı kanaatindedir. Yazara göre düzenleme ihdas edilirken kanun koyucunun tek önceliği davaların duruşmasız bir biçimde sona erdirilmesi olmuş, bu uğurda adil yargılanma hakkına ilişkin bazı temel ilkeler göz ardı edilmiştir.⁴⁰ *Dülger/Taşkın* da sanığın uygulanan indirimi kaybetmemek adına mahkeme huzurunda kendisini anlatamadan yapılan yargılama neticesinde verilen hükme razı gelmek zorunda kalabileceğini, sırf yargılamayı hızlandırmak adına sanığın kanun yoluna başvurmamasına yol açabilecek herhangi bir düzenlemenin adil yargılanma ilkesi ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir.⁴¹

Bu tartışmanın yanında ayrıca belirtmeliyiz ki, düzenlemede sanık dışındaki kişilerin itirazı halinde indirimin uygulanacağı ifade edilmiş olduğundan Cumhuriyet savcısının sanık lehine itiraz başvurusunda bulunduğu durumlarda da indirimin uygulanacağı anlaşılmaktadır. Nitekim bu yoruma kanun yollarına ilişkin genel hükümler çerçevesinde

³⁹ ERSOY, Uğur: "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 2, s. 875.

⁴⁰ TANER, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 536.

⁴¹ DÜLGER/TAŞKIN, s. 924.

Cumhuriyet savcısının sanık lehine kanun yoluna başvurduğu durumlarda cezanın sanık aleyhine ağırlaştırılmayacağını düzenleyen CMK m. 265 hükmü gereğince de ulaşılabilir.⁴² Doktrinde *Yılmaz/Apiş* tarafından sanığın itirazında indirimin uygulanmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının sanık lehine itiraz başvurusunda bulunduğu durumlarda indirimin uygulanmasının çelişkili olmadığı sanığın itirazı durumunda ceza indiriminin korunmamasının maksadının sanığın yargılamayı uzatmasının engellenmek istenmesi olduğu ifade edilmişse de⁴³ bizzat sanığa itiraz etme imkanı vermeyen düzenlemenin Cumhuriyet savcısına itiraz etme imkanı tanımasını hak arama özgürlüğünü dikkate alarak makul bir çerçevede gerekçelendirememekteyiz.

Yine düzenlemenin şu andaki biçimiyle, aleyhe değişirme yasağının uygulanmadığı durumlarda hatalı hükme karşı itiraz yoluna başvuran sanığın itirazının yerinde görülmesi durumunda dahi cezasının ağırlaştırılması tehlikesinin bulunduğunu ifade etmek istiyoruz. Bu durumu bir örnek üzerinden açıklamamızın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Failin başka bir kimsenin rızasına aykırı olarak konutuna girdiğini ve bu suçla ilişkin yapılacak yargılamada mahkemenin basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verdiğini düşünelim. Mahkemenin dosya üzerinden yapacağı inceleme neticesinde alt sınırdan -altı ay hapis cezası- uzaklaştığını ve yedi ay hapis cezasına hükmettiğini varsayalım. Bu durumda basit yargılama usulü uygulandığı için CMK m. 251/3 hükmü gereğince sonuç ceza dörtte bir oranında indirilecek ve nihayetinde beş ay yedi günlük bir cezaya hükmedilecektir. Sanığın alt sınırdan uzaklaşmaması gerektiği itirazı üzerine genel hükümlere göre duruşmalı olarak yapılan yargılama neticesinde bu itirazı yerinde bulan mahkeme altı aylık hapis cezasına hükmedecek ancak bu ceza bakımından ¼ oranındaki indirimi uygulamayacaktır. Sanık aleyhine hatalı olarak yürütülen yargılamadaki hatalar giderilmiş ancak bunun karşılığında sanığın durumu eskisinden daha kötü bir hale getirilmiştir. Bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır. Bu gibi örnekler ve doktrindeki eleştiriler nazara alındığında basit yargılama usulü bakımından da aleyhe değişirme yasağının uygulanarak sanığın itirazı üzerine cezasının ağırlaştırılmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁴² Aynı doğrultuda bkz. *ŞAHİN*, s. 286; *YILMAZ/APIŞ*, s. 100-101.

⁴³ *YILMAZ/APIŞ*, s. 101.

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki aleyhe değiştirme yasağı düzenlemeleri açısından ortak olan unsur, cezanın sanığın aleyhine ağırlaştırılamamasıdır. Yargıtay çoğunlukla aleyhe değiştirme yasağının yalnızca ceza miktarı ve türü açısından uygulanacağına yönelik kararlar vermektedir. Ancak bu uygulama doktrinde isabetli bir biçimde eleştirilerek cezaların yanında güvenlik tedbirlerinin de yasağın kapsamında olması gerektiği savunulmuştur.

Çağdaş ülkelerin ceza muhakemesi kanunlarında ise kural gereğince sanığın hukuki durumunun ağırlaştıramayacağı belirtilmiş, bu bağlamda hükmedilen cezanın yanında güvenlik tedbirlerinin de sanık aleyhine değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Özellikle İtalyan kanun koyucusunun beraat nedenleri açısından dahi aleyhe değiştirme yasağını uygulamak suretiyle beraat kararının daha aleyhe bir nedenden dolayı değiştirilerek sanığa sağladığı avantajların kaldırılması sonucunu doğuracak yeni bir beraat kararı verilemeyeceği doğrultusundaki yaklaşımı ve Avusturya kanun koyucusunun lehe başvuru neticesinde kararın aleyhine hiç kanun yoluna veya hukuki çareye başvurulmamış gibi kabul edilerek hükmün sanık aleyhine değiştirilemeyeceği doğrultusundaki yaklaşımı büyük önem arz etmektedir.

Aleyhe değiştirme yasağı özellikle hatalı yargılamalar açısından büyük önem taşımaktadır. Zira kural, gereği gibi uygulanmazsa sanıkların herhangi bir çekince taşımadan kanun yoluna başvurabilmeleri pratik anlamda mümkün olamayacağından sanıklar hatalı olduğunu düşündükleri hükümlere karşı kanun yoluna başvurmamayı tercih edebileceklerdir. Bu durum ise toplum nezdinde ceza adaletine duyulan güvenin zedelenmesine yol açabilecek ve telafisi imkânsız zararların doğmasına sebebiyet verebilecektir.

Sanığın kanun yoluna rahatça başvurabilmesini sağlamayı amaçlayan aleyhe değiştirme yasağı, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenleme biçimine göre yalnızca ceza miktarı ve türü açısından koruma sağladığından suçun niteliğinin değişmesi sonucunda sanığın oldukça ağır yeni sonuçlarla karşılaşması muhtemeldir. Örneğin taksirli bir suçun kasten işlenen bir suça dönüşmesi, hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle sanığın eyleminin suç olduğuna yönelik karar verilebilmesi veya memurlar bakımından yapılan yargılama sonucunda mahkûm olunan suçun memuriyete engel olan bir suça dönüşmesi sonucunda meslek hayatını sonlandıracak yeni bir sonucun bizzat sanığın

kendi başvurusu neticesinde ortaya çıkması ihtimali mevcuttur. Yine denetimi istinaf veya temyiz kanun yoluna bırakılan HAGB kararının incelenmesi sonucunda ilgili düzenlemeler gereği hükmedilen ceza ağırlaştırılmayacak olsa da erteleme kararının kaldırılabilir olması aleyhe değiştirme yasağıyla bağdaşmamaktadır. Benzer Şekilde basit yargılama usulünün uygulanması sonrasında verilen karara karşı sanık tarafından itiraz edildiğinde kanunda öngörülen indirimin uygulanmaması hatta sanığın itirazının yerinde görülmesi durumunda dahi bazı somut davalar bakımından cezasının ağırlaştırılacak olması ya da itiraz incelemesi neticesinde kurulacak yeni hükümde öncekinden tamamen bağımsız bir biçimde cezaya hükmedilebilmesi dikkate alındığında bu sonuçların sanığı ilgili kararlara karşı itiraz etmekten alıkoyabileceği kanaatindeyiz.

Bu durumda alınyazısı hakkında karar verilen sanık, öngörmediği ve öngörmesinin de kendisinden beklenemeyeceği yaptırımlarla bizzat kendi hak arama süreci sonucunda karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Bu gibi ağır sonuçlardan çekinen sanıkların kanun yoluna başvurması ise pratik anlamda mümkün olmadığından sanığın hatalı olduğunu düşündüğü hükme karşı dahi kanun yoluna başvuramaması söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda olması gereken hukuk bakımından aleyhe değiştirme yasağı düzenlemelerinin tüm kanun yolları açısından uygulanabilecek genel nitelikli bir norm halini alarak suçun niteliği de dahil olmak üzere verilen hüküm sanık tarafından kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse lehe başvuru sonucunda da bu durumun korunmasının gerektiğini ifade etmek istiyoruz.

KAYNAKÇA

- AKYILDIZ**, Anıl: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, 2020, s. 65-88
- ALGAN CANSEVEN**, Hazal: Ceza Muhakemesinde Kanun Yoluna Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024
- APAYDIN**, Cengiz: Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- CAN**, Sibel/**EVİRGEN**, Selen: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Prof. Dr. Mustafa Avcı'ya Armağan, 2025, s. 2072-2128
- ÇINAR**, Ali Rıza: “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, s. 603-666
- DEĞİRMENCİ**, Olgun: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 161, 2020, s. 36-51
- DURANOĞLU**, Yakup: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2022, s. 167-190
- DÜLGER**, Murat Volkan/**TAŞKIN**, Şaban Cankat: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024
- ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ŞENTÜRK** Candide: Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- EREM**, Faruk: “Aleyhe Bozma Yasağı”, Ankara Barosu Dergisi, C. 24, S. 2, 1967, s. 615-619
- ERSOY**, Uğur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (Kısaltılmışı: **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme)
- ERSOY**, Uğur: “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 2, s. 857-885

GÜNGÖR, Devrim/**OKUYUCU ERGÜN**, Güneş: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 1951-1965

HERKE, Csongor/**TTH Csenge D.**: "Prohibition of Reformation in Peius and the Principle of Constitutionality", Journal of Politics and Law, Volume 5, No. 2, 2012, s. 49-57

HERKE, Csongor/**TTH Csenge D.**: "Theoretical and Practical Issues of the Prohibition of Reformatio in Peius in Hungary", Issues of Business and Law, Volume 3, 2011, s. 95-109

İTİŞGEN, Rezzan: "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 5, S. 16, 2014, s. 373-404

KAYABAŞI, Recep: "Tartışmalı Yönleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu", Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 3, 2023, s. 100-126

KAYMAZ, Seydi: "Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, s. 1397-1452 (Kısaltılmışı: **KAYMAZ**, Aleyhte Değiştirme Yasağı)

KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde İstinaf, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023

KESKİN, Serap, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 409-420

KOCAOğLU, Serhat Sinan: "Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Mdafı", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2010, s. 117-133

KUNTER, Nurullah: "Aleyhte Düzeltme Yasağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 18, S. 3-4, 1952, s. 664-679

KUNTER, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOğLU**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010

ORMANOğLU, Hatice Derya: Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhte Değiştirme Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara, 2024
- ÖZBEK**, Veli Özer/**TEPE**, İlker: "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin – Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla – Genel Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 3759-3797
- ÖZDEMİR**, Süleyman Emre: Yargıtay Kararları Işığında İtiraz Kanun Yolu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015
- ÖZEN**, Muharrem: "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2331-2388
- ÖZEN**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- ÖZEN**, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023
- ÖZTÜRK**, Bahri/**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ALAN**, Esra/**SIRMA GEZER**, Özge/**SAYGILAR**, Yasemin F./**ÖZAYDIN**, Özdem/**ERDEN TÜTÜNCÜ**, Efser/**TOK**, Mehmet Can: (Nazarî ve Uygulamalı) Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024
- SARIGÜL**, Ali Tanju: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu", TBB Dergisi, S. 125, 2016, s. 59-84
- SELÇUK**, Sami/**ÇINAR**, Ali Rıza: Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- SOYER GÜLEÇ**, Sesim: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio in Peius) Yasağı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 2019, s. 701-750
- ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024
- ŞAHİN**, İsmail: Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022

- TANER**, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021
- ÜNSAL**, Cengiz: "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının Olağanüstü İtiraz Yetkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 1, 2022, s. 543-580
- ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023
- YENİSEY**, Feridun/**NUHOğLU**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024
- YILMAZ**, Zahit/**APIş**, zge: "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, 2020, s. 62-106
- YÜCE**, Turhan Tufan: "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", Danıştay Dergisi, S. 88, 1994, s. 5-14



OLAY YERİ İNCELEME İŞLEMİNE KARAR VERECEK MERCİ VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLANDIRILMASI SORUNSALI

Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla Bayraktar*

Öz

Olay yeri incelemesi işlemine karar verme yetkisinin hangi merciye ait olduğu konusu Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 9/2. fıkrasında aynı madde-nin 9/1. fıkrasına atıf yapılmak suretiyle dolaylı şekilde, düzenlenmektedir. İlgili madde incelendiğinde "herkesin girip çıkacağı yerler dışında kalan yerlerde, yani kamuya kapalı yerlerde, olay yeri inceleme işlemlerinin hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine gerçekleştirileceği" sonucuna varılmaktadır. Olay yeri inceleme emrini kimin vereceği hususu kanun düzeyinde ise PVSK'da ek m. 6/7'de düzenlidir. Buna göre polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapacak, delilleri tespit edecek, muhafaza altına alacak ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderecektir.

Görüldüğü üzere bahsi geçen kanun maddesinde "olay yerinin kamuya kapalı alan teşkil etmesi halinde dahi bu yetkinin mi geçerli olacağı" sorusuna ilişkin

* Dr. Öğr. Üyesi. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Social Science University, Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Ankara, Türkiye.

✉ cilerdamla.bayraktar@asbu.edu.tr, • ORCID 0000-0002-7611-5088

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: DAMLA BAYRAKTAR, Çiler: "Olay Yeri İnceleme İşlemine Karar Verecek Mercî Ve Konut Dokunulmazlığı Hakkının Sınırlandırılması Sorunsalı", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 207-238.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



olarak özel bir husus, yönetmeliğin aksine, öngörülmemiştir. Aynı şekilde olay yerinin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunan bir yer olması haline ilişkin de maddede herhangi bir husus yer almamaktadır.

Anahtar Kelimeler

• Olay Yeri İnceleme • PYSK ek m. 6/7 • PYSK ek m. 6/8 • Sermaye Kazancı Vergisi

THE AUTHORITY TO DECIDE ON THE CRIME SCENE INVESTIGATION PROCEDURE AND THE PROBLEM OF LIMITATION OF THE RIGHT TO RESIDENTIAL IMMUNITY

Abstract

Paragraph 9/2 of the Regulation on Forensic and Preventive Searches indirectly regulates which authority has the authority to decide on the crime scene investigation procedure by referring to paragraph 9/1 of the same article. When the relevant article is analyzed, it is concluded that "crime scene investigation procedures in places other than public places, i.e. places closed to the public, shall be carried out upon the written order of the judge or the public prosecutor in cases of inconvenience in delay". At the legal level, the issue of who will give the order for crime scene investigation is regulated in additional Article 6/7 of the PYSK. Accordingly, the police shall, upon the order of the public prosecutor, carry out the necessary examinations and technical investigations at the crime scene in order to identify the evidence of the offence, identify the evidence, take it under custody and send it to the relevant places for examination.

As can be seen, the aforementioned article of the law does not stipulate a special issue regarding the question of "whether this authorization will be valid even if the crime scene constitutes an area closed to the public", contrary to the regulation. Likewise, there is no provision in the article regarding the fact that the crime scene is a place protected by the right to inviolability of residence.

In this study, the issue of which authority will order/decreed the crime scene investigation in all these cases has been addressed with a new approach by considering Article 21 of the Constitution.

Keywords

• Crime scene investigation • PYSK additional article 6/7 • PYSK additional article 6/8 • Regulation on Forensic and Preventive Searches Paragraph 9/2

GİRİŞ

Bir hukuk devletinde tüm işlemler ilgili kanun ve mevzuata uygun şekilde yapılmak zorundadır.

Bir olaya ilişkin delillerin ortaya çıkarılmasında en önemli enstrümanlardan biri, olaydan hemen sonra henüz deliller kaybolmadan onların toplanarak, birçok olayın işleme nedeninin, nasıl işlendiğinin ve şüphelinin saptanabilmesini sağlayan olay yeri incelemesidir.¹ Dolayısıyla olay yeri incelemesinin de ilgili mevzuata uygun olarak icra edilmesi bu kapsamda öncelikle hukuk devleti olmanın bir gereğidir.²

Bunun dışında, olay yeri incelemesi sonucu elde edilen delillerin kovuşturma evresinde ispat aracı olarak kullanılabilmesi de yine bu delillerin usulüne uygun olarak toplanmış olmasını şart koşar. Nitekim CMK'nın 206/2. maddesinin a bendinde "ortaya konulan delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi durumunda reddolunacağı" belirtilmiştir. Ayrıca CMK'nın 289/1-i maddesinde, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delile dayanılması hukuka kesin aykırılık hali olarak gösterilmiştir. Yine CMK m. 217/2 "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" hükmünü haizdir. Öyleyse ilgili delillerin kovuşturma evresinde kullanılabilmesi için, olay yerinden toplanacak bu delillere mevzuatta belirlenen usul ve esaslara uygun şekilde, yani hukuka uygun şekilde ulaşılmalıdır.

Delile hukuka uygun şekilde ulaşıp ulaşılmadığı hususu ise, eğer ilgili delil olay yeri incelemesi neticesinde elde edildiyse, olay yeri incelemesi emrini doğru mercii verip vermediğine bağlı olacaktır.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, olay yeri incelemesinin nasıl yapıldığı, bu inceleme yapılırken nelere dikkat edileceği gibi konularda literatürde³ çokça eser olmakla birlikte, olay yeri incelemesi yapılabilmesi için

¹ ERGÜZEL, Serkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Olay Yeri İnceleme, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014, s. 38, https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/700432/yokAcikBilim_10030228.pdf?sequence=-1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 26.03.2024); CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2020, s. 367.

² ERGÜZEL, s. 21.

³ Bkz. GÜLTEKİN, Özkan: "Olay Yeri İncelemesinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, no.4, 2011, s. 487 vd. <https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/123217/>; DURMUŞ, Kürşat: Olay Yeri İncelemesinde Ve Örnek Alımında Delilin Devamlılığının Sağlanması, Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul,

karar merciinin kim olduğu konusunda literatürde çok az veri bulunmaktadır.⁴

Olay yeri inceleme emrini kimin vereceği hususu Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 9/2. fıkrasında aynı maddenin 9/1. fıkrasına atıf yapılmak suretiyle dolaylı şekilde, düzenlenmektedir. İlgili madde incelendiğinde "herkesin girip çıkacağı yerler dışında kalan yerlerde, yani kamuya kapalı yerlerde, olay yeri inceleme işlemlerinin hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine gerçekleştirileceği" sonucuna varılmaktadır. Literatürde⁵ bu hükümden hareketle olay yeri incelemenin aramadan başka bir şey olmadığı, burada herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlar dışındaki yerlerde yapılacak olay yeri inceleme işlemleri için adli aramalara ilişkin hükümlere atıfta bulunulduğu, dolayısıyla da herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlar dışında kalan yerlerde olay yeri incelemeye karar verecek makam bakımından CMK'daki aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüş, ilgili yönetmelik hükmünde herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlar dışındaki yerler söz konusu olduğunda olay yeri inceleme yetkisinin hâkime, gecikmede sakınca bulunması halinde savcıya verilmesi ve bu durumun arama tedbirine karar verecek merciin belirtildiği CMK m. 119'da belirtilen hususlarla paralellik göstermesi karşısında *ilk bakışta* makul gözükmektedir. Nitekim CMK m. 119'a göre de arama kararı verme yetkisi kural olarak hâkimde, gecikmede sakınca bulunan hallerde savcıdadır.

Ancak konu detaylı incelendiğinde kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim olay yeri inceleme tedbiri PYSK ek m. 6/7'de

2003), s. 5vd., <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/38580.pdf> (Erişim Tarihi: 26.03.2024); ERGÜZEL, s. 38 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/Gezer, Özge Sırma/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/TÜTÜNCÜ, Efser Erden/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2021, s. 350 vd.

⁴ Örneğin Durmuş çalışmasında bu konuya çok kısa değinmiştir. Ancak söz konusu çalışmada kaynak gösterilen mevzuatın bir kısmı değişmiş, bir kısmı ise yürürlükten kaldırılmıştır. Kaldı ki, eser yazıldıktan sonra yeni kanuni düzenlemeler gerçekleştiği için eserdeki tespitler yetersiz hale gelmiştir, Bkz. DURMUŞ, Olay Yeri İncelemesinde ve Örnek Alımında Delilin Devamlılığının Sağlanması, s. 38. Aynı şekilde Gültekin de bu konuya yalnızca adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin "Olay yeri inceleme" başlıklı 9'uncu maddesine yer vererek değinmiştir, bkz. GÜLTEKİN, s. 479.

⁵ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019, s. 313,314.

açıkça kanun düzeyinde düzenlenmiştir. Buna göre “Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderir.” Görüldüğü üzere hükmünde olay yeri inceleme işlemine karar verecek mercî belirlenirken, CMK’daki arama hükümlerinden ve yukarıda bahsi geçen yönetmelik hükümlerinden farklı olarak, savcıya doğrudan yetki verilmiştir. Öyleyse PVSİ ek m. 6/7’ye göre gerek herkesin girip çıkabileceği yer; gerekse bu yer dışındaki bir yer söz konusu olduğunda olay yeri inceleme tedbirini uygulama yetkisi doğrudan savcıda olacaktır. Nitekim hükmünde “herkesin girip çıkabileceği yerler dışında kalan yerler” kavramına özel herhangi bir husus öngörülmemiş, yani olay yerinin kamuya açık olmayan bir alan olması durumunda bu hükmün geçerli olup olmayacağına ilişkin ayrıca bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle, prensip olarak, ilgili yer herkesin girip çıkabileceği bir yer olmasa, yani kamuya kapalı bir alan olsa bile, PVSİ ek m. 6/7 hükmünün geçerli olacağı ve polis bu alanlarda da gerekli inceleme ve teknik araştırmaları Cumhuriyet savcısının emriyle yapacağı sonucuna varılabilir.

Ancak bu sonuç kanımızca konut dokunulmazlığı hakkı ile korunan kamuya kapalı alanlarda yapılacak olay yeri inceleme işlemleri açısından Anayasa m. 21 hükmü kapsamında ayrıca değerlendirilmelidir. Nitekim AY. m. 21’e göre hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercîin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez. Öyleyse olay yerinin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunduğu durumda olay yeri incelemesine kimin karar vereceği hususunun özellik arz ettiğinin kabulü gerekir. Aşağıda bu konu, olay yeri inceleme kararı verme yetkisinin hangi durumda hangi mercide olduğundan hareketle hem yönetmelik hükümleri hem de PVSİ ek m. 6/7 hükmü temel alınarak somut örnekler üzerinden açıklanacaktır.

I. OLAY YERİ İNCELEMESİ İŞLEMİ VE OLAY YERİ KAVRAMI

Ceza yargılamasının amacı, bir olayın gerçekten meydana gelip gelmediğini, bu olayın sanık tarafından meydana getirilip getirilmediğini ve olayın ceza hukukundaki sonuçlarını tespit etmektir.⁶ Bu amacı gerçekleştirmek için ise ispata hizmet eden delillerin tespit edilmesi gerekir. Bu

⁶ CENTEL/ZAFER, s. 256. Yine yazara göre ceza muhakemesi hukukunun amacı, şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır, bkz. s. 6-7. Bu

tespiti sağlayan en önemli araçlardan biri olay yeri incelemesidir. Nitekim olay yeri incelemesi olaydan hemen sonra henüz deliller kaybolmadan onların toplanarak, birçok olayın nedeninin, nasıl işlendiğinin ve şüphelisinin saptanabilmesini sağlamaktadır.⁷ Bu yöntem özellikle faili belli olmayan ve görgü tanığı bulunmayan olayların aydınlatılmasını mümkün kılmaktadır.⁸ Çünkü bu yöntem olay yerinden elde edilecek delillerin faille ilişkilendirilmesini sağlayarak delilden şüpheliye götürür.⁹

Olay yeri incelemesi işlemi için literatürde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlar doğrultusunda olay yeri incelemesi ‘meydana gelen adli bir olayın aydınlatılması amacıyla olayın meydana geldiği yer ve bağlantılı diğer yerlerde, olay yeri ve mağdur ile olayın faili arasındaki ilişkinin net olarak tanımlanabilmesi için, yetkili birimlerce olaya yönelik adli inceleme yapılması ve delil toplanması’ şeklinde ifade edilebilir.¹⁰

Olay yeri kavramı ise, prensip olarak suçun işlendiği yeri ifade etse de sadece tipik hareketin gerçekleştiği veya sonucun gerçekleştiği yerle

konuda ayrıca bkz. **ŞAHİN**, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Ankara 2023, s. 27-28; **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KI-RIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK**, s. 31; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ**, s. 41-42; **CANPOLAT**, Can, Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı “Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?”, s. 454 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1417459> (22.01.2025); **ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 23. Baskı, 2024, s. 47 vd.; **YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019, s. 71 vd. **ERGÜZEL**, s. 38; **CENTEL/ZAFER**, s. 367.

⁸ **BADEM**, Uğur, Olay Yeri Koruma İnceleme ve Delil Toplama Yöntemleri, Ankara, 2004, s. 3.

⁹ **ERYILMAZ**, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara, 2012, s. 471.

¹⁰ **GÜLTEKİN**, s. 478; **CEYLAN**, Beyhan: Ülkemizde Olay Yeri İnceleme Uygulamalarına Genel Bakış ve Mevcut Sistemin Değerlendirilmesi, Fen Bilimleri Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 14, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43458.pdf> (Erişim Tarihi 26.03.2024); **SAY**, Kubilay: Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması ve Laboratuarda İncelenmesi, Disiplinlerarası Adli Tıp Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 22, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=osM-Gixqm4uPWqyCR4wMRnQ&no=9cNKQoipZjjshcdOWTEoJg> (Erişim Tarihi: 26.03.2024); **DURMUŞ**, Olay Yeri İncelemesinde Ve Örnek Alımında Delilin Devamlılığının Sağlanması, s. 2.

sınırlı değildir. Bu kavram, failin kaçış güzergahını da içeren dinamik bir bölgeyi kapsamaktadır.¹¹

Bu kapsamda örneğin; bir cinayet¹² vakasında cesedin bulunduğu yer gibi, cinayetin planlandığı yer, cinayetin işlendiği yer, cesedin gizlendiği yer, silahın bulunduğu yer, cesedin taşınmasında kullanılan araç gibi diğer yerler de olay yeri olarak kabul edilir.¹³

Olayın gerçekleştiği öğrenildiğinde olaya ilk olarak en yakın kolluk birimi müdahale eder. Bu birimler genelde önleyici hizmet birimlerine bağlı devriye gezen asayiş ekipleri ya da polis merkezine bağlı ekiplerdir ve uzman ekipler gelene kadar olay yerinden ve korunmasından bunlar sorumludurlar. Sonrasında ise olayın şekline göre olayı soruşturacak terör, asayiş, kaçakçılık gibi şubelerin ilgili kısım ekipleri veya ilçe emniyet müdürlüğüne bağlı araştırma ekipleri olay yerine geçerek soruşturmayı devralırlar. Olay yeri incelmesinin nasıl yapılacağı hususu PAGY m. 4 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre olay yeri incelemesinin en seri ve etkili şekilde yapılabilmesi için öncelikle olay yerine acele intikal edilmeli ve olay yerini bozabilecek her türlü davranıştan kaçınılmalıdır. Olay yeri incelemesi yapan ekipler suçun aydınlatılması için delil niteliği taşıyabilecek her türlü bulguyu, çeşitli bilimsel ve teknik yöntemler kullanarak araştırarak, delil niteliğini haiz olanları tespit ettikten sonra kayıt altına alacak, korunmaları için gerekli tedbirleri aldıktan sonra incelenmek üzere ilgili kriminal laboratuvarlara göndereceklerdir.

II. KOLLUĞUN OLAY YERİ İNCELEME YETKİSİ

Olay yeri inceleme işlemi PVSK ek m. 6/7'de düzenlenmiştir. Buna göre polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapacak, delilleri tespit edecek, muhafaza altına alacak ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderecektir. Görüldüğü üzere kanuna göre polis, ancak savcının emriyle olay yeri incelemesi yapabilir ve bu kapsamda yine onun emriyle

¹¹ **KÖK**, Ahmet Nezh: "Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması", EHFD, 7, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş yılına Armağan, no.3-4,2003, s. 4, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/63554/961993> (Erişim Tarihi 26.03.2024); **CENTEL/ZAFER**, s. 367; **DURMUŞ**, Olay Yeri İncelemesinde ve Örnek Alımında Delilin Devamlılığının Sağlanması s. 1 vd.; **BAYER**, Metin, Olay Yeri İnceleme Kriminal Laboratuvar Analizleri, Ankara, 2003, s. 27.

¹² Olay Yeri İnceleme Ekiplerinin İncelemekle Sorumlu Oldukları Olaylar için bkz. **GÜLTEKİN**, s. 486.

¹³ **ERGÜZEL**, s. 17.

delilleri muhafaza altına alabilir durumdadır. Kolluğun doğrudan doğruya gerekli tedbirleri alma yetkisi yoktur.¹⁴ Başka bir deyişle kolluk savcıya sormadan, savcının emri olmadan delilleri tespit ve muhafaza altına almaya yetkili değildir. Ancak bu durumda pek tabii delillerin kaybolması riski ile karşı karşıya kalınır. Nitekim savcıya ulaşılamaması veya geç ulaştırılması hali ihtimal dahilindedir.

Bu noktada, yani henüz savcı emri beklenirken, delillerin kaybolmaması ise PVSK ek madde 6/3 ve m. 6/4 hükmünün icrası ile sağlanacaktır. Nitekim PVSK ek m. 6/3 hükmüne göre polis, olay yerinde (...) suçun *delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması* için derhal *gerekli tedbirleri* alacak; m. 6/4 hükmüne göre ise *olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması* için *acele tedbirleri* aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirecek ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapacaktır. Tüm bu hükümler birlikte yorumlandığında polisin, deliller bozulmasın/kaybolmasın diye “gerekli veya acele” tedbirleri alabileceği, fakat gerekli ve acele olmayan durumda delillerin tespiti ve muhafazası için, savcı emrini bekleyeceği neticesine varılır.¹⁵ Örneğin polis bu kapsamda olay mahallini “delillerin bozulmaması için gerekli ve acele bir tedbir” olarak emniyet şeridiyle çevirebilecek, fakat savcı izni olmadan içeri girip delil toplayamayacaktır.

III. KAMUYA AÇIK YERDE OLAY YERİ İNCELEME

Kamuya açık yerler herkesin izin almaksızın girebileceği genele açık yerlerdir.¹⁶ Yollar park bahçeler kamuya açık alanlardır. Bununla birlikte kamuya açık yer bir iş yeri de olabilir. Açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan iş yerleri, herkesin içeri girebileceği genele açık yerlerdir. Bu kapsamda tiyatro, sinema, konser salonları, lokantalar, banka şubeleri, bakkallar, marketler, kahvehaneler, fatura ödeme yerleri,

¹⁴ Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 367.

¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER, s. 367.

¹⁶ EVİK, Ali Hakan/YILDIZ, Ali Kemal/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/ERMAN, Barış/AKSOY RETORNAZ, Eylem/EROĞLU ERMAN Fulya/AKYÜREK Güçlü/ZAFER, Hamide/SINAR, Hasan/BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/ALTUNÇ, Sinan, Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 191.

alışveriş merkezleri ve içlerindeki dükkânlar, mağazalar, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi alışılmış yerlerdir.¹⁷

Olay yerinin kamuya açık bir yer olduğu durumda olay yeri incelemesinin hangi usulle uygulanacağı, daha net ifade etmek gerekirse kamuya açık bir yerde yapılacak olay yeri incelemesi için savcı emri gerekip gerekmediği konusu adli ve önleme aramaları yönetmeliğinin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre herkesin girip çıktığı yerde olay yeri incelemesi yapılması için herhangi bir makamdan karar ya da emir alınması gerekmeyecektir. Fakat PYSK ek m. 6/7'de yapılan düzenleme dolayısıyla bu yönetmelik hükmü artık kanuna aykırı hale gelmiştir ve dikkate alınmaz.¹⁸ Dolayısıyla da kanımızca kamuya açık yerlerde olay yeri incelemesi yapılacağı zaman PYSK ek m. 6/7 hükmü uygulanacak ve bu yerlerde olay yeri incelemesi ancak savcı emri ile yapılabilecektir. Bu kapsamda kamuya açık yerin duvarlarla çevrili olup olmaması da önem arz etmeyecektir. Dolayısıyla örn. etrafı duvarlarla çevrili üzeri kapalı pazar yerinde ya da bir işyerinin kamuya açık bölümünde, örn. bir restoranın yemek yeme bölümünde bir suç işlendiğinde, olay yeri inceleme emrini savcının vermesi gerekecektir. Nitekim buralar da kamuya açık alanlardır.

IV. KAMUYA AÇIK OLMAYAN YERLERDE (KAMUYA KAPALI) OLAY YERİ İNCELEME

Kamuya açık olmayan alan herkesin izin almaksızın girebileceği yerler dışında kalan, bu kapsamda genele açık olmayan yerlerdir. Kişinin konutu, bahçesi, özel mülkü, özel bürolar, söz gelimi avukatlık bürosu, muhasebe, mali müşavirlik büroları, hekim muayenehaneleri, özel şirket binaları, fabrikalar, atölyeler, yine açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi alışılmış işyerinde genele kapalı olan ayrı bölümler herkesin dilediğince içeri giremeyeceği kamuya kapalı yerlerdir.¹⁹

Buralarda yapılacak olay yeri inceleme işlemleri açısından kamuya açık olmayan bu yerin (kamuya kapalı yerin) konut dokunulmazlığı hakkıyla korunup korunmadığına göre ayrıca tespitlerde bulunmak gerekir.

¹⁷ EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ, s. 191.

¹⁸ CENTEL/ZAFER, s. 367, 372. Dipnot.

¹⁹ Aynı yönde bkz. EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ, s. 191-192.

Nitekim kamuya kapalı yerin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunması söz konusu olduğunda konut dokunulmazlığının düzenlendiği Anayasa m. 21 hükmü dikkate alınarak dikkat çekilmesi gereken bazı hususlar vardır.

Nerelerin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunacağı hususu, konut dokunulmazlığını ihlal suçuna konu olabilecek yerler ve bu suçla korunan hukuki yarar üzerinden cevaplanması gereken bir sorudur. Nitekim konut dokunulmazlığı hakkı Türk Ceza Kanunu'nda konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile korunmaktadır, (TCK m. 116).

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile korunan hukuksal yarar, konutta başkalarının müdahalelerinden uzak olarak huzur ve güven içinde yaşama hakkıdır. İşte bu hukuksal yarar, nerenin konut olabileceği ve konut dokunulmazlığından yararlanabileceği konusunda bize yol gösterici olmaktadır.

Yargıtaya²⁰ göre konut, “devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerleri” ifade eder. Bu kapsamda bir yerin konut sayılabilmesi için taşınmaz niteliğinde olması gerekmektedir, içinde oturmak koşuluyla taşınırlar da konut sayılabilir. Dolayısıyla örneğin içinde oturulan karavan, çadır, tekne, yataklı vagon kompartımanı konuttur.²¹ Yine oturulan yerin bina biçiminde olması ya da üstünün açık veya kapalı olması bir yerin konut niteliğini kazanması açısından önemsizdir. Yine konutun sürekli olarak kullanıma özgülenmiş olması da gerekmez. Nitekim Yargıtay “devamlı veya geçici olarak...” ifadesine yer vermiştir. Bu kapsamda bir gece kalmak üzere kiralanan otel odası da konut sayılacaktır.²²

²⁰ YCGK, 27.01.2009 tarih, 2008/203 Esas ve 2009/3 sayılı kararı; YCGK, 11.03.1991 gün ve 25-67 sayılı kararı; Yargıtay Kararı- 17. CD., E. 2016/17664 K. 2018/9059 T. 20.6.2018.

²¹ **EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ**, s. 178-179; **TEZCAN**, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, Teorik ve pratik ceza özel hukuku, 22. Baskı, Ankara 2024, s. 513.

²² **EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ**, s. 177, **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 513.

Konut sayılma konusunda literatürde²³ ifade edilen kıstas “oranın, konut amacına özgülendiğini belirleyecek ve bunun dışarıdan anlaşılmasını sağlayacak biçimde dış dünyadan ayrı tutulmuş olması ve bu yerin başkalarının buraya girmesine rıza gösterilmediğini belirtecek şekilde dış dünyadan ayrılmış olmasıdır.” Dolayısıyla bir yerin yapılış amacı itibarıyla “konut olması amacıyla meydana getirilmemiş olması”, konut niteliğinin kazanılması açısından önemli olmayacaktır. Bu kapsamda çobanın içinde yaşadığı hayvan barınağı, konuttur.²⁴ Konut olarak inşa edildiği halde içinde kimsenin yaşamadığı daire ise konut değildir.²⁵ İş veya tatil gezisine çıkmak amacıyla birkaç günlüğüne boş bırakılma hali ise konut niteliğine zarar getirmez. Nitekim bu durumda halen o yeri konut olarak kullanma iradesi devam etmektedir.²⁶

Burada tartışılması gereken husus, kamuya açık alanların, yani herkesin girip çıkabileceği alanların, konut niteliği taşıyıp taşıyamayacağıdır. Literatürde²⁷ yer alan görüş herkese açık olan yerlerin bu niteliklerini korudukları sürece konut niteliği arz edemeyecekleri yönündedir. Bu kapsamda örneğin parktaki bank geceleyin uyumak için kullanılsa bile konut sayılmaz.²⁸ Bu kapsamda kamu hizmetlerine özgü binalar, genel bekleme yerleri, camiler, istasyonlar da konuttan sayılmazlar.²⁹ Aynı şekilde resmî kurumlar da konut değildir, herkes buralara girmekte serbesttir. Dolayısıyla prensip itibarıyla bu yerler kamuya açık alanlardır ve konut dokunulmazlığı hakkında yararlanmaz. Ancak bunların kapalı olduğu saatlerde, yani resmi iş saatleri dışında daire kamu görevlisince ko-

²³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513.; EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ, s. 178, 182.

²⁴ EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ, s. 179; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 514.

²⁵ EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ, s. 181

²⁶ EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ, s. 182

²⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 515.

²⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 515, 533. dipnot.

²⁹ EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ, s. 177.

nut gereksinimini karşılamak amacıyla kullanılıyorsa, buralar artık konuttan sayılır. Örneğin, içinde öğretmenin ikamet ettiği herkesçe bilinen okul binası, dersler bittikten sonra kapısı açık unutulsa dahi konuttan sayılır.³⁰ Aynı şekilde resmi dairenin herkese açık olmayan kısımları varsa, buralar da konut dokunulmazlığı hakkında yararlanacaktır.³¹

Konut sayılan yerlerin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunacağı açıktır. Ancak nerelerin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunacağı hususunun düzenlendiği konut dokunulmazlığını ihlal suçunda, konutunun eklentileri ve açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri de konut dokunulmazlığı hakkıyla korunmuştur, (TCK m 116).

Nerelerin eklenti sayılacağı konusunda ölçü, bu yere girilmesi durumunda konutta kalanların huzur ve sükunlarının bozulmasıdır. Pek tabii bunun tespiti, somut olayın koşullarına bağlı olacaktır. Dolayısıyla konunun somutlaştırılması yargısal içtihatlarla bırakılmıştır.³² Bitişik olma ya da arada bir bağlantının varlığı, eklenti sayılma için şart değildir. Yani bir yerin eklenti sayılabilmesi için, konuta bitişik veya konutla aralarında bir bağlantı olması gerekmez. Ancak pek tabii konuta çok uzak olan alanlar eklenti sayılamayacaktır. Nitekim bu durumda, ilgili alana girilmesi halinde konutta kalanların huzur ve sükunlarının bozulduğu iddia edilemez. Keza bir yerin etrafının çevrilmesi de tek başına onun eklenti sayılmasını sağlamaz, nitekim burada önemli ve belirleyici olan, bu yere girildiği takdirde konut sakinlerinin huzurunun bozulmasıdır.³³

Keza açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan yerler dışında kalan işyerleri de konut dokunulmazlığı hakkında yararlanır. Nitekim buralar da konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile korunmaktadır (TCK m. 116). Bu kapsamda örneğin avukatlık bürosu, muhasebe,

³⁰ bkz. Yar. 4. CD., E. 4049, K. 4555, T. 12.4.1946 (Aktaran: EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/ALTUNÇ, s. 177,192)

³¹ bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518-519. Aynı yönde bkz. EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/ALTUNÇ, s. 187 vd.

³² Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516-517; EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/ALTUNÇ, s. 182 vd.

³³ Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516-517; EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/ALTUNÇ, s. 182 vd.

mali müşavirlik büroları, hekim muayenehaneleri, özel şirket binaları, fabrikalar, atölyeler konut dokunulmazlığı hakkında yararlanacaktır. Ayrıca açık bir rıza gerekmeksizin girilmesi alışılmış olan iş yerlerine, kapanış saatinden sonra girilmesi durumunda da konut dokunulmazlığını ihlal suçunun oluşabileceği literatürde³⁴ ifade edilmektedir. Dolayısıyla kapanış saatinden sonra bu yerlerin de konut dokunulmazlığı hakkında yararlandığını kabul etmek gerekir.

TCK m. 116'da işyerinin eklentileri de konut dokunulmazlığının ihlali suçunun işlenebileceği yerler arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu yerlerin de konut dokunulmazlığı hakkında yararlandığı kabul edilecektir. Nerelerin iş yerinin eklentisi sayılacağı konusunda ölçü, aynı konutun eklentisinin tespitinde olduğu gibi, rızaya aykırı olarak girildiğinde, iş yerindekilerin huzurunun ve güvenlik duygusunun zedelenmesidir.³⁵

A. Konut Dokunulmazlığı Hakkı ile Korunmayan Kamuya Açık Olmayan Alanlarda Yapılacak Olay Yeri İnceleme İşlemleri

PVSK ek m. 6/7'ye göre "Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelemek üzere ilgili yerlere gönderir."

Görüldüğü üzere bahsi geçen maddede "olay yerinin kamuya açık olmayan alan (kamuya kapalı alan) teşkil etmesi halinde dahi bu hükmün mü geçerli olacağı" sorusuna ilişkin olarak özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu durumda da PVSK ek m. 6/7 hükmünün geçerli olacağı ve polisin kamuya kapalı alan teşkil eden bir olay yerinde de gerekli inceleme ve teknik araştırmaları Cumhuriyet savcısının emriyle yapacağı değerlendirmesinde bulunulabilecektir.

Bu noktada kamuya kapalı yerin fiziki olarak açık ya da duvarlarla çevrili kapalı bir alan olup olmadığı da pek tabii önemli olmayacaktır. Yani kamuya kapalı olan olay yeri ister fiziki olarak açık durumda bulunsun, isterse fiziki olarak duvarlarla çevrilmek suretiyle kapalı durumda bulunsun, bu alanlarda olay yeri incelemesi için karar verme yetkisi PVSK

³⁴ bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518-519; EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCE-OĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/ALTUNÇ, s. 187 vd.

³⁵ bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518-519; EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCE-OĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/ALTUNÇ, s. 187 vd.

ek m. 6/7'ye göre savcıda olacaktır. Bu sonuç kanımızca konut dokunulmazlığı hakkı ile korunmayan kamuya kapalı alanlarda yapılacak olay yeri inceleme işlemleri açısından pek tabii sorunsuzdur. Bu kapsamda örneğin suç şahsa ait çitle çevrilmiş bir tarlada ya da böyle bir tarlada kazma kürek gibi ekipmanların saklandığı barakada işlendiyse, buralar konut dokunulmazlığı hakkıyla korunmadığı için³⁶ kamuya kapalı bu alanlarda olay yeri incelemesi PVSK ek m. 6/7'ye göre savcı kararıyla yapılabilecektir.

Konut dokunulmazlığı hakkı ile korunan kamuya kapalı alanlarda yapılacak olay yeri inceleme işlemleri açısından ise kanımızca Anayasa m. 21 hükmü dikkate alınarak ayrıca bazı tespitlerde bulunmak gerekir. Nitekim yukarıda vardığımız sonuç, konut dokunulmazlığı hakkı ile korunan kamuya kapalı alanlarda yapılacak olay yeri inceleme işlemleri açısından bakıldığında aşağıda izah edileceği üzere Anayasa m. 21 hükmü ile ilk bakışta çelişir görünmektedir.

B. Konut Dokunulmazlığı Hakkı ile Korunan Kamuya Açık Olmayan (Kamuya Kapalı) Alanlarda Yapılacak Olay Yeri İnceleme İşlemleri

Konut dokunulmazlığı hakkı ile korunan kamuya kapalı yerlerde, örn. konut ya da iş yerinin yazıhane bölümünde³⁷ bir suç işlendiğinde,

³⁶ Kazma, kürek gibi ekipmanların saklandığı barakalar konut dokunulmazlığı hakkıyla korunmaz. Nitekim konut dokunulmazlığını ihlal suçunda (TCK 116) korunan hukuki menfaat, kişinin huzurlu, güvenli ve sakin bir ortamda dilediği gibi hareket etme ve/veya yaşama özgürlüğünün korunmasıdır. Ayrıca ceza hukuku anlamında konut, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her nevi yer olarak tanımlanabilir, bkz. ARSLAN Çetin/ AZİZGAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s. 526; ARTUK, Mehmet Emin/ ALAN AKCAN Esra: "Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116)", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 21, Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 2019, s. 2708 ve 2715, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/MEHMET-EMIN-ARTUK-ESRA-ALAN-AKCAN.pdf> Bu kapsamda kişinin huzurlu, güvenli ve sakin bir ortamda dilediği gibi hareket etme ve/veya yaşama amacına hizmet etmeyen ve kimsenin geçici de olsa oturmak için sığınmadığı bu barakaların konut dokunulmazlığı hakkıyla korunmadığı neticesine varmak gerekir.

³⁷ İşyerleri ve eklentileri de konut dokunulmazlığı suçunun kapsamındadır (TCK m. 116/2). Ancak bu noktada iş yeri veya eklentilerine açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesinin olağan olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla herkesin girebileceği bir işyerinin müşterilere kapalı kısmına (örneğin restoranın mutfak kısmına) girilmesi durumunda söz konusu suç oluşacaktır, bkz. ARTUK/ALAN AKCAN, s. 2718 vd. Dolayısıyla bu bölümlerin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunduğu söylenebilecektir. Bir işyerinin, girilmesi açık rıza gerektirmez mutad olan kısımları (örn.

buralarda yapılacak olay yeri incelemesi konut dokunulmazlığı hakkına müdahale teşkil edecektir. AY. m. 21'e göre ise konut dokunulmazlığı hakkına ancak hâkim kararı ya da *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde* kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emri ile müdahale edilebilecektir. Bu kapsamda kamuya kapalı bu alanlarda olay yeri incelemesinin PVSK'nın ek m. 6/7 maddesine dayanılarak gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde dahi doğrudan savcı emriyle yapılmasının Anayasaya aykırı olduğu iddia edilebilir.

Bu yorum kabul edildiğinde önerilebilecek çözüm, *konut dokunulmazlığı hakkıyla korunan kamuya kapalı alanlarda* yapılacak olay yeri inceleme işlemlerinde- PVSK ek m. 6/7'nin Anayasaya aykırı olacağı gerekçeyle uygulanmaması CMK'nın arama hükümlerinin "çoğun içinde az da vardır" ilkesinden hareketle uygulanması olacaktır. Nitekim *Centel*³⁸ de konut ve işyerinde (ve yine kamuya açık olmayan kapalı alanlarda) olay yeri incelemesinin arama kurallarına tabi olduğunu ifade etmektedir. Bu

restoranın yemek yeme bölümü) ise burada ayrı değerlendirilmelidir. Çünkü bu alan konut dokunulmazlığı hakkı ile korunmaz. Nitekim TCK m. 116/2 açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler içinde kalan işyerleri açısından konut dokunulmazlığı suçunun oluşmayacağını vurgulamaktadır.

³⁸ Yazar bu tespiti PVSK ek m. 6/8'i dayanak göstermektedir. PVSK m. 6/8'in "olay yeri dışında" yapılacak işlemler için hüküm getirdiği dikkate alındığında, yazarın hangi gerekçeyle PVSK m. 6/8'i konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak *olay yeri* incelemelerine dayanak yaptığı metinden anlaşılamamaktadır. Kaldı ki yazara göre "kamuya açık olmayan tüm kapalı alanlarda" olay yeri incelemesi arama kurallarına tabi olmalıdır. Biz bu görüşe "Pvsk m. 6/7'nin kamuya açık olmayan kapalı alanlarda uygulanmasına engel bir hüküm bulunmaması" dolayısıyla katılmıyoruz. Nitekim çalışmada da vurgulandığı üzere kanımızca kamuya açık olmayan kapalı alanlarda da PVSK m. 6/7 hükmüne göre olay yeri inceleme işlemi savcı emriyle icra edilebilmelidir, bkz. *CENDEL/ZAFER*, s. 464.

durumda ise konut ya da konutun bahçesi³⁹ ya da iş yerinin yazıhane⁴⁰ bölümünde bir suç işlendiğinde, buralar konut dokunulmazlığı hakkı ile korunduğu için,⁴¹ buralarda olay yeri inceleme kararını CMK'nın arama hükümlerine göre hâkimin, gecikmede sakınca olması halinde savcının vereceğini kabul etmek gerekecektir. Gecikmede sakınca bulunmayan hallerde ise savcı, bu alanlar için olay yeri inceleme kararı veremeyecektir. Aynı şekilde, CMK m. 119 dolayısıyla kolluk amirinin de bu yerlerde olay yeri inceleme emri veremeyeceğini kabul etmek gerekir. Nitekim kolluk amiri, bu alanlarda arama emri verememektedir, çünkü CMK madde 119'a göre konut, iş yeri ve kamuya kapalı alanlarda arama kararı verme yetkisi kolluk amirine tanınmamıştır. Bu çözüm, görüldüğü üzere konut dokunulmazlığı hakkıyla korunan bir mekânda olay yeri inceleme

³⁹ "TCK'nun 116. maddesinin 1. fıkrası konutun eklentisine rıza hilafına girmeyi veya rıza ile girdikten sonra rıza hilafına çıkmamayı da konut dokunulmazlığını ihlal suçu kapsamında saymıştır. Ancak konut gibi, eklentinin de tanımını yapmamıştır. Doktrinde kabul gören tanıma göre eklenti, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak konuta bağlı olup, fiilen konutun kullanılmasına özgülünen veya onu tamamlayan, o yerin başkasına aidiyetini simgeleyen engellerle dış dünyadan ayrı tutulmuş yerlerdir. Bir yerin eklenti olup olmadığının tespitinde, bu yere giriş halinde, konutta bulunanların özgürlüğü, huzur ve sükûnu bozuluyor mu buna bakılmalıdır. Bozuluyorsa, o yeri eklenti kabul etmek gerekmektedir. Evin balkonu, evin bahçesi, evin garajı, apartman merdiveni, evin avlusu gibi konuta bitişik veya onun yakınında olan yerlerin eklenti olduğu açıktır.", bkz. **ARTUK/ALAN AKCAN**, s. 2717 vd. Ayrıca bkz. **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK**, s. 549. Dolayısıyla kanımızca konutun bahçesinin, konut dokunulmazlığı hakkıyla korunduğunu kabul etmek gerekir.

⁴⁰ 42. dipnota bakınız.

⁴¹ Nerelerin konut dokunulmazlığı hakkıyla korunacağı hususu, yukarıda da ifade edildiği üzere konut dokunulmazlığını ihlal suçuna konu olabilecek yerler üzerinden cevaplanması gereken bir sorudur. Nitekim konut dokunulmazlığı hakkı Türk Ceza Kanunu'nda konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile korunmaktadır. Konut dokunulmazlığını ihlal suçuna konut yanında konutun eklentisi de konu olabilecektir, (TCK m. 116). Konutun bahçesinin eklenti sayıldığına ilişkin bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 516, 535. Dipnot, (Yar. 2. CD. 25.04.1991 3881/4525). Aynı yönde bkz. **EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ**, s. 182 vd. Keza açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan iş yerleri ve eklentileri de konut dokunulmazlığı hakkı kapsamındadır ve konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile korunur. Herkesin girebileceği bir işletmenin müşterilere kapalı kısmına girilmesi durumunda bu suç oluşabileceğine ilişkin olarak bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 518-519. Aynı yönde bkz. **EVİK/YILDIZ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/AKSOY RETORNAZ/EROĞLU ERMAN/AKYÜREK/ZAFER/SINAR/BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/ALTUNÇ**, s. 187 vd.

işlemi uygulanacakken hâkim/savcı kararı/emrinin gerekliliği açısından Anayasa m. 21 hükmüne uygun görünmektedir.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, olay yeri inceleme tedbirini düzenleyen yönetmelik hükümleri de bu durumu destekler mahiyettedir. Nitekim, adlî ve önleme aramaları yönetmeliğinin 9/2. fıkrasında aynı maddenin 9/1. fıkrasına atıf yapılmak suretiyle dolaylı şekilde düzenlenen hükümleri incelendiğinde “herkesin girip çıkacağı yerler dışında kalan yerlerde, yani kamuya kapalı yerlerde olay yeri inceleme işlemlerinin, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Ancak ilgili hükümlere göre, o yer konut, iş yeri ya da kamuya kapalı kapalı alansa (yani örn. etraflı çitle çevrili tarladaki baraka ise) burada olay yeri inceleme kararını kolluk amiri veremeyecektir. Bu kapsamda, konut dokunulmazlığı hakkıyla korunan kamuya kapalı alanlarda verilecek olay yeri inceleme kararlarının da pek tabii bu hüküm dolayısıyla hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine verileceği açıktır. Nitekim söz konusu yönetmelik hükümleri konut dokunulmazlığı hakkıyla korunsun korunmasın, tüm “kamuya kapalı alanlara” ilişkin hüküm getirmektedir.

Ancak kanımızca yukarıda ortaya koyulan fikir şu noktada hatalıdır: AY m. 21 ve Ay. m. 13’ün birlikte yorumlanması sonucu ortaya koyulan “konut dokunulmazlığı hakkının ancak hâkim kararı (gecikmede sakınca olan durumda merci emri) ile ve kanunla sınırlanabileceği” görüşü AYM’nin⁴² savunduğu bir görüştür ve bu görüşe göre konut dokunulmazlığına müdahale teşkil eden kanuni düzenlemelerde tedbire karar verme yetkisinin hâkime, gecikmede sakınca olması halinde yetkili mercie verilmesi şarttır. Kanunla, konut dokunulmazlığına müdahale teşkil eden bir tedbirin hâkim kararı olmaksızın uygulanabileceğinin veya gecikmede sakınca olmadan dahi savcı kararıyla uygulanabileceğinin düzenlenmesi halinde bu kanunun, Anayasaya aykırılığı söz konusu olacaktır.

Ancak biz AYM’nin de katıldığı bu yorum tekniğini doğru bulmaktayız. Nitekim bu yorum esas alındığında kolluğun meşru müdafaa

⁴² Bkz. Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., başvuru no: 2019/40991, 23.03.2023: Kararda 4054 sayılı Kanunun 15. Maddesinde düzenlenmiş olan “yerinde inceleme” tedbirinin AY m. 21’e aykırılığı sorunu incelenmiştir. AYM bu kararında ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

halinde dahi konuta girmesi için hâkim/gecikmede sakınca varsa savcı kararı alması gerektiği sonucuna varılacaktır ki bu, durumu içinden çıkılmaz bir hale sokar. Nitekim mağduru kurtarmak için emir beklemek, emir gelmedikçe onu kurtarmamak anlamına gelen bu sonuç hukuk devleti ilkesiyle bağdaşan bir sonuç olmayacaktır. Çünkü bir hukuk devletinde vatandaşların güvenliği asıldır.⁴³ Her ne kadar hâkim kararının veya yetkili merciin yazılı emrinin varlığı bir hukuk devletinde vatandaşların temel haklarını korumak, her türlü müdahalenin hukuka uygun olması sağlamak ve keyfi müdahalelerin önüne geçmek adına önemi bir güvence teşkil etmekteyse de **“Vatandaşın güvenliğini ancak hakimden/merciden karar/emir alınması halinde koruyabilmek”** hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak bir durumdur.⁴⁴ Öyleyse doğru neticeye varmak için AY. m. 21 ve m. 13, hukuk devleti ilkesi ile birlikte yorumlanmalıdır.

Kanımızca AY. m. 21’in “konut dokunulmazlığına müdahalenin ancak hâkim kararıyla yapılacağını” düzenlemesi ve AY m. 13’ün de “hakların, özüne dokunmamak şartıyla kanunla sınırlanabileceğini” düzenlemesi karşısında, “konut dokunulmazlığına müdahalenin ancak hâkim kararıyla yapılabileceği” hususunun kanunla sınırlanabileceği, yani konut dokunulmazlığı hakkının “hâkim kararıyla (gecikmede sakınca varsa

⁴³ Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenmiş temel bir haktır. Hukuk devleti çok şekilde tanımlanmakla birlikte, en temel olarak “insan haklarına saygı gösteren devlet” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bir hukuk devletinde vatandaşların güvenliğinin asıl olduğunu pek tabii kabul etmek gerekir. Hukuk devleti ilkesiyle ilişkili olarak bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Anayasa Mahkemesi kararlarında Hukuk devleti ilkesi”, https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/1998_3.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.24). GÜNEŞ, Ahmet M.: “Hukuk Devleti Üzerine”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20., S. 33, 2015, s. 1 vd.; KARACA, Serden Onur: Hukuk Devleti İlkesi ve Türkiye’de Hukuk Devleti İlkesinin Gelişim Süreci, Journal of Social and Humanities Sciences Research, C. 8., 2021, S. 73, <https://jshsr.org/index.php/pub/article/view/386/374> (Erişim Tarihi 13.05.2024).

⁴⁴ Örneğin Kılıç bu durumu arama tedbiri açısından eleştirmiştir. bkz. KILIÇ, Ahmet: “Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa’ya Uygunluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 56., Y.14., 2023 s. 416. Nitekim yazara göre de “arama işlemine başvurulacak tüm hâller için en azından yazılı emir şartı aranması ölçülü bir sınırlama değildir. Her durumda en azından yazılı arama emri aranması ya durumun olağanlığı nedeniyle anlamsızdır ya da ani gelişen durumlara cevap veremez niteliktedir. (...) Devriye görevi icra eden kolluğun bir suçla karşılaşması hâlinde suça karıştığını düşündüğü kişilerin üstünü veya eşyasını derhâl araması icap edebilir. Aksi hâlde delillerin kaybolma riski gündeme gelebilir. Demokratik bir toplumda, bu riski bertaraf etmeye imkân tanıyan orantılı hükümlere ihtiyaç duyulur.”

mercî emriyle) konuta girilmesine izin veren bir hak olduğu, ancak bu hakka AY. m. 13 ile kanunla sınırlama getirilebileceği; yani hâkim kararıyla (gecikmede sakınca varsa mercî emriyle) konuta girilebilme hakkının, örneğin “vali kararıyla konuta girilebilir. Burada gecikmede sakınca olması gerekmez” şeklinde bir kanun çıkarılarak sınırlanabileceği” neticesine varılmalıdır. Burada yapılacak en önemli tartışma AY m. 21’de aranan “hâkim kararı (gecikmede sakınca olması halinde mercî emri)” unsurunun “hakkın özünü” teşkil edip etmeyeceği hususudur. Nitekim “hâkim kararı (gecikmede sakınca olması halinde mercî emri)” unsuru, konut dokunulmazlığı hakkının “özü” kabul edilirse, AY m. 13 hakkın özüne dokunmayı yasakladığı için, kanunla bile olsa hâkim kararı unsuru kaldırılarak sınırlama yapılamayacağı neticesine varılacaktır. Bu noktada hâkim kararı (gecikmede sakınca olması halinde mercî emri)” unsurunun hakkın gerçekten özünü teşkil edip etmediği hususu kanımızca AİHM’in Vig vs. Macaristan kararından⁴⁵ hareketle çözüme kavuşturulabilir. Nitekim ilgili kararda “gerekli garantilerin sağlanması halinde hâkim kararı veya yetkili mercinin yazılı emri olmaksızın kanuni bir düzenlemeye dayanılarak yapılan aramaların AİHS m. 8’in ihlali olarak değerlendirilmeyeceği” sonucuna varılmıştır. Yani bu kararında mahkeme arama tedbirini uygulamak için hâkim kararını demokratik devlette bir zorunluluk olarak görmemiş, hâkim kararının varlığından, eğer kanuni düzenlemede gerekli garantiler sağlandıysa, vazgeçilebileceğine işaret etmiştir. Bu netice kanımızca konut dokunulmazlığı hakkı için de kabul edilebilecek bir neticedir. Bu ise bizi, AY m. 21’de öngörülen hâkim kararı (gecikmede sakınca olması halinde mercî emri)” şartının, konut dokunulmazlığı hakkının özü olarak kabul edilmeyeceği neticesine götürmektedir. Öyleyse AY m. 13 ile kanunla yapılacak sınırlamalarda konut dokunulmazlığı hakkının özünü teşkil etmeyen “hâkim kararı (gecikmede sakınca olması halinde mercî emri)” şartı da daraltılabilecek, yani hâkim kararı (gecikmede sakınca olması halinde mercî emri) şartı olmaksızın, örneğin doğrudan savcı kararıyla konut dokunulmazlığı hakkına müdahale teşkil edecek tedbirlere izin veren kanuni düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılacaktır. Nitekim “hâkim kararı şartı” AİHM’in il-

⁴⁵ bkz. AİHM, 14/04/2021 tarihli Vig vs. Macaristan kararı, Başvuru no: 59648/13, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2259648/13%22%2C%22document-collectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-207362%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 26.01.2025).

gili kararı neticesinde hakkın özü olarak değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla da bu unsura AY m. 13 kapsamında sınırlama getirilebileceği pek tabii kabul edilebilir.

Dolayısıyla her ne kadar Anayasa m. 21’de konut dokunulmazlığı hakkına ancak hâkim kararı ya da *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde* kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile müdahale edilebileceğini düzenleyen bir hüküm varsa da konut dokunulmazlığıyla korunan kamuya kapalı alanlarda PVSK’nın ek 6/7. maddesine dayanılarak olay yeri incelemesinin **doğrudan** savcı emriyle yapılması kanımızca Anayasanın bu hükmüne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Özetle konut dokunulmazlığıyla korunan bir alanda olay yeri incelemesinin gecikmede sakınca olan halin varlığına bağlı olmaksızın PVSK’nın ek 6/7. maddesine dayanılarak *doğrudan* savcı emriyle yapılabilceğinin ve bunun Anayasa m. 21’e aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekir.

Bu durumda genel bir değerlendirmeye varılacak netice ise şu olacaktır: Konut dokunulmazlığı hakkıyla korunsun ya da korunmasın her türlü suç yerinde olay yeri inceleme işlemi, literatürde savunulanan aksine, kanımızca PVSK ek m. 6/7 hükmü çerçevesinde doğrudan savcı emriyle yapılmalıdır; burada olay yeri incelemeye karar verecek merci belirlenirken CMK m. 119’da yer alan arama hükümlerinin “çoğun içinde az da vardır” ilkesinden hareketle uygulanması gereği ise yoktur.⁴⁶

Bu durumun, ilgili kanun ve yönetmelik hükümleri açısından bir tutarsızlığa sebep olacağına ise ayrıca dikkat çekmek gerekir. Nitekim yönetmelik hükmü yetkiyi *genel itibariyle* hâkime vermekteyken, kanun hükmü yetkiyi savcıya vermektedir. Burada ifade edilmelidir ki, ilgili yönetmelik hükümleri çoğu durumda PVSK ek m. 6/7 hükmüne nazaran daha koruyucu durumdadır. Nitekim yönetmeliğe göre kamuya kapalı yerlerde, bu yerin fiziken açık alan mı yoksa duvarlarla çevrili alan mı olduğu dikkate alınmaksızın, olay yeri inceleme kararı verme yetkisi kural olarak hâkimde olacak, savcı ise ancak gecikmede sakınca olan durumda olay yeri inceleme kararı verebilecektir (Kolluk amiri ise savcıya ulaşılamayan gecikmede tehlike durumunda ve ancak olay yeri kamuya kapalı kapalı alan değilse yetkili olacaktır.). PVSK’ya göre ise böyle bir

⁴⁶ Ancak olay yeri inceleme yapılırken hakkında düzenleme olmayan konularda CMK m. 116 vd. da yer alan arama hükümlerinin uygulama alanı bulması pek tabii söz konusu olacaktır. Bu konu aşağıda ele alınmaktadır.

yerde olay yeri inceleme yetkisi her zaman savcıdadır. Burada savcının yetkili olması için gecikmede sakınca olması gerekmez.

Daha somut bir karşılaştırma yapmak gerekirse:

Yönetmeliğe göre etrafı çitle çevrili tarladaki (kazma kürek koyulan) barakada olay yeri incelemesine hâkim, gecikmede sakınca olan durumda savcı karar verecektir. Çünkü burası herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alan dışında kalan bir alandır. Kolluk amiri ise, bu alan kamuya açık olmayan kapalı alan (kamuya kapalı kapalı alan) olduğu için, bu kararı veremeyecektir. PVSK hükümlerine göre ise burada yetki doğrudan, yani gecikmede sakınca olsun olmasın, savcıdadır.

Yine yönetmeliğe göre konut, evin bahçesi ve işyerinin (örn. Restoranın) yazıhane bölümü gibi konut dokunulmazlığıyla korunan yerler⁴⁷ söz konusu olduğunda olay yeri inceleme kararı verme yetkisi hâkimde, gecikmede sakınca varsa savcıdadır. Kolluk amiri ise burada olay yeri inceleme kararı veremez, nitekim burada konut (evin bahçesi de geniş anlamda konut kavramına dahildir, çünkü evin bahçesi eklentidir ve konut dokunulmazlığıyla korunur)⁴⁸ ya da işyeri söz konusudur ve Yön. m. 9/2, kolluk amirine konut ve işyeri için olay yeri inceleme kararı verme yetkisi vermez. Ancak burada işyerinin kamuya açık kısımlarıyla (Örn. restoranın yemek yeme bölümüyle) ilgili olarak ayrıca bir değerlendirme yapmak gerekir. Nitekim bu alanlar (işyerinin yemek yeme alanı) herkesin girip çıkacağı alandır, yönetmeliğe göre bu alanda olay yeri inceleme işlemi yapılabilmesi için herhangi bir merciden karar alınması gerekmez.⁴⁹ PVSK ek m. 6/7'e göre ise burada söz konusu olan tüm durumlar için savcı kararı gerekecektir.

Yönetmeliğe göre etrafı çitle çevrili tarlada suç işlenirse olay yeri incelemesi kararını hâkim, gecikmede sakınca varsa savcı, verebilecektir. Çünkü burada da herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlar dışında bir alan söz konusudur. Yine yönetmeliğe göre, bu tarlada yapılacak olay yeri inceleme kararını “gecikmede sakınca var ve savcıya ulaşılamaz ise”

⁴⁷ Bir yerin konut dokunulmazlığıyla korunması için “bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı” bir yer olması gerekir. Çünkü konut dokunulmazlığını ihlal suçunda korunan hukuki menfaat, kişinin huzurlu, güvenli ve sakin bir ortamda yaşadığı gibi hareket etme ve/veya yaşama özgürlüğünün korunmasıdır. Ayrıca bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için, fiilen orada oturulması gerekir. Bkz. **ARTUK/ALAN AKCAN**, s. 2708 ve 2716.

⁴⁸ Bkz. **ARTUK/ALAN AKCAN**, s. 2717 vd.

⁴⁹ Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere bu yönetmelik hükmü PVSK ek m. 6/7 karşısında artık dikkate alınamaz durumdadır.

kolluk amiri de verebilecektir. Çünkü burada konut, işyeri ya da kamuya kapalı kapalı alan yoktur. PVSK'ya göre ise (ek m. 6/7) burada yetki yine doğrudan savcıda olacaktır.

Burada ifade edilmelidir ki, her ne kadar bazı durumlarda yönetmelik hükümlerinin PVSK hükümlerine göre daha koruyucu nitelikte olduğu kabul edilmeliyse de normlar hiyerarşisi göz önüne alındığında kanun hükümlerine aykırı olan yönetmelik hükümlerinin uygulanmama-ya-çağı neticesine varılır. Dolayısıyla da olay yeri inceleme kararı verirken kimin yetkili olduğu konusunda yönetmelik hükümleri dikkate alınmaksızın kanun hükümlerine bakarak bir tespitte bulunulmalıdır. Bu kapsamda olay yeri incelemesinde yetkinin, olay yerinin konut dokunulmazlığıyla korunan bir alan olup olmadığına bakılmaksızın PVSK ek m. 6/7'ye göre savcıda olduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Yaptığımız bu tespit, aramanın ortada olmayan şeylerin meydana çıkarılma faaliyeti olduğu,⁵⁰ olay yeri incelemesinin ise ortada olanların dikkatle incelenmesi şeklinde tanımlandığı⁵¹ dikkate alındığında makuldür.⁵² Nitekim olay yeri ve arama faaliyetleri arasındaki bu nitelik farkı dolayısıyla arama tedbirinden daha basit bir uygulama olan olay yeri incelemesinde yetkinin arama tedbirinden farklı olarak (arama tedbirinde genel yetki CMK m. 119'a göre hakimdedir) doğrudan savcıya verilmesi yerinde görülebilir bir durumdur.

V. OLAY YERİ İNCELEME İŞLEMİNE ARAMA HÜKÜMLERİNİN KIYASEN UYGULANMASI GEREKEN DURUMLAR

Olay yeri incelemesine ilişkin yasal düzenleme, uygulama açısından pek çok boşluk barındırmaktadır. Örneğin olay yeri inceleme işlemi yapılırken tanık bulundurulması gerekip gerekmediği yasada yer almaz. Olay yeri inceleme tedbirinde yer alan bu boşlukları doldurmak adına arama hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olabilecektir. Nitekim bu hükümler şekle ilişkin kurallardır ve temel hak sınırlaması yapan kurallar olmadıkları için bu hükümlerde kıyas yapılması serbesttir.

Dolayısıyla örneğin konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde olay yeri incelemesi yapılırken, eğer Cumhuriyet savcısı hazır bulunmıyorsa, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurmak

⁵⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 387; Yargıtay CGK, E. 2016/7-63 K. 2017/9 17.01.2017: “ ‘ gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma’ anlamlarına gelen arama işlemi...”

⁵¹ CENTEL/ZAFER, s. 367.

⁵² Bu konuya aşağıda değinilecektir.

gerekecektir, (CMK 119/4). Yine 3. kişiye ait bir yerde olay yeri inceleme işlemi yapılıyorsa, ziyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, işleme başlamadan önce işlemin amacı hakkında bilgi verilecektir, (CMK m. 120/2).

Burada asıl vurgulanması gereken, olay yeri inceleme işlemi ile arama işleminin farklı işlemler olduğudur. Çalışmanın başında da ifade edildiği üzere, olay yeri incelemesi bir suç işlendiğinde mevcut delillerin toplanmasını sağlarken, suçla bağlantılı delillerin daha sonraki aşamalarda ele geçirilmesi genellikle arama tedbiriyle sağlanmaktadır. Ancak bu iki kurum arasındaki tek fark bu değildir. Özellikle CMK m. 116 ve m. 117’de arama tedbirinin “suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla” uygulanacağına işaret edilmesi karşısında, aynı şekilde “suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla” uygulanan olay yeri inceleme işleminin arama tedbirinden hangi noktada farklı olduğunun önemle tespit edilmesi gerekir. Nitekim her iki işlem de aynı amaçla uygulanmakta, fakat işlemin uygulanmasına karar veren merciler konusunda kanun koyucu farklı birimlere yetki vermektedir. Öyle ki, arama tedbiri kural olarak hâkim kararıyla- gecikmede sakınca olması halinde savcı emriyle- uygulanabilen bir tedbirken (CMK m. 119), olay yeri inceleme işlemi savcı emriyle uygulanır (PVSK ek m. 6/7). Dolayısıyla aynı amaçla tesis edilen benzer iki işlemden doğru işleme doğru mercii karar vermesini sağlamak adına, bu iki işlemin hangi noktada farklılık arz ettiğinin ve birbirinden hangi noktada ayrıştığının sınırının çizilmesi gerekir.

Kanımızca burada belirleyici olan ölçüt “delilin saklanmış olup olmadığıdır”. Öyle ki, her ne kadar her iki işlem de “suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla”⁵³ uygulanıyorsa da elde edilmek istenen suç delilinin niteliği bu iki işlemde birbirinden farklıdır. Nitekim literatürde de ifade edildiği üzere arama, “şüphelinin/sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla, konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen *gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik* araştırma

⁵³ Arama tedbiri açısından bu konuda bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 504; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 386, 388 ve 392; CENTEL/ZAFER, s. 463.

işlemidir".⁵⁴ Bu tanımdaki '*saklanmış bir şeyin aranması*'⁵⁵ vurgusu, kanımızca arama tedbirini benzer diğer tedbirlerden⁵⁶ ve pek tabii olay yeri inceleme işleminden ayırmaktadır.

Öyleyse burada kanımızca şu değerlendirmede bulunmak gerekir: elde edilmek istenen suç delili "niteliği itibariyle saklanmış bir şeyse", burada arama tedbirini uygulamak gerekecek ve CMK m. 119'a göre hakim kararı- gecikmede sakınca bulunması halinde savcı emri- alınarak işlem yapılacaktır. Ancak elde edilmek istenen suç delili niteliği itibariyle saklanmış bir şey değil, ortada duran/ortaya saçılmış bir şeyse, burada artık PVSK ek m. 6/7'ye göre savcı emriyle olay yeri inceleme işlemi yapmak gerekecektir.

Bu iki kurum arasındaki fark kanımızca şu örnekler üzerinden daha somut bir şekilde anlatılabilir: kolluğun failin peşinden koşup sıcak takip yaparken, failin elindeki silahı üçüncü kişinin konutunun balkonuna, bahçesine ya da içine *attığı* ve kolluğun da bunu gördüğü durumda bu silah, kolluk açısından saklanmış bir unsur teşkil etmediği için, bu silaha olay yeri inceleme işlemi çerçevesinde savcı emriyle ulaşılabilecektir.⁵⁷ Benzer bir durum failin silahı çitle çevrili tarlaya attığı ve kolluğun da bunu gördüğü durumda da geçerlidir. Yani burada da olay yeri inceleme işlemi uygulanacak ve silaha PVSK m. 6/7 gereği savcı emriyle ulaşılabilecektir. Çünkü burada da silah, kolluk açısından saklanmış bir unsur teşkil etmez. Silahın kolluktan saklandığı ve kolluğun bunu bulmaya çalıştığı durumda ise artık "gizleme" açısından bambaşka bir durum vardır ve bu durumda silah olay yeri inceleme işlemi ile değil, arama tedbiriyle elde

⁵⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 503; CENTEL/ZAHER, s. 461, YENİSEY/NUHOĞLU, s. 386.

⁵⁵ MEYER-GOßNER, LUTZ, Strafprozessordnung Kommentar, 52. Baskı, 2009, § 81a, kn. 9; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 386 vd.; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 503.

⁵⁶ Örneğin beden muayenesinde arama tedbirine ilişkin maddelerin uygulanıp uygulanamayacağı yönündeki tartışma için bkz. BAYRAKTAR, Çiler Damla: "Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar," Adalet Dergisi 67, 2021, s. 205 – 238.

⁵⁷ Bahri Öztürk ve diğerleri ise burada doğrudan CMK m. 117/2 gereği arama tedbirinin uygulanacağı görüşündedir, bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 506.

edilmek zorundadır. Bu kapsamda örneğin silahın failin evinde saklı olduğuna ilişkin poliste makul⁵⁸ şüphe bulunduğu polise bu silaha erişmek için arama tedbiri uygulamak zorunda kalacaktır. Aynı durum silahın fail tarafından kendisine ait çitle çevrili tarlaya gömüldüğüne ilişkin poliste makul şüphe bulunduğu hal için de geçerlidir. Nitekim bu halde de polis bu silaha erişmek için arama tedbiri uygulamak zorundadır.

Öyleyse bu kapsamda tekrar vurgulamak gerekir ki, bir olayda arama tedbiri ve olay yeri inceleme işleminden hangisinin uygulanacağı konusunda belirleyici ölçüt “elde edilmek istenen suç delilinin niteliği itibarıyla saklanmış olup olmadığıdır”. Bu noktada, “işlemin konusunu konut veya taşınır bir malın oluşturabiliyor olması” veya “işlemin suç şüphesi altında olmayan üçüncü kişilere yönelik olarak da uygulanabiliyor olması” ise arama tedbiri ve olay yeri inceleme işlemi arasındaki farkı vurgulama açısından belirleyici bir ölçüt teşkil etmeyecektir. Nitekim bu işlemlerin her ikisinin de konusunu konut veya taşınır bir mal oluşturmakta,⁵⁹ ve yine bu işlemlerin her ikisi de suç şüphesi altında olmayan üçüncü kişilere yönelik olarak da uygulanabilmektedir.⁶⁰

Vurgulanmalıdır ki, delil ele geçirildikten sonra, ister olay yeri inceleme işlemi neticesinde ele geçirilsin isterse arama tedbiri uygulanmak suretiyle ele geçirilsin, ele geçirilen bu delile CMK’deki el koyma hükümleri marifetiyle el koyulacaktır (CMK m. 123). Nitekim el koyma, ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılacak eşyanın, eşyayı elinde bulduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alınarak eşyayı elinde bulduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılmasıdır.⁶¹

⁵⁸ CMK m. 116’ya göre şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler, ancak suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa aranabilir.

⁵⁹ Arama tedbirinin konusunu konut veya taşınır bir malın oluşturduğu yönünde bkz. **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK**, s. 504; **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 392

⁶⁰ Arama tedbirinin suç şüphesi altında olmayan üçüncü kişilere yönelik olarak da uygulanabildiğine ilişkin bkz. **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK**, s. 506 ve 509 vd.; **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 392; **CENEL/ZAFER**, s. 463.

⁶¹ **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK**, s. 520 vd.; **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 401; **CENEL/ZAFER**, s. 474; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 361.

VI. OLAY YERİ DIŞINDA KALAN YERLERDE SUÇA İLİŞKİN DELİL BULUNMASI İHTİMALİ

Olay yeri olarak kabul edilen dinamik bölge dışında bir yerde suça ilişkin delil elde edilme ihtimali olduğunda, bu delil ancak CMK'daki arama-el koyma tedbirleri uygulanarak ele geçirilebilecektir. Nitekim PVSK ek m. 6/8 "Olay yeri dışında kalan ve o suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve el koymaya ilişkin hükümleri uygulanır." hükmünü haizdir.⁶²

Öyleyse örn. olay yeri dışında kalan bir konutta ya da böyle bir işyerinde veya kamuya açık olmayan kapalı bir yerde, örneğin çitle çevrili tarladaki barakada delil bulunma ihtimali varsa bu delil arama/el koyma hükümleri uygulanmak suretiyle elde edilecektir. Bu noktada ilgili konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanların kime ait olduğundan hareketle ayırım yapmak gerekecektir. Nitekim o yer şüpheli dışındaki bir kişiye aitse, orada aramanın yapılması, CMK m. 117/2 gereğince aranılan suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı olacaktır. Nitekim PVSK ek m. 6/8, Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve el koymaya ilişkin hükümlerine atıf yapmıştır. Ancak aranacak yer şüpheliye aitse bu şart aranmaz. Nitekim CMK m. 116 suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceğini hüküm altına almıştır.

Ancak bu noktada tartışılması gereken asıl husus, olay yeri dışında kalan kamuya kapalı kapalı yerde arama yaparken makul şüphenin mi yoksa kuvvetli şüphenin mi aranacağıdır? PVSK bu konuda ek m. 6/8'de "suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi bulunmasını" şart koşturmuştur. Yani PVSK ek m. 6/8'e göre, o yerde delil elde edileceğine ilişkin olarak ancak kuvvetli şüphe sebebi varsa CMK'daki arama el koyma hükümleri uygulanır hale gelmektedir. Oysa CMK m. 116, arama tedbirinin uygulanması için makul şüphe aramaktadır. Burada aranacak şüphe derecesinin doğru şekilde tespiti için kanunların ilgili maddesinin yürürlük tarihine bakılmalıdır. Öyle ki, eskiden CMK'da arama tedbiri için makul şüphe aranırken, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı kanunun 9. maddesi ile bu konuda değişiklik yapılmış ve CMK'da arama

⁶² Bu konuda ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER, s. 367.

tedbiri için 'somut delile dayalı kuvvetli şüpheli' koşulu getirilmiştir. Ancak sonrasında ilgili yasa maddesi 02.12.2014 tarih 6572 sayılı kanununun 40. maddesi ile tekrar değiştirilmiş ve CMK'da arama tedbiri için tekrar makul şüpheli şartı getirilmiştir. Arama tedbiri için kuvvetli şüpheli arayan PVSK ek madde 6/8 ise 2007 tarihinde getirilmiştir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde CMK'nın arama tedbirine ilişkin hükümlerinin, PVSK'daki ilgili hükümden daha sonra yürürlüğe girdiği sonucuna varılacağından, olay yeri dışında kalan konut, iş yeri ya da kamuya açık olmayan kapalı bir yerde arama yaparken PVSK ek m. 6/8'in öngördüğü kuvvetli şüpheli derecesinin değil, CMK m. 116'nın öngördüğü makul şüpheli derecesinin aranması gerekecektir.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus PVSK ek m. 6/8'de olay yeri dışında kalan kamuya açık alanda ve olay yeri dışında kalan kamuya kapalı açık alanda suça ilişkin delil elde edilme ihtimali olduğunda, bu delilin nasıl ele geçirilebileceğinin düzenlenmiş olmamasıdır. Bu durumlarda, genel hükümler olarak CMK'daki arama-el koyma hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenmelidir. Nitekim konu hakkında PVSK'da hüküm bulunmamaktadır. İfade edilmelidir ki, bu durumda da aranacak yerin kime ait olduğu dikkate alınarak işlem yapılmalıdır. Nitekim CMK m. 117'nin, şüpheli dışındaki kişilere ait yerlerin aranması için getirdiği "aranılan suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı" şartı burada da geçerli olacaktır. Dolayısıyla örneğin olay yeri dışında kalan, 3. şahsa ait özel tarlada delil bulunma ihtimali olduğunda, buranın aranması için suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı gerekecektir. Aranacak alan şüpheliye ait olduğunda ise bu şart aranmaz, arama CMK m. 116 hükümlerine göre yapılır.

SONUÇ

PVSK ek m. 6/7'de düzenli olan olay yeri inceleme işlemine dair hükümlere bakıldığında, karar mercii açısından CMK m. 119'da düzenli olan arama tedbirinden farklı hükümler getirildiği görülmektedir. Nitekim CMK m. 119'a göre arama gerek konutta veya işyerinde gerekse de kamuya kapalı ya da açık alanlarda kural olarak hâkim kararı üzerine, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından yapılır. Olay yeri incelemesi kararı vermek için ise kural savcı emridir (PVSK ek m. 6/7). Olay yeri incelemesinin kamuya açık ya da kamuya kapalı yerde yapılması açısından kanunda herhangi özel bir hüküm yoktur. Dolayısıyla kamuya açık yerde

ya da kamuya kapalı yerde olay yeri inceleme kararı verme yetkisi savcıda olacaktır. Bu noktada konut dokunulmazlığı hakkıyla korunan yerde olay yeri inceleme işlemi yapılması açısından da herhangi bir fark yoktur.

Kanun koyucunun söz konusu bu işlemlere karar verecek mercii farklı şekilde tayin etmesinin kendi içinde pek tabii hukuki bir mantığı vardır. Kanımızca bu mantık, olay yeri inceleme işleminin arama tedbirinden daha az yoğunlukta bir işlem olmasına dayanmaktadır. Nitekim bu yoğunluk farkından dolayı bir işyerinde ya da konutta arama kuralı olarak hâkim kararıyla yapılırken (CMK m. 119), aynı yerde olay yeri inceleme işlemi savcı kararıyla yapılmaktadır (PVSK ek m. 6/7). Aynı şekilde bir tarlada ya da bu tarlada bulunan barakada arama kuralı olarak hâkim kararıyla yapılırken, aynı yerde olay yeri inceleme işlemi savcı kararıyla yapılmaktadır. Bu tespit neticesinde vurgulanması gereken husus ise, olay yeri inceleme işlemi uygulayan kolluk mensuplarının da bu farkı riayet etmeleri gereğidir. Yani olay yeri inceleme ve arama tedbirleri farklı yoğunlukta işlemlerdir, dolayısıyla olay yeri inceleme işlemi yapan kolluk mensuplarının da bu işlem sırasında arama tedbirine denk gelecek ağırlıkta davranmamaları gerekir.

KAYNAKÇA

- ARTUK**, Mehmet Emin/**ALAN AKCAN**, Esra: “Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116),” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 21, Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan (2019), s. 2703-2728, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/MEHMET-EMIN-ARTUK-ESRA-ALAN-AKCAN.pdf>
- ARSLAN**, Çetin/**Azizağaoğlu**, Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004
- BADEM**, Uğur: Olay Yeri Koruma İnceleme ve Delil Toplama Yöntemleri, Ankara, 2004
- BAKUER**, Ahmet: “Fotoğraflarla Olay Yerinin Tespiti,” Polis Dergisi, no. 28, Emniyet Genel Müdürlüğü basımevi, Ankara, 2001.
- BAYER**, Metin: Olay Yeri İnceleme Kriminal Laboratuvar Analizleri, Ankara, 2003
- CANPOLAT**, Can, **CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN AMACI “Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?”**, s. 454 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1417459> (22.01.2025);
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2020
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006
- CEYLAN**, Beyhan: Ülkemizde Olay Yeri İnceleme Uygulamalarına Genel Bakış ve Mevcut Sistemin Değerlendirilmesi, Fen Bilimleri Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2008. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43458.pdf> (Erişim Tarihi 26.03.2024)
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: “Anayasa Mahkemesi kararlarında Hukuk devleti ilkesi”, https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/1998_3.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.24).
- BAYRAKTAR**, Çiler Damla: “Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar”, Adalet Dergisi 67, (2021): 205 – 238.

- DİNLER**, Veysel: Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması Suç Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ankara 2009 https://veyseldinler.com/wp-content/uploads/2018/07/ceza_muhakemesinde_delillerint_topalmas_pdf
- DONAY**, Süheyl: Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul, 2005
- DURMUŞ**, Kürşat: Olay Yeri İncelemesinde ve Örnek Alımında Delilin Devamlılığının Sağlanması, Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2003. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/38580.pdf> (Erişim Tarihi 22.04.2024)
- DURMUŞ**, Kürşat: Olay Yeri İnceleme Uygulamalarında Dokümantasyon Standartlarının Oluşturulması, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü İstanbul 2010. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/46764.pdf> (Erişim Tarihi 22.04.2024)
- ERGÜZEL**, Serkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Olay Yeri İnceleme, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2014. https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/700432/yokAcikBilim_10030228.pdf?sequence=-1&isAllowed=y (Erişim Tarihi 26.03.2024)
- ERYILMAZ**, Mesut Bedri: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara, 2012
- EVİK**, Ali Hakan/**YILDIZ**, Ali Kemal/ **AYTEKİN İNCEOĞLU**, Asuman/**ERMAN**, Barış/ **AKSOY RETORNAZ**, Eylem/**EROĞLU ERMAN** Fulya/**AKYÜREK** Güçlü/ **ZAFER**, Hamide/ **SINAR**, Hasan/**BAYRAKTAR**, Köksal/**KESKİN KIZIROĞLU**, Serap/**ALTUNÇ**, Sinan, Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı suçlar, on iki levha yayıncılık, 2018
- GÜLTEKİN**, Özkan: “Olay Yeri İncelemesinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, no.4 (2011): 473 – 508. <https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/123217/>
- GÜNEŞ**, Ahmet M. (2015). “Hukuk Devleti Üzerine”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20., S. 33, ss. 1-17.
- İÇEL**, Kayıhan/**EVİK**, A. Hakan: İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, İstanbul 2007

- KARAABALI**, Bülent: "Faili Bilinmeyen Olayların Çözümüne Yönelik Yapılan Çalışmalar," Çağın Polisi Dergisi, no. 10: 2-40
- KARACA**, Serden Onur: "Hukuk Devleti İlkesi ve Türkiye'de Hukuk Devleti İlkesinin Gelişim Süreci", Journal of Social and Humanities Sciences Research, C. 8., 2021, S. 73. <https://jshsr.org/index.php/pub/article/view/386/374> (Erişim Tarihi 13.05.2024)
- KAYGISIZ**, Mustafa: Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik, Ankara 1998.
- KILIÇ**, Ahmet: "Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa'ya Uygunluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 56., Y.14., (2023). ss. 403-420
- KILIÇ**, Gürel: Olay Yeri İnceleme Ders Notları, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Olay yeri inceleme ve kimlik tespit Şube Müdürlüğü, İstanbul 2001.
- KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021
- KÖK**, Ahmet Nezh: "Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması", EHFD 7 Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş yılına Armağan, no.3-4 (2003): 3-8. <https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd/issue/63554/961993>
- MEYER-GOßNER**, Lutz: Strafprozessordnung Kommentar. 52. Baskı, 2009
- ÖZBEK**, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019
- ÖZBEK**, Veli Özer/DOĞAN, Koray: "Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9., S. 2., 2007
- ÖZTÜRK**, Bahri/Tezcan, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ GEZER, Özge Sırma/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem, ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/Tok, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2021
- SALMANER**, Hüsrev: Emniyet Teşkilatında Suç Yeri Yönetimi ve Yöneticiliği, kamu yönetimi anabilim dalı yüksek lisans tezi İstanbul üniversitesi sosyal bilimler enstitüsü, İstanbul, 2002. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/37167.pdf> (Erişim Tarihi 22.04.2024)
- SANDER**, Ender: Olay Yerinde Kriminalistik, Ankara 1997

- SAY**, Kubilay: Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması ve Laboratuarda İncelenmesi, Disiplinlerarası Adli Tıp Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2006 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=osM-Gixqm4uPWqyCR4wMRnQ&no=9cNKQoipZjjshclOWTEoJg> (Erişim Tarihi: 26.03.2024).
- ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2023
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK** Murat, Teorik ve pratik ceza özel hukuku, 22. Baskı, Ankara 2024
- ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 23. Baskı, 2024,
- YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019

İŞ HUKUKU BAKIMINDAN MOBBİNG: TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Özgür OĞUZ*

Öz

Bu çalışma, iş hukukunda önemli bir sorun olan mobbing'in Türk ve yabancı hukuk düzenlemeleri çerçevesinde ele almaktadır. Mobbing, işçilerin fiziksel ve ruhsal sağlığını tehdit eden, sistematik ve kasıtlı bir davranış biçimidir. Türk hukukunda mobbing'in açık bir tanımı bulunmamakta; ancak 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile farkındalık oluşturulması amaçlanmaktadır. Çalışmada, mobbing kavramının tanımı, temel unsurları ve Türk İş Hukuku'nda işverenin gözetim borcu, eşit davranma borcu ve yönetim hakkının kötüye kullanımı ile ilişkisi incelenmiştir. Ayrıca, İsveç, Belçika ve Fransa'daki düzenlemeler karşılaştırmalı olarak analiz edilmiş ve Türk hukukuna yönelik öneriler sunulmuştur. İsveç'teki kapsamlı düzenlemeler, Belçika'daki mağdur destek mekanizmaları ve ispat kolaylığı sağlayan uygulamalar ile Fransız hukukundaki açık tanımlar ve yaptırımlar, Türk hukukuna uyarlanabilecek niteliktedir. Türk hukukunda mobbing'in açık şekilde tanımlanması, yaptırım gücüne sahip düzenlemelerin yapıl-

* Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Associate Professor, Anadolu University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labor and Social Security Law Department, Eskişehir, Türkiye.

✉ ooguz1@anadolu.edu.tr, • ORCID 0000-0002-9930-9109

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: OĞUZ, Özgür: "İş Hukuku Bakımından Mobbing: Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 239-261.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ması ve ispat yükü ile ilgili hükümlerin oluşturulması, işçilerin haklarının korunması ve sağlıklı bir çalışma ortamının sağlanması açısından gereklidir. Bu çalışma, mobbing ile mücadelede Türk hukukunun güçlendirilmesine katkı sunmayı amaçlamaktadır

Anahtar Kelimeler

• Mobbing • Psikolojik Taciz • Eşit Davranma Borcu • Gözetim Borcu • Karşılaştırmalı Hukuk

MOBBING IN LABOR LAW: AN EVALUATION IN THE CONTEXT OF TURKISH LAW AND COMPARATIVE LAW

Abstract

This study examines mobbing, a significant issue in labor law, within the framework of Turkish and international legal systems. Mobbing refers to systematic and intentional behavior threatening employees' physical and mental health. Turkish law lacks a clear legal definition of mobbing, although the 2011/2 Prime Ministry Circular aims to raise awareness. This study analyzes the definition and key elements of mobbing and its relationship with the employer's duty of care, duty of equal treatment, and misuse of managerial authority in Turkish labor law. Additionally, regulations in Sweden, Belgium, and France are comparatively examined, with recommendations for Turkish law included. Comprehensive frameworks in Sweden, victim support mechanisms and evidentiary ease in Belgium, and clear definitions and sanctions in French law offer insights for Turkish law. Establishing a clear definition, enforceable provisions, and evidentiary rules in Turkish law is essential to protect employee rights and ensure a healthy workplace. This study enhances efforts to combat mobbing

Keywords

• Mobbing • Psychological Harassment • Duty of Equal Treatment • Duty of Care • Comparative Law

GİRİŞ

Mobbing çağımızın önemli sorunlarından biri olmakla beraber büyük bir toplumsal endişe kaynağı teşkil etmektedir.¹ Psikolojik taciz ya da işyeri zorbalığı olarak da ifade edilen bu davranışların, mağdurlar üze-

¹ TUNÇER, Polat: "Mobbing ve İş Hukuku", The Journal of Social Sciences, 2019, s. 93.

rinde ciddi etkiler doğurduğu açıktır. Uzun vadeli, bazen kalıcı, psikolojik ve mesleki hasarlar mobbing'in olası sonuçları arasındadır.² Bu bağlamda mobbing, hedeflerinin özsaygısına, fiziksel sağlığına, bilişsel işlevselliğine ve duygusal sağlığına zarar verebilecek yıkıcı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Mobbing, her yaş, ırk ve cinsiyetten işçileri etkileyen ciddi bir sorundur.³ İstatistikler işçilerin %35'inin iş yerinde zorbalık yaşadığını göstermektedir.⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde, Workplace Bullying Institute (WBI) tarafından yapılan bir araştırmaya göre, her yıl yaklaşık 2 milyon işçi mobbing mağduru olmaktadır. WBI'nin 2021 tarihli raporuna⁵ göre Amerikalı işçilerin %30'u mobbing'e maruz kalmış, %19'u mobbing'e tanık olmuş, %49'u mobbing'den etkilenmiş ve %66'sı iş yerinde mobbing'den etkilenmiştir.

İşçilerin performansı üzerinde de önemli etkileri olan mobbing'in işyerinde verimlilik konusunda problemler yaratacağı da bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Bu bağlamda önemli bir sorun olan mobbing karşısında işçilerin sağlığını ve güvenliğini korumak adına ülkeler iş hukuku mevzuatlarında önemli reformlara başvurmaktadır. Mobbing hakkında farkındalığın artırılmasının, işçi ve işverenlerin bu bakımdan bilgilendirilmesinin, tanımlamaların kanun düzeyinde yapılmasının, denetleme mekanizmalarının kurulmasının, sağlıklı bir çalışma ortamı kurulması açısından rehberlerin yayınlanmasının modern ülkelerin kaygıları arasında olduğunu belirtmek gerekmektedir. Çalışmamızda mobbing'in çeşitli tanımlamalarının incelenmesi, Türk hukukunda mobbing'in değer-

² LUTGEN-SANDVIK, Pamela/TRACY, Sarah J./ALBERTS, Jess K.: "Burned by Bullying in the American Workplace: Prevalence, Perception, Degree and Impact", *Journal of Management Studies*, C. 44, S. 6, 2007, s. 838.

³ ERTÜRK, Arzu Arslan: "İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 1, 2014, s. 285.

⁴ Civil Mediation Council, *Uncovering The Truth: Bullying In The Workplace Statistics*, <https://civilmediation.org/bullying-workplace-statistics/> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

⁵ Workplace Bullying Institute, *2021 WBI U.S. Workplace Bullying Survey*, <https://workplacebullying.org/wp-content/uploads/2021/03/2021-Full-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

⁶ International Labour Office, *Work-related violence and its integration into existing surveys*, 19th International Conference of Labour Statisticians, Cenevre, 2013, s. 5, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/meetingdocument/wcms_222231.pdf (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

lendirilmesi, yabancı ülke hukuklarında mobbing düzenlemelerinin mukayeseli analizi yapılmak suretiyle mevzuatımızda gerekli olan güncelleme önerileri sunulması amaçlanmaktadır.

I. MOBBING TANIMI

Mobbing terimi ilk olarak hayvan davranış bilimcisi Konrad Lorenz tarafından hayvanlar arasındaki grup davranışlarını tanımlamak için kullanılmıştır.⁷ Lorenz, daha küçük hayvanlardan oluşan bir grubun tek bir büyük hayvanı tehdit ettiği saldırıları “mobbing” olarak adlandırmıştır. Daha sonra, tesadüf eseri çocukların birbirlerine sınıf aralarında neler yapabileceğiyle ilgilenmeye başlayan İsveçli Doktor Paul Heinemann, bu terminolojiyi Lorenz’den ödünç alarak, küçük çocuk gruplarının tek bir çocuğa yönelik yıkıcı davranışlarını “mobbing” olarak adlandırarak, mobbing kavramının insan ilişkileri bağlamında ilk defa kullanılmasına vesile olmuştur. Bu geleneği takip eden Heinz Leymann, 1980’lerin başında iş yerlerinde benzer davranışları keşfettiğinde “mobbing” kelimesini ilk defa iş yerinde psikolojik terör davranışlarını tanımlamak adına kullanmıştır.⁸

Leymann’a göre, iş yerinde psikolojik şiddet veya mobbing, çoğunlukla bir veya birkaç kişi tarafından sistematik bir şekilde tek bir kişiye yöneltilen düşmanca ve etik dışı davranışı içermektedir.⁹ Mobbing, hedef kişiyi çaresiz ve savunmasız bir konuma iterek, devam eden tacizlerle bu konumda tutmak olarak ifade edilebilir. Bu eylemler en azından haftada bir kere olmak üzere ve en az altı ayı kapsayacak bir süreç içerisinde çok sık ve uzun bir süre boyunca gerçekleşir. Düşmanca davranışların sıklığı ve uzun süreli devam etmesi nedeniyle, bu kötü muamele önemli psikolojik, psikosomatik ve sosyal strese neden olmaktadır.¹⁰

İsveç Ulusal İş Güvenliği ve Sağlık Kurulu, iş yerinde mobbing’i (“victimization” terimini kullanarak), bireysel çalışanlara yönelik, onları

⁷ LEYMAN, Heinz: “The Content and Development of Mobbing at Work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, C. 5, S. 2, 1996, s. 167.

⁸ ŞAKİROĞLU, Şeyda: “Toplumsal Cinsiyet Bakımından İş Yaşamında Kadınlara Yönelik Mobbingin Sosyolojik İncelenmesi”, *International Social Sciences Studies Journal*, C. 9, S. 113, 2023, s. 7474.

⁹ LEYMAN, s. 168.

¹⁰ ÖZTÜRK, Hilal/DERELİ EKE, Elif/İPEK, Nazenin/MÜDÜROĞLU, Aynur/FAİKOĞLU, Rehat: “Mobbing (Psikolojik Yıldırma), Örgüt Üzerindeki Etkileri ve Çözüm Önerileri”, *Sağlık Akademisyenleri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2015, s. 29.

işyeri topluluğunun dışında bırakabilecek şekilde, tekrarlayan, kınanabilir veya belirgin şekilde olumsuz eylemler olarak tanımlanmaktadır.¹¹

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ise mobbing'i aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır, "Mobbing genellikle bir grup çalışanın, hedef alınan bir çalışana psikolojik taciz uygulamak için birleşmesiyle ortaya çıkar. Mobbing, bir kişi hakkında sürekli olumsuz yorumlar yapmak veya sürekli eleştirilerde bulunmak; bir kişiyi sosyal bağlantılardan yoksun bırakacak şekilde izole etmek; bir kişi hakkında dedikodu yapmak ya da yanlış bilgiler yaymak veya bir kişiyi sürekli olarak alay konusu etmek gibi davranışları içerir."¹²

Türkiye'de mobbing ilk defa Ankara 8. İş Mahkemesi tarafından tanımlanmıştır.¹³ İlgili kararda mobbing, "...işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele..." şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴

İşyerlerinde Psikolojik Tacizin Önlenmesi konulu 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde¹⁵ ise mobbing kavramı "*Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz*" olarak açıklanmaktadır.

Bu tanımlar ışığında söylenmesi gerekir ki, mobbing, tekrar eden, belirli bir süre gerçekleşmeye devam eden, fiziksel olmayan ve maruz kalan kişi için küçük düşürücü nitelikte olan davranışları ifade etmektedir. Ancak her olumsuz davranışın mobbing olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Bu bağlamda mobbing'in belirleyici unsurlarını belirlemek çalışmamız açısından faydalı olacaktır.

¹¹ İsveç Ulusal İş Güvenliği ve Sağlık Kurulu, Mağduriyetle Mücadeleye İlişkin Yönetmelik (AFS 1993:17), 1993, s. 3.

¹² **CHAPPELL**, Duncan/DI MARTINO, Vittorio, Violence at Work, 3. Baskı, Cenevre 2006, s. 22.

¹³ **ÖZDEN**, Banu: "Türk İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Taciz (Mobbing)", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 8, 2018, s. 25.

¹⁴ Ankara 8. İş Mahkemesi, 20.12.2006, E. 2006/19, K. 2006/625, (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.11.2024).

¹⁵ RG. S. 27879, 19.03.2011 T.

II. MOBBING ESAS UNSURLARI

Öncelikle bir davranışın mobbing çerçevesinde değerlendirilebilmesi için bu davranışın iş yerinde gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁶ Bu bağlamda mobbing'in birinci esas unsuru olarak işyerinde vuku bulması şartı olduğunu söylememiz gerekir.¹⁷ İşyeri ise 4857 sayılı İş Kanunu'nda şu şekilde tanımlanmıştır: "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir".

Mobbing, tek seferlik bir olaydan öte, sistematik ve tekrarlayan bir şekilde gerçekleşen bir durumdur. Bu bakımdan mobbing, işveren tarafından sürekli azar işitmek, hakaretler ve baskılarla karşılaşmak, görmezden gelinmek veya yok sayılmak gibi davranışları içermektedir.¹⁸ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'ne göre: "Somut uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğine yönelik mahkeme kabulü dosya içeriğine göre isabetlidir. Ancak, davacının, işveren yetkililerince yapılan teftiş esnasında iki ya da üç gibi bir süre boyunca, işyerinin çay ocağında bekletilmesi şeklinde subut bulan eylem, onur kırıcı nitelikte ise de, mobbing olarak değerlendirilmesi mümkün değildir."¹⁹ Somut olayda Yüksek mahkeme iki üç ay gibi kısa süren eylemlerin mobbing olarak değerlendirilemeyeceği yönünde hükme varmıştır. Kadı ki, sürekli olarak tekrarlanan bu davranışların mobbing mobbing teşkil etmesi için de söz konusu davranışlar arasında bir bağlantının olması ve sistematik olarak gerçekleşmesi de gerekmektedir.²⁰ Zira Yargıtay 9. Hukuk dairesine göre "İşyerinde kısa bir süre çalışmış olan işçiyi feshe zorlama yapılmış değildir ve zaman içinde sistematik bir hal alan

¹⁶ TINAZ, Pınar/BAYRAM, Fuat/ERGİN, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 64.

¹⁷ DEMİR, Şamil: "Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi", Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 2, 2009, s. 140.

¹⁸ İNCİRLİOĞLU, Lütfi: "İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri", Kamu-İş, C. 13, S. 1, 2013, s. 104.

¹⁹ "Mobbing'in meydana gelebilmesi için bir işçinin hedef alınarak, uzun bir süre ve belli aralıklarla sistematik biçimde tekrarlanan, mağdurun karşı koymasına rağmen yapılan aşağılayıcı, küçük düşürücü ve psikolojik olarak acı veren, işteki performansı engelleyen veyahut olumsuz bir çalışma ortamına sebep olan tehdit, şiddet, aşağılama, hakaret, ayrımcılık, ağır eleştiri, taciz ve çalışma şartlarını ağırlaştırma gibi eylem, tutum ve davranışların uygulanması gerekir." Y. 9. HD, 12.04.2016, E. 2015/2103, K. 2016/10581. (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.10.2024)

²⁰ DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: "Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2007, s. 117.

psikolojik baskı ve bezdirme şeklinde gerçekleşmemiştir. Bu itibarla manevi tazminat taktirinde mobbing (psikolojik taciz) değerlendirilmesiyle sonuca gidilmesi yerinde değildir.”²¹ Yargı kararlarında da vurgulandığı üzere, mobbing uygulamasının bir diğer önemli unsuru sürekli ve sistemli olmasıdır. Diğer bir ifade ile yapılan davranışın mobbing olarak nitelendirilebilmesi için psikolojik tacizin sürekli ve sistematik yapılması gerekir.

Keza mobbing’den bahsedilebilmesi için psikolojik taciz olarak nitelendirilen davranışların fail tarafından kasıtlı olarak yapılması da gerekir.²² Nitekim işyerlerinde psikolojik tacizin önlenmesine ilişkin İşyerlerinde Psikolojik Tacizin Önlenmesi konulu 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi’nde²³ de mobbing kavramı tanımlanırken kasıt unsuruna yer verilmiştir. Ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın yayınladığı, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Rehberinde de sergilenen olumsuz davranışların mobbing olarak tanımlanabilmesi için söz konusu davranışların kasıtlı olarak yapılması gerektiğinden söz edilmiştir.²⁴

Mobbing kavramının bir başka esas unsuru ise mobbing’i oluşturan davranışların yıldırma, pasifize etme ve işten uzaklaştırma amacıyla olmasıdır.²⁵ Dolayısıyla mezkûr amaçlar dışında işçilerin performansını artırmak adına veya başka bir amaçla yapılan davranışların mobbing kavramı altında değerlendirilmemesi gerekir. Örneğin işverenin bir işçiye yaptığı hataları söylemesi iş performansını artırmak amacını taşıdığından mobbing olarak nitelendirilmemelidir.

²¹ Y. 9. HD, 04.02.2014, E. 2012/2473, K. 2014/2959, (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.10.2024)

²² ÖZKUL, Burcu/ÇARIKÇI, İlker Hüseyin: “Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2010, s. 494.

²³ RG. S. 27879, 19.03.2011 T.

²⁴ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, Ankara 2013, s. 9. <https://www.csgb.gov.tr/media/1327/i%C5%9Fyerlerinde-psikolojik-taciz-mobbing-bilgilendirme-rehberi-2014.pdf> (Erişim Tarihi: 30.10.2024)

²⁵ ÖZDEN, s. 30

III. TÜRK İŞ HUKUKUNDA MOBBING

A. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Mobbing

Türk İş Hukukunda mobbing ile ilgili açıkça bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır.²⁶ Türk Medeni Kanunu'nun 5. Maddesi uyarınca Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmaktadır. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 417. Maddesi hükmünce işverenin gözetim borcu açıklanmaktadır. TBK m. 417/1 hükmünce: *"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür..."*. İlgili maddenin Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesinde ise *"psikolojik taciz"* kavramının mobbing'i de kapsadığını belirtmek gerekir. Nitekim mezkûr gerekçede işçinin kişisel değerlerini ihlal eden sebeplerin kapsamı aşağıdaki şekilde açıklanmıştır: *"Tasarının 416 ncı maddesinin tamamını kapsayan değişiklikle, işçinin onur ve saygı gösterilmek dahil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü düzenlenmiş, cinsel tacizin yanında diğer psikolojik tacizler de (mobbing) kişilik değerlerini ihlal eden sebepler kategorisinde sayılmış, ... madde teselsül nedeniyle 417 nci madde olarak kabul edilmiştir."* Dolayısıyla mezkûr maddede *"psikolojik taciz"* kavramı kullanarak açıklanan mobbing faaliyetlerinden dolayı işveren, işçinin kişilik haklarının ihlaline bağlı zararları tazminle yükümlüdür.²⁷

TBK m. 417 hükmünce, işverene mobbing'i önlemek için iki aşamalı bir sorumluluk yüklenmiştir. Bu doğrultuda, işverenin öncelikle işyerinde uygun bir ortam sağlayarak çalışanlarının mobbing'e maruz kalmamaları için gerekli tedbirleri alması ve bu tür davranışlara müsamaha göstermemesi gerekmektedir. İşyerinde iletişim açıklığının sağlanması, doğru işleyen bir şikâyet mekanizmasının kurulması, işverenin bu konudaki hassasiyet göstermesi ve işyeri iç yönetmeliklerinde ilgili düzenlemelerin yapılması, alınması gereken önlemler arasındadır.²⁸ Ancak, bu

²⁶ BÜYÜKKILIÇ, Gül: "İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, 2012, s. 90.

²⁷ LİMONCUOĞLU, Sanal: "İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 105, 2013, s. 61.

²⁸ ERTÜRK, s. 303

tedbirlerin alınmasına rağmen çalışanlar mobbing'e maruz kalırlarsa, işverenin daha fazla zarar görmelerini önlemek için gerekli önlemleri alması gerekir. Bu durumda işveren mobbing uygulayan çalışanları uyararak, mağdur olan çalışanın yerini değiştirmek ve bu tedbirlerin yetersiz kalması durumunda tacizci çalışanın iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme imkanına sahiptir.²⁹

İşverenin gözetim borcunun kapsamının belirlenmesi açısından belirtilmesi gereken bir başka önemli düzenleme ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda³⁰ (İSGK) karşımıza çıkmaktadır.³¹ İlgili kanunun 4. Maddesi hükmünce işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla, mesleki risklerin önlenmesi eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbiri almakla, organizasyonun yapılmasıyla, gerekli araç ve gereçlerin sağlanmasıyla, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesiyle ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmakla yükümlüdür. İSGK m. 4 hükmün, psikolojik taciz veya mobbing'i işverenin gözetme borcu kapsamına açıkça dahil eden bir dil içermese dahi, İSGK'nın diğer hükümlerinden, işverenin gözetme borcunun mobbing veya psikolojik taciz gibi ruhen tahribat yaratacak durumları da kapsadığını söylemek gerekecektir. Zira İSGK'nın tanımlar kısmında iş kazası "*İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olayı*" ifade etmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere kanun koyucu vücut bütünlüğünü ruhen ve bedenen olmak üzere bir bütünlük olarak kabul etmekte ve dolayısıyla işçilerin psikolojik sağlığı da pek tabii işverenin gözetme borcu kapsamına girmektedir.

²⁹ **KAPLAN**, Emine Tuncay: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011, s. 49.

³⁰ RG. S. 28339, 30.06.2012 T.

³¹ **PALABIYIK**, Buğra Burak: Türk İş Hukukunda Mobbing, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2018, s. 126.

B. Eşit Davranma Borcu ve Mobbing

4857 Sayılı İş Kanunu m. 5 hükmüncüce “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.”. Bu bağlamda bir işçinin, işveren tarafından mobbing davranışlarına maruz kalmasıyla veya diğer işçiler tarafından mobbing’e uğrayan bir işçinin, bu durumdan haberdar olan işveren tarafından korunmaması durumunda, işveren gözetme borcuna aykırılık suretiyle eşit davranma borcunu ihlal edecektir.³² Zira işveren gözetme borcunu yerine getirirken bütün işçilere eşit davranmakla mükelleftir. Nitekim Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında da mobbing davranışlarının, işverenin gözetme borcu ve eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir.³³

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde, ayrımcılık yapıldığının işçi tarafından ispat edilmesi gerekir. Fakat işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda ispat yükü yer değiştirecektir. Bu bakımdan Yargıtayın mobbing ile ilgili yerleşik içtihatları da benzer bir ispat külfeti anlayışını benimsemektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi isabetli olarak bir kararında³⁴ “Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek yoktur. Kişilik haklarına yönelik bir haksızlığın varlığı yeterlidir. Ayrıca, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda, kesin ve mutlak bir ispat şartı aranmamalıdır. İşçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguları ileri sürmesi yeterlidir. İşyerinde mobbingin varlığını gösteren olguların mahkemeye sunulması halinde, işyerinde mobbingin gerçekleşmediğini ispat külfetinin işverene düştüğü kabul edilmelidir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir.

³² DEMİR, s. 143.

³³ “Ülkemizde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndan (TBK) önceki dönemde özel bir düzenleme olmamasına rağmen, çalışanların maruz kaldıkları psikolojik taciz, iş sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, psikolojik taciz eylemi, işverenin işçiyi koruma (gözetme) ve eşit davranma borçlarına aykırılık oluşturmaktadır. Bunun yanında psikolojik taciz aynı zamanda, işçinin kişilik haklarına da müdahale niteliği taşıması dolayısıyla, buna ilişkin hukuki yolların da kullanılması gündeme gelebilir.” Y. HGK, 09.02.2021, E. 2016/1427, K. 2021/53, (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.10.2024)

³⁴ Y. 22. HD, 15.03.2016, 2014/36577 E., 2016/7923 K. (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.10.2024)

C. Yönetim Hakkının Kötüye Kullanması ve Mobbing

İş sözleşmelerinde, genellikle iş ediminin ana hatları belirlenirken, detaylar genellikle düzenlenmesi gereken bir boş alan olarak kalmaktadır. Bu boşluğu doldurmak için işverenin kullanabileceği bir yetki olan yönetim hakkı devreye girmektedir. İşveren, talimatlarını işin yürütümü ve işçilerin davranışlarını düzenleme konusunda, toplu iş sözleşmesi ve yasalara uygun olacak şekilde, iş akdine aykırı olmamak şartıyla, yönetim hakkı olarak adlandırılan bu yetkiyi kullanabilir.³⁵ İşveren yönetim hakkını kullanırken yasalara uygun davranmak mecburiyetindedir. Burada bahsedilmesi gereken önemli bir kıstas ise dürüstlük kuralıdır. Zira Türk Medeni Kanunu m. 2 hükmünce: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” Bu bağlamda işçi ve işveren, iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken, dürüstlük ilkesine uygun olarak “doğru, namuslu ve makul”³⁶ davranma yükümlülüğü altındadır.

Yönetim hakkı kimi zaman işverenler tarafından mobbing teşkil edecek derecede kötüye kullanılabilir. Mobbing davranışları işverenin yönetim hakkının arkasına gizlenerek çalışma hayatında önemli bir potansiyel risk oluşturmaktadır. Pratikte, işverenin psikolojik taciz niteliğindeki davranışları, çoğu zaman yönetim hakkının kötüye kullanılmasıyla gerçekleşmektedir.³⁷ İşverenin hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı her durum, kendi özel koşulları çerçevesinde değerlendirilecek olsa da hakkın kötüye kullanıldığını gösteren belirli unsurların tespit edilebilmesi söz konusu olacaktır. Bu unsurlardan biri, hakkın kullanımında hukuki olarak meşru kabul edilen bir yararın olmamasıdır.³⁸ Dolayısıyla, işverenin bir hakkını sadece işçiyi yıldırımak veya onu küçük düşürmek amacıyla kullanması durumunda, bu hakkın kötüye kullanıldığının kabul

³⁵ SÜZEK, Sarper/BAŞTERZİ, Süleyman, İş Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2024, s. 60.

³⁶ GÜZEL, Ali/UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 37.

³⁷ TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 119-120

³⁸ TAŞKIN, Ahmet: İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 65.

edilmesi gerekir. Hakkın kullanımının işverene sağlayacağı fayda ile işçiye vereceği zarar arasındaki aşırı dengesizlik de işverenin hakkını kötüye kullandığını gösteren unsurlardan biridir.³⁹

IV. İŞYERLERİNDE PSİKOLOJİK TACİZİN (MOBBING) ÖNLENMESİ KONULU BAŞBAKANLIK GENELGESİ

Türkiye’de mobbing açısından ayrıca değerlendirilmesi gereken önemli bir belge ise 19 Mart 2011 tarihinde yayımlanan, İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi hakkında Başbakanlık Genelgesidir. Mezkûr genelge hükümlerince çeşitli tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Bu tedbirler dahilinde, işyerinde psikolojik tacizle mücadelenin öncelikle işverenin sorumluluğunda olduğu ve işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alması gerektiği belirtilmektedir. Genelge hükümlerince bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak tutulması amaçlanmaktadır. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilmesi de genelge ile öngörülen tedbirler arasındadır. Bunlara ek olarak, psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanması için gerekli altyapı genelge kapsamında sağlanmıştır. Mobbingin denetlenmesi açısından, çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu kurulması da mezkûr genelgeyle bildirilmiştir. Bu bağlamda denetim elemanlarının, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandırması beklenmektedir. Genelgenin barındırdığı tedbirlerden bir diğeri ise, psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilmesidir. Bu doğrultuda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenlenmesi amaçlanmaktadır.

³⁹ TAŞKIN, s. 65

Söz konusu genelgeyle beraber mobbing bağlamında bir farkındalık yaratılması amaçlanmış ve “psikolojik taciz” terimi kullanılarak mobbing tanımlaması yapılmıştır. Fakat burada belirtmemiz gereken bir önemli husus ise genelge dahilinde bir yaptırımın öngörülmediğidir. Dolayısıyla, mezkûr genelgenin bağlayıcılığı konusunda önemli eksikliklerin bulunduğunu söylemek gerekmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere Türk hukukunda mobbing davranışlarına karşı işçilerin korunması adına kanun düzeyinde açık bir tanım ve yaptırım bulunmamaktadır. Türk hukukunda mobbing’e karşı işçilerin korunması, ancak genel hukuk ilkeleleriyle mümkün olmaktadır. Bu bağlamda mobbing kavramının kanun düzeyinde açıkça tanımlanması ve belirli yaptırımlara tabi tutulması işçinin kişilik haklarının korunması ve psikolojik bakımdan sağlığının korunması açısından önemli bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın bu aşamasında yabancı ülkelerdeki mobbing düzenlemeleri incelenecek olup, bu bağlamda Türk hukukunda ne gibi güncellemelerin yapılması gerektiği tartışılacaktır.

V. Yabancı Ülke Hukuklarında Mobbing

A. İsveç

Mobbing kavramını Avrupa’da ilk defa kanuni düzenlemelerinde kullanan ve buna karşı önlemler alan ülke İsveç olmuştur.⁴⁰ 31 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe giren İsveç Ulusal İş Güvenliği ve Sağlığı Kurulu Yönetmeliği⁴¹ (Victimization at Work) mobbing’in tanımını ve işverenin bu bağlamdaki yükümlülüklerini açık olarak belirtmektedir. Terminoloji olarak “mağduriyet” kelimesini uygun gören kanun koyucu, mağduriyeti, bireysel işçilere yönelik tekrarlayan kınanabilir veya belirgin şekilde olumsuz eylemler ve işçilerin işyeri topluluğundan dışlanmasına neden olan eylemler şeklinde tanımlamıştır. İlgili yönetmelik hükmünce işveren, mağduriyeti mümkün olduğunca önlemek için işi organize etmeli ve mağduriyetin kabul edilemeyeceğini açıkça belirtmelidir. Bunlara ek olarak işverene; mağduriyet oluşturabilecek, memnuniyetsiz çalışma koşullarının, iş organizasyonu sorunlarının veya iş birliği eksikliklerinin erken

⁴⁰ ÇUKUR, Cengiz, Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2016, s. 107.

⁴¹ Swedish National Board of Occupational Safety and Health, Ordinance Containing Provisions on Measures Against Victimization at Work (AFS 1993:17), s. 3-4, <https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/foreskrifter/engelska/victimization-at-work-provisions-1993-17.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

belirtilerinin tespiti ve düzeltilmesi için rutinler uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda işveren, mağduriyetin belirtileri ortaya çıktığında, derhal karşı önlemler almalı ve mağduriyeti takip edilmelidir. Kararname hükmünce mağduriyete maruz kalan çalışanlara hızlıca yardım veya destek sağlanmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işverenin üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, İsveç Çalışma Ortamı Yasası hükümlerince para cezası ya da bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.⁴²

Helge Hoel ve Stale Einarsen'in bir araştırmasında⁴³ İşyerinde Mağdurlaştırma Hakkında Kararname'nin etkisi, işverenler, işçiler, sendikalar, akademi ve destek kuruluşlarından oluşan katılımcılarla yapılan görüşmeler ışığında değerlendirilmiştir. Araştırmacılar, yasal düzenlemelerin belirsizliği, denetim problemleri, işverenlerin kontrolünü sağlama ve işverenlerin bu bakımdan tutumları gibi konularla ilgili tüzüğün eksikliklerini ortaya koymuştur. Bu bakımdan mezkur kararnamenin uygulanması bakımından gerekli altyapının sağlanmamış olmasının pratikte önemli sorunlar doğurduğunu söylemek mümkün olacaktır. Dolayısıyla Türk hukukunda da mobbing'le alakalı kanun düzeyinde bir tanımlama yapılması, mobbing teşkil eden davranışların yaptırımlarının açıkça öngörülmesi, mobbing hakkında işçi ve işverenlerin bilgilendirilmesi açısından sendikalarla iş birliği yaparak bu konuda eğitimlerin verilmesi, mobbing hakkında bilgilendirici rehberler sağlanması ve bu konuda denetim mekanizmalarının kurulması işçilerin kişilik haklarının korunması bakımından büyük önem arz etmektedir.

B. Belçika

Avrupa Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Vakfı (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions) tarafından mobbing hakkında yapılan bir çalışmada, Belçika'daki işçilerin %11'inin mobbing'e maruz kaldığı ve Avrupa Birliği ortalamasının ise %9 olduğu belirtilmiştir.⁴⁴

⁴² TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s.224

⁴³ HOEL, Helge/EINARSEN, Ståle, "The Swedish Ordinance Against Victimization at Work: A Critical Assessment", Comparative Labor Law & Policy Journal, C. 32, 2010, s. 225 vd.

⁴⁴ XpertHR, "Belgium: New Anti-Harassment Legislation", <https://www.xporthr.co.uk/commentary-and-insights/belgium-new-anti-harassment-legislation/26035/> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

13 Mayıs 1999 tarihli kraliyet kararnamesinin (arrîtè royal du 13 mai 1999) 10. maddesi, Belçika kamu görevlilerine, üstlerinden, meslektaşlarından ve yardımcılarından saygı ve nezaketle muamele görme hakkını öngörmektedir. Ayrıca ilgili kararnamede, kamu görevlilerini kişilik haklarını ihlal edebilecek herhangi bir sözlü veya sözlü olmayan eylemden kaçınma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Belçika'da mobbing anlamında tek ortak uygulanabilir hüküm, Belçika Ceza Kanunu'nun (Code pénal) 442 mükerrer maddesi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁵ Ancak, bu hüküm sadece genel olarak tacizi suç olarak kabul etmektedir ve doktrinde, mobbing'e karşı yeterli bir koruma sağlamadığı düşünülmektedir.⁴⁶ Dolayısıyla, mobbing'e karşı daha iyi koruma için yasal adımlar atılmıştır. İşçilerin İşyerinde İşlerini Yaparken İyi Oluşlarına İlişkin Kanun (loi relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail) işverene işyerinde mobbing'i önleme yükümlülüğü getirmektedir.

Belçika'da mobbing'le alakalı bahsedilmesi gereken bir başka kanun ise, 4 Ağustos 1996 tarihli İşçi Refahı Kanunu'dur. İlgili kanun, işyerinde şiddet, mobbing ve cinsel tacizi yasaklamaktadır ve işverenlerin bu bakımdan oluşabilecek riskleri önlemek için risk analizi yapmalarını ve gerekli tedbirleri almalarını gerektirmektedir.⁴⁷ Önlemlerin alınmaması durumunda cezai yaptırımlar uygulanmaktadır. İşverenler ayrıca, şiddet mağdurlarının uygun psikolojik destek almasını sağlamalı ve işyerinde psiko-sosyal ortamın sağlanması bakımından bir sağlık ve güvenlik danışmanına sahip olmalıdır. 2014 yılında, işyerinde şiddet, mobbing ve cinsel taciz konularındaki korumaları geliştirmek için Çalışan Refahı Yasası'nda

⁴⁵ Belçika Ceza Kanunu (Code Pénal): 8 Haziran 1867, https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&numero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&from-tab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+ac-tif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=41&imgcn.y=12 (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

⁴⁶ **EUROPEAN PARLIAMENT:** Bullying at Work, Working Paper, https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/108_en.pdf (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

⁴⁷ **CMS:** Sexual Harassment in the Workplace in Belgium, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-sexual-harassment-in-the-workplace/belgium> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

önemli değişiklikler yapılmıştır.⁴⁸ Bu bağlamda işyerinde şiddet, mobbing veya cinsel taciz durumlarının gerçekleşmesi sonucunda cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Mezkûr kanunda psikolojik taciz, “belirli bir süre boyunca gerçekleşen haksız bir dizi davranış sonucu işçinin kişiliği, haysiyeti veya fiziksel veya psikolojik bütünlüğünün işini yaparken etkilenmesi” olarak tanımlanmaktadır. Önemli bir endişe kaynağı olan mobbing hakkında Belçika hukukunda önemli tedbirlerin kanuni boyutta alındığını söylememiz mümkündür.

Belçika parlamentosu tarafından 16 Şubat 2023 tarihinde onaylanan yasa değişikliği dahilinde, çeşitli ayrımcılık yasalarını ve refah yasalarında önemli reformlar gerçekleştiğini söylememiz gerekmektedir.⁴⁹ Söz konusu yasa değişikliği ışığında, 2007 Cinsiyet Yasası, 2007 Ayrımcılık Yasası, 1981 Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Yasası ve 1996 Refah Yasası’nda değişikliğe gidilmiştir. İlgili değişikliklerin önemli birkaçından bahsetmek çalışmamız açısından uygun olacaktır. 16 Şubat 2023 tarihinde onaylanan yasa değişikliğince, işveren tarafından alınan olumsuz davranışlara karşı işçinin korunmasının kapsamı genişletilmiştir. Buna göre işveren, artık işçiye rapor hazırlama, şikayet dilekçesi verme, ayrımcılık davası açma, işyerinde mobbing nedeniyle resmi psiko-sosyal müdahale talebi sunma veya bu rapor, şikayet, dava veya talebin içeriği ile ilgili nedenlerden dolayı herhangi bir olumsuz davranışta bulunamaz. İkinci önemli değişiklik ise mobbing’e veya ayrımcılığa maruz kalan işçinin ve ona aktif katkıda bulunan kişilerin işverenin gelecekteki olumsuz davranışlarından korunmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda şikayet veya hukuki işlemde bulunan kişiler, tanık olarak hareket eden bir kişiler, iddiaya konu ihlal ile ilgili, danışmanlık, yardım veya destek sağlayan kişiler, ayrımcılık yasağının ihlalini ortaya atan kişiler, işverenin gelecekteki muhtemel olumsuz davranışlarına karşın koruma altına alınmaktadır.

Aralarında güç eşitsizliği bulunan işçi ve işveren bakımından, mobbing’i rapor eden ve bu konuda hukuki yollara başvuran işçisi hakkında işverenin gelecekte de olumsuz davranışlarda bulunabilecek olması dola-

⁴⁸ LEROUGE, Loïc: Workplace bullying and harassment in France and few comparisons with Belgium: a legal perspective, Workplace Bullying and Harassment, 2013, s. 39-59.

⁴⁹ VAN OLMEN, Chris: Belgium: New changes to Discrimination law and bullying at work: extension of protection rules, <https://leglobal.law/2023/03/23/belgium-new-changes-to-discrimination-law-and-bullying-at-work-extension-of-protection-rules/> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

yısıyla bu konuda tedbir alınmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim İş Kanunu'muzun da bu bakımdan açık bir tanımın yapılması ve mobbing'e karşı işçilerin kişilik haklarının korunması açısından gerekli tedbirleri öngören hükümlere yer verilmesi uygun olacaktır. Ayrıca ispatlanması güç bir konu olan mobbing dahilinde, işçiye ispat bakımından yardım eden ve mağduriyetin giderilmesi adına aktif katkıda bulunan kişilerin de korunması, yine işçinin sağlığının ve güvenliğinin zedelenmesi adına kanuni düzenlemelerle sağlanması bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Fransa

Fransa'da 17 Ocak 2002'de yürürlüğe giren sosyal modernizasyon yasası, işyerinde mobbing'le mücadele için bir hukuki çerçeve oluşturma konusunda önemli bir adım olmuştur.⁵⁰ Sosyal modernizasyon yasası, Fransız İş Kanunu'na ve Fransız Ceza Kanunu'na psikolojik taciz bakımından hukuki bir tanımın getirilmesi, psikolojik tacizin önlenmesine yönelik özel hükümlerin oluşturulmasını sağlamıştır.⁵¹

Fransız İş Kanunu'nun⁵² (Code du travail) L. 1152-1 maddesine göre "İşçiler, kasıtlı veya kasıtsız olarak çalışma koşullarını kötüleştirecek, haklarını ve haysiyetlerini ihlal edecek, fiziksel veya zihinsel sağlıklarını bozacak veya mesleki geleceklerini tehlikeye atma potansiyeline sahip olan tekrarlanan eylemlere maruz bırakılmamalıdır.". Bu hüküm incelendiğinde, bir durumun işyerinde mobbing olarak nitelendirilebilmesi için bir dizi koşulu karşılaması gerektiği görülmektedir. İlk olarak, anlaşmazlığa sebebiyet veren eylemlerin "tekrarlanmış" olması gerekmektedir. İkinci olarak, bu uygulamaların kurbanın "haklarını" ve "haysiyetini" ihlal etmeyi amaçlaması gerekmektedir. Son olarak, mobbing tanımını karşılamak için gerekli olan üçüncü koşul üç ayrı bölüme ayrılmıştır: işçinin fiziksel sağlığının bozulması, zihinsel sağlığın bozulması veya işçinin mesleki geleceğinin tehlikeye atılması. Son üç koşuldan birinin, ilk iki koşulla birlikte gerçekleşmesi Fransız hukukunda mobbing'den bahsedilebilmesi için yeterlidir. Fransız İş Kanunu, psikolojik tacizi yasaklamakta ve yaptırımını açıkça

⁵⁰ UNITED NATIONS WOMEN: Responses to the 2013-2014 Review of the Implementation of the Beijing Platform for Action, France, <https://www.un.org/womenwatch/daw/Review/responses/France-English.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

⁵¹ LEROUGE, s. 39-59.

⁵² Code du travail, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/ (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

öngörmektedir. Ayrıca Fransız İş Kanunu'nca, işverenlere, işçilerin güvenliğini ve sağlığını sağlama genel yükümlülüğü atfedilmektedir. Bu yükümlülüğün, Avrupa Birliği'nin 12 Haziran 1989 tarihli direktifi 89/391/EEC⁵³ tarafından öngörülen asgari sağlık ve güvenlik koşullarının ötesine geçtiğini söylemek mümkündür.

İspat yükü bakımından, Fransız İş Kanunu'nun 1154-1 maddesi uyarınca işçi, psikolojik tacizin varlığını destekleyen gerçekleri ispatlamakla mükelleftir. Daha sonra, davalının, anlaşmazlığa neden olan eylemlerin taciz oluşturmadığını ispatlaması gerekmektedir. Bu bakımdan Türk hukukunda da mobbing bakımından benzer bir ispat yükü anlayışının Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında mevcut olduğunu söylemek mümkün ise de söz konusu ispat yükünün yer değiştirmesi durumunun kanunlarca düzenlenmesi ve bu şekilde uygulanması işçilerin kişilik haklarının korunması bakımından daha isabetli olacaktır. Bu bakımdan İş Kanunu'muzda mobbing tanımının açıkça yapılmasının ve mobbing davranışlarının ispat yükü bakımından açık düzenlemelere yer verilmesinin gerekli olduğunu belirtmemiz gerekir.

SONUÇ

Mobbing, işçilerin fiziksel ve ruhsal sağlığını, kişilik haklarını ve işyeri güvenliğini önemli ölçüde tehdit eden sistematik bir problem olarak çalışma hayatında ciddi etkiler yaratmaktadır. Belirli bir süre boyunca devam eden, kasıtlı ve tekrarlı niteliğiyle mobbing, mağdurların işyerinde aşağılanmasına, dışlanmasına ya da istifaya zorlanmasına yol açan etik dışı davranışları kapsamaktadır. Türk hukukunda mobbing, kanun düzeyinde açık bir şekilde tanımlanmamış olmakla birlikte, İşyerlerinde Psikolojik Tacizin Önlenmesi konulu 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi, mobbing farkındalığını artırmak açısından önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir. Ancak, bu genelge hukuki bağlayıcılık ve yaptırım gücünden yoksundur. Mevcut düzenlemeler, genel İş Hukuku ilkelerine dayanarak mobbing davranışında bulunan kişilerin sorumlu tutulmasını mümkün kılsa da kanun düzeyinde açık tanımlamalar ve etkin yaptırımların bulunmaması işçilerin korunmasında önemli bir eksiklik yaratmaktadır.

⁵³ Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31989L0391> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

Bu çalışmada, İsveç, Belçika ve Fransa gibi ülkelerdeki mobbing düzenlemeleri incelenmiş ve bu düzenlemelerin Türk hukukuna uyarlanması bakımından öneriler sunulmuştur.

İsveç, mobbing'i düzenleyen ilk Avrupa ülkesi olarak, kapsamlı bir hukuki çerçeve oluşturmuş olsa da uygulamada ortaya çıkan eksiklikler bu tür düzenlemelerin denetim ve farkındalık mekanizmalarıyla desteklenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. İsveç'teki tecrübeler ışığında, Türk hukukunda da mobbing hakkında işveren ve işçilerin bilgilendirilmesi, sendikalarla iş birliği yapılarak farkındalık eğitimlerinin verilmesi ve bilgilendirici rehberlerin yayımlanması önemli bir ihtiyaçtır. Ayrıca, mobbing'in etkili bir şekilde denetlenmesi için bağımsız bir denetim mekanizmasının kurulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Belçika hukukunda ise mobbing'e karşı güçlü koruma sağlayan düzenlemelerin bulunması, işçilerin hem fiziksel hem de ruhsal bütünlüklerinin korunması açısından örnek teşkil etmektedir. Belçika hukukundaki ispat kolaylığı sağlayan mekanizmalar ve mağduriyetin giderilmesi adına aktif katkıda bulunan kişilerin yasal olarak korunması, Türk hukukuna adapte edilebilecek düzenlemeler arasında değerlendirilmiştir. Türk hukukunda, özellikle mobbing'in ispatı bakımından yaşanan güçlükler dikkate alındığında, işçi lehine ispat yükünün yer değiştirmesi ve mobbing mağdurlarını destekleyen kişilere hukuki koruma sağlanması gibi düzenlemelerin getirilmesi isabetli olacaktır.

Fransız hukukunda mobbing tanımı ve ispat yüküne ilişkin düzenlemeler dikkat çekici bir model sunmaktadır. Ancak, mobbing davranışlarında kasıt unsurunun aranmadığı Fransız düzenlemelerinin aksine, Türk hukukunda kasıt unsurunun aranmasının, işverenin yönetim hakkının dengeli bir şekilde sınırlandırılmasını sağlamak adına daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Aksi takdirde, kasıt unsurunun kaldırılması, işverenlerin yetkilerini kullanırken keyfi sınırlamalara tabi tutulmasına ve uygulamada gereksiz uyuşmazlıklara yol açabilecektir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda mobbing'in açık bir şekilde tanımlanması, yaptırım gücü olan düzenlemelerin getirilmesi ve ispat yükünün yer değiştirdiği durumların kanunlarla belirlenmesi, işçilerin kişilik haklarının korunması ve sağlıklı bir çalışma ortamının sağlanması açısından kritik bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. İsveç, Belçika ve Fransa gibi ülkelerin mobbing'e yönelik hukuki düzenlemelerinden alınacak dersler, Türk hukuk sisteminde bu önemli soruna karşı daha etkili bir çözüm geliştirilmesine ışık tutacaktır.

KAYNAKÇA

- Belçika Ceza Kanunu** (Code Pénal): 8 Haziran 1867, https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DE-TAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&numero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&from-tab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contins++%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+acatif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=41&imgcn.y=12 (Erişim Tarihi: 30.11.2024).
- BÜYÜKKILIÇ**, Gül: “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, 2012, s. 71-160.
- CHAPPELL**, Duncan/**DI MARTINO**, Vittorio: *Violence at Work*, 3. Baskı, Cenevre 2006.
- Civil Mediation Council, *Uncovering The Truth: Bullying In The Workplace Statistics*, <https://civilmediation.org/bullying-workplace-statistics/> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).
- Code du travail, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/ (Erişim Tarihi: 30.11.2024).
- Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31989L0391> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü: *İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi*, Ankara 2013.
- ÇUKUR**, Cengiz: *Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2016.
- DEMİR**, Şamil: “Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67, S. 2, 2009, s. 139-145.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: "Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2007, s. 113-146.

ERTÜRK, Arzu Arslan: "İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 285-339.

EUROPEAN PARLIAMENT: Bullying at Work, Working Paper, https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/108_en.pdf (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

GÜZEL, Ali/**UGAN ÇATALKAYA**, Deniz: "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 17-66.

HOEL, Helge/**EINARSEN**, Ståle, "The Swedish Ordinance Against Victimization at Work: A Critical Assessment", Comparative Labor Law & Policy Journal, C. 32, 2010.

International Labour Office, Work-related violence and its integration into existing surveys, 19th International Conference of Labour Statisticians, Cenevre, 2013, s. 5, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/meetingdocument/wcms_222231.pdf (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

İNCİRLİOĞLU, Lütfi: "İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri", Kamu-İş, C. 13, S. 1, 2013, s. 103-113.

İsveç Ulusal İş Güvenliği ve Sağlığı Kurulu: *Mağduriyetle Mücadeleye İlişkin Yönetmelik* (AFS 1993:17), 1993.

KAPLAN, Emine Tuncay: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011, s. 42-55.

LEROUGE, Loïc: Workplace bullying and harassment in France and few comparisons with Belgium: a legal perspective, Workplace Bullying and Harassment, 2013, s. 39.

- LEYMANN, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, C. 5, S. 2, 1996, s. 165-184.
- LİMONCUOĞLU, Sanal: "İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105, 2013, s. 52-88.
- LUTGEN-SANDVIK, Pamela/TRACY, Sarah J./ALBERTS, Jess K.: "Burned by Bullying in the American Workplace: Prevalence, Perception, Degree and Impact", *Journal of Management Studies*, C. 44, S. 6, 2007, s. 837-862.
- ÖZDEN, Banu: "Türk İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Taciz (Mobbing)", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 8, 2018, s. 22-49.
- ÖZKUL, Burcu/ÇARIKÇI, İlker Hüseyin: "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2010, s. 481-499.
- ÖZTÜRK, Hilal/DERELİ EKE, Elif/İPEK, Nazenin/MÜDÜROĞLU, Aynur/FAİKOĞLU, Rehat: "Mobbing (Psikolojik Yıldırma), Örgüt Üzerindeki Etkileri ve Çözüm Önerileri", *Sağlık Akademisyenleri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2015, s. 27-33.
- PALABIYIK, Buğra Burak: *Türk İş Hukukunda Mobbing*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2018.
- ŞÜZEK, Sarper/BAŞTERZİ, Süleyman: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Ankara 2024.
- Swedish National Board of Occupational Safety and Health:** Ordinance Containing Provisions on Measures Against Victimization at Work (AFS 1993:17), <https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/foreskrifter/engelska/victimization-at-work-provisions-1993-17.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2024), s. 3-4.
- ŞAKİROĞLU, Şeyda: "Toplumsal Cinsiyet Bakımından İş Yaşamında Kadınlara Yönelik Mobbingin Sosyolojik İncelenmesi", *International Social Sciences Studies Journal*, C. 9, S. 113, 2023, s. 7473-7481.

- TAŞKIN**, Ahmet: İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2016.
- TINAZ**, Pınar/**BAYRAM**, Fuat/**ERGIN**, Hediye: *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, 1. Baskı, İstanbul 2008.
- TUNÇER**, Polat: "Mobbing ve İş Hukuku", The Journal of Social Sciences, 2019, s. 81-98.
- UNITED NATIONS WOMEN: Responses to the 2013-2014 Review of the Implementation of the Beijing Platform for Action, France, <https://www.un.org/womenwatch/daw/Review/responses/FRANCE-English.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).
- VAN OLMEN**, Chris: Belgium: New changes to Discrimination law and bullying at work: extension of protection rules, <https://leglobal.law/2023/03/23/belgium-new-changes-to-discrimination-law-and-bullying-at-work-extension-of-protection-rules/> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).
- Workplace Bullying Institute, 2021 WBI U.S. Workplace Bullying Survey, <https://workplacebullying.org/wp-content/uploads/2021/03/2021-Full-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).
- XpertHR, "Belgium: New Anti-Harassment Legislation", <https://www.xperthr.co.uk/commentary-and-insights/belgium-new-anti-harassment-legislation/26035/> (Erişim Tarihi: 30.11.2024).

KRİPTO VARLIKLARIN GELİR VERGİSİ VE KATMA DEĞER VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Ali Çelikkaya*

Öz

Bu çalışmanın amacı, bireysel gelir vergisi ve katma değer vergisi ile sınırlı olmak üzere, kripto işlemlerini vergisel açıdan değerlendirmektir. Bunun için, Chainalysis 2024 sınıflandırmasına göre kripto kullanımında lider ülkelerin durumu ve diğer çok sayıda ülkenin vergi mevzuatları incelenmiştir. Ayrıca kripto vergisiz olarak adlandırılan ülkelerin tamamına yakınının durumu değerlendirilmiştir. Bunun neticesinde henüz kripto vergisi bulunmayan Türkiye için birtakım önerilerde bulunulmuştur. Buna göre; i) kripto varlıklar 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na dahil edilmelidir, ii) diğer sermaye varlıkları ile aynı vergi muamelesine tabi tutulmalıdır, iii) uzun ve kısa vadeli kripto kazançlar arasında bir ayırım yapılmamalıdır, iv) belli bir istisna eşiği uygulanmalıdır, v) zarar mahsubuna izin verilmelidir, vi) madencilik, ticari kazanç, serbest meslek kazancı ya da ücret olarak vergilendirilmelidir, vii) madenciliğin ayrı olarak vergilendirilmesi bir diğer seçenek olarak düşünülebilir, viii) havuzların ve madencilerin birbirlerine sundukları hizmetlerde KDV sorumlu sıfatıyla tahsil edilmelidir.

* Prof. Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Eskişehir, Türkiye, | Prof. Dr., Eskişehir Osmangazi University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Finance, Eskişehir, Türkiye.

✉ acelikka@ogu.edu.tr, • ORCID 0000-0003-4218-404

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** ÇELİKKAYA, Ali: "Kripto Varlıkların Gelir Vergisi ve Katma Değer Vergisi Karşısındaki Durumunun Değerlendirilmesi", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s.263-310.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Kripto Varlık • Sanal Dijital Para • Kripto Madencilği • Sermaye Kazancı Vergisi • Gayri Maddi Varlık

EVALUATION OF THE STATUS OF CRYPTO ASSETS WITH REGARDS TO INCOME TAX AND VALUE ADDED TAX

Abstract

The purpose of this study is to evaluate crypto transactions from a tax perspective, limited to individual income tax and value added tax. For this purpose, the status of the leading countries in crypto usage according to the Chainalysis 2024 classification and also the tax legislation of many other countries were examined. In addition, the situation of almost all of the countries called crypto tax-free was evaluated. As a result, some suggestions were made for Turkey, which does not yet have a crypto tax. Accordingly; i) crypto assets should be included in the Income Tax Law No. 193, ii) they should be subject to the same tax treatment as other capital assets, iii) no distinction should be made between long-term and short-term crypto earnings, iv) a certain exemption threshold should be applied, v) loss offsetting should be allowed, vi) mining should be taxed as commercial income, self-employment income or wages, vii) taxing mining separately can be considered as another option, viii) VAT reverse charge mechanism should be used for the services provided by pools and miners to each other.

Keywords

• Crypto Asset • Crypto Virtual Digital Currency • Crypto Mining • Capital Gains Tax • Intangible Asset.

GİRİŞ

Kripto varlıklar ilk olarak 2009 yılında (Bitcoin) piyasaya arz edilmiştir. Ancak, aradan geçen oldukça kısa bir süre içerisinde elde tutulmaları ve kullanılmaları oldukça yaygınlaşmıştır. Bunda 2009 yılında etkili olan finansal krizin ve 2018 yılında yaşanan pandemi krizinin de etkisi olmuştur. Gelinek noktada Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çok sayıda gelişmekte olan ülke de dahil olmak üzere, kripto varlık kullanıcılarının sayısı 400 milyonu aşmış durumdadır¹.

1 CHAINALYSIS, The 2023 Global Crypto Adoption Index: Worldwide Adoption Jumps Over 880% With P2P Platforms Driving Cryptocurrency Usage in Emerging Markets, <https://www.chainalysis.com/blog/2023-global-crypto-adoption-index/> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

Küresel saklama bankalarının tahminlerine göre kripto varlıkların piyasa değeri 2023-2030 döneminde 3 trilyon dolar civarından, yaklaşık 19,5 trilyon dolara ulaşacaktır². Bu aynı zamanda küresel vergi idarelerinin ihmal edemeyeceği/görmezden gelemeyeceği, alternatif bir fırsat alanının (potansiyel bir vergi kaynağının) ortaya çıktığını göstermektedir.

Kripto varlıkların bu kadar hızlı bir şekilde benimsenmesi, bunlara yönelik etkili kamu politikalarını küresel gündemin en üst sıralarına taşımıştır³. Halen birçok ülke, kripto varlıklara; düzenleme, denetim ve vergilendirmenin çeşitli bileşenlerini uygularken, yelpazenin diğer ucundaki az sayıdaki ülke ise, kripto varlıklara yasal ödeme statüsü vermekte veya kullanımını teşvik etmektedir⁴. Bu iki uç uygulama arasında, kripto varlık ekosistemindeki yüksek servet birikiminin vergi idareleri tarafından kavranması gerekmektedir. Bununla birlikte mevcut vergi sistemleri işlemlerin kripto varlıklar ile gerçekleştirilebileceği bir ekosisteme göre tasarlanmadığı için, kripto gelirlerinin vergi sistemlerine dahil edilmesi, kolay değildir. Bu konudaki temel zorluk, kripto para birimlerinin hem yatırım hem de ödeme aracı olarak kullanılabilmelerinden yani ikili/hibrit fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Ayrıca kripto varlıkların vergiden kaçınmak ya da vergi kaçakçılığı için yeni fırsat alanları doğuracağından endişe edilmektedir⁵.

Bu çalışmanın amacı kripto varlıklar ile ilişkilendirilen gelir vergisi ve katma değer/satış vergisi sorunlarını ele almaktır. Bunların dışında başta veraset ve intikal vergisi olmak üzere diğer vergileri ilgilendiren sorunlar, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca çok geniş kripto

-
- 2 PwC, 2024 Annual Global Crypto Tax Report, <https://www.pwc.com/ee/en/press-room/news-and-articles/pwc-global-crypto-tax-report-2024.html> (Erişim Tarihi: 08.06.2024).
 - 3 ALNASAA, Marwa/GUEORGUEV, Nikolay/HONDA, Jiro/IMAMOGLU, Eslem/MAURO, Paolo/PRİMUS Keyra/ROZHKOV, Dmitriy, Crypto, Corruption, and Capital Controls: Cross-Country Correlations, file:///C:/Users/iibf/Downloads/wpica2022060-print-pdf%20(1).pdf (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
 - 4 IMF, Elements of Effective Policies for Crypto Assets. Policy Paper, <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2023/02/23/Elements-of-Effective-Policies-for-Crypto-Assets-530092> (Erişim Tarihi: 29.05.2024).
 - 5 BAER, Katherine/RUUD, Mooij, A. De/ SHAFIK, Hebous/ MICHAEL, Keen, What's in Your Wallet? The Tax Treatment of Cryptocurrencies, https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1_wp10372.pdf (Erişim Tarihi: 10.06.2024); AKINS, B. W/CHAPMAN, J. L/ GORDON, J. M.: "A Whole New World: Income Tax Considerations of the Bitcoin Economy", *Pittsburg Tax Review*, C. 12 (1), 2015, s. 25-56.

varlık yelpazesi içerisinde kullanımı en geniş olan desteklenmeyen kripto para birimleri (en bilineni Bitcoin) dışında kalan, diğer kripto varlık türleri (stablecoinler, NFT'ler ve merkez bankası paraları) değerlendirme dışında tutulmuştur. Bu sınırlar dahilinde, kripto varlıklar ile ilgili oldukça geniş olan literatürde, vergilendirme ile ilgili sorunların nispeten daha az incelendiği görülmektedir⁶. Gerçekte kripto varlıklar, teknik açıdan oldukça zor ve vergi idarelerinin oldukça sınırlı bilgi ile hareket etmek zorunda kaldıkları bir inceleme alanıdır. Çalışma üç bölüm şeklinde planlanmıştır. İlk bölümde, kripto varlıkların genel özellikleri ve aynı zamanda vergileme açısından barındırdıkları zorlukları/riskleri ele alınmaktadır. Diğer iki bölümde ise ülke uygulamaları/mevzuatları penceresinden kripto varlıkların gelir vergisi ve katma değer vergisi karşısındaki durumu ayrıntılı olarak incelenmektedir. Sonuç kısmında ise, Türkiye açısından değerlendirmeler yapılmaktadır ve kripto işlemlerinin vergilendirilmesi önerilmektedir.

I. KRİPTO VARLIKLARIN VERGİLEME AÇISINDAN TAŞIDIĞI RİSKLER

Kripto varlık, özünde blok zinciri teknolojisine dayanan, bir dijital değer temsilidir. Bu, bir kripto varlığın; ödeme aracı olarak kullanılabilirliği, transfer edilebileceği, saklanabileceği veya ticaret konusu yapılabileceği anlamına gelmektedir⁷.

Bu nedenle kripto varlıklar, vergilemenin amaçları bakımından bir takım riskler/endişeler taşımaktadır.

İlk olarak, kripto varlıklar açısından merkezi bir kontrolün bulunmaması herhangi bir aracıya ihtiyaç bırakmadan, doğrudan doğruya ödeme yapabilme imkânı sağlamaktadır⁸. Kripto varlıkların bu sözde anonim yapısı (yani gizlilik/görünmezlik) yapılan işlemlerin belirli kişilerle ilişkilendirilmesini güçleştirmektedir. Daha basit bir ifade ile, herhangi

6 MARTINCEVIC, Ivana/ SESAR, Vesna/BUNTAK, Kresimir/MILOLOZA, Ivan: "Accounting and Tax Regulation of Cryptocurrencies", *Interdisciplinary Description of Complex Systems* C. 20(5), 2022, s. 648.

7 OECD, *Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/crypto-asset-reporting-framework-and-amendments-to-the-common-reporting-standard.pdf> (Erişim Tarihi: 29.05.2024).

8 QAROUSH, Zaer/ZAKARNEH, Shadi/DAWABSHEH, Ammar: "Cryptocurrencies Advantages and Disadvantages: A Review", *International Journal of Applied Sciences and Smart Technologies*, C. 4 (1), 2022, s. 1-20.

bir kodu kırabilecek teknolojilere sahip olanlar dışında kalan vergi idareleri açısından bireysel kripto gelirlerine erişebilmesi ya da bir hesabın kime ait olduğunun tespit edilebilmesi oldukça zordur⁹. Bununla birlikte kripto borsalarında da gittikçe artan sayıda ve çeşitlilikte finansal araçlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bunlar, vergi idarelerinin mükellefler hakkında bilgi toplayabilecekleri temel referans noktalarıdır. Bu sayede işlemleri belirli mükellefler ile ilişkilendirmek (hesapları takip edebilmek) için önemli bir fırsat alanı açılmıştır¹⁰. Örneğin ABD Gelir İdaresi, kripto borsası kuruluşlarından, kullanıcıları hakkında bilgiler almaktadır ve ayrıca kullanıcılarının yüksek hacimli işlemlerini bildirmelerini istemektedir¹¹. İlaveten, başta AB vergi idareleri olmak üzere birçok ülke vergi idaresi, kripto ticareti yapanları ve/veya saklama hizmeti sunan işletmeleri, Kara Para Aklamanın ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kurallarına tabi tutulmaya başlamıştır¹².

İkinci olarak, kripto varlık piyasalarındaki ani fiyat yükselmeleri/aşırı fiyat oynaklıkları, vergileme açısından değerlendirme güçlükleri doğurmaktadır. Bu aynı zamanda kripto varlıklara yasal ödeme statüsü verilmesinin de (stablecoin hariç) önündeki en büyük engeldir¹³. Kripto varlıklar, aşırı fiyat oynaklığı nedeniyle, artık bir ödeme aracı olmaktan daha çok spekülatif amaçla elde tutulmaktadır. Dünya genelinde şu anda

-
- 9 ANKIER, Alex: “Debugging IRS Notice 2014-21: Creating a Viable Cryptocurrency Taxation Plan”, Brook. L. Rev, C. 85 (3), 2020, s. 890.
 - 10 ARIWOOLA, Abdulrasaq, The State Adoption of Cryptocurrencies in Nigeria: The Place of Taxation as a Regulatory Instrument, <https://ssrn.com/abstract=4532562> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
 - 11 WOOCK, Kurt, Crypto Taxes: How They Work and 2024 Rates, <https://www.nerdwallet.com/article/investing/crypto-tax-rate> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).
 - 12 THIEMANN, Andreas, Cryptocurrencies: An Empirical View from a Tax Perspective, JRC Working Papers on Taxation and Structural Reforms, <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/system/files/2021-08/jrc126109.pdf> (Erişim Tarihi: 12.06.2024); EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Regulation Of The European Parliament and of The Council On Information Accompanying Transfers Of Funds And Certain Crypto-Assets (Recast), Brussels, 20.7.2021 COM(2021) 422 final; EUROPEAN UNION, Regulation (EU) 2023/1113 Of The European Parliament And Of The Council of 31 May 2023 On Information Accompanying Transfers Of Funds And Certain Crypto-Assets And Amending Directive (EU) 2015/849, Official Journal of the European Union, 9.6.2023, L 150/1.
 - 13 MOLLOY, Benjamin: “Taxing the Blockchain: How Cryptocurrencies Thwart International Tax Policy.” Oregon Review Of International Law, C. 20, s. 636.

sadece iki ülkede (Orta Afrika Cumhuriyeti ve El Salvador) bitcoin yasal ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte bu ülkelerde dahi henüz, işletmeler tarafından kullanımı/kabul edilmeleri oldukça sınırlıdır¹⁴. Kripto varlıkların aşırı fiyat oynaklığının neden olduğu değerlendirme güçlüklerini azaltmak için çoğu ülke, bir sonraki bölümde açıklanacağı üzere, bazı maliyet esaslı değerlendirme yöntemleri kullanmaktadır¹⁵.

Üçüncü olarak, kripto varlıklar açısından egemen tek bir yargı yerinin bulunmaması, mevcut yasal çerçevede, kripto varlıkların ait olabileceği ekonomik veya hukuki bir yer belirlemeyi güçleştirmektedir. Bu durum, vergi idareleri arasında uluslararası bilgi değişimi anlaşmalarının hükümlerini devre dışında bırakmaktadır. Ayrıca kripto para birimlerinin çok hızlı ve düşük maliyetli bir sınır ötesi ödeme aracı olması, ilişkili faaliyetlerin vergi cennetlerine kaydırılması konusunda açık bir teşvik sağlamaktadır. Bu nedenle kripto varlıklar için süper vergi cenneti nitelendirmeleri yapılmaktadır¹⁶. Bu yüzden OECD (2022) kripto işlemlerine ilişkin bilgilerin doğrudan ve otomatik olarak paylaşılmasını sağlayacak yeni bir çerçeve belirlemiştir.

II. KRİPTO VARLIKLARIN GELİR VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Bu kısımda, kripto varlıkların öncelikle gelir vergisi açısından tanımı ya da sınıflandırılması ve daha sonra da kripto varlıklarının gelir vergisi uygulaması ele alınacaktır.

A. Kripto Varlıkların Sınıflandırılması

Kripto varlıkların hem spekülasyon bir yatırım aracı olarak elde tutulmaları hem de bir ödeme aracı olarak kullanılabilmesi, onları, tek bir

14 ALVAREZ, Ferando. E/AGENTE, David/Pette D. Van, Are Cryptocurrencies Currencies? Bitcoin as Legal Tender in El Salvador, <https://www.nber.org/papers/w29968> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

15 HULKO, Gabor/KIRALY, P. Balint: "Theoretical Issues of Crypto Assets Taxation and the Regulatory Framework of Hungary", *Gubernaculum et Administratio*, C.1(27), 2023, s.218-219.

16 MARIAN, Omri: "Are Cryptocurrencies Super Tax Havens?", 112 Mich. L. Rev. First Impressions, C. 38, s. 43-44; PANETTA, Fabio, Caveat emptor does not apply to crypto, <https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2023/html/ecb.blog230105-75d5aee900.en.html> (Erişim Tarihi: 23.05.2024); OLVERA, P. D. Nieto, The Crimes Of Tax Fraud And Money Laundering And Their Relationship With Cryptocurrencies, DOI:10.5281/zenodo.10864550, (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

vergi kalıbına yerleştirmeyi ya da vergisel açıdan sınıflandırmayı güçleştirmektedir¹⁷.

Uygulamada kripto varlıklar vergi amaçları bakımından genellikle daha çok; mülkiyet, finansal varlık ya da emtia olarak değerlendirilmektedir. Bunların, yabancı bir para birimi olarak kabul görmesi ya da yasal ödeme aracı statüsü verilmesi, çok yaygın değildir¹⁸. Kripto kullanımında lider konumunda olan ABD’de ise kripto varlıkların sınıflandırılması konusunda özel bir belirleme yapmamıştır. ABD’de bir varlığın sermaye varlığı olarak nitelendirilebilmesi için dört genel şartı karşılaması gerekmektedir. Howey testi olarak adlandırılan bu kriterler; para, ortak girişim, kar beklentisi ve karın bir dış etkene bağlı olarak gerçekleşmesidir. Kripto varlıklardan herhangi bir yönetsel çaba olmadan kâr elde etmek mümkün olduğu için, son şart karşılanmamaktadır. Buna rağmen, Amerikan Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (SEC) neredeyse bütün kripto paraları “menkul kıymet” olarak değerlendirmektedir. Buna karşılık Amerikan Gelir İdaresi kripto varlıkları vergisel açıdan diğer maddi olmayan varlıklarla aynı muameleye tabi tutmaktadır.¹⁹ Ayrıca Eyalet hukuk sistemlerinin farklı özellikleri nedeniyle dijital para aynı anda; para, mülk ve meta olarak kabul edilmektedir. Örneğin Teksas ve New York mahkemeleri Bitcoin’i bir para birimi olarak kabul etmekte, Miami mahkemeleri ise tam aksi yönde kararlar vermektedir²⁰.

17 WORLD BANK, Cryptocurrencies and Blockchain, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/293821525702130886/pdf/Cryptocurrencies-and-blockchain.pdf> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

18 OECD, Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues. <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.htm> (Erişim Tarihi: 05.06.2024); HUANG, R. Hui/DENG, Hui/CHAN, A. F. Lok: “The Legal Nature of Cryptocurrency as Property: Accounting and Taxation Implications”, *Computer Law & Security Review*, C. 51, 2023, s. 17; CHAMBERLAIN, David G: “Forking Belief in Cryptocurrency: A Tax Non-Realization Event”, *Florida Tax Review: C. 24 (2)*, 2021, s. 656.

19 POKOSKI, Jaiden: “Navigating The Complexities Of Cryptocurrency Taxation”, *Florida State University Law Review*, C. 51 (3), s. 818; HUSSAIN, Hatim: “Reinventing Regulation: The Curious Case Of Taxation Of Cryptocurrencies in India”, *NUJS Law Review*, C.3, 2017, s. 17.

20 SHESTAK, Viktor/KISELEVA, Alla/KOLESNIKOV, Yuriy: “Taxation Issues for Digital Financial Assets”, *Social Science Computer Review*, C. XX (X), 2021, s. 5-6.

Türkiye’de henüz Gelir İdaresi tarafından yapılmış bir kripto varlık tanımı ya da sınıflandırması yoktur²¹. Sadece, kripto varlıkları, veraset ve intikal vergisi bakımından “emtia” olarak değerlendiren spesifik yerel vergi idaresi kararları bulunmaktadır²². Diğer yandan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası kripto para birimini; itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilemeyen, bir gayri maddi varlık olarak kabul etmektedir²³. Ayrıca 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na göre kripto varlık; dağıtık defter teknolojileri kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıkları ifade etmektedir²⁴. Dolayısıyla, Gelir İdaresi tarafından da kripto varlıkları vergilemenin amaçları bakımından tanımlayan veya sınıflandıran bir değerlendirme/düzenleme yapılması gerekmektedir.

B. Kripto Varlıkların Gelir Vergisi Uygulaması

Uygulamada kripto işlemleri genellikle gelir vergisine ya da sermaye kazançları vergisine tabi tutulmaktadır (Bkz., Tablo 1). İlâveten bazı ülkeler (ABD, İngiltere, Hindistan gibi) kripto varlıkların bedelsiz olarak elden çıkartılmasını da (hediye, miras, çalınması veya kaybolma halleri)

-
- 21 ÜZÜMCÜ, Rabia/YILDIRIM, Yasin: “Kripto Paraların Hukuki Statüleri Ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C. 13(3), s. 273; ŞANLI, Ege/ÇETİNER, Fırat, Usage of Cryptocurrencies For Commercial Activities in Turkish Law, <https://www.mgc.com.tr/en/cryptos-commercial-usage-in-turkish-law/> (Erişim Tarihi: 16.08.2024); ÖZKUL, F. Ulucan/BAŞ, Ece: “Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir Ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat Ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme”, Muhasebe ve Denetim Bakış, C. 60, 2020, s. 65; BUDAK, Tamer/YILMAZ, Güneş: “Taxation of Virtual/Crypto Assets/Currencies”, Sosyoekonomi, C. 30(52), 2022, s. 49; ÇARKACIOĞLU, Abdurrahman, Kripto-Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi, Araştırma Raporu, Aralık, 2016, s. 58; DAYANAN, Dilan: “Kripto Para Birimleri ve Türkiye’deki Yasal Uygulamaları”, Rahva Teknik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 1(1), 2021, s. 42; ORAL, B. Gediz/YEŞİLKAYA, Yusuf: Kripto Paraların Vergilendirilmesi, Turkuaz Uluslararası Sosyo-Ekonomik Stratejik Araştırmalar Dergisi, C.3(1), s. 89-90.
- 22 Edirne Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen 20 Eylül 2020 tarihli özelge için bkz., AKSAN, Blockchain&Cryptocurrency Regulation 2024-Türkiye/Turkey, <https://aksan.av.tr/blockchaincryptocurrency-regulation-2024-turkiye-turkey/>(Erişim Tarihi: 02.10.2024).
- 23 Bkz., Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik, m., 3.
- 24 Bkz., 26/06/2024-7518/md.1 ile değişik m. 3/Ek.

vergiyi doğuran olay olarak kabul etmektedir²⁵. Vergilendirilecek işlemlerin kapsamına genellikle; kriptonun itibari para karşılığında satılması, kripto takası/ticareti ve kriptonun mal veya hizmet ödemesi olarak kullanılması, girmektedir. Kripto varlığı elde tutmak, şahsi cüzdanlar arasında transfer etmek ve bir başka kripto para birimi karşılığında elden çıkartmak, bir satış olmadığı için, genellikle vergiye tabi değildir. Kripto sermaye kazancının veya kaybının tespitinde, varlığın adil piyasa değeri esas alınmaktadır. Kripto para biriminin iktisap/edinim maliyetine, işlem ücretleri dahildir ve değerlemede ağırlıklı olarak ilk giren ilk çıkar (FİFO) yöntemi ve ortalama maliyet yöntemi (AVFO) kullanılmaktadır. Ayrıca Tablo 1’den görüleceği gibi ülkeler genellikle kripto işlemlerinden doğan zararların, cari yıldaki kripto ve diğer sermaye kazançlarından mahsup edilmesine ve bakiyenin ileri taşınmasına izin vermektedir.

Tablo 1: Kripto Varlıkların Gelir Vergisi Uygulaması

Lider Ülkeler	Sınıflandırma	Gelir Vergisi veya Sermaye Kazançları Vergisi
Hindistan	Dijital Varlık	Kripto gelirleri için sabit %30 oranında özel bir vergi getirilmiştir. Kripto vergisi, diğer sermaye varlıkları gibi kâra göre hesaplanmaktadır ²⁶ . Ancak, uzun vadeli kripto kazançları için, zarar mahsubu veya indirim imkânı, bulunmamaktadır. Bu yönüyle diğer varlıklar ile kripto varlıklar arasında bir ayrıma gidilmiştir ²⁷ . Ödenecek vergi, kripto vergisi ile diğer gelirlere isabet eden verginin toplamıdır ²⁸ . Bu katı önlemler karşısında; kripto gelirleri için kademeli bir vergi yapısı getirilmesi, küçük yatırımcılar için

- 25 FALCAO, Tatiana/MICHAEL, Bob, Taxation of Cryptocurrencies, Manual for the Control of International Tax Planning, Inter-American Center of Tax Administrations (CIAT), <https://ssrn.com/abstract=4193099> (Erişim Tarihi: 05.09.2024).
- 26 CHETNA, Alagh/SHARMA, Vibhuti: "Taxation of Cryptocurrency in India", Jus Corpus Law Journal, C. 1 (2), 2020, s. 191.
- 27 CHAWLA, Vedika/MAHIPAL, Vasushrava: "Taxation Of Cryptocurrency: The Indian Faux Pas", GNLU Journal Of Law & Economics, C. VI (2), 2023, s. 54.
- 28 ARORA, Jyoti/KAUR, Lakhwinder: "A Study of The Indian Taxation System on Cryptocurrency, Gyan Management Journal, C. 18 (1), 2024, s. 40-41.

		vergi oranının düşürülmesi, uzun ve kısa vadeli yatırımlar arasında ayrıma gidilmesi önerilmektedir ²⁹ . Ek olarak, beyan statüsüne bağlı olarak, 50.000 (bazı durumlarda 10.000) INR'yi aşan sanal varlık satışlarına %1 stopaj getirilmiştir ³⁰ .
Nijerya	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazancı vergisine tabi tutulmaktadır. Kripto satışından elde edilen her türlü kâr %10 oranında vergiye tabidir ³¹ . Gelir İdaresi bünyesinde 2022 yılında kripto işlemlerinin izlenmesi ve vergilendirilmesi amacıyla, özel bir birim kurulmuştur. Kripto işlemlerini düzenleyen yeni bir tasarı bulunmaktadır ³² .
Vietnam	Mal/Emtia	Kripto gelirleri, bir mal alınması veya satılması işlemi gibi, vergilendirmektedir ³³ . Diğer yandan Medeni Kanun'da dijital para birimi varlık olarak tanımlanmadığı için, vergi alınamayacağı yönünde Mahkeme kararları bulunmaktadır ³⁴ .

29 COINCUB AND BLACKPIT, Crypto Tax Report 2024, <https://coincub.com/ranking/crypto-tax-report-2024/> (Erişim Tarihi: 17.10.2024).

30 INDIAFILINGS (2024). Crypto Tax in India: Taxation On Cryptocurrency, <https://www.indiafilings.com/learn/crypto-tax-in-india-taxation-on-cryptocurrency/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

31 AHMED, Isau: "Examination of the Tax Treatment of Cryptocurrency Transactions in Nigeria", ABUAD Law Journal C. 9 (1), s. 159.

32 AJULO, Olukayode, The Legal Framework for Taxing Cryptocurrencies in Nigeria, <https://www.thisdaylive.com/index.php/2024/08/20/the-legal-framework-for-taxing-cryptocurrencies-in-nigeria/> (Erişim Tarihi: 17.10.2024).

33 NGUYEN, Hung Ha, Cryptocurrency And Its Legal Status In Vietnam, <https://vtnpartners.com/news/cryptocurrency-and-its-legal-status-in-vietnam.html> (Erişim Tarihi: 16.09.2023).

34 PHAM, Thuan, Will Income From Cryptocurrency Be Taxed In Vietnam? Vietnam briefing note, file:///C:/Users/iibf/Desktop/Will-Income-From-Cryptocurrency-Be-Taxed-In-Vietnam.pdf (Erişim Tarihi: 17.10.2024); ANH, Chi/LEE, Yoon, , How is Crypto Tax in Vietnam? <https://reports.tiger-research.com/p/vietnam-crypto-tax-eng> (Erişim Tarihi: 17.10.2024).

ABD	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, bir yatırım olarak diğer sermaye kazançları ile aynı vergilendirilmektedir ³⁵ . Verginin oranı, yıllık gelire ve elde tutma süresine bağlıdır. Kısa vadeli kazançlar, diğer gelirlerle birlikte artan oranlı tarifeye (%37'ye varan) tabidir. Uzun vadeli kazançlar, gelire ve beyan statüsüne bağlı olarak, özel tarifeye (%20'ye varan) tabidir. Sermaye kayıplarının, matrahtan indirilmesine (3.000 dolara kadar) ve bakiyenin devrine izin verilmiştir ³⁶ .
Ukrayna	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, genel vergi oranlarına (%18 gelir vergisi ve %1,5 askerlik vergisi) tabidir ³⁷ . Yeni bir Tasarıya göre kripto kazançları için bu oranlar %5 ve %1,5 olacaktır. Ayrıca, zararlar genel bakiyeden değil, bu tür işlemlerin bakiyesinden mahsup edilecektir. Zararların mahsubu için herhangi bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir ³⁸ .

35 CHASON, Eric D: "Crypto Assets and the Problem of Tax Classifications, William & Mary Law School Scholarship Repository, Faculty Publications, C. 2, 2023, s. 789; WISEMAN, S. A, Property or Currency? The Tax Dilemma Behind Bitcoin". Utah Law Review, 2, 417-440. <https://dc.law.utah.edu/ulr/vol2016/iss2/5> (Erişim Tarihi: 10.06.2024); DURDU, Muhammet/ÜSTÜN, Ümit Süleyman, Taxation of Crypto Assets: The Example of U.S. Federal Income Tax", <https://doi.org/10.26650/annales.2024.74.0002> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

36 ROMAN, J. Andre: "Bitcoin: Assessing the Tax Implications Associated with the IRS's Notice Deeming Virtual Currencies Property", Review Of Banking & Financial Law, C. 34, 2015, s. 453.

37 CHYZHYKOV, Volodymyr: "Prospects For Regulation Of Accounting And Taxation Of Virtual Assets In Ukraine, Український економічний часопис Випуск, C. 5, 2024, s. 142; HRYTSAL, Serhii, "Taxation Of Profits From Operations With "Virtual Assets-Legal Analysis Of The Draft Law On Changes, In The Tax Code Of Ukraine", Scientific Journal Of Polonia University, C. 56 (1), 2023, s. 340.

38 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation & Law In Ukraine, Cms Expert Guide On Taxation, of Crypto-Asset, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/ukraine> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

Filipinler	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri için %15'e kadar sermaye kazancı vergisi getirilmiştir ³⁹ . Kısa vadeli kazançlar, genellikle %12 olarak belirlenen eşiği karşılıyorsa, katma değer vergisine tabidir. Uzun vadeli kazançlar daha sonra normal gelir vergisine tabi tutulmaktadır ⁴⁰
Endonezya	Mal/Emtia	Kripto gelirleri özel olarak vergilendirilmektedir. Kripto işlemleri hem gelir vergisine hem de katma değer vergisine tabidir. Her iki vergi de kaynağında kesilmektedir. Ancak kripto borsasının vergiden sorumlu olmadığı hallerde (e-cüzdan hizmetleri, tarafları buluşturma, ticareti kolaylaştırmama) vergi, alıcı tarafından beyan edilmektedir. Vergi, %0,1 (platform kayıtlı değilse, %0,2) olarak uygulanmaktadır ve nihai olduğu için, yıllık vergi hesaplanırken kripto işlemlerinden tekrar vergi alınmamaktadır. Zararlar, diğer kazançlardan indirilememektedir ⁴¹ .
Pakistan	Sermaye Varlığı	Kripto işlemlerinde vergi yoktur. Ancak, bir yıldan kısa vadeli kazançlar için %15 ve sekiz yıldan uzun vadeli kazançlar için %0 oranında bir vergi getirilmesi düşünülmektedir. Gelir Vergisi Kanunu'nda kripto,

39 OI, Rebecca, Understanding Cryptocurrency Regulations in the Philippines, <https://fintechnews.ph/57859/crypto/understanding-cryptocurrency-regulations-in-the-philippines/#:~:text=The%20Philippine%20government%20has%20recently,and%20purchases%20made%20using%20cryptocurrencies.> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

40 ELENA R, Crypto Regulations in the Philippines 2024 – A Government Regulated Crypto Space, <https://coinpedia.org/cryptocurrency-regulation/cryptocurrency-regulations-in-philippines/> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

41 KOINX, Crypto Taxes In Indonesia-Ultimate Tax Guide, <https://www.koinx.com/tax-guides/crypto-taxes-indonesia-guide> (Erişim Tarihi: 18.10.2024)., GALANT, N. Vivaldi/HIMAWAN, M. Zefanya/FITIRIYANTI, P. A. Delia/MAHADİL-ANTO M. Yudi: "Tax Regulations On Cryptocurrency Transactions In Indonesia, Journal of Economics, Technology, and Business, C. 3 (6), 2024, s. 888.

		menkul kıymet olarak tanımlanacaktır. Kripto kazançları %15, döviz hesaplarında tutulan kripto mevduatlar %5 ve Roshan Dijital hesaplarında tutulan kripto mevduatlar, %10 oranında vergilendirilecektir ⁴² .
Brezilya	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Verginin oranı, aylık 35.000 Reali aşan kazançlar için, toplam sermaye kazancına bağlı olarak, %15 ile %22,5 arasında değişmektedir. Toplam aylık kazancı, bu miktarın altında kalanlar için, vergi yükümlülüğü yoktur ⁴³ .
Tayland	Dijital Varlık	Kripto gelirleri, %15 oranında sermaye kazançları vergisine tabidir. 1 Ocak 2024'ten itibaren verginin kapsamına, ayrıca ülkede yılda 180 günden fazla ikamet eden yabancıların tüm deniz aşırı gelirleri dahil edilmiştir ⁴⁴ .
Çin Halk Cumhuriyeti	Gayri-Maddi Varlık	Yurt içinde kripto ticareti yasaktır. Buna rağmen, yurtdışında elde edilen gelirler vergilendirilmektedir. Genel olarak, uluslararası kripto ticaretinden elde edilen gelir, %45'e kadar gelir vergisine tabidir ⁴⁵ .
Türkiye	Gayri-Maddi Varlık	Mevcut durumda, bir kişinin kendi hesapları arasındaki transferler vergiye tabi değildir. Bununla birlikte Platformlar

42 MAHAR, Jahanzeb, Taxation of Cryptocurrency in Pakistan <https://sco-unts.pk/taxation-of-cryptocurrency-in-pakistan/> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).

43 MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Brazil for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-taxes-brazil> (Erişim Tarihi: 17.09.2024).

44 EXPATTAXTHAILAND, An Expat's Guide to Cryptocurrency Tax in Thailand, <https://www.expattaxthailand.com/cryptocurrency-tax-thailand/> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).

45 RUE, Tax on Crypto in China, <https://rue.ee/blog/crypto-in-china/> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).

		aracılığıyla yapılan işlemlerde nihai bir vergi/bir tür özel işlem vergisi, düşünülmektedir ⁴⁶ .
Rusya	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, %13 oranında vergilendirilmektedir ⁴⁷ . Ayrıca kripto para birimi sahipliğinin bildirilmesi zorunludur ⁴⁸ .
İngiltere	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir ⁴⁹ . Gerçekleşen sermaye kazancının, istisna tutarını (2025 için 12.330' den, 3.000 Sterlin'e düşmüştür) aşan kısmı %10-%20 oranında vergiye tabidir. Değerleme üç şekilde yapılmaktadır. Varlık, aynı gün alınıp satılmışsa, maliyeti, o günkü varlıkların değeridir. Varlık, 30 gün içinde satılıp geri alınmışsa, maliyeti, dönem içinde satın alınan varlıkların değeridir. İlaveten kripto varlıklara özgü olarak, harcanan toplam, tutulan toplama bölünerek ortalama bir maliyet değeri (havuzlama) hesaplanmaktadır. Zararlar, dört yıl süre ile indirilebilmektedir ⁵⁰ .
Arjantin	Dijital Varlık	Kripto gelirleri, 2022 yılına kadar, ticari itibar, fikri mülkiyet/entelektüel sermaye veya sözleşme hakkı gibi, vergiden

46 PwC, s. 204.

47 SHESTAK, Viktor/KISELEVA, Alla/KOLESNIKOV, Yuriy: "Taxation Issues for Digital Financial Assets", Social Science Computer Review, C. XX (X), 2021, s. 3.

48 SINGHAL, Kanhaiya: "Critical and Comparative Analysis of Taxation Laws With Respect To Crypto-Currency in India", Journal of Investment, Banking and Finance, C. 1(1), 2023, s. 60.

49 SOLODAN, Kateryna; "Legal Regulation Of Cryptocurrency Taxation In European Countries", European Journal of Law and Public Administration, C. 6 (1), 2019, s. 69; WRONKA, Christoph: "Crypto-Asset Regulatory Landscape: A Comparative Analysis Of The Crypto-Asset Regulation in The UK And Germany", Journal of Asset Management, C. 25, 2024, s 424.

50 WIMMER, Florian, Crypto Tax UK: Ultimate Tax Guide for 2024 [HMRC Rules], <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-united-kingdom-hmrc> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

		müstesna tutulmuştur. Ancak artık, bir finansal varlık olarak %5-15 arasında vergiye tabidir ⁵¹ . Ayrıca 100.000 dolara kadar varlıklar için vergi avantajı ortadan kaldırılmış ve beyan zorunluluğu getirilmiştir ⁵² .
Meksika	Dijital Varlık	Kripto gelirleri, gelir vergisine tabidir ⁵³ . Dolayısıyla genel ilkeler uyarınca, zararların mahsubu mümkündür, ancak zararlar devredilemez. Platformlar aracılığıyla gerçekleştirilen satışlarda ise aracılık hizmetleri için geçerli olan özel vergi rejimi hükümleri geçerlidir ⁵⁴ .
Bangladeş	Mal/Emtia	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Kısa vadeli kazançlar %30, uzun vadeli kazançlar %20 oranında vergilendirilmektedir ⁵⁵ .
Japonya	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazancı olarak değil, diğer gelir olarak sınıflandırılmaktadır ⁵⁶ . Kazanç, 200.000 JPY üzerinden başlamak üzere %45'e kadar vergiye tabidir. Bu

51 HERNANDEZ, G. Agustin, Crypto Assets Taxation, Erişim Tarihi: <https://wsclgal.com/crypto-assets-taxation/> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

52 THE CRYPTONOMIST, Argentina Postpones Crypto Tax Exemption, <https://en.cryptononmist.ch/2024/02/01/argentina-postpones-crypto-tax-exemption/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024); NESSI, Lorena, New Argentina Crypto Law; Declare Assets to Avoid Hefty Tax, <https://www.ccn.com/news/crypto/new-argentina-law-declare-crypto-hefty-taxes/> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

53 OCHOA, J. A. Velasquez/POLO, O. C. Castellanos/ACOSTA, J. C. Cardona/ARBOLEDA, W. A. Restrepo: "Cryptocurrencies: Legal Treatment in Various Jurisdictions", Russian Law Journal, C. XI (2), 2023, s. 56.

54 CARPIO, A. Escalante, Crypto Tax Legislation and Law in Mexico, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/mexico> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

55 REMURA, T. Rahman, How Bitcoins can be taxed in Bangladesh?, <https://adv.com.bd/how-bitcoins-can-be-taxed-in-india/> (Erişim Tarihi: 24.09.2024).

56 SINGH, A. Pratap/SHUKLA Divyansh: A Comparative Review Of Taxation Policies Concerning Cryptocurrencies, Prayagraj Law Review, C. 1(2), 2023, s. 49.

		oran, %20 olan sermaye kazançları vergisinden oldukça yüksektir. Zararlar, sermaye kazançları ve iş gelirleri dışındaki kazançlardan indirilebilir, ancak gelecek yıllara devredemez ⁵⁷ .
Kanada	Mal/Emtia	Kripto gelirleri, sermaye kazancı olarak vergilendirilmektedir ⁵⁸ . Zararlar, önceki üç yılın veya gelecekteki herhangi bir yılın sermaye kazancından indirilebilir. Kripto borsaları, 10.000 doları aşan işlemleri gelir idaresine bildirmek zorundadır. Bunun altında kalan işlemlerin, talep üzerine bildirilmesi gerekmektedir ⁵⁹ .
Fas	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, %20 oranında sermaye kazanç vergisine tabidir. İşletme giderleri ve benzeri türden genel nitelikteki indirim veya istisnalardan yararlanılması mümkündür ⁶⁰ .
Bazı Ülkeler	Sınıflandırma	Gelir Vergisi veya Sermaye Kazançları Vergisi
Almanya	Özel Varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine değil, gelir vergisine tabi tutulmaktadır. Böylece kripto kazanç, ücret ve diğer düzenli gelir kaynakları ile aynı raporlanmaktadır. Bir yıldan uzun süreli varlıkların elden çıkartılması, vergiden istisnadır. Ancak bu istisna, işletmeler için geçerli

57 BROOKS, Miles, Crypto Tax in Japan: The Ultimate Guide <https://coinledger.io/guides/crypto-tax-japan> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

58 YERELİ, A. Burçin/ORKUNOĞLU-ŞAHİN, Işıl Fulya, Cryptocurrencies and Taxation, 5 th International Annual Meeting of Sosyoekonomi Society, <https://orcid.org/0000-0002-8746-6756> (Erişim Tarihi: 10.06.2024); ROMANO, Colin: "Policy Forum: The Income Taxation of Crypto Contracts, Canadian Tax Journal , C. 71 (1), 2023, s. 46.

59 MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Canada for 2024, <https://token-tax.co/blog/guide-to-crypto-taxes-in-canada> (22.10.2024).

60 HEAVNN, Cryptocurrency Taxes in Morocco, <https://university.heavnn.io/cryptocurrency-taxes-in-morocco/> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

		değildir. Bir yıldan kısa vadeli kazançlar ise, 600 Euro'nun üstünden başlamak üzere, %45'e kadar vergiye tabidir. Zararların mahsup edilmesi veya ileriye taşınması mümkündür ⁶¹ .
Avusturya	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, %27,5 özel vergi oranına tabidir. Kazanç, diğer sermaye gelirleriyle (temettü veya hisse senedi gelir gibi) birlikte hesaplanmaktadır. Değerlemede, danışmanlık veya işlem ücretleri dışında, elektrik, donanım gibi giderlerin indirilmesine izin verilmemiştir. Aynı türdeki varlıkların maliyeti, hareketli ortalama yöntemine göre hesaplanmaktadır ⁶² .
Avustralya	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazanç vergisine tabidir. Ancak, 12 aydan uzun tutulması halinde, %50 indirim uygulanmaktadır. Zararlar, sadece sermaye kazançlarından indirilebilir ve net zarar gelecek yıla devreder. Değerlemede diğer yöntemlere ilaveten ayrıca FIFO (en yüksek ilk çıkar) yöntemi de kullanılmaktadır ⁶³ .
Belçika	Özel Varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Bu gelirler, diğer gelir olarak değerlendirilmektedir. Uzun vadeli kazançlar vergiden istisnadır. Kısa vadeli, kazançlar için %33'lük sabit bir vergi vardır. Zararlar, sadece kripto kazançlarından indirilebilmektedir. Değerlemede diğer

61 TELLER, Arthur, Crypto Tax Guide Germany for 2024: [Kryptowährung Steuer], <https://tokentax.co/blog/crypto-taxes-in-germany> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

62 FEDERAL MINISTRY REPUBLIC OF AUSTRIA, Tax Treatment of Cryptocurrencies, <https://www.bmf.gv.at/en/topics/taxation/Tax-treatment-of-crypto-assets.html> (Erişim Tarihi: 16.10.2024).

63 BROOKS, Miles, Crypto Tax in Australia: The Ultimate Guide <https://coinledger.io/guides/crypto-tax-australia> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

		yöntemlere ilaveten ayrıca FIFO (en yüksek ilk çıkar) yöntemi de kullanılmaktadır ⁶⁴ .
Bulgaristan	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, gelir vergisine tabidir ⁶⁵ . Yıl içinde gerçekleşen finansal işlemlerin toplamı üzerinden vergi alınır. Zararlar ancak gerçekleştiği yılda değerlendirilebilir, ileriye devretmez ⁶⁶ .
Çekya	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, gelir vergi bünyesinde vergilendirilmektedir. Yıllık 30 bin kronun üzerinden başlamak üzere, %23'e kadar çıkma olasılığı bulunan (istihdam ve iş gelirleri dahil toplam gelir yasal sınırı aşarsa), %15'lik bir vergi oranı uygulanmaktadır. Değerlemede genellikle ağırlıklı ortalama yöntemi kullanılmaktadır ⁶⁷ .
Danimarka	Kişisel Varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazancı vergisine değil, gelir vergisine tabidir ⁶⁸ . Kazanç %53 oranına kadar vergiye tabidir ⁶⁹ . Gerçek kişiler sermaye zararların %30'unu indirilebilmektedir ⁷⁰ .

- 64 WIMMER, Florian, Crypto Taxes Belgium: Advanced Guide 2024 [SPF Rules], <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-belgium#:~:text=Capital%20gains%20for%20individual%20investors,a%20flat%20tax%20of%2033%25> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- 65 ALONSO, S. L. Nanez: "Activities and Operations with Cryptocurrencies and Their Taxation Implications: The Spanish Case", *Laws*, C. 8 (16), 2019, s. 1-13.
- 66 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Bulgaria, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/bulgaria> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- 67 KLEINOVA, Andrea, Cryptocurrencies and Taxes, <https://www.crowe.com/cz/news/cryptocurrencies-and-taxes> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).
- 68 BROOKS, Miles, Crypto Tax in Denmark: The Ultimate Guide, <https://coindledger.io/guides/crypto-tax-denmark> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).
- 69 KJÆRSGAARD, L. Fjord/AUTILIA Arfwidsson: Taxation of Cryptocurrencies from the Danish and Swedish Perspectives", *Intertax*, . 47(6-7), 2019, s. 626.
- 70 KOPEIKIN, Dmitrii, Taxation of Cryptocurrencies in the Scandinavian Countries, <https://ssrn.com/abstract=4908810> (Erişim Tarihi: 19.09.2024).

Estonya	Gayri-Maddi varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine değil, gelir vergisine tabidir. Kazanç, sabit %20 oranında vergilendirilmektedir. Zararların indirilmesine izin verilmiştir ⁷¹ .
Finlandiya	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Kazanç, 1000 Euro üzerinden başlayarak, 30.000 Euro'ya kadar %30 ve bu eşiğin üzeri için %34 oranında vergilendirilmektedir. Değerlemede, varsayılan iktisap maliyeti olarak, 10 yıldan az tutulan varlıklar için, satış fiyatının %20'si, 10 yıldan fazla tutulan varlıklar için de %40'ı alınmaktadır. Zararlar cari yılda indirilebilmekte ve beş yıl devretmektedir ⁷² .
Fransa	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, gelir vergisine tabidir. Taşınır varlık olarak, diğer sermaye varlıkları gibi ele alınmaktadır ⁷³ . Kazanç, 305 Avro üzerinden başlayarak, sabit %30 oranında özel bir vergiye tabidir. Zararlar, sadece diğer kripto kazançlarından indirilebilir ve ileri devredemez ⁷⁴ .

71 DJOMINA, Jana, Comparative analysis on the taxation of crypto asset transactions in Estonia and Austria, Bachelor's thesis, Programme HAJB, specialisation European Union and International law, 2024, Tallinn.

72 BITCOINTAXES, Crypto Taxes in Finland: An In-Depth Guide, <https://bitcoin.tax/blog/crypto-taxes-in-finland/> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

73 KUZHELKO, Kirill, Taxation of individuals holding cryptocurrencies in Europe Comparative analysis of Germany, France and Italy, Master's Programme in Comparative and International Tax Law Master Thesis, Department of Law, 2022. Uppsala Universitet, s. 15; WIMMER, Florian, Crypto Taxes France: Complete Tax Guide [2024], <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-france> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

74 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in France, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/luxembourg> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

Güney Afrika	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir ⁷⁵ . En düşük efektif vergi oranı, 40.000 R'nin üzerinden başlamak üzere, %18'dir. Zararların, cari yıldaki sermaye kazançlarından indirilmesi ve ileri taşınması mümkündür ⁷⁶ .
Hırvatistan	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir ⁷⁷ . Borsa kazançları, %12 oranında vergilendirilmektedir. Ancak, iki yıl sonra gerçekleştirilen elden çıkarmalar, vergiden istisnadır. Yurt dışında ödenen vergiler indirilebilir. Zararlar sadece cari yıldaki kripto ve diğer sermaye kazançlardan indirilebilir, ileri devretmez ⁷⁸ .
Hollanda	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, gelir vergisine tabidir. Kripto varlıklara yatırım yapmak ve bunları elinde bulundurmamak, üçüncü kutuya girmektedir. Yıllık gelirin, yasal eşik değerini (57.000 Avro) aşan kısmı, %32 sabit vergi oranına tabidir ⁷⁹ .
İspanya	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri %19-%28 arasında değişen oranlarda sermaye kazançları vergisine tabidir. Zararların sadece %25'i, cari yıldaki diğer sermaye kazançlarından

75 SARS, SARS's Stance On The Tax Treatment Of Cryptocurrencies, <https://www.sars.gov.za/media-release/6-april-2018-sarss-stance-on-the-tax-treatment-of-cryptocurrencies/> (Erişim Tarihi: 09.10.2024).

76 BROOKS, Miles, South Africa Crypto Tax: Investor's Guide 2024, <https://coinledger.io/guides/crypto-tax-south-africa> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

77 SINKOVIC, Z/PRIBISALIC, L, Taxation of Cryptocurrencies with Income Tax and Corporate Income Tax, 1126-1131, MIPRO, 2022, May 23- 27, 2022, Opatija, Croatia, s. 1227.

78 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Croatia, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/croatia> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

79 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Netherlands, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/the-netherlands> (23.10.2024).

		indirilebilir ya da 4 yıl devredebilir ⁸⁰ . İlahten net değeri 700.000 Euro'yu aşan bireysel kazançlar için bir servet vergisi vardır. Ülke dışında tutulan 50.000 Euro'yu aşan kripto varlıkların beyan edilmesi gerekmektedir ⁸¹ .
İtalya	Çeşitli Gelir	Kripto gelirleri, özel olarak vergilendirilmektedir. Kazancın, 2.000 Euro'yu aşan kısmı, %26 oranında sermaye kazancı vergisine tabidir. Alternatif olarak elde tutulan varlıkların değerinin %14 oranında bir portföy/ikame değer vergisi tercihi getirilmiştir. Böylece kripto bakiyesinin 51.645,69 Euro'yu aşması halinde vergilendirilmesi sona ermiş ve ayrıca kriptonun, yabancı para birimi olarak nitelendirilmesinden vazgeçilmiştir. Zararların mahsubu ya da 4 yıl süre ile ileri taşınması mümkündür ⁸² .
İsveç	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, genellikle %30 sabit sermaye vergisine tabidir. Kazancın 50.000 SEK/5.000 Avro üzerinde kalan kısmı vergiye tabidir. Zararlar %70'e kadar indirilebilmektedir ⁸³ .
İrlanda	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Kazancın, 1270 Euro'yu aşan kısmı, %33 oranında vergiye tabidir ⁸⁴ .

80 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Spain, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/spain> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

81 WIMMER, Florian, Crypto Tax Guide Spain 2024: Complete Instructions, <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-spain> (23.10.2024).

82 MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Italy for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-tax-italy> (Erişim Tarihi: 11.10.2024).

83 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Sweden, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/sweden> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

84 MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Ireland for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-taxes-ireland> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

İzlanda	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Kripto diğer finansal araçlarla benzer şekilde %38,5 oranında vergilendirilmektedir ⁸⁵ .
Kolombiya	Gayri-Maddi Varlık	Kripto gelirleri, gelir vergisine tabidir. Gayri maddi varlık satışından stopaj yapılmaktadır. Zararlar, gelecek yılda indirilebilmektedir ⁸⁶ .
Letonya	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, özel bir gelir türü olarak sınıflandırılmakta ve gelir vergisi tarifesi'nin ilk dilimine göre (%20 oranında) vergilendirilmektedir. Kripto işlemlerden elde edilen üç aylık gelirin 1000 avroyu aşması halinde, üç aylık ya da gelir bu miktarı aşmıyorsa, yıllık sermaye geliri beyannamesi verilmesi gerekmektedir. Zararlar, cari yıl içindeki kazançtan indirilebilmektedir ⁸⁷ .
Lüksemburg	Özel Varlık	Kripto gelirleri, özel servetten elde edilen çeşitli gelir olarak sınıflandırılmaktadır. Varlıklar altı aydan uzun tutulursa vergiden istisnadır. Ancak 6 aydan kısa bir sürede elde edilen kazançlar, 500 Avro üzerinden başlamak üzere, %42'ye kadar vergiye tabi tutulmaktadır. Zararlar, cari yılda indirilmekte ya da koşullara bağlı olarak on yedi yıl süre ile ileriye devretmektedir ⁸⁸ .
Macaristan	Özel Varlık	Sermaye gelirleri için özel bir gelir kategorisi oluşturulmuştur. Kazanç, %15 genel

85 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 5.

86 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Colombia, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/colombia> (23.10.2024).

87 NIKOLAENKO, Dimitri, Cryptocurrency Taxes in Latvia, <https://www.njord-law.com/cryptocurrency-taxes-latvia> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

88 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Luxembourg <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/france> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

		gelir vergisi oranına tabi tutulmaktadır ve başka hiçbir kesinti yapılmamaktadır. Zararların, cari yılda ya da gelecek iki yılda indirilmesi mümkündür ⁸⁹ .
Norveç	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Borsada elde edilen her türlü kazanç %22 oranına tabidir. Zararlar genel kurallara göre indirilmektedir. Kripto varlıklar, finansal araçlara sağlanan istisnalara tabi değildir ⁹⁰ .

Portekiz	Sermaye Varlığı	Kripto işlemleri, 2023 yılına kadar sermaye kazancı vergisinden istisna tutulmuştur ⁹¹ . Bu yıldan sonra, sadece bir yılı aşan uzun vadeli varlıklar vergiden istisna edilmiş ve 1 yıldan kısa vadeli spekülasyon kazançları, %28 sermaye kazançları vergisine tabi tutulmuştur ⁹²
Romanya	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, ücret dışındaki diğer gelir türleriyle birlikte (gayrimenkul kira geliri, bağımsız faaliyetler, sermaye geliri gibi) değerlendirilmektedir. Kazanç %10 oranında gelir vergisine tabidir. İşlem bazında 200 RON/40 EUR (toplamda 600 RON/120 EUR) altında kalan kazançlar vergiden

89 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Hungary, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/hungary> (Erişim Tarihi: 21.08.2024).

90 KOPEIKIN, s. 2.

91 ANDERSSON, Erik, A Comparative Analysis of the Taxation of Crypto Currencies, Uppsala Universitet, Department of Law, Master's Programme in Comparative and International Tax Law Master's Thesis, 2022.

92 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 16.

		istisnadır ⁹³ . Zararların indirilmesi ya da devrine izin verilmemiştir ⁹⁴ .
Slovakya	Sermaye Varlığı	Kripto gelirleri, gelir vergisine tabidir. Diğer gelirler sınıfında yer almaktadır. Verginin oranı, toplam gelire göre %19 ya da %25 olmaktadır. Değerleme, farklı olarak maliyet bedeli üzerinden yapılmaktadır. Ayrıca zarar mahsubuna izin verilmemektedir ⁹⁵ .
Şili	Dijital Varlık	Kripto gelirleri, sermaye kazançları vergisine tabidir. Verginin oranı % 0-40 arasında değişmektedir. Zararların cari yılda indirilmesi mümkündür ⁹⁶ (CMS Legal 2024).

Tablo 1’de görüldüğü gibi özetle, kripto varlıklar genel olarak gelir ya da sermaye kazançları vergisine tabi tutmaktadır. Bir kripto varlığın; satılması, takası ve ödeme aracı olarak kullanılması, vergiye tabi işlemleri oluşturmaktadır. Buna karşılık, bir kripto varlığın elde tutulması, şahsi cüzdanlar arasında transferi ve diğer kripto para birimleri ile değiştirilmesi, vergiye tabi değildir. Değerlemede adil piyasa değeri esas alınmaktadır ve ağırlıklı olarak FIFO ve AVFO yöntemleri kullanılmaktadır. Ayrıca ülkeler genellikle zararların mahsubuna ve ileri taşınmasına izin vermektedir.

Diğer yandan bir kısım ülke halen kripto kazançlarından vergi almamaktadır. Kripto varlıkların fiyatlarındaki aşırı oynaklık nedeniyle, bu kazançlar üzerindeki vergisel etkiler, günümüzde çok daha fazla önem

93 CERNUSCA Lucian/BILTI, Bogdan/RALUCA, Cosmin/ROBERT, Alması Robert: “Study on the Taxation of the Income Obtained from the Cryptocurrency Transfer,” *Journal of Legal Studies*, C. 26 (40), 2020, s. 174.

94 CMS LEGAL, *Crypto Tax Legislation and Law in Romania* <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/romania> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

95 KUCHAROVA, Ivana/PFEIFEROVA Daniela/LORINCZOVA Eniko, *Specifics of Cryptocurrencies from an Accounting, Tax and Financial View in a Globalized Environment*, <https://doi.org/10.1051/shsconf/20219203014> (Erişim Tarihi: 19.09.2024).

96 CMS LEGAL, *Crypto Tax Legislation and Law in Chile*, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/chile> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

kazanmaya başlamıştır. Kripto dostu ya da sıfır kripto vergili olarak adlandırılan bu ülkeler, kripto yatırımları için bir “süper vergi cenneti” oluşturmaktadır. Tablo 2’de yer alan ülkelerde, kripto kazançları üzerindeki vergi yükü sıfır olduğu için, bireysel ve kurumsal kripto yatırımcıları için bu ülkeler oldukça cazip konumdadır. Bunlar arasında kripto işlem hacminin oldukça yüksek olduğu ülkeler arasında yer alan Türkiye’de bulunmaktadır. Böylece kripto vergisiz bu ülkeler, aynı zamanda ciddi bir vergi gelirinden de vaz geçmiş olmaktadır.

Tablo 2: Kripto Vergisiz Ülke Uygulamaları

Ülke*	Gelir Vergisi ve Sermaye Kazançları Vergisi İstisnası
Bahreyn	Bireysel kripto gelirleri için, gelir vergisi veya sermaye kazancı vergisi yoktur ⁹⁷
Barbados	Bireysel yatırımcılar için sermaye kazancı vergisi yoktur. Ancak, diğer gelir biçimleri %12,5 ile %28,5 arasında değişen gelir vergisi oranlarına tabidir ⁹⁸
Belarus	Bireysel kripto gelirleri, 1 Ocak 2025’e kadar, vergiden istisnadır (vergi tatili). Ayrıca oldukça yaygın olan “oyunlar”, vergisiz dijital işaretler olarak kabul edilmektedir ⁹⁹ .
Bermuda	Bireysel yatırımcılar için, gelir veya sermaye kazancı vergisi yoktur. 2018 yılında dijital varlıkları destekleyen Dijital Varlık Yasası yürürlüğe girmiştir. 2020 yılında dijital paralarla (stablecoin) vergi ödemeleri, kabul edilmeye başlanmıştır ¹⁰⁰ .
Birleşik Arap Emirlikleri	Bireysel yatırımcılar için kişisel gelir veya sermaye kazancı vergisi yoktur. Ancak, 1 Haziran 2023’te belli bir eşiği aşan (375.000 AED/102.000 dolar) gelire %9 kurumlar vergisi getirilmiştir. Bu, kripto faaliyetlerde dahil, öncelikle işletmeleri etkilemektedir. Eşiğin altında kalan gelir,

97 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 4.

98 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 4.

99 ULYANAVA, Katsiaryna: “Legal Regulation of the Crypto-Currency Taxation, Open Journal for Legal Studies”, C. 1(1), 2018, s. 2.

100 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 5.

	%0 orana tabidir. İlaveten şirketlerin vergi istisnasından yararlanabileceği serbest bölgeler (Dubai Çoklu Emtia Merkezi gibi) vardır ¹⁰¹ .
Cayman Adaları	Kripto yatırımcıları için gelir vergisi veya sermaye kazancı vergisi yoktur. Kripto kuruluşları, Ulusal Para Otoritesi Sanal Varlık Hizmet Sağlayıcısı tarafından lisanslı olmalıdır. Ada, 2020 yılında uluslararası standartlara uyumu garanti etmiştir ¹⁰² .
El Salvador	Bitcoin'i yasal ödeme aracı olarak kabul eden ilk ülke olarak, kripto sermaye kazançlarını %0 oranında vergilendirilmektedir. Ayrıca, kripto dahil, teknolojik yenilikler için çeşitli vergi ayrıcalıkları mevcuttur ¹⁰³ .
Gürcistan	Bireysel kripto gelirleri için gelir vergisi veya sermaye kazançları vergisi yoktur ¹⁰⁴ .
Güney Kore	Bireysel kripto gelirleri, 2028 yılına kadar sermaye kazançları vergisinden müstesnadır ¹⁰⁵ . 2022 yılından beridir belli bir eşiği aşan (2,5 milyon won/2.100 dolar) kripto kazançlarına %20 vergi getirilmesi düşünülmektedir ¹⁰⁶
Hong Kong	Bireysel kripto yatırımları, sermaye kazancı vergisine tabi değildir ¹⁰⁷ . Uzun vadeli kazançlar genellikle vergiden istisnadır. Ancak işletme faaliyetlerinden elde edilen kârlar %15 (şirketler için %16,5) vergiye tabidir ¹⁰⁸

101 MCCLURE, Zac, Crypto Tax Free Countries for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-tax-free-countries> (Erişim Tarihi: 23.09.2024).

102 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 5.

103 MARTINCEVIC, Ivana/ SESAR, Vesna/BUNTAK, Kresimir/MILOLOZA, Ivan: "Accounting and Tax Regulation of Cryptocurrencies", *Interdisciplinary Description of Complex Systems C. 20(5)*, 2022, s. 446.

104 MCCLURE, Crypto Tax Free Countries for 2024, s. 1.

105 MCCLURE, Crypto Tax Free Countries for 2024, s. 1.

106 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 16.

107 MCCLURE, Crypto Tax Free Countries for 2024, s. 1.

108 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 6.

İsviçre	Bireysel kripto gelirleri için gelir vergisi veya sermaye kazancı vergisi yoktur ¹⁰⁹ . Ancak, kripto varlıklar dahil tüm servet, düşük oranda bir yıllık servet vergisine (%0,3 ile %1 arasında değişen) tabidir ¹¹⁰ .
Malezya	Bireyler için kripto kazançları üzerinden sermaye kazancı vergisi yoktur. Ancak devamlı ticari faaliyette bulunanlar, kârları üzerinden %3 ile %30 arasında vergiye tabidir ¹¹¹ .
Mauritius	Tüm sermaye kazançları vergiden istisna olduğu için, kripto gelirleri herhangi bir vergiye tabi değildir ¹¹² .
Malta	Uzun vadeli sermaye kazançları için %0 vergi oranı vardır. Ancak, kripto işlemleri ticari faaliyetin bir parçası olarak kabul edilirse, %35'e kadar vergiye tabidir ¹¹³ .
Panama	Yabancı kaynaklardan elde edilen kripto para kazançları vergilendirilmediği için uluslararası yatırımcılar için cazip bir varış yeridir. Nisan 2022'de kripto varlıkları düzenlemek için (netlik ve yeniliği teşvik için) bir yasa tasarısı hazırlamıştır ¹¹⁴
Porto Riko	Bireysel yatırımcılar için sermaye kazancı vergisi yoktur. İlâveten nitelikli işletmeler için %21 yerine %4 kurumlar vergisi vardır ¹¹⁵ . Bu avantajlardan yararlanmak için sıkı ikamet şartlarının karşılanması ve belli gerekliliklere uyulması (kâr amacı gütmeyen kuruluşlara yıllık bağış

109 MCCLURE, Crypto Tax Free Countries for 2024, s. 1.

110 WIMMER, Florian, Crypto Taxes in Switzerland 2024: The Ultimate Guide. <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-guide-switzerland> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

111 MCCLURE, Crypto Tax Free Countries for 2024, s. 1.

112 CMS LEGAL, Crypto Tax Legislation and Law in Mauritius <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/mauritius> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

113 MCCLURE, Crypto Tax Free Countries for 2024, s. 1.

114 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 6.

115 ANTINOZZI, H. Smith: "The Taxation of Virtual Currency and Does Recent Guidance Do Enough?" The ATA Journal Of Legal Tax Research, C. XX (XX), 2024, s. 10.

	yapmak gibi) gerekmektedir. Ayrıca Porto Riko'ya taşınmadan önce edinilen kripto paralardan doğan kazançlar hala ABD vergilerine tabi tutulmaktadır ¹¹⁶ .
Singapur	Bireysel yatırımcılar için, gelir vergisi veya sermaye kazançları vergisi yoktur. Ancak, ticari nitelikteki gelirler, %22'ye kadar artan oranlı gelir vergisine tabidir. Ayrıca, ödeme olarak kripto alınması da yine gelir vergisine tabidir ¹¹⁷ .
Slovenya	Bireysel kripto gelirleri, sermaye kazancı vergisine tabi değildir ¹¹⁸ .
Tayvan	Bireysel gelirler için önemli bir istisna eşiği (yıllık 6,7 milyon NT/184.800 dolar) vardır. Artan oranlı gelir vergisi tarifesi (%40'a kadar çıkan), yurtdışı gelirleri için istisna dışında %20 sabit olarak uygulanmaktadır. Bu yapı, yabancı kaynaklı kripto geliri olan yatırımcılar için avantaj sağlamaktadır ¹¹⁹ .
Türkiye	Kripto işlemleri vergiye tabi değildir. Platformlar aracılığıyla yapılan işlemleri için nihai bir stopaja vergisi/bir tür özel işlem vergisi planlanmaktadır ¹²⁰ .

Tablo 2'de görüldüğü gibi, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu az sayıda ülke halen kripto kazançlarından vergi almamaktadır ve yatırımcılar için cazip konumlarını sürdürmektedir.

Gelir vergisi açısından bir diğer sorun madencilik gelirlerinin niteliği ve vergilendirilmesidir. Madenciler, karmaşık matematik problemini çözmek ya da işlemleri doğrulamak karşılığında bir gelir elde

116 MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Puerto Rico for 2024, <https://token-tax.co/blog/puerto-rico-crypto-tax> (11.10.2024).

117 MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Singapore for 2024, <https://token-tax.co/blog/singapore-crypto-tax> (Erişim Tarihi: 11.10.2024); SAIRANI, Pingali/MANDA, V. Kittu: "Taxation of Cryptocurrencies and Non Fungible Tokens", *Osmania Journal of International Business Studies*, C. XVII (I), 2022, s. 39.

118 MCCLURE, Crypto Tax Free Countries for 2024, s. 1.

119 COINCUB AND BLACKPIT, 2024, s., 7.

120 PwC, s. 204.

etmektedir¹²¹. Uygulamada madencilik bir hobi olmaktan daha çok profesyonel bir iş olarak değerlendirilmekte ve madencinin elde ettiği gelir, adil piyasa değeri üzerinden vergilendirilmektedir (Bkz., Kutu 1). Ancak üretilen yeni birimler, bir bilgisayar sistemi tarafından otomatik olarak oluşturulduğu ve kullanılan tek girdi bilgisayar olduğu için, adil piyasa değerinin tespiti kolay olmamaktadır. Örneğin Hindistan'da Bombay Yüksek Mahkemesi, yeni kripto para edinim maliyetlerinin belirsiz olduğu durumlarda, madencinin kazancının vergilendirilmemesi gerektiğine hükmetmiştir¹²². Bununla birlikte madencilik aynı zamanda çevreye ciddi maliyetleri (negatif dışsallıkları) olan bir faaliyettir. Özellikle iş kânıtına dayanan bitcoin gibi kripto para birimlerinin üretilmesi, büyük miktarda enerji gerektirmektedir ve aynı zamanda ciddi karbon dioksit emisyonu (yılda 22 milyon metrik ton) yol açmaktadır¹²³. Bu nedenle, madencilik genel bir karbon vergisi kapsamında vergilendirilmesi yönündeki tartışmalar devam etmektedir¹²⁴. Alternatif bir diğer çözüm de madencilerin enerji maliyetlerinin indirilmesine izin verilmemesidir. Örneğin madencilikte lider konumunda olan ABD'de madencilerin kullandığı elektriğe %30 oranında bir enerji vergisi getirilmesi düşünülmektedir¹²⁵. İlâveten, bazı kripto para birimleri açıkça yeşil olarak pazarlanmaya başlanmıştır ve Ethereum gibi bazı kripto para birimleri, çevreye daha az

-
- 121 AVI-YONAH, Reuven/SALAMI, Mohanad, A New Framework for Taxing Cryptocurrencies, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4071391 (Erişim Tarihi: 10.06.2024); DROBOTOVS, Mihails, Cryptocurrency and its Taxation, Bachelor Thesis, Riga Graduate School of Law, 2022. Riga.
- 122 HUSSAIN, Hatim: "Reinventing Regulation: The Curious Case Of Taxation Of Cryptocurrencies in India", NUJS Law Review, C.3, 2017, s. 18.
- 123 JAMAL, Wiwoho/TRINUGROHO, Irwan/KHARISMA, D. Budi/SUWADI, Pujiyono: "Cryptocurrency Mining Policy To Protect The Environment", Cogent Social Sciences, C. 10 (1), 2024, s. 2.
- 124 MATHESON, T: "Security Transaction Taxes: Issues and Evidence". International Tax and Public Finance, C. 19, 2012, s. 892; ZENGİN, Burcu/ KOCOĞLU Sahnaz: "Cryptocurrency Market And Tax Regulations In Turkey: An Analysis In The European Emerging Economy", Journal of Finance and Financial Law C. 3(35), 2022, s. 102.
- 125 MISRA, Arindam, A Taxman's guide to taxation of crypto assets, <https://arxiv.org/abs/2403.15074> (Erişim Tarihi: 13.08.2024).

zarar veren bir mekanizmaya geçmektedir. Ancak bu tür gönüllü çözümler, tek başına emisyon sorunu çözmekten uzaktır¹²⁶.

Kutu 1: Madencilik Gelirlerinin Vergilendirilmesi Örnek Uygulamalar

ABD: Madencilerin, faaliyetleri karşılığında aldıkları ücret, aldığı tarihteki adil piyasa değeri üzerinden vergiye tabi brüt gelirine dahil edilmek zorundadır. Bunun için, elden çıkarana kadar beklenmesine gerek yoktur. Madenci, ticaret düzeyine ulaşan faaliyetlerde bulunursa, buna göre vergilendirilir. Tüccar sayılmak, genellikle iki koşula bağlıdır. Bunlar; işlem hacmi ve aktif bir ticari faaliyet oluşturma yeteneğidir. Bu durumda madenci normal gelirlerinden, uygun işletme giderlerini (ofis kirası, diğer ofis giderleri, bilgisayar ekipmanı, yazılım programları, internet erişim ücretleri ve elektrik gibi) ve zararlarını indirebilir. Kendi hesabına çalışan madenciler (bağımsız yükleniciler) kendi çalışması karşılığında net kazanç elde etmiş kabul edilir ve buna göre vergilendirilir. Çalışan konumunda olan madenciler ise işverenlerinden ücret almış kabul edilir. Kişisel kullanımları veya hobi olarak madencilik faaliyetlerine katılırlar ve bir gelir elde etseler dahi, işle ilgili giderlerini ve zararlarını indiremezler. Madenci, yatırımcı olarak nitelendirilirse, bazı masraflar için sınırlı indirim dışında, işletme masraflarını indiremez. Başkalarıyla çalışan madencilerin, bir ortaklık ya da bir birliktelik kurmaları ve vergi etkilerini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Madencilik havuzları bir tüzel kişi olarak kabul edilirse, bu tür düzenlemelere uygulanan vergi kurallarına ve raporlama gerekliliklerine tabidirler¹²⁷.

Almanya: Madencilik, ticari faaliyet olarak kabul edilmekte ve elde edilen gelir düzenli bir gelir olarak, gelir vergisine tabi

126 BAER, Katherine/RUUD, Mooij, A. De/ SHAFIK, Hebous/ MICHAEL, Keen, What's in Your Wallet? The Tax Treatment of Cryptocurrencies, https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1_wp10372.pdf (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

127 MOWBRAY, Nicholas C/ KRAMER, A. S, Bitcoin, Virtual Currencies, and Digital Assets, Taxes The Tax Magazine, September, https://static1.squarespace.com/static/634dc84d138bce4c612d1351/t/64e8e056103d71714f6744e5/1692983382415/2023.08.25+-Bit+coin%2C+Virtual+Currencies%2C+and+Digital+Assets_by+Andie+Kramer+and+Nick+C+Mowbray+-+printed+by+Wolters+Kluwer.pdf (Erişim Tarihi: 07.10.2024); SUTHERLAND, Abraham: "Cryptocurrency Economics and the Taxation of Block Rewards", Tax Notes, C. 165 (5), 2019, s. 749.

tutulmaktadır. Giderlerin (ekipman ve elektrik gibi) düşülmesine izin verilmektedir¹²⁸.

Avusturya: Madencilik yoluyla edinilen varlıklar, elden çıkartıldıkları anda vergiye tabi tutulmaktadır¹²⁹.

Belçika: Madencilik, gelir olarak kabul edilebilir ve artan oranlı tarifeye bağlı olarak vergilendirilir¹³⁰.

Brezilya: Madencilik, %7,5 ile %27,5 arasında değişen gelir vergisi oranlarına tabidir¹³¹.

Bulgaristan: Madencilik, genellikle profesyonel bir faaliyetten elde edilen gelir olarak kabul edilmektedir ve bu nedenle %15 oranında gelir vergisine tabidir¹³².

Çin: Yurt içinde kripto madenciliği yasak olmasına rağmen, uluslararası kripto madenciliğinden elde edilen gelir, genel kurallara göre %45'e kadar vergiye tabidir¹³³.

Endonezya: Madencilikten elde edilen gelir, KDV hariç, kazanılan gelirin %0,1'i oranında gelir vergisine tabidir¹³⁴.

Fas: Kripto madenciliğinden elde edilen gelir, işletme geliri olarak kabul edilir ve gelir vergisine tabidir. Bireyler için vergi oranı %0 ile %38 arasında değişen kademelidir¹³⁵.

Hindistan: Madencilik faaliyetlerden edinilen bireysel gelirler, gelir vergisine tabidir¹³⁶.

Hırvatistan: Madencilik ara sıra yapılırsa, bir karşılık olarak alınan kripto para diğer gelir olarak sınıflandırılır ve %15 ila %23,60 oranında vergilendirilir. Madencilik profesyonel faaliyet olarak kabul

128 TELLER, s. 1.

129 MORIN, Sarah-Jane: "Tax Aspects of Cryptocurrency", Practical Tax Lawyer 56", C. 61, 2018, s. 25.

130 WIMMER, Belgium, s. 1.

131 MCCLURE, Brasil, s. 1.

132 CMS LEGAL, Bulgaria, s. 1.

133 RUE, s. 1.

134 KOINX, s. 1.

135 HEAVNN, s. 1.

136 INDIAFILINGS, s. 1.

edilirse veya kişi gelirinin mesleki gelir olarak vergilendirilmesini seçerse, buna göre vergilendirilir¹³⁷.

İngiltere: Madencilik ticari bir faaliyet (profesyonel iş) olarak kabul edilirse (önemli ekipman veya enerji maliyeti ve kar niyeti varsa), ticari kazanç kuralları uyarınca vergilendirilmektedir. Madencilik arızı olarak gerçekleştiriliyorsa, diğer çeşitli gelirler kategorisinde vergilendirilmektedir. Verginin oranı, gelire bağlı olarak, istisna tutarının üzerindeki kazanç için %20-45 arasında değişmektedir. Vergiye tabi işlemlere; işçi ücretleri, madencilik ödülleri, bir hizmet karşılığında alınan airdrop ödülleri, staking, ödünç ve likidite madenciliği girmektedir¹³⁸.

Kanada: Madenciler, faaliyetin niteliğine bağlı olarak, gelir vergisi ya da sermaye kazançları vergisine kapsamında değerlendirilmektedir. Ticari nitelikteki faaliyetlerde ilişkili masraflar (elektrik, ekipman gibi) indirilebilmektedir¹³⁹.

Kolombiya: Madencilik faaliyetlerini yürüten ve bu hizmetler için ödeme olarak sanal para birimleri elde eden kişinin aslında aynı gelir oluşturan bir komisyon elde ettiği kabul edilmektedir. Bu anlamda, bireyler ve işletmeler gelir vergisine tabidir¹⁴⁰.

Singapur: Bireysel yatırımcılar ve işletmeler açısından kripto dostu olarak adlandırılmasına rağmen, madenciler karları üzerinden vergi ödemek zorundadır¹⁴¹.

Tayland: Kripto madenciliği yoluyla elde edilen gelir, vergiye tabidir. Bu kazançlar, çeşitli faaliyetler yoluyla elde edilen ödüller veya kârlar dahil, diğer gelirlere uygulanan hükümlere tabidir. Madencilik ve staking ödülleri, Tayland'a alınıp alınmadıklarına veya Tayland'a gönderilip gönderilmediklerine bakılmaksızın vergiye tabidir¹⁴².

Şili: Madencilik, varlıkların kullanımının bireyin çabasından daha baskın olduğu düşünüldüğünde, sermaye geliri olarak

137 CMS LEGAL, Croatia, s. 1.

138 WIMMER, England, s. 1.

139 PIRISOMBOON, Punnarat, The Imposition Of Tax On Cryptocurrencies, Master Of Laws In Business Laws, 2018, Faculty Of Law Thammasat University.

140 CMS LEGAL, Colombia, s. 1.

141 MCCLURE, Singapore, s. 1.

142 EXPATTAXTAILAND, s. 1.

sınıflandırılmaktadır. Elektrik, bilgisayar ekipmanı satın alma, soğutma sistemleri vb. için yapılan harcamalar indirilebilmektedir¹⁴³.

III. KRİPTO VARLIKLARININ KATMA DEĞER VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Kripto varlıkların Katma Değer Vergisi (KDV) karşısındaki durumu, gelir vergisine kıyasla daha az sorundur. Kripto paraların diğer para birimleri ile değiştirilmesi, genellikle bir tüketim olmadığı için KDV'den istisna edilmiştir. Bu konuda en fazla içtihatın olduğu AB uygulaması diğer ülkeler tarafından da genellikle aynen benimsenmektedir. AB KDV Direktifinin (2006/112/EC) KDV'den müstesna işlemlerin sayıldığı 135'inci maddesinde kripto işlemleri açıkça yer almamakla birlikte, Avrupa Adalet Divanı 2015 yılında referans niteliğinde bir karar vermiş (David Hedqvist Kararı olarak bilinmektedir) ve kripto para ile yapılan her türlü değişim işleminin KDV'den istisna olması gerektiğine hükmetmiştir. Böylece AB genelinde kripto paranın, itibari para veya bir başka sanal para birimi ile değiştirilmesi (bir fark ödemesi/veya tersi karşılığında) 2015 yılından beridir KDV'den istisna tutulan bir finansal faaliyet olarak değerlendirilmektedir. Diğer yandan kripto işlemleri ile ilişkili hizmetlerin vergilendirilmesi konusunda aynı uyum söz konusu değildir ve üye ülke uygulamaları arasında bu konuda farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin Almanya'da, kripto cüzdan hizmetleri ve üçüncü taraflara sunulan kripto değişim hizmetleri KDV'ye tabi tutulurken, Slovenya cüzdan hizmetleri ve İtalya'da değişim hizmetleri KDV'den müstesna tutulmuştur¹⁴⁴.

Diğer ülkeler de çoğunlukla Avrupa Adalet Divanının kararını benimsemektedir. Açmak gerekirse diğer ülkeler de (Singapur, Avustralya, Japonya, Güney Afrika gibi) kripto paraların, itibari para veya diğer sanal para birimleri ile değiştirilmesi işlemlerini, genellikle KDV'nin dışında tutmaktadır. Benzer şekilde Türkiye'de, 3065 Sayılı KDV Kanunu'nun birinci maddesine göre kripto para birimlerinin, diğer sanal para birimleri veya itibari para birimleriyle değiştirilmesini işlemleri, KDV'nin konusunu oluşturmamaktadır. Bir istisna olarak Yeni Zelanda, kripto

143 CMS LEGAL, Chile, s. 1.

144 OECD, Crypto-Asset Reporting Framework, s. 36.

varlıkları; vergiye tabi, vergiden muaf ya da sıfır oranlı, şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutmaktadır¹⁴⁵.

Kripto para madenciliğinin KDV karşısındaki durumu ise biraz farklıdır. Avrupa genelinde birkaç ülke hariç (Fransa ve İtalya gibi) sunulan hizmet ile alınan bedel arasında yeterli bir ilişki bulunmadığı gerekçeyle, madencilik faaliyeti KDV'den muaf tutulmaktadır. Çünkü madencilik faaliyetinde alınan bedel ya da kazanılan ödül, bilgisayar sistemi tarafından otomatik olarak (hisse ödülleri hariç¹⁴⁶) üretilmektedir. Avrupa Adalet Divanı da yine madenciliği KDV'den istisna işlemler kapsamında değerlendirmektedir¹⁴⁷. Avrupa Birliği dışındaki ülkelerin uygulamaların da buna paralel olup, İngiltere, Norveç ve İsveç gibi ülkeler benzer gerekçelerle, kripto para madenciliğini KDV'nin dışında tutmaktadır¹⁴⁸.

Diğer yandan, madencilik havuzlarının ve çalışan madencilerin birbirlerine hizmet sağlaması işlemlerinin doğası gereği KDV'ye tabi tutulması gerekmektedir. Ancak çoğu ülkede yerleşik olmayanlara sıfır KDV oranı uygulandığı için, bu tür hizmetlerin tedarik yerinin tespiti oldukça göç olmaktadır. Ayrıca sınır ötesi işlemlere benzer şekilde girdi vergisi için haksız iade ve indirim talepleri de bir başka sorundur. Bu nedenle bazı ülkeler (Hindistan gibi) madencilik havuzlarının, madencilerden tahsil ettiği tutarları ilgili yargı bölgelerine bizzat ödemeleri şeklinde bir yöntem geliştirilmiştir. Bir diğer alternatif çözüm de KDV'de yaşanan kayıp ve kaçakların önlenmesinde oldukça etkili olduğu düşünülen

145 INLAND REVENUE AUTHORITY OF SINGAPORE, IRAS e-Tax Guide GST: Digital Payment Tokens, https://www.iras.gov.sg/media/docs/default-source/e-tax/e-tax-guide_gst_digital-payment-tokens.pdf?sfvrsn=da8cafda_22 (Erişim Tarihi: 12.06.2024); ASHEER, J. Ram: "Taxation of The Bitcoin: Initial Insights Through A Correspondence Analysis", *Meditari Accountancy Research*, C. 26 (2), 2018, s. 229; BASSON, R: "An Analysis Of Issues Relating To The Taxation Of Cryptocurrencies As Financial Instruments", *Journal of Economic and Financial Sciences*, C. 13(1), 2020, s. 3; GOLE, Aradhana (2024). Thai Extends VAT Exemption, <https://www.vatcalc.com/thailand/thailand-cryptocurrency-exemption/#:~:text=Thailand%20has%20extended%20the%20VAT,by%20the%20Securities%20%26%20Exchange%20Commission> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).

146 Hisse ödülleriinde durum biraz farklıdır. Orada hissedarlar paylarıyla orantılı gelir elde etmektedir. Bu da vergi açısından asıl getiri sağlayan kişi olmaları olasılığını artırmaktadır (OECD, *Taxing Virtual Currencies*, s. 50-51).

147 MISRA, s. 33.

148 OECD, *Crypto-Asset Reporting Framework*, s. 37.

KDV'nin sorunlu sıfatıyla tahsili (ters KDV mekanizması) ve ilgili vergi idaresine havale edilmesi yönteminin tercih edilmesidir¹⁴⁹.

SONUÇ

Kripto varlıklar spekülâtif bir yatırıma dönüşmüştür. Kripto para piyasalarındaki aşırı fiyat oynaklığı sayesinde, önemli bir kripto servet birikimi ortaya çıkmıştır. Bu gelirin adalet ve eşitlik ilkeleri gözetilerek vergi sistemine dahil edilmesi gerekmektedir.

Bunun için en uygun çözüm, kripto varlıkların diğer bireysel sermaye varlıkları ile sınıflandırılmasıdır. Kripto işlemleri daha geleneksel varlıkların alınıp satılması ile aynı sonuçları doğurmaktadır. Bu nedenle, ortaya çıkan sermaye kazancı veya kaybının (satış fiyatı ve işlem ücretleri dahil iktisap maliyeti arasındaki fark) uzun veya kısa vadeli kazanç ayırımı yapılmadan, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun diğer kazanç ve iratlara ilişkin hükümlerine göre vergilendirilmesi gerekmektedir.

Vergilendirilmesi gereken bir diğer alan da madenciliktir. Madenciler, elde ettikleri gelirlerin niteliğine göre 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç (tüccar ya da acente olarak) ya da serbest meslek kazancına (bireysel iş faaliyeti olarak) ilişkin kurallarına tabi olmalıdır. Ayrıca çalışan konumundaki madenciler, bir işverenden ücret geliri elde etmiş sayılmalıdır. Ancak negatif dışsallıkları göz önünde bulundurularak madencilik ayrı olarak vergilendirilmesi (karbon vergisi gibi) ya da en azından elektrik masraflarının indirilememesi de mümkündür.

Katma değer vergisi açısından daha az belirsizlik bulunmaktadır. 3065 Sayılı KDV Kanunu'nun birinci maddesi, kripto işlemlerini kapsamamaktadır. Bununla birlikte, cüzdan hizmetleri gibi ilişkili hizmetlerin vergilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca madencilik havuzların ve çalışanların birbirlerine sundukları hizmetler de KDV kapsamında değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ADRIAN, Tobias/TOMMASO, Mancini-Griffoli**, The Rise of Digital Money, <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2019/07/12/The-Rise-of-Digital-Money-47097> (Erişim Tarihi: 08.06.2024).
- AHMED, Isau**: “Examination of the Tax Treatment of Cryptocurrency Transactions in Nigeria”, *ABUAD Law Journal* C. 9 (1), s. 135-159.
- AJULO, Olukayode**, The Legal Framework for Taxing Cryptocurrencies in Nigeria, <https://www.thisdaylive.com/index.php/2024/08/20/the-legal-framework-for-taxing-cryptocurrencies-in-nigeria/> (Erişim Tarihi: 17.10.2024).
- AKİNS, B. W/CHAPMAN, J. L/ GORDON, J. M.**: “A Whole New World: Income Tax Considerations of the Bitcoin Economy”, *Pitsburg Tax Review*, C. 12 (1), 2015, s. 25-56.
- AKSAN HUKUK BÜROSU**, Blockchain&Cryptocurrency Regulation 2024-Türkiye/Turkey, <https://aksan.av.tr/blockchaincryptocurrency-regulation-2024-turkiye-turkey/> (Erişim Tarihi: 02.10.2024).
- ALNASAA, Marwa/GUEORGUIEV, Nikolay/HONDA, Jiro/IMAMOGLU, Eslem/MAURO, Paolo/PRİMUS Keyra/ROZHKOV, Dmitriy**, Crypto, Corruption, and Capital Controls: Cross-Country Correlations, [file:///C:/Users/iibf/Downloads/wpiaea2022060-print-pdf%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/iibf/Downloads/wpiaea2022060-print-pdf%20(1).pdf) (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- ALONSO, S. L. Nanez**: “Activities and Operations with Cryptocurrencies and Their Taxation Implications: The Spanish Case”, *Laws*, C. 8 (16), 2019, s. 1-13.
- ALVAREZ, F. E/AGENTE, David/Pette D. Van**, Are Cryptocurrencies Currencies? Bitcoin as Legal Tender in El Salvador, <https://www.nber.org/papers/w29968> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- ANDERSSON, Erik**, A Comparative Analysis of the Taxation of Cryptocurrencies, Uppsala Universitet, Department of Law, Master’s Programme in Comparative and International Tax Law Master’s Thesis, 2022.

- ANH, Chi/LEE, Yoon**, How is Crypto Tax in Vietnam? <https://reports.tiger-research.com/p/vietnam-crypto-tax-eng> (Erişim Tarihi: 17.10.2024).
- ANKIER, Alex**: “Debugging IRS Notice 2014-21: Creating a Viable Cryptocurrency Taxation Plan”, *Brook. L. Rev*, C. 85 (3), 2020, s. 883-912.
- ANTINOZZI, H. Smith**: “The Taxation of Virtual Currency and Does Recent Guidance Do Enough?” *The ATA Journal Of Legal Tax Research*, C. XX (XX), 2024, s. 1-17.
- ARIWOOLA, Abdulrasaq**, The State Adoption of Cryptocurrencies in Nigeria: The Place of Taxation as a Regulatory Instrument, <https://ssrn.com/abstract=4532562> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- ARORA, Jyoti/KAUR, Lakhwinder**: “A Study of The Indian Taxation System on Cryptocurrency”, *Gyan Management Journal*, C. 18 (1), 2024, s. 38-42.
- ASHEER, J. Ram**: “Taxation of The Bitcoin: Initial Insights Through A Correspondence Analysis”, *Meditari Accountancy Research*, C. 26 (2), 2018, s. 214-240.
- AVI-YONAH, Reuven/SALAMI, Mohanad**, A New Framework for Taxing Cryptocurrencies, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4071391 (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- BAER, Katherine/RUUD, Mooij, A. De/ SHAFIK, Hebous/ MICHAEL, Keen**, What's in Your Wallet? The Tax Treatment of Cryptocurrencies, https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1_wp10372.pdf (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- BASSON, R**: “An Analysis Of Issues Relating To The Taxation Of Cryptocurrencies As Financial Instruments”, *Journal of Economic and Financial Sciences*, C. 13(1), 2020, s. 487.
- BITCOINTAXES**, Crypto Taxes in Finland: An In-Depth Guide, <https://bitcoin.tax/blog/crypto-taxes-in-finland/> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).
- BROOKS, Miles**, Crypto Tax in Australia: The Ultimate Guide <https://coinledger.io/guides/crypto-tax-australia> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

- BROOKS, Miles**, Crypto Tax in Denmark: The Ultimate Guide, <https://coinledger.io/guides/crypto-tax-denmark> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).
- BROOKS, Miles**, Crypto Tax in Japan: The Ultimate Guide <https://coinledger.io/guides/crypto-tax-japan> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).
- BROOKS, Miles**, South Africa Crypto Tax: Investor's Guide 2024, <https://coinledger.io/guides/crypto-tax-south-africa> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).
- BUDAK, Tamer/YILMAZ, Güneş**: "Taxation of Virtual/Crypto Assets/Currencies", *Sosyoekonomi*, C. 30(52), 2022, s. 37-54.
- CARPIO, A. Escalante**, Crypto Tax Legislation and Law in Mexico, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/mexico> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).
- CERNUSCA Lucian/BILTI, Bogdan/RALUCA, Cosmin/ROBERT, Alması Robert**: "Study on the Taxation of the Income Obtained from the Cryptocurrency Transfer," *Journal of Legal Studies*, C. 26 (40), 2020, s. 173-188.
- CHAINALYSIS**, The 2023 Global Crypto Adoption Index: Worldwide Adoption Jumps Over 880% With P2P Platforms Driving Cryptocurrency Usage in Emerging Markets, <https://www.chainalysis.com/blog/2023-global-crypto-adoption-index/> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- CHAMBERLAIN, David G**: "Forking Belief in Cryptocurrency: A Tax Non-Realization Event", *Florida Tax Review*: C. 24 (2), 2021, s. 651-698.
- CHASON, Eric D**: "Crypto Assets and the Problem of Tax Classifications, William & Mary Law School Scholarship Repository, Faculty Publications, C. 2, 2023, s. 765-825.
- CHAWLA, Vedika/MAHIPAL, Vasushrava**: "Taxation Of Cryptocurrency: The Indian Faux Pas", *GNLU Journal Of Law & Economics*, C. VI (2), 2023, s. 45-63.
- CHEटना, Alagh/SHARMA, Vibhuti**: "Taxation of Cryptocurrency in India", *Jus Corpus Law Journal*, C. 1 (2), 2020, s. 187-195.
- CHYZHYKOV, Volodymyr**: "Prospects For Regulation Of Accounting And Taxation Of Virtual Assets In Ukraine, Український економічний часопис Випуск, C. 5, 2024, s. 141-145.

- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation & Law In Ukraine, Cms Expert Guide On Taxation, of Crypto-Asset,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/ukraine> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Bulgaria,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/bulgaria> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Chile,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/chile> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Colombia,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/colombia> (23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Croatia,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/croatia> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in France,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/luxembourg> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Hungary,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/hungary> (Erişim Tarihi: 21.08.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Luxembourg
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/france> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Mauritius
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/mauritius> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Netherlands,
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/the-netherlands> (23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Romania
<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/romania> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Spain, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/spain> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- CMS LEGAL**, Crypto Tax Legislation and Law in Sweden, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-on-taxation-of-crypto-assets/sweden> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
- COINCUB AND BLACKPIT**, Crypto Tax Report 2024, <https://coincub.com/ranking/crypto-tax-report-2024/> (Erişim Tarihi: 17.10.2024).
- ÇARKACIOĞLU, Abdurrahman**, Kripto-Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi, Araştırma Raporu, Aralık, 2016.
- DAYANAN, Dilan**: “Kripto Para Birimleri ve Türkiye’deki Yasal Uygulamaları”, *Rahva Teknik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 1(1), 2021, s. 37-44
- DJOMINA, Jana**, Comparative analysis on the taxation of crypto asset transactions in Estonia and Austria, Bachelor’s thesis, Programme HAJB, specialisation European Union and International law, 2024, Tallinn.
- DROBOTOVS, Mihails**, Cryptocurrency and its Taxation, Bachelor Thesis, Riga Graduate School of Law, 2022. Riga.
- DURDU, Muhammet/ÜSTÜN, Ümit Süleyman**, Taxation of Crypto Assets: The Example of U.S. Federal Income Tax”, <https://doi.org/10.26650/annales.2024.74.0002> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- ELENA R**, Crypto Regulations in the Philippines 2024 – A Government Regulated Crypto Space, <https://coinpedia.org/cryptocurrency-regulation/cryptocurrency-regulations-in-philippines/> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).
- EUROPEAN COMMISSION**, Proposal for a Regulation Of The European Parliament and of The Council On Information Accompanying Transfers Of Funds And Certain Crypto-Assets (Recast), Brussels, 20.7.2021 COM(2021) 422 final
- EUROPEAN UNION**, Regulation (EU) 2023/1113 Of The European Parliament And Of The Council of 31 May 2023 On Information Accompanying Transfers Of Funds And Certain Crypto-Assets And Amending Directive (EU) 2015/849, Official Journal of the European Union, 9.6.2023, L 150/1.

- EXPATTAXTHAILAND**, *An Expat's Guide to Cryptocurrency Tax in Thailand*, <https://www.expattaxthailand.com/cryptocurrency-tax-thailand/> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).
- FALCAO, Tatiana/MICHAEL, Bob**, *Taxation of Cryptocurrencies, Manual for the Control of International Tax Planning*, Inter-American Center of Tax Administrations (CIAT), <https://ssrn.com/abstract=4193099> (Erişim Tarihi: 05.09.2024).
- FEDERAL MINISTRY REPUBLIC OF AUSTRIA**, *Tax Treatment of Cryptocurrencies*, <https://www.bmf.gv.at/en/topics/taxation/Tax-treatment-of-crypto-assets.html> (Erişim Tarihi: 16.10.2024).
- GALANT, N. Vivaldi/HIMAWAN, M. Zefanya/FITIRIYANTI, P. A. Delia/MAHADİANTO M. Yudi**: "Tax Regulations On Cryptocurrency Transactions In Indonesia, *Journal of Economics, Technology, and Business*, C. 3 (6), 2024, s. 882-890.
- GOLE, Aradhana**. *Thai Extends VAT Exemption*, <https://www.vatcalc.com/thailand/thailand-cryptocurrency-exemption/#:~:text=Thailand%20has%20extended%20the%20VAT,by%20the%20Securities%20%26%20Exchange%20Commission> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).
- HEAVNN**, *Cryptocurrency Taxes in Morocco*, <https://university.heavnn.io/cryptocurrency-taxes-in-morocco/> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).
- HERNANDEZ, G. Agustin**, *Crypto Assets Taxation*, Erişim Tarihi: <https://wslegal.com/crypto-assets-taxation/> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).
- HRYTSAI, Serhii**, "Taxation Of Profits From Operations With "Virtual Assets-Legal Analysis Of The Draft Law On Changes, In The Tax Code Of Ukraine", *Scientific Journal Of Polonia University*, C. 56 (1), 2023, s. 335-344.
- HUANG, R. Hui/DENG, Hui/CHAN, A. F. Lok**: "The Legal Nature of Cryptocurrency as Property: Accounting and Taxation Implications", *Computer Law & Security Review*, C. 51, 2023, s. 1-48.
- HULKO, Gabor/KIRALY, P. Balint**: "Theoretical Issues of Crypto Assets Taxation and the Regulatory Framework of Hungary", *Gubernaculum et Administratio*, C.1(27), 2023, s. 203-226.

HUSSAIN, Hatim: “Reinventing Regulation: The Curious Case Of Taxation Of Cryptocurrencies in India”, *NUJS Law Review*, C.3, 2017, s. 1-25.

IMF, Digital Money Across Borders: Macro-Financial Implications, <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/10/17/Digital-Money-Across-Borders-Macro-Financial-Implications-49823> (Erişim Tarihi: 08.06.2024).

IMF, Elements of Effective Policies for Crypto Assets. Policy Paper, <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2023/02/23/Elements-of-Effective-Policies-for-Crypto-Assets-530092> (Erişim Tarihi: 29.05.2024).

INDIAFILINGS. Crypto Tax in India: Taxation On Cryptocurrency, <https://www.indiafilings.com/learn/crypto-tax-in-india-taxation-on-cryptocurrency/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

INLAND REVENUE AUTHORITY OF SINGAPORE, IRAS e-Tax Guide GST: Digital Payment Tokens, https://www.iras.gov.sg/media/docs/default-source/e-tax/e-tax-guide_gst_digital-payment-tokens.pdf?sfvrsn=da8cafda_22 (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

JAMAL, Wiwoho/TRINUGROHO, Irwan/KHARISMA, D. Budi/SUWADI, Pujiyono: “Cryptocurrency Mining Policy To Protect The Environment”, *Cogent Social Sciences*, C. 10 (1), 2024, s. 1-16.

KJÆRSGAARD, L. Fjord/AUTILIA Arfwidsson: Taxation of Cryptocurrencies from the Danish and Swedish Perspectives”, *Inter-tax*, . 47(6-7), 2019, s. 620-634.

KLEINOVA, Andrea, Cryptocurrencies and Taxes, <https://www.crowe.com/cz/news/cryptocurrencies-and-taxes> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

KOINX, Crypto Taxes In Indonesia-Ultimate Tax Guide, <https://www.koinx.com/tax-guides/crypto-taxes-indonesia-guide> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

KOPEIKIN, Dmitrii, Taxation of Cryptocurrencies in the Scandinavian Countries, <https://ssrn.com/abstract=4908810> (Erişim Tarihi: 19.09.2024).

KUCHAROVA, Ivana/PFEIFEROVA Daniela/LORINCZOVA Eniko, Specifics of Cryptocurrencies from an Accounting, Tax and Financial View in a Globalized Environment,

<https://doi.org/10.1051/shsconf/20219203014> (Erişim Tarihi: 19.09.2024).

KUZHELKO, Kirill, Taxation of individuals holding cryptocurrencies in Europe Comparative analysis of Germany, France and Italy, Master's Programme in Comparative and International Tax Law Master Thesis, Department of Law, 2022. Uppsala University.

MAHAR, Jahanzeb, Taxation of Cryptocurrency in Pakistan <https://sco-unts.pk/taxation-of-cryptocurrency-in-pakistan/> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).

MARIAN, Omri: "Are Cryptocurrencies Super Tax Havens?", 112 Mich. L. Rev. First Impressions, C. 38, s. 43-44.

MARTINCEVIC, Ivana/ SESAR, Vesna/BUNTAK, Kresimir/MILOLOZA, Ivan: "Accounting and Tax Regulation of Cryptocurrencies", Interdisciplinary Description of Complex Systems C. 20(5), 2022, s. 640-661.

MATHESON, T: "Security Transaction Taxes: Issues and Evidence". International Tax and Public Finance, C. 19, 2012, s. 884-912.

MCCLURE, Zac, Crypto Tax Free Countries for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-tax-free-countries> (Erişim Tarihi: 23.09.2024).

MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Brazil for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-taxes-brazil> (Erişim Tarihi: 17.09.2024).

MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Canada for 2024, <https://token-tax.co/blog/guide-to-crypto-taxes-in-canada> (22.10.2024).

MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Ireland for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-taxes-ireland> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Puerto Rico for 2024, <https://token-tax.co/blog/puerto-rico-crypto-tax> (11.10.2024).

MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Singapore for 2024, <https://token-tax.co/blog/singapore-crypto-tax> (Erişim Tarihi: 11.10.2024).

MCCLURE, Zac, Guide to Crypto taxes in Italy for 2024, <https://token-tax.co/blog/crypto-tax-italy> (Erişim Tarihi: 11.10.2024).

MISRA, Arindam, A Taxman's guide to taxation of crypto assets , <https://arxiv.org/abs/2403.15074> (Erişim Tarihi: 13.08.2024).

MOLLOY, Benjamin: "Taxing the Blockchain: How Cryptocurrencies Thwart International Tax Policy." *Oregon Review Of International Law*, C. 20, s. 623-647.

MORIN, Sarah-Jane: "Tax Aspects of Cryptocurrency", *Practical Tax Lawyer* 56", C. 61, 2018, s. 21-29.

MOWBRAY, Nicholas C/ KRAMER, A. S, *Bitcoin, Virtual Currencies, and Digital Assets, Taxes The Tax Magazine*, September.
https://static1.squarespace.com/static/634dc84d138bce4c612d1351/t/64e8e056103d71714f6744e5/1692983382415/2023.08.25+-Bitcoin%2C+Virtual+Currencies%2C+and+Digital+Assets_by+Andie+Kramer+and+Nick+C+Mowbray+-+printed+by+Wolters+Kluwer.pdf (Erişim Tarihi: 07.10.2024).

NESSI, Lorena, *New Argentina Crypto Law; Declare Assets to Avoid Hefty Tax*, <https://www.ccn.com/news/crypto/new-argentina-law-declare-crypto-hefty-taxes/> (Erişim Tarihi: 22.10.2024).

NGUYEN, Hung Ha, *Cryptocurrency And Its Legal Status In Vietnam*, <https://vtn-partners.com/news/cryptocurrency-and-its-legal-status-in-vietnam.html> (Erişim Tarihi: 16.09.2023).

NIKOLAENKO, Dimitri, *Cryptocurrency Taxes in Latvia*, <https://www.njordlaw.com/cryptocurrency-taxes-latvia> (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

OCHOA, J. A. Velasquez/POLO, O. C. Castellanos/ACOSTA, J. C. Cardona/ARBOLEDA, W. A. Restrepo: "Cryptocurrencies: Legal Treatment in Various Jurisdictions", *Russian Law Journal*, C. XI (2), 2023, s. 54-58.

OECD, *Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/crypto-asset-reporting-framework-and-amendments-to-the-common-reporting-standard.pdf> (Erişim Tarihi: 29.05.2024).

OECD, *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*. <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.htm> (Erişim Tarihi: 05.06.2024).

OI, Rebecca, *Understanding Cryptocurrency Regulations in the Philippines*, <https://fintechnews.ph/57859/crypto/understanding->

cryptocurrency-regulations-in-the-philippines/#:~:text=The%20Philippine%20government%20has%20recently,and%20purchases%20made%20using%20cryptocurrencies. (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

OLVERA, P. D. Nieto, The Crimes Of Tax Fraud And Money Laundering And Their Relationship With Cryptocurrencies, DOI:10.5281/zenodo.10864550, (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

ORAL, B. Gediz/YEŞİLKAYA, Yusuf: Kripto Paraların Vergilendirilmesi, Turkuaz Uluslararası Sosyo-Ekonomik Stratejik Araştırmalar Dergisi, C.3(1), s. 78-93.

ÖZKUL, F. Ulucan/BAŞ, Ece: “Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir Ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat Ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme”, Muhasebe ve Denetim Bakış, C. 60, 2020, s. 57-74.

PANETTA, Fabio, Caveat emptor does not apply to crypto, <https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2023/html/ecb.blog230105~75d5aee900.en.html> (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

PHAM, Thuan, Will Income From Cryptocurrency Be Taxed In Vietnam? Vietnam briefing note, file:///C:/Users/iibf/Desktop/Will-Income-From-Cryptocurrency-Be-Taxed-In-Vietnam.pdf (Erişim Tarihi: 17.10.2024).

PIRISOMBOON, Punnarat, The Imposition Of Tax On Cryptocurrencies, Master Of Laws In Business Laws, 2018, Faculty Of Law Thammasat University.

POKOSKI, Jaiden: “Navigating The Complexities Of Cryptocurrency Taxation”, Florida State University Law Review, C. 51 (3), s. 809-830.

PwC, Annual Global Crypto Tax Report, <https://www.pwc.com/ee/en/press-room/news-and-articles/pwc-global-crypto-tax-report-2024.html> (Erişim Tarihi: 08.062024).

QAROUSH, Zaer/ZAKARNEH, Shadi/DAWABSHEH, Ammar: “Cryptocurrencies Advantages and Disadvantages: A Review”, International Journal of Applied Sciences and Smart Technologies, C. 4 (1), 2022, s. 1-20.

- REMURA, T. Rahman**, How Bitcoins can be taxed in Bangladesh?, <https://adv.com.bd/how-bitcoins-can-be-taxed-in-india/> (Erişim Tarihi: 24.09.2024).
- ROMAN, J. Andre**: “Bitcoin: Assessing the Tax Implications Associated with the IRS’s Notice Deeming Virtual Currencies Property”, *Review Of Banking & Financial Law*, C. 34, 2015, s. 451-457.
- ROMANO, Colin**: “Policy Forum: The Income Taxation of Crypto Contracts, *Canadian Tax Journal* , C. 71 (1), 2023, s. 39-57.
- RUE**, Tax on Crypto in China, <https://rue.ee/blog/crypto-in-china/> (Erişim Tarihi: 21.10.2024).
- SAIRANI, Pingali/MANDA, V. Kittu**: “Taxation of Cryptocurrencies and Non Fungible Tokens”, *Osmania Journal of International Business Studies*, C. XVII (I), 2022, s. 37-45.
- SARS**, SARS’s Stance On The Tax Treatment Of Cryptocurrencies, <https://www.sars.gov.za/media-release/6-april-2018-sarss-stance-on-the-tax-treatment-of-cryptocurrencies/> (Erişim Tarihi: 09.10.2024).
- SHESTAK, Viktor/KISELEVA, Alla/KOLESNIKOV, Yuriy**: “Taxation Issues for Digital Financial Assets”, *Social Science Computer Review*, C. XX (X), 2021, s. 1-11.
- SINGH, A. Pratap/SHUKLA Divyansh**: A Comparative Review Of Taxation Policies Concerning Cryptocurrencies, *Prayagraj Law Review*, C. 1(2), 2023, s. 45–52.
- SINGHAL, Kanhaiya**: “Critical and Comparative Analysis of Taxation Laws With Respect To Crypto-Currency in India”, *Journal of Investment, Banking and Finance*, C. 1(1), 2023, s. 56-61.
- SINKOVIC, Z/PRIBISALIC, L**, Taxation of Cryptocurrencies with Income Tax and Corporate Income Tax, 1126-1131, *MIPRO*, 2022, May 23- 27, 2022, Opatija, Croatia.
- SOLODAN, Kateryna**: “Legal Regulation Of Cryptocurrency Taxation In European Countries”, *European Journal of Law and Public Administration*, C. 6 (1), 2019, s. 64-74.
- SUTHERLAND, Abraham**: “Cryptocurrency Economics and the Taxation of Block Rewards”, *Tax Notes*, C. 165 (5), 2019, s. 149-770.
- ŞANLI, Ege/ÇETİNER, Fırat**, Usage of Cryptocurrencies For Commercial Activities in Turkish Law,

<https://www.mgc.com.tr/en/cryptos-commercial-usage-in-turkish-law/> (Erişim Tarihi: 16.08.2024).

TELLER, Arthur, Crypto Tax Guide Germany for 2024: [Kryptowährung Steuer], <https://tokentax.co/blog/crypto-taxes-in-germany> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

THE CRYPTONOMIST, Argentina Postpones Crypto Tax Exemption, <https://en.cryptonomist.ch/2024/02/01/argentina-postpones-crypto-tax-exemption/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

THIEMANN, Andreas, Cryptocurrencies: An Empirical View from a Tax Perspective, JRC Working Papers on Taxation and Structural Reforms, <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/system/files/2021-08/jrc126109.pdf> (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

ULYANAVA, Katsiaryna: "Legal Regulation of the Crypto-Currency Taxation, Open Journal for Legal Studies", C. 1(1), 2018, s. 1-8.

ÜZÜMCÜ, Rabia/YILDIRIM, Yasin: "Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri", Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C. 13(3), s. 271-291.

WAERZEGGERS, C/AW, I/CHENG, J, Taxing Stablecoins", International Monetary Fund Fintech Note, <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2023/05/25/Taxing-Stablecoins-528041> (Erişim Tarihi: 30.05.2024).

WIMMER, Florian, Crypto Tax Guide Spain 2024: Complete Instructions, <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-spain> (23.10.2024).

WIMMER, Florian, Crypto Tax UK: Ultimate Tax Guide for 2024 [HMRC Rules], <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-united-kingdom-hmrc> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

WIMMER, Florian, Crypto Taxes Belgium: Advanced Guide 2024 [SPF Rules], <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-belgium#:~:text=Capital%20gains%20for%20individual%20investors,a%20flat%20tax%20of%2033%25> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

WIMMER, Florian, Crypto Taxes France: Complete Tax Guide [2024], <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-france> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

WIMMER, Florian, Crypto Taxes in Switzerland 2024: The Ultimate Guide. <https://www.blockpit.io/tax-guides/crypto-tax-guide-switzerland> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

WISEMAN, S. A, Property or Currency? The Tax Dilemma Behind Bitcoin". *Utah Law Review*, 2, 417–440. <https://dc.law.utah.edu/ulr/vol2016/iss2/5> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

WOOCK, Kurt, Crypto Taxes: How They Work and 2024 Rates, <https://www.nerdwallet.com/article/investing/crypto-tax-rate> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

WORLD BANK, Cryptocurrencies and Blockchain, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/293821525702130886/pdf/Cryptocurrencies-and-blockchain.pdf> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

WRONKA, Christoph: "Crypto-Asset Regulatory Landscape: A Comparative Analysis Of The Crypto-Asset Regulation in The UK And Germany", *Journal of Asset Management*, C. 25, 2024, s. 417-426.

YERELİ, A. Burçin/ORKUNOĞLU-ŞAHİN, Işıl Fulya, Cryptocurrencies and Taxation, 5 th International Annual Meeting of Sosyoe-konomi Society, <https://orcid.org/0000-0002-8746-6756> (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

ZENGİN, Burcu/ KOCOĞLU Sahnaz: "Cryptocurrency Market And Tax Regulations In Turkey: An Analysis In The European Emerging Economy", *Journal of Finance and Financial Law C.* 3(35), 2022, s. 83-106.

YAPAY ZEKÂNIN KARAR VERME SÜREÇLERİNDE KULLANILMASI

Öğr. Gör. Dr. Betül ÇATAL*

Öz

Teknolojide yaşanan hızlı değişim ve dönüşümler sayesinde yapay zekâ gibi bazı kavramların önemi giderek artmaktadır. Yapay zekânın sağlıkta, eğitimde, medya ya da bankacılık gibi sektörlerde sıklıkla kullanılması ve alınan olumlu sonuçlar neticesinde hukuk sistemine yapay zekânın uygulanabilirliği konusu tartışılmaya başlanmıştır. Yapay zekânın hızlı karar alma yeteneği, karşılaştırmalı değerlendirmeler yapabilmesi karar verme süreçlerinde olumlu katkılar sağlayacaktır. Karar verme süjesinde çok önemli bir role sahip olan hâkimler, kendi vicdani kanaatlerine göre karar vermektedir. Günümüzde artan dava sayıları nedeniyle hâkimlerin oldukça fazla iş yükü bulunmaktadır. Bu çalışmada hâkimlerin gittikçe artan bu iş yüküne yapay zekânın ne şekilde destek olabileceği, daha adil ve hakkaniyete uygun karar verme sürecinde yapay zekânın rolü tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

• Yapay Zekâ • Robotik • Robot Yargıç • Yapay Sinir Ağları • Doğal Dil İşleme

* Öğretim Görevlisi Dr. Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Bölümü, Konya, Türkiye | Selcuk University, Faculty Of Law Vocational School of Justice, Department of Justice, Konya, Turkey.

✉ betul.catal@selcuk.edu.tr. • ORCID 0000-0002-7154-4975.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÇATAL, B: Yapay Zekânın Karar Verme Sürecinde Kullanımı", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 311-348.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN DECISION MAKING PROCESS

Abstract

The rapid changes and transformations in technology have increasingly emphasized the importance of concepts such as artificial intelligence. The frequent use of artificial intelligence in sectors like healthcare, education, media, and banking, along with the positive outcomes observed, has initiated discussions on its applicability to the legal system. Artificial intelligence's ability to make swift decisions and perform comparative evaluations is expected to contribute positively to decision-making processes. Judges, who play a crucial role in the decision-making process, base their judgments on their personal conscience. However, the growing number of cases has significantly increased the workload of judges. This study explores how artificial intelligence can support judges in managing their increasing workload and examines its role in promoting fairer and more equitable decision-making processes.

Key Words

• Artificial Intelligence • Robotics • Robot Judge • Artificial Neural Networks • Natural Language Processing

GİRİŞ

Yapay zekâ günümüzde büyük bir ilerleme kaydettiği gözlemlenmektedir. Son yıllarda yapay zekânın “akıllı” olarak nitelendirdiğimiz pek çok cihazda, örneğin; akıllı telefonlar, akıllı saatler, robot süpürgeler, elektrikli arabalar gibi teknolojik araçlarda kullanıldığı görülmektedir. Devletler yapay zekâ için büyük yatırımlar yapmaktadır. Yapay zekânın başta endüstri olmak üzere sağlık, eğitim, bankacılık, reklam gibi pek çok sektörde kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca hukukta öngörücü adalet sistemlerinin yerleşmesi için, hukuk metinlerin işlenmesi ve yargı kararlarının tahmini gibi alanlarda etkili biçimde kullanılmaya başlandığı görülmektedir¹.

Yapay zekâ; normalde insan zekâsını gerektiren görevleri yerine getirmekle görevli bir teknolojidir. Günümüzde ödev hazırlama, otomobil

¹ WALTERS, Robert/NOVAK, Mark: “Artificial Intelligence and Law”, Walters, Robert/Novak, Marko (Editörler), Cyber Security Artificial Intelligence, Data Protection & The Law, 1.Baskı, Singapore 2021, s. 39.

kullanma, çeviri yapma hatta satranç oynama gibi pek çok alanda kullanılmaktadır². Ayrıca yapay zekânın üstün veri analizi ve yorumlama teknikleri sayesinde sosyal medyadan şüphelinin profilinin çıkartılması, otomatik plaka tespiti ve araç tanımlama, çocuk pornografisi tespiti ya da kamusal alanda yapılan elektronik gözetim sayesinde anormalliklerin ortaya çıkarılması gibi pek çok alanda uygulama alanı bulmaktadır³.

Yapay zekânın hukuk alanında uygulamaları gün geçtikçe artmaktadır. Hukuk alanında kullanılan yapay zekâ algoritmaları belirli işlevleri yerine getirmek için kullanılmaktadır⁴. Bu işlevlerin arasında, adli dilekçelerin hazırlanması, ulusal ve uluslararası mevzuatın taranması, yargı kararların incelenmesi, yargılama giderlerinin hesaplanması gibi pek çok örneği bulunmaktadır⁵.

Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılan Adalet Dergisi'nin 2021/1⁶ sayısında pek çok akademisyen yapay zekânın hukuk alanında kullanılmasıyla ilgili çalışmalar yapmış, önerilerde bulunmuştur. Bu gelişmeden sonra Adalet Bakanlığı ülkemizde yapay zekânın etkili bir şekilde kullanılması için çalışmaları yoğunlaştırmıştır. Günümüzde yapay zekânın hâkim cübbesi giyebileceği konusu tartışılmaktadır. Yapay zekânın insan hâkimlerle kıyaslandığında daha nesnel olduğu söylemek elbette mümkündür. Ancak yapay zekânın sınırları bulunmaktadır. Yapay zekâ bir organik zekâ değildir. Büyük veri, algoritma ve hesaplama gücü olan bir makine zekâsıdır⁷. Dolayısıyla yapay zekâ ve insan hâkimler kıyaslandığında tecrübe, vakıaların değerlendirilme bakımında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İnsan hâkimlerin artan iş yükünü nedeniyle yanlış kararlar verebilmesi ya da dava sürecini uzatması gibi durumların hâkime yardımcı olan yapay zekâ uygulamalarını geliştirilmesiyle hukuk alanında önemli adımların atılacağını söylenebilir.

² SURDEN, Harry: "Artificial Intelligence and Law: An Overview", Georgia State University Law Review, C. 35, 2019, s. 1307.

³ RAAJIMAKERS, Stephen: "Artificial Intelligence for Law Enforcement: Challenges and Opportunities" IEEE Security & Privacy, C.17, 2019, s. 74.

⁴ NİKOLSKAİA, Kseniia/NAUMOV, Vadyem, Artificial Intelligence in Law <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/9271095>, (Erişim Tarihi: 04.12.2024).

⁵ KÜÇÜK, Çolphan Mücahit: "Yapay Zekânın Hukuk Sisteminde Kullanılması", Bilişim Hukuku Dergisi, C.6, 2024, s. 40.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/2021/66.sayi/66-icindekiler.html>, (Erişim Tarihi: 04.12.2024).

⁷ XU,Zichun: "Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities", Applied Artificial Intelligence, C.36, 2022, s. 1025.

Avrupa Birliği'nin Yapay Zekâ Yasası'na göre, hukuk alanında kullanılan yapay zekâ sistemleri genellikle "Yüksek Riskli Yapay Zekâ Uygulamaları" kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kategori, temel haklara önemli ölçüde etki eden ve kullanıcıların mahremiyeti ile adalet ilkelere açısından hassasiyet taşıyan yapay zekâ çözümlerini içermektedir. Özellikle yargı süreçlerinde kullanılan yapay zekâ sistemlerinin etik, adil ve şeffaf bir şekilde çalışması, kararlarını açık bir biçimde gerekçelendirmesi ve temel haklara saygı göstermesi gerekmektedir⁸.

James Barratt'ın ifadesiyle, yapay zekâ tıpkı nükleer fisyon gibi çift taraflı bir teknoloji olup, şehirleri aydınlatabileceği gibi onları yok edebilir⁹. Doğru kullanım ile yapay zekâ hukuk bilimine önemli katkılar sağlayacaktır. Yapay zekâ mahkeme salonlarında iki rol üstlenebilir. Bunlardan birincisi yapay zekâ hâkimlere karar verme süreçlerinde hâkimlerin kararlarını tahmin ederek ve kararları hazırlayarak destek olabilir. İkinci durumda ise yapay zekâ hâkimlerin yerini alır ve robot hâkimler davalara otomatik hüküm verebilir¹⁰. Bu çalışmada yapay zekânın bu iki rolü üstlenip üstlenemeyeceği ve muhtemel fayda ve zararları tartışılacak; ayrıca dünya üzerinde karar verme süreçlerinde kullanılan yapay zekâ uygulama örneklerinden bahsedilecektir.

I. YAPAY ZEKÂNIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

A. Yapay Zekâ Nedir?

Dijital teknoloji çağında yapay zekâyla ilgili özellikle 21. yüzyılda önemli adımlar atıldığı görülmektedir. Yapay zekânın tarihsel geçmişine baktığımızda kökeninin aslında gerilere dayandığı görülmektedir. Tarihte ilk yapay zekâ örnekleri ise Antik Yunan'da Hephaestus' un ürettiği metal yaratıklar, Judah Loew'in antisemitik saldırılardan korunmak amacıyla oluşturduğu Golem'dir.¹¹

⁸ GÖRENTAŞ, Muhammed Burak/ÇİFTÇİ, Hamza: "Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası Çerçevesinde Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımının Değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, C.89, 2024, s.179.

⁹ BARRAT, James, Our Final Invention: Artificial Intelligence and The End of the Human Era, 2. Baskı, New York 2015, s.3.

¹⁰ ULENAERS, Jasper, The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?, <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ajle-2020-0008/html?lang%3Den>, (Erişim Tarihi:07.12.2014).

¹¹ WOOLRİGGE, Michael, A Brief History of Artificial Intelligence: What It Is, Where We Are and Where We Are Going, 1.Baskı, New York, 2021. s. 16-17.

Turing 1950 yılında yayınladığı “*Computing Machinery and Intelligence*” isimli makalede makinelerinde düşünebileceğini ispatlamaya çalışmıştır. Turing Testi¹² ile makinaların insanları taklit edebileceğini göstermiştir¹³. Bu önemli adımdan sonra John McCarthy isimli bilim insanı düşünebilen bir bilgisayar yapmanın mümkün olup olmayacağını araştırmaya başlamıştır. 1956 yılında Dartmouth¹⁴’ta düzenlenen “*Yapay Zekâ Yaz Araştırmaları Projesi*” nde ilk kez yapay zekâ kavramından bahsedilmiştir¹⁵.

Yapay zekânın tanımıyla ilgili literatürde ortak bir fikir birliği bulunmamaktadır. Yapay zekâ terimi yerine “*yaratılmış zekâ*” ifadesinin kullanılması gerektiği hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır¹⁶. Yine doktrinde insana has düşünce veyahut davranışa sahip olmasının hari-

¹² Turing Testi; düşünen bir makine ya da bugünkü anlamında yapay zekânın bu testi geçmesiyle ilgili belli koşullar olması gerekmektedir. Bu koşullar dilin doğal şekilde işlenmesi, elde etmiş olduğu veriyi gösterebilmesi, sorulara cevap vermesi, belli varyantlara ulaşmak için akış yürütebilmesi, yeni durumlara uyum sağlayabilecek bir öğrenme süreci gerçekleştirmesi gerekmektedir. Turing Testi’ nde insan veyahut makine ile gerçekleştirilen sözlü ve yazılı iletişimde yazılı veya sözlü olarak sorulan soruların insan veya yapay zekâ tarafından cevaplandırıldığı kolayca anlaşılıyorsa bu testi geçmiş demektir. **ELIOT**, Lance, *Decisive Essays on AI and Law*, 1.Baskı, San Francisco 2020, s. 87. Bir örnekle bunu açıklarsak; iki kişi bir odada mesajlaşma aracılığıyla konuşur ve bu ikisi haricinde bu oda da üçüncü kişi olarak sorgucu bulunur. Sorgucu, konuşan iki kişinin hangisinin erkek hangisinin kadın olduğunu anlamaya çalışır. Daha sonra bu iki kişiden birinin yerini makine alırsa ve sorgucu bu durumu fark edemezse makine zeki demektir. Dolayısıyla testi geçmiştir. Bkz. **TURİNG**, Alan Mathison: “*Computing Machinery and Intelligence*”, *Mind*, C.59, 1950, s. 433.

¹³ **TURİNG**, s. 433.

¹⁴ 1956 Dartmouth Konferansı Marvin Minsky, John McCarthy ve IBM’den iki önemli bilim insanı Claude Shannon ve Nathan Rochester tarafından düzenlendi. Bu konferansta, “*Yapay Zekâ*” ifadesi ilk kez kullanıldı. Bu konferans, yeni bir keşif ve sınırsız bilgi döneminin başlangıcı oldu. O dönemde geliştirilen bilgisayar programları çoğu kişi tarafından “olağanüstü” olarak kabul ediliyordu. Çünkü bilgisayarlarda cebirsel problemler çözülebilmekte, hatta İngilizce konuşmak bile mümkün olabilmekteydi. Birçok kişi makinelerde böyle “zeki” bir davranışın çok zor olduğunu düşünmekteydi. Araştırmacılar bilimsel çalışmalarda bu alanın gelişmesi için büyük bir çaba sarf ettiler. Bilim insanları önümüzdeki 20 yıl içinde tamamen zeki bir makinenin inşa edileceğini öngörmekteydiler. **PEREZ**, Javier Andreu/**DELÍGIANNİ Fani/RAVİ**, Daniele/**YANG** Guang-Zhong: “*Artificial Intelligence and Robotics*”, ArXiv preprint arXiv:1803.10813, C.147. 2018, s. 3.

¹⁵ **NİSSON**, Nils J., (Çeviren: DOĞAN, Mehmet): *Yapay Zekâ Geçmişi ve Geleceği*, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 81.

¹⁶ **ERSOY**, Çağlar: *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*. 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 28.

cinde yapay zekânın mühendislik ve matematiğin bir birleşimi olarak görülen çeşitli yaklaşımlarda mevcuttur¹⁷. Yapay zekâ, deneyimlerden öğrenme, öğrendiklerini analiz etme, şekilleri, görüntüleri ve desenleri tanıma, karmaşık sorunlara çözümler üretme, dili anlayarak kelimeler üzerinde işlem yapma yeteneklerine sahip ve bilişim dünyasına yeni bir perspektif kazandıran bir bilim dalıdır¹⁸.

Yapay zekâ Boden' a göre insan beyninin yapabileceği işleri bilgisayarın yapabilmesidir¹⁹. Rissland' a göre yapay zekâ bilişim sistemlerinin araçları kullanılmak suretiyle bilişsel görevlerin yapılmasıdır²⁰. Yapay zekâ kavramını ilk kez kullanan McCarty' a göre ise deneysel olarak gözlenen yöntemlerle sınırlanmaksızın dünyadaki bütün hedeflere ulaşabilen makinalar²¹ olarak tanımlamıştır²². Rich'e göre yapay zekâ, bilgisayarların şu anda insanların daha iyi yaptığı şeyleri yapmasını sağlamak olduğunu ifade etmektedir²³. Nabiyev'e göre yapay zekâ; bir makinanın ya da bilgisayarın insan has nitelikleri olan akıl yürütme (muhakeme), varsayım çıkarma, genelleme, ya da öğrenme gibi zihinsel aktiviteleri yapabilme yeteneğidir²⁴. Haddadin ve Knobbe' ye göre yapay zekâ bir yazılım temeli olan, fiziki sisteme sahip olup bunların birleşimiyle oluşan algoritma ve sitemler bütünüdür²⁵. Akkurt' a göre yapay zekâ, bağımsız çalı-

¹⁷ **RUSSELL**, Stuard, /**NORVİG**, Peter: Artificial Intelligence: A Modern Approach, 3. Baskı, New Jersey 2016, s. 1.

¹⁸ **AKBULUT**, Berrin: "Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, 2023, s. 271.

¹⁹ **BODEN**, A.Margaret: Artificial Intelligence: A Very Short Introduction, 1.Baskı, New York, 2018, s.3.

²⁰ **RİSSLAND**, L. Edwina: "Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning", The Yale Law Journal, C. 99, 2017, s. 1958.

²¹ McCarty yapmış olduğu bir çalışmada yapay zekânın belli bir hedefe ulaşmasının üç yolunun olduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki yapay zekânın insanın sinir sistemini taklit edebilme yeteneğidir. İkinci durum insan psikolojisini taklit edebilmesidir. Üçüncü durum hedefe ulaşan zekâyı anlayabilmek ve buna uygun akıllı bilgisayar programı geliştirmektedir. **MCCARTY**, John: Artificial Intelligence, Logic and Formalizing Common Sense, Stanford 1990, s.3.

²² **MCCARTY**, John, What is AI? Basic Questions, <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/>, (Erişim Tarihi:11.12.2024).

²³ **RICH**, Elaine, "Artificial intelligence and the Humanities", Computers and the Humanities, C.19, 1985, s. 117.

²⁴ **NABİYEV**, Vasif: Yapay Zekâ, 6. Baskı, Ankara, 2021, s. 21.

²⁵ **HADDADİN**, Sami/ **KNOBBE** Dennis: Robotics and Artificial Intelligence the Present and Future Visions, Ebers, Martin /Navas, Susana (Editörler), Algorithms and Law, Cambridge 2020, s. 35.

şan bir sistemin dış ortamdan aldığı verileri doğru bir şekilde analiz edebilme, bu verilerden anlamlı çıkarımlar yaparak öğrenme sürecini gerçekleştirme ve edindiği bilgileri esnek bir şekilde uyarlayarak belirli amaçlara ve görevlere yönlendirebilme yeteneği olarak tanımlanabilir²⁶.

Avrupa Birliği'nin yapay zekâ tanımı ise şu şekildedir²⁷:

“Yapay zekâ kendisine karmaşık bir görev verildiğinde, veri toplama suretiyle çevresini algılayan, toplanan yapılandırılmış veya yapılandırılmamış verileri yorumlayan, bilgileri muhakeme eden ya da bu verilerden elde ettiği bilgileri işleyen ve verilen hedefe ulaşmak için yapılacak en iyi eylem(ler)e karar veren, insan tarafından dizayn edilmiş yazılımlar ve muhtemel surette donanımlardır”.

Yapay zekânın en kapsamlı tanımı *“European Commission’s High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG)”* tarafından yapılmıştır. Buna göre yapay zekâ kompleks bir hedefte veri toplayarak fiziki ya da bilişsel veriler elde eden, bu elde edilmiş verileri yorumlayarak mantıklı çıkarımlar yapan ve problemi çözmek için en iyi kararları alınmasını sağlayan sistemler bütünüdür²⁸.

Tüm bu tanımlamalarına baktığımızda yapay zekâyı iki kategoride toplamak mümkündür²⁹:

- İnsan gibi düşünen ve davranan sistemler
- Rasyonel düşünen ve davranan sistemler

Yapay zekâ teknolojisi, insan davranışlarının bazı yönlerinin bir makineye kolayca aktarılmasını sağlayan bir dizi araç sunmaktadır. Bu teknolojiler, bir problemin çözümü için bilinen, ancak kesin olmayan bir yöntemin uygulanması için bir çerçeve sağlar. Ancak, çözümün kendisini sunmamaktadırlar. Bu nedenle, sağlanan yetenek, ele alınan probleme bağlı olarak uygulanabilir bir tür yeni hesaplama yöntemine benzerdir. Kullanıcı, gerekli tüm bilgileri, bilgi yapılarını ve işlemleri sağlamak zorundadır. Bu nedenle, bu yeni çabaya *“bilgi mühendisliği”* olarak atıfta bu-

²⁶ **AKKURT**, Sami: “Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi”, C. 13, 2019, s.41.

²⁷ **EU**, Artificial Intelligence Act, Article 3: Definitions, <https://artificialintelligence-act.eu/article/3/#:~:text=An%20AI%20stem%20is%20a,that%20uses%20an%20AI%20system> .(Erişim Tarihi:11.12.2024

²⁸ **MARGİT**, Sutrop: “Should We Trust Artificial Intelligence?”, Trames: A Journal of the Humanities & Social Sciences, C. 23, 2019, s. 499.

²⁹ **KOK**,Joost N./ **BOERS** Egbert / **KOSTERS**, Walter A/ **PUTTEN**, Peter: “Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases”, Artificial intelligence, C.1, 2009, s. 271.

lunmak ve oluşturulan sistemleri "*bilgi tabanlı sistemler*" olarak adlandırmak daha doğru olacaktır³⁰. Tsinghua Üniversitesi'nde yapılmış bir araştırmada yapay zekânın bir insan beyni gibi düşünmesine gerek olmadığına, sadece insan beyninin çözdüğü problemleri çözmesinin yeterli olacağı sonucuna ulaşılmıştır³¹.

B. Yapay Zekâ Uygulamaları

1. Doğal Dil İşleme

Doğal dil işleme uygulaması bir bilgisayarın doğal dili anlaması ve doğal dil oluşturmasıdır. Doğal dil işleme, yapay zekâ ve dilbilimin bir alt alanı olduğu söylemek mümkündür. Doğal dil işleme ile bilgisayarların insan dillerinde yazılmış ifadeleri veya kelimeleri anlamasını sağlanmaktadır. Doğal dil işleme, bir kullanıcının bilgisayarla iletişim kurmak istediğinde ortaya çıkmıştır³². Doğal dil işleme uygulaması bilgisayarların insanlar gibi akıllı davranmasını sağlamaktadır. Doğal dil uygulaması ile bir makinenin ya da bilgisayarın insana daha benzer hale gelmesini sağlamaktadır. Böylece insan ile makine arasındaki mesafeyi azaltan bir teknik olduğunu söylemek mümkün olacaktır³³.

Doğal dil işleme uygulaması bilgisayar bilimi ile hesaplamalı dilbilimin kesişim noktasında yer almaktadır. İnsan dillerinde yazılı ve sözlü doğal ifadelerin yapılandırılmış, çıkarılabilir verilere dönüştürülmesine odaklanmaktadır. Doğal dil işleme uygulaması istatistiksel ve yapay zekâ yöntemlerini birleştirerek bir metnin anlamını belirlemek veya insan benzeri bir yanıt üretmek için kullanılmaktadır. Doğal dil işleme uygulaması, bilgisayar yazılımlarında ve mobil telefonlarında yaygın bir şekilde kullanıldığından dolayı günlük hayatımızın bir parçası olmaktadır³⁴.

³⁰ SIMMONS, ASA B./ CHAPPEL STEVEN G.: "Artificial Intelligence-Definition and Practice", IEEE Journal of Oceanic Engineering, C.13, 1988, s. 15.

³¹ CAICT, China Academy of Information and Communications Technology China AI Development Report 2018, <https://www.scribd.com/document/442369539/China-AI-development-report-2018>, (Erişim Tarihi: 11.12. 2024).

³² CHOPRA, Abhimanyu/ PRASHAR, Abhinav/SAİN Chandresh: "Natural Language Processing", International Journal of Technology Enhancements and Emerging Engineering Research, C.1, 2013, s.131.

³³ MAH,Pascal Muam/ SKALNA, Iwona/ MUZAM, John: "Natural Language Processing and Artificial Intelligence for Enterprise Management in the Era of Industry 4.0", Applied Sciens, C.12, 2022, s. 4.

³⁴ FANNİ, Salvatore Claudio/FEBİ, Maria/AGHAKHANYAN, Gayane,/ NERİ, Emanuele: Natural Language Processing, KLONTZAS, Michail E., FANNİ, Salvatore Claudio, NERİ Emanuele (Editörler), Introduction to Artificial Intelligence, 1. Baskı, New York 2023, s. 87.

Doğal dil işlemede yazılı materyaller, sesler, görüntüler bir makine tarafından algılanmakta ve bunlar çeşitli gruplara ayrılarak yönlendirilmektedir. Böylece duyguların yorumlanması, bir dilden başka bir dile çeviri, konuşma gibi işlemler otomasyon haline gelmektedir. Doğal dil işleme uygulamaları ile imla hatalarını düzeltme, çeviri yapılması, diyalog kurma, bilgi isteme ya da mevcut bilginin özetlenmesi mümkün olabilmektedir³⁵.

Birbirinden farklı verileri sınıflama, duygu analizi, bir metinde yer alan varlık, tarih, zaman gibi kavramları tespit etme, bir metinde yer alan kişiler, kurumlar ve yerlerin tanınması, olayların zamanları tespit etme ve bunlar arasında çıkarım yapma yine bir metinde yer alan isimleri, fiilleri edatların tespitinin analizi de doğal dil işleme kapsamındadır³⁶.

Doğal dil işleme uygulamaların en başarılı örneklerinden biri TV programında yarışan Watson adlı yapay zekâ sistemidir. Bu yarışmada yarışmacılara çeşitli ipuçları verilerek çok geniş kapsamlı sorular sorulmaktadır. Watson doğal dil işleme uygulamalarının kullanılması ile bu yarışmanın şampiyonu olmuştur. Watson bu başarısını 200 milyon sayfalık metni değerlendiren bir algoritma ile yapmıştır³⁷.

Doğal dil işleme uygulamasının hem avukatlara hem yargıçlara kolaylık sağladığını söylemek mümkündür. Çalışmamızın son bölümünde ayrıntılı olarak işleneceği üzere doğal dil işleme uygulaması ile bir yargıcın bir davada nasıl hüküm vereceğine ilişkin tahmine dayanan çıkarımlar yapılabilmektedir. Doğal dil işleme uygulaması ile daha önceden sisteme kaydedilmiş dava örnekleri saniyeler içinde taranarak sanığa verilecek ceza tayin edilebilmektedir³⁸.

³⁵ **CENTRE for PUBLIC IMPACT**, Destination Unknown: Exploring the Impact of Artificial Intelligence on Government, <https://www.centreforpublicimpact.org/ai-government-working-paper/>, (Erişim Tarihi: 12.12.2024).

³⁶ **KÜÇÜK**, Doğan/**ARICI**, Nursal: "Doğal Dil İşlemede Derin Öğrenme Uygulamaları Üzerine Bir Literatür Çalışması", Uluslararası Bilişim Yönetim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi, C.2, 2018, s. 80.

³⁷ **FRANKLIN**, Stan History: Motivations, and Core Themes, Frankish, Keith / Ramsey, William (Editörler), The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, 5.Baskı, Cambridge 2014, s.23.

³⁸ **WİLKINSON**, Alison, How Natural Language Processing Can Improve Legal Search Results, <https://kirasystems.com/learn/how-natural-language-processing-improving-can-improve-legal-search-results/>,(Erişim Tarihi: 13.12.2024).

2. Uzman Sistemler

“Kural tabanlı program” olarak adlandırılan bu sistemler, uzmanlara sorulan bilgiler ile programlanan ve karar verme süreçlerinde insanlara rehberlik eden bilgisayar programlarıdır³⁹. Uzman sistemlerin çoğunlukla istatistik veya olasılık biliminde kullanıldığı görülmektedir. Bu sistemler tıp alanında hastalıkların teşhisi, ekonomide bir ürünün pazar verimliliğinin araştırılması gibi pek çok alanda tasnif, olasılık ve planlama için kullanılmaktadır⁴⁰.

Uzman sistemlerle bir problem çözülürken “ve-veya”, “neden-sonuç” veya “eğer-ise” gibi mantık kuralları oluşturulmaktadır. Ayrıca varlığı sonucu nasıl ve ne şekilde elde ettiği bilgisi yer almaktadır. Uzman sistemlerde çıkarım aracı olarak Modus Ponens⁴¹ gibi birtakım yöntemlerin kullanıldığı görülmektedir⁴².

Uzman sistemler bilgi tabanlı bir danışmanlık ve açıklama kaynağı olarak görülmesinin bu tür sistemleri oluşturmak isteyenlerin karşılaştığı kritik sorunu ortaya koymaktadır. Bilginin insan zihninden çeşitli bilgisayar programlarına ya da makinaya eksiksiz bir biçimde aktarılması sırasında birtakım problemler ortaya çıkabilmektedir⁴³.

Uzman sistemlerde karşılaşılan bir başka güçlük dar bir alanda kodlanan bilgi çerçevesinde çalışmak zorunda oldukları için kompleks yapılar ve çok boyutlu problemler karşısında zorlanmaktadırlar. Uzman sistemlerin sağlıklı bir şekilde çalışabilmesi için bilgi ve mantık girdilerin kesin olarak girilmesi gerekmektedir. Uzman sistemlerle ilgili bir başka sorun da bilgi dağarcığının sınırlı olması ve sistemde yer alan veriler dışında başka disiplinlerde uygulanamamasıdır⁴⁴.

³⁹ **ALPAYDIN**, Ethem: Machine Learning: The New AI, 1. Baskı, Cambridge 2016, s.50.

⁴⁰ **PICKOVER**, Clifford A.: Artificial Intelligence: An Illustrated History, 1. Baskı, New York 2019, s. 20.

⁴¹ Modus Ponens (MP) Mevcut bilgilerden yola çıkarak yeni bilgilere ulaşmayı amaçlayan kullanılan bir mantık yöntemidir. Büyük önerme olan koşullu önermenin ön bileşeni küçük önermede tekrarlanıyorsa sonuçta büyük önermenin art bileşeni zorunlu olarak çıkar.

⁴² **DOĞAÇ**, Asuman: “Uzman Sistemler”, Elektrik Mühendisliği, C.35, 1990, s. 91.

⁴³ **MICHIE**, Donald, Current Development in Artificial Intelligence and Expert Systems, https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9744.1985.tb00604.x?saml_referrer , (Erişim Tarihi:14.11.2024).

⁴⁴ **SINGH**, KJ, What Are the Limitations of The Expert Systems, <https://mbaofficial.com/mba-courses/principles-of-management/what-are-the-limitations-of-the-expert-systems/>, (Erişim Tarihi: 14.12.2024).

3. Robotik

Doğudan bir yapay zekâ uygulaması olmamakla beraber önemli bir işlevi olan robotikten bahsetmek gerekmektedir. Robotik, genellikle robotların bilimi olarak tanımlanır ve insan eylemi gerektiren görevleri yerine getirebilen elektromekanik cihazların tasarım, geliştirilme, çalıştırılma ve değerlendirilmesini sağlamaktadır. Bu alan, elektronik- elektrik, mühendislik, fizik, biyoloji ve bilişim sistemleri gibi birçok disiplinden faydalanan çok yönlü bir bilim dalıdır⁴⁵.

Uluslararası bir endüstriyel kuruluş olan Uluslararası Robot Federasyonu (IFR), robotu "üç veya daha fazla eksenle programlanabilen, endüstriyel otomasyon uygulamalarında kullanılmak üzere sabit veya taşınabilen, otomatik olarak kontrol edilen ve yeniden programlanabilen çok amaçlı bir cihaz" olarak tanımlamaktadır⁴⁶.

Bir makinenin robot⁴⁷ olarak nitelendirilebilmesi için, çevreyi algılayabilmesi ve bu algıladığı verileri işleyerek fiziksel eyleme dönüştürebilmesi gerekmektedir⁴⁸. Doktrinde yapılan bir diğer tanıma göre, robotların "*Hisset-Düşün-Harekete Geç*" algoritması temelinde tasarlandığı belirtilmiştir. Bu çerçevede, robotların üç temel bileşenden oluştuğu ifade edilmektedir. Bu bileşenler, robotların çevreyi algılayıp tanımlayabilmesi için sensörlere sahip olması, bu algı ve tanımlama sürecine dayanarak davranışlarına karar verebilecek bir işlemci ya da yapay zekâ sistemine sahip olması ve karar verme sürecini tamamladıktan sonra harekete geçmesini sağlayacak efektörlere sahip olması gerekliliğini kapsamaktadır. Bu üç unsurun bir araya gelmesiyle yapay bir varlık tanımı yapılabilmektedir⁴⁹.

⁴⁵ NIKU, Saeed, B., Introduction to Robotics: Analysis, Control, Applications, 3. Baskı, California 2020, s. 3.

⁴⁶ RAJ, Manav/SEMANS Robert: "Primer on Artificial Intelligence and Robotics", Journal of Organization Design, C.8, 2019, s. 2.

⁴⁷ Asimov'un geliştirdiği "*Üç Robot Yasası*" na göre bir robotta bulunması gereken üç temel özellik vardır. Birincisi robotların insanlara zarar vermemesi gerekmektedir. İkincisi bir robot insanın vermiş olduğu talimatlara uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Üçüncüsü ise yukarıda durumlarda çalışmadığı sürece kendi mevcudiyetini sürdürmek zorundadır. Bkz. ASİMOV Isaac, Ben Robot, 3.Baskı, İstanbul 2019, s. 238.

⁴⁸ GREELY, Henry T.: "Neuroscience, Artificial Intelligence, CRISPR and Dogs and Cats", U.C. Davis Law Review, C.51, 2018, s. 2321-2322.

⁴⁹ ÇAĞLAR, Ersoy: Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 6.

Bir robotta bulunması gereken belli başlı özellikler şu şekilde sıralamak mümkündür⁵⁰:

- **Algılama Yeteneği:** Bir robotun etrafta olan biteni algılayabilmesi gerekmektedir. Bunu da ışık, dokunma, duyma ya da basınç sensörleri sayesinde yapabilmektedir
- **Hareket Yeteneği:** Bir robotun bulunduğu bir yerde hareket kabiliyetinin olması gerekmektedir. Hareket yeteneğini tekerlekler ya da yürümeyi sağlayan bacakları ile yapabilmektedir. Robotun tümü hareket edebileceği gibi Canada Arm örneğinde olduğu gibi uzayda tek bir kolu hareket edebilmektedir.
- **Enerji:** Bir robotun çalışabilmesi için enerjiye ihtiyacı vardır. Bu enerjisi elektrik, güneş enerjisi ya da pil olabilir.
- **Zekâ:** Bir robot için zekâ olmazsa olmazdır. Robotun görevi yazılımcı tarafından hazırlanan programlarla oluşturulmaktadır. Bu programlar sayesinde robot bir zekâyâ sahip olur.

Robotlara neden ihtiyaç duyuluyor? Robotlar doğru programlama yapıldığında çok az beceri gerektiren basit görevlerde oldukça başarılı olmaktadır. Örneğin; bir parçanın diğer parçaya montajı, paketleme, sprey boyama gibi büyük endüstriyel süreçlerde, süreklilik gerektiren işlerde gayet iyi çalışmaktadır⁵¹.

Robotlarla ilgili bir başka önemli tartışma da her robotun bir yapay zekâyâ sahip olup olmadığı sorunsalıdır. Her robot bir yapay zekâyâ sahip değildir. Yapay zekâ sahibi bir robotun algılama ya da duyuşal özellikleri var olması beklenmektedir. Böylece çevrede oluşan değişimlere beklenildiği şekilde tepki verebilecektir. Yapay zekâyâ sahip robotları diğer robotlardan farklı kılan, verdikleri tepkilerin otomatik değil, daha önce edinilmiş deneyimlere dayanarak şekillenmesidir⁵².

4. Yapay Sinir Ağları

Yapay sinir ağları, bir insan beyninden ilham alınarak tasarlanmış, ağırlıklı bağlantılarla birbirine bağlanan ve her biri kendi belleğine sahip

⁵⁰ HUMBE Anad B./ DESHMUKH, Prajwal/ KADAM Muken: "The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications", International Journal of Research in Engineering & Technology, C.2, 2018, s.113; BOZKURT, Armağan/ YÜKSEL, Ebru: "Robot Hukuku", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.7, 2018, s. 88.

⁵¹ BOBROW, Daniel G.: "Artificial Intelligence and Robotics", Artificial Intelligence, C. 26, 1985, s. 80.

⁵² YILMAZ, Atınç: Yapay Zekâ, 8. Baskı, İstanbul 2020, s.9.

işlem birimlerinden oluşan paralel ve dağınık bilgi işlem sistemleridir. Basit bir şekilde ifade edilecek olursak, yapay sinir ağları, biyolojik sinir ağlarını model alan bilgisayar programlarıdır. Ayrıca, yapay sinir ağları “bağlantıcılık, paralel dağıtık işlem, sinirsel işlem, doğal zekâ sistemleri ve makine öğrenimi algoritmaları” gibi farklı isimlerle de anılmaktadır⁵³.

Yapay sinir ağları 1980’lerden bu yana yapay zekâ alanında önemli bir konu olmaktadır. İnsan beynindeki sinir ağlarının bilgi işleme süreçlerinden esinlenerek, basit bir model oluşturulmuş ve bu model, farklı bağlantı türlerine göre çeşitli ağ yapılarıyla şekillendirilmiştir. Yapay sinir ağları, beyin sinir ağlarının bilgi işleme ve hafıza oluşturma yöntemlerini taklit etmeye yönelik bir yaklaşımdır. Mühendislik ve akademik çevrelerde genellikle sinir ağı veya nöral ağ olarak adlandırılmaktadır⁵⁴.

Yapay sinir ağı, biyolojik sinir ağlarının işleyişine benzer bir yapı kullanarak geliştirilen hesaplama sistemlerini tanımlamaktadır⁵⁵. Bu sistemde yapay sinir ağlarına bilgi gönderildiğine, bu bilgi öncelikle sinir hücresindeki dendritlerle benzer bir işlev gören girdi katmanına iletilir. Girdi katmanından alınan bilgi, daha sonra gizli katmana aktarılır (bu, sinir hücresindeki gövdeyi temsil eder). Son olarak, gizli katmandan gelen bilgi çıktı katmanına gönderilir (bu da sinir hücresindeki aksonların işlevini yerine getirir)⁵⁶.

Yapay sinir ağları ile makineler, algoritmalar aracılığıyla beklenmedik bağlantılar kurabilmekte ve hatta hafızasında mevcut olan programlamanın ötesinde de işlev gösterebilmektedir. Yapay sinir ağlarında gelişen teknoloji ve gelecekteki potansiyeli göz önünde bulundurulursa, programlama döngüsünü sonlandırmak ve programlamadaki farklılıkları ortadan kaldırmak yerine, bilgisayar yapısını güçlendirmek amacıyla yapay zekânın dilini ve öğrenme sürecini destekleyen yeni algoritmaların kullanılmasının tercih edilebilir bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Örneğin, Google’ın yapay sinir ağları, sürekli olarak kedi videoları izleyip ke-

⁵³ ÇETİN, Elmas: Yapay Zekâ Uygulamaları, 3.Baskı, Ankara 2016, s. 25.

⁵⁴ WU, Yu-chen Wu, FENG Jun-wen: “Development and Application of Artificial Neural Network”, Wireless Pers Commun, C.102, 2018, s. 1645.

⁵⁵ DONGARE, Ambadas/KHARDE Rajendra/ KACHARE: “Introduction to Artificial Neural Network”, International Journal of Engineering and Innovative Technology, C.2, 2012, s. 189.

⁵⁶ ÖZÇİFT, Akın/ÇELİKİTEN, Azer/AKARSU, Kamil: Yapay Zekâ Kavramlarına Giriş, 1. Baskı, Ankara 2020, s.83.

dinin fotoğrafları görmesine rağmen, kendisine kediyi tanımlaması istendiğinde, belleğinde bulunan kedi fotoğraflarını değil, oluşturduğu kedi kavramını temsil eden bir görseli sunmuştur⁵⁷.

C. Yapay Zekânın Hukuk Biliminde Kullanılması

“*Yapay zekâ ve hukuk*” kavramı, esasen bilgisayar bilimleri ve matematiksel yöntemlerin hukuku daha erişilebilir, anlaşılır, yönetilebilir ve öngörülebilir hâle getirme çabasını ifade eder. Bu düşüncenin kökleri, 17. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Ünlü matematikçi ve mantık makinasının mucidi Gottfried Leibniz⁵⁸, aynı zamanda hukuk eğitimi almış bir isim olarak, matematiksel yöntemlerin hukuk alanında nasıl fayda sağlayabileceğini inceleyen öncülerden biridir⁵⁹.

Hukuk dünyasında teknolojinin etkisiyle yeni bir alanın oluşması, hukuk teknolojileri kavramının doğmasına yol açmıştır. Gordon L. Jacobs, 1987 yılında yayımladığı “*Legal Technology: Present and Future Trends*” başlıklı makalesinde, ilk kez hukuk teknolojisi (legal tech) terimini kullanmıştır. Jacobs’a göre, hukuki bilgilere erişim artık yalnızca basılı metinler gibi geleneksel yollarla sınırlı kalmayacak, avukatlık hizmetleri otomasyon sürecine girecek ve bu hizmetlerin önemli bir kısmı standart hale gelecektir⁶⁰.

Yapay zekânın hukuk biliminde kullanılmasında en fazla “dosya tasnifi” ve “karar destek sistemi” gibi yazılımlardır. Örneğin, “içtihat tarama programları”, ile geçmişten günümüze kadar verilmiş olan yargı kararlarının sisteme yüklenerek ihtiyaç duyulan kararlara anında erişim

⁵⁷ ZİMMERMAN, Joseph Evan: “Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood”, SSRN Electronic Journal, 2015, s.13.

⁵⁸ Hem matematik hem de felsefeyle ilgilenen Gottfried Wilhelm Leibniz, 1769 yılında dört işlem yapabilen bir hesap makinesi tasarlamıştır. Bu makine, yapay zekânın temelleri arasında sayılabilir. Hesap makinesi ortaya çıkışından sonra Leibniz, “Calculus Ratiocinator” yani bir mantık makinası yapma fikrini geliştirmiştir. Yaptığı bu mantık makinesinin temel sorusu ise şudur: “İnsanların zorlandığı aritmetik işlemleri bir makineye yaptırabiliysem, düşünme süreçlerinin tamamını da bir makineye yaptırmak mümkün olmaz mı?” Leibniz’in asıl hedefi, insanların düşünme yeteneğine benzeyen kuralları açıklayabilecek bir dil yaratmaktır. Leibniz, dört işlem yeteneğini bir makineye başarıyla kazandırdıktan sonra, düşünme işlevini de makinelere aktarabileceğine inanarak çalışmalarına devam etmiştir. ANANTHASWAMY, Anil: “From Counting with Stones to Artificial Intelligence: The Story of Calculus”, Nature, C.568, 2019, s. 32.

⁵⁹ SURDEN ,s. 1327.

⁶⁰ JACOBS, Gordon L.: “Legal Techonology: Present and Future Trends”, Legal Economics, C. 13, 1987, s. 29.

imkânı sağlamaktadır. Bu programlar, hukukçuların binlerce sayfalık arşivleri tarama, okuma ve inceleme yükünden kurtararak, sadece anahtar kelimelerle ilgili yargı kararlarına hızlı ve pratik bir şekilde ulaşmalarını mümkün kılmaktadır⁶¹.

Yapay zekânın hukuk biliminde kullanılmasının bir başka örneği ise yargı kararlarının istatistik olarak analiz edilmesi, bu analizler sonucunda verilecek kararların öngörülmesidir. Bu tür yapay zekâ sistemleri, içtihatlardan yararlanarak makine öğrenmesi teknolojisini kullanmaktadır. Bu sistem bir davaya bakan hâkimin, davayı hangi hukuki gerekçelerle ve hangi olasılıklarla karara bağlayabileceğini önceden tahmin etmeyi amaçlar. Tahmine dayalı yapay zekâ uygulamaları, özellikle avukatlar ya da dava açmayı planlayan bireyler için faydalı olabilir. Bu sistemler, davalarında başarılı olma ihtimallerini önceden değerlendirebilmeleri açısından önemli bir rehberlik sunabilir⁶². Bu duruma örnek bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz karar verme süreçlerinde kullanılan yapay zekâ uygulamalarından biri de COMPAS⁶³’ tır. Risk ve ihtiyaç değerlendirmesini, mahkumiyet kararları, tedavi süreçleri, vaka yönetimi ve suçun tekrarlanması gibi unsurlarla entegre eden ve karar verme süreçlerine destek sağlayan bir yazılım uygulaması olarak kullanılmaktadır⁶⁴.

Yapay zekânın hukuk alanında avukatlara büyük kolaylık sağlamaktadır. Dava keşfi, bir davada delil toplama sürecini ifade etmektedir. Günümüz davalarında bu süreç, genellikle karşı tarafın avukatları tarafından sağlanan büyük miktarda belgenin elde edilmesi ve incelenmesiyle gerçekleşir. Geleneksel olarak, belge inceleme avukatlar tarafından

⁶¹ **KOTİL ÖĞRETMEN**, Zeynep: Hukukta Yapay Zekâ Uygulamaları, İstanbul 2022, s. 2.

⁶² **BİRTANE**, Şermin: “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 15, 2024, s. 251.

⁶³ Amerika’lı bir şirket tarafından geliştirilip kullanılan “Alternatif Yaptırımlar için Ceza İnfaz Suçlusu Yönetimi Profillemesi” kısaca COMPAS olarak adlandırılan bu yazılım; fikri mülkiyet kapsamında tam olarak çalışma şekli gizli tutulmaktadır. Şüphelilerin birden ona kadarki ölçekte tekrar suç işleme oranını yaş, cinsiyet, sabıka gibi toplamda 137 faktöre göre hesaplayan, risk oranı bağlayıcı olmasa da yargıçların kararları üzerinde etkisi olan bir yapay zekâ programıdır. **ULENAERS**, Jasper: “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, Asian Journal of Law and Economics, C.11, 2020, s. 8.

⁶⁴ **BRENNAN**, Tim/**DIETERICH**, William/ **EHRET**, Baete: “Evaluating the Predictive Validity of the COMPAS Risk and Needs Assessment System”, Criminal Justice and Behavior, C. 36, 2019, s. 22.

yürütülür ve her bir belge hızlıca gözden geçirilerek, genellikle manuel bir şekilde, hukuki açıdan ilgili olup olmadığı veya imtiyazlı bir statüye sahip bulunup bulunmadığı değerlendirilirdi⁶⁵. Bugün avukatlar, dokümantasyon, istatistiksel analiz ve içtihat taraması gibi yapay zekâ destekli sistemlerden önemli ölçüde yararlanmaktadır⁶⁶. Yargılamada kullanılan dijital deliller, yapay zekâ teknolojileri sayesinde daha verimli bir şekilde işlenebilir, depolanabilir, sınıflandırılabilir ve analiz edilebilir duruma gelmiştir⁶⁷. Andrea Roth, bu konuda makine tarafından oluşturulan delille geleneksel insan tanıklar kıyaslanırsa, verimli çalışan makinelerin bir hafıza kaybı yaşamadığını dolayısıyla bir sahtekârlık yapamayacağını vurgulamaktadır⁶⁸.

Hukuk alanında, keşif süreci yapay zekâ ile gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır. Bilgisayar sistemlerinde oluşturulan bir veri tabanı aracılığıyla, basit bir arama süreci kullanılarak e-keşif işlemi yapılabilir. Bu yöntem, büyük miktarda veriyi hızlı ve etkili bir şekilde analiz ederek keşif sürecini kolaylaştırır ve hızlandırır. Önceden belirlenmiş kodlamalar ile adliyeye sunulan belgelerin ilgili konu ile bağlantılı olup olmadığını tahmin edebilen algoritmalar geliştirilmesi mümkündür. Her ne kadar tahmin ve kodlama sistemlerinde küçük riskler bulunsa da, yapay zekâ sistemlerinin yorgunluk veya duygusal durumlar gibi insan faktörlerinden etkilenmemesi, daha gerçekçi ve tutarlı verilerin elde edilmesine imkân tanır. Sonuçta bazı mahkemelerde e-keşif kullanımı, hem maliyetlerin düşürülmesi hem de iş süreçlerinin performansının artırılması açısından önemli avantajlar sağlayabilmektedir⁶⁹.

Yapay zekânın hukuk biliminde kullanım bulduğu bir diğer önemli alan ise robot avukat uygulamalarıdır. Bu tür sistemler, yüklenen verileri

⁶⁵ **SURDEN**, s.1329.

⁶⁶ 2018 yılında tanıtılan "Adalet Hanım" adlı yapay zekâ uygulamalı hukuk asistanı, yapay zekâ teknolojilerini kullanarak, arama motorlarında makine öğrenmesi yöntemleriyle geliştirdiği algoritmalar sayesinde dava uyuşmazlıklarını analiz edebilmekte ve yorumlar yaparak sonuçlar üretebilmektedir. Ayrıca, avukatlar davalarına hazırlık sürecinde, ihtiyaç duydukları örnek yüksek mahkeme kararlarına ve davalarına uygun kanun maddelerine hızlı bir şekilde ulaşabilmektedirler. Bkz. <https://adaletanim.com/#hakkimizda>, (Erişim Tarihi: 20.12.2024).

⁶⁷ **KOTİL**, s. 22

⁶⁸ **KAYA**, İslam Safa /**KARABAY**, Huzeyfe: "Uluslararası Yaklaşımla Yapay Zekâ ve Yapay Zekâ Marifetiyle Delillere Erişim", Kırkkale Hukuk Mecmuası, C.4, 2024, s. 751.

⁶⁹ **KAYIRAN**, Hüseyin Fırat, "Yapay Zekâ ve Yapay Zekânın Hukuki Sorumluluğu", Türk Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C.1, 2020, s. 62-63.

analiz ederek öğrendikleri hukuki bilgiler doğrultusunda “hukuki danışmanlık” hizmeti sunabilmektedir. Ayrıca, kullanıcıların sorularına internet üzerinden mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde yanıt vererek, geleneksel avukatlardan daha hızlı ve etkili çözümler sağlayabilmektedir. Örneğin, İngiltere merkezli “DoNotPay.com”⁷⁰ adlı internet sitesi, park cezalarına itiraz süreçlerinde hukuki destek sağlamak amacıyla “Dünyanın İlk Robot Avukatı” olarak tanıtılan bir yazılım geliştirmiştir. Bu yazı-

⁷⁰ Do Not Pay adlı web platformu, 100.000’den fazla hız cezasını iptal ederek, Amerikalıların milyonlarca dolar tasarruf etmesine olanak sağlamıştır. DoNotPay’in CEO’su Joshua Browder, 2023 yılında bir park cezası davasında müşterisine kulaklık aracılığıyla yazılım desteği sunacağını ve hâkimin sorularına bu robot avukatın yanıt vereceğini belirtmiştir. Browder, mahkemelerde robot avukat kullanımının teknik olarak yasal olduğunu ifade etmiş ve davanın kaybedilmesi durumunda park cezasının şirket tarafından karşılanacağını açıklamıştır. Avukat Luis Salazar, bu yeni yasal yazılımı kendi yetenekleriyle karşılaştırarak test etmiş ve sonuçların kendisini şaşırttığını ifade etmiştir. Yazılım, yalnızca iki sayfalık basit bir muhtırayı hızla oluşturmakla kalmayıp, aynı zamanda karmaşık bir yasal sorunu analiz ederek insan avukatların hazırladığına benzer sonuçlar üretebilmektedir. **DEMİRKAYA**, Yasin, Yapay Zekâ Destekli “Robot” Avukat, İlk Kez Bir Sanığı Mahkemede Temsil Edecek, <https://turkiye.ai/yapay-zekâ-destekli-robot-avukat-ilk-kez-bir-sanigi-mahkemede-temsil-edecek/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2024).

lının performansı, açılan davalarla test edilmiş ve genellikle doğru yönlendirmeler sağladığı görülmüştür⁷¹. Ayrıca avukatların sıklıkla kullandığı ROSS⁷², Lex-Machina⁷³, Kira Systems⁷⁴ gibi yapay zekâ uygulamaları bulunmaktadır. Ayrıca ülkemizde Ulusal Yargı Ağı Projesi kısaca UYAP⁷⁵ olarak bilinen uygulama dava açılması ve dava sürecinin takibi konusunda avukatlara büyük kolaylık sağlamaktadır.

⁷¹ TELANG, Ashwin, The Promise and Peril of AI Legal Services to Equalize Justice, <https://jolt.law.harvard.edu/digest/the-promise-and-peril-of-ai-legal-services-to-equalize-justice>, (Erişim Tarihi: 22.12.2024).

⁷² ROSS yapay zekâ uygulaması, ABD’de avukatlık sisteminde kullanılan bir teknoloji olarak, sorulan sorulara yanıt verebilmek için kapsamlı araştırmalar yapar. Sistem, kendisine sağlanan veri miktarı azaldıkça bile etkinliğini artırarak daha akıllı hale gelme yeteneğine sahiptir. ROSS, sorgunuzu gönderdiğiniz anda, kendi özel Doğal Dil İşleme algoritmalarını kullanarak kelimeleri analiz eder. Bu algoritmalar, ilgili zaman dilimini ve yargı yetkisini algılar ve sorgunuzu bu belirli yerler ve tarihlerle sınırlamak için otomatik filtreler uygular. ROSS’un, bir avukatın sezgisel olarak fark edemeyeceği kalıpları tespit etme yeteneği, verdiği yanıtlara derinlik katar. ROSS, dava hukukunun bağlamını, sözdizimini ve anlamını tanıyıp anlayabilmek için yasal belgeler üzerinde özel olarak eğitilmiştir. Kelime yerleştirmeleri kullanarak, sadece anahtar kelimeleri değil, aynı zamanda sorgunuzun amacını ve anlamını da duruma uygun şekilde eşleştirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.rossintelligence.com/what-is-ai>, (Erişim Tarihi: 22.12.2024).

⁷³ Lex Machina yapay zekâ uygulaması bir davada neler olduğunu ve kimin kazandığını anlamak için önemli olan dava çözümleri, zamanlama, tazminatlar, bulgular, çözümler ve hareket ölçümleri gibi verileri sunmaktadır. Bu uygulama her yirmi dört saatte bir beş farklı kurumdan verileri toplayarak, bu verileri hukuki açıdan analiz edip sunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://lexmachina.com/about>, (Erişim Tarihi: 22.12.2024).

⁷⁴ Kira Systems kullanıcılarının sıkça yaptığı arama modellerini öğrenerek temel provizyonların alınmasını ve analiz edilmesini otomatikleştiren bir sistemdir. Özellikle sözleşmelerdeki gerekli unsurları otomatik olarak tespit edip, sistemdeki yerleşik hükümlere dayanarak kullanıcıya özel sözleşmeler oluşturur. Kira Systems, bu süreci kolaylaştırarak arama işlemi düzenler ve hangi belgelerin ve maddelerin incelendiğini, tespit edilen sorunları avukatların önüne sunar. Ayrıca, uygulama veri girişlerinin sonuçlarını analiz etme yeteneğine sahiptir. Bu yapay zekâ sistemi, doğruluk ve hız açısından avukatlara %20 ile %90 arasında zaman tasarrufu sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://kirasystems.com/how-kira-works/due-diligence/>, (Erişim Tarihi, 22.12.2024).

⁷⁵ UYAP sistemi, hukuki iş ve işlemleri büyük ölçüde dijital ortama taşımıştır. Bu sistem sayesinde dosyalara elektronik ortamda erişim sağlanabilmekte, elektronik imza ile evrak ve dilekçeler imzalanabilmekte, davalar elektronik olarak açılıp tevzi edilebilmektedir. Ayrıca, avukatların duruşmalara görüntülü olarak çevrim içi katılabilemesi gibi birçok işlem, daha önce fiziksel olarak yapılması gereken süreçlerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesine olanak tanımaktadır.

Son olarak yapay zekânın hukuk biliminde kullanımını Küçük' e göre şu şekilde sıralamak mümkündür⁷⁶:

- Mevzuat, doktrin ya da emsal kararlara yönelik ulusal veya uluslararası kaynaklarda detaylı incelemeler yapılması,
- Sözleşmelerin analiz edilmesi, varsa mevzuata aykırılıkların tespit edilmesi,
- İcra süreçlerin takibi ve dilekçe formatlarının oluşturulması gibi belge otomasyon sistemlerinin yürütülmesi,
- Patent, telif hakları gibi fikri mülkiyet haklarının incelenmesi,
- Vekâlet ücretleri ve yargılama giderlerine ilişkin hesaplamalar yapılması,
- Günlük planlayıcı programlar yardımıyla duruşma günleri ve süreli işlere ilişkin hatırlatmaların yapılması,
- Ayrıntılı ve kapsamı geniş metinlerin özetlenmesi ya da belirli bölümlerin işaretlenmesi ile araştırma süresinin kısaltılması,
- Video veya ses kayıtlarının analiz edilmesiyle olayların çözümüne katkı sağlanması ve imza, yazı ile görsel temaların gerçekliğine dair analizler yapılarak veri oluşturulması,
- Yargısal uyumsuzluklarda tahmin teknolojileri kullanılarak sonuçların öngörülebilirliğinin artırılması.

D. Yapay Zekânın Karar Verme Süreçlerinde Kullanılması

Günümüzde giderek yaygınlaşan bilişim teknolojileri sayesinde yapay zekâ uygulamaları karar verme süreçlerinde kullanılmaya başlamıştır. Yargılamanın temel amacı bir davada adaleti sağlamaktır. Bilişim açısından değerlendirildiğinde, mahkemelerin ve hâkimlerin temel görevi, bilgi işleme süreçlerini yürütmektir. Taraflar, mahkemeye bilgi sunar; bu bilgiler yargılama sürecinde değerlendirilir ve sonuç olarak verilen karar da bir bilgi biçimindedir. Hâkimler, karar alma aşamasında, kanunların yorumlanmasına yönelik yöntemlerden ve mantıksal ilkelerden faydalanır. Hukuk kurallarının sistematik bir şekilde somut olaylara uygulanmasıyla sonuç elde edilir. Bir davada, uygulanacak hukuk kurallarının (büyük önerme) somut olayla (küçük önerme) ilişkilendirilmesi sonucunda karara (sonuç önerme) ulaşılır. Bu bağlamda, adalet alanındaki

⁷⁶ KÜÇÜK MÜCAHİT, Çolpan: "Yapay Zekânın Hukuk Sisteminde Kullanılması", Bilişim Hukuku Dergisi, C.6, 2024, s. 40.

bilgi işleme süreçlerinin yapay zekânın işleyişine uzak veya uyumsuz olduğu söylenemez⁷⁷. Yapay zekâ, hukuki araştırmalar yaparak ve bir karar taslağı oluşturarak hâkime öneriler sunabilir. Hâkim, bu önerileri dikkate alarak kararını verebilir ya da yapay zekânın görüşlerini göz ardı edebilir. Yardımcı yapay zekâ araçlarının, özellikle medeni, ticari ve idari davalarda yargı süreçlerinde kullanılması oldukça yaygındır. Bu araçlar, hukukun uygulanmasında öngörülebilirliği artırmak ve mahkeme kararlarının tutarlılığını sağlamak açısından önemli bir rol oynamaktadır⁷⁸.

Teknoloji, çalışma ve faaliyet gösterme biçimlerimizi dönüştürmeye devam ederken, insan faaliyetlerinin pek çok alanında yeni teknolojilerle desteklenme veya bu teknolojilere devredilme olasılığı giderek artmaktadır. Bu çerçevede, hukuk uygulamaları da teknolojinin etkisiyle değişime uğramakta ve yargılama süreçlerinin yeniden şekillenmesi gündeme gelmektedir. Yapay zekâ, yargısal rolleri destekleme, tamamlama ya da tamamen dönüştürme potansiyeline sahiptir. Bu dönüşüm, yargı süreçlerinde insan katkısını azaltabilir; küçük ölçekli hukuk davalarının yapay zekâ ile çözümlenmesini kolaylaştırabilir ve daha karmaşık davalarda ilgili teknolojilerin daha yaygın ve sistematik bir şekilde kullanılmasına olanak tanıyabilmektedir⁷⁹. Yapay zekâ destekli karar tahmin uygulamalarının kullanımı avantajlarla beraber dezavantajlarda getirecektir.

Mahkeme salonlarında yapay zekâ sistemleri genellikle iki farklı rol üstlenebilir. Birincisi, “*Yapay Zekâ Asistanları*” yargıçların karar alma süreçlerini destekleyerek, yargı kararlarının hazırlanmasına yardımcı olur ve karar tahmininde bulunabilir⁸⁰. Tahmine dayalı yapay zekâ araçları, mahkemede görülen bir davanın başarı ya da başarısızlık ihtimallerini değerlendirmek için öneriler sunmaktadır. Bu olasılıkların tespiti ise doğal dil işleme ile makine öğrenmesi teknikleri kullanılarak gerçekleştirilmektedir⁸¹.

⁷⁷ BİRTANE, s. 249.

⁷⁸ HEİKKİNEN Tiia-Helina, How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lund 2019, s.29.

⁷⁹ SOURDİN, Tania: “Judge v Robot?: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”, The University of New South Wales Law Journal, C.41, 2018, s.1114.

⁸⁰ ULENEARS, s.8.

⁸¹ ERDOĞAN, Gökhan: “Yapay Zekâ Hukukuna Genel Bir Bakış”, Adalet Dergisi, C.66, 2021, s.131.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, mahkeme prosedürlerinden önce elektronik bilgilerin incelenmesi için kullanılan bir yöntem olan "eDiscovery" yapay zekâ asistanlarından biri olarak kullanılmaktadır. Bu yöntem, büyük miktardaki veriden ilgili bilgileri çıkarmak amacıyla en uygun algoritmayı belirlemek için makine öğrenimi tabanlı yapay zekâdan faydalanır. Süreçte, taraflar belirli arama terimleri ve kodlama yöntemleri üzerinde uzlaşır. Bu uzlaşma, hâkim tarafından gözden geçirilerek onaylanır. Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri, bu yöntemi belgelerin incelenmesi için kabul edilmiş bir standart olarak tanımaktadır⁸².

Kanada'nın British Columbia bölgesinde faaliyet gösteren Sivil Çözüm Mahkemesi (Civil Resolution Tribunal), bu işlevin etkili bir şekilde kullanıldığı başarılı bir örnektir. CRT, başlangıçta toplu konutlarla ilgili anlaşmazlıkları çözmek amacıyla kurulmuştur. Mahkeme, bu alandaki başarısını kanıtladıktan sonra, yetki alanı genişletilmiş ve Nisan 2019 itibarıyla trafik kazalarından kaynaklanan kişisel yaralanmalar da kapsamına alınmıştır. CRT, Çözüm Keşfi adını taşıyan ve 7/24 erişilebilen bir hizmet sunmaktadır. Bu hizmet, kullanıcılarına ücretsiz hukuki bilgiler, hesaplama araçları, yönlendirmeli çözümler, etkileşimli soru-cevaplar ve uyumsuzluk çözüm yolları gibi çeşitli imkânlar sağlamaktadır. Sistemin altyapısında, her üç ayda bir güncellenen ve kullanıcı geri bildirimleri ile analitik veriler temel alınarak insan uzmanlar tarafından geliştirilen özel bir uzman sistemi bulunmaktadır. Ancak bu sistem, henüz "tam anlamıyla" yapay zekâ olarak kabul edilemez⁸³.

İkincisi ise, "Robot Yargıçlar" tamamen otomatik mahkeme süreçlerinde insan yargıçların yerini alarak davaları bağımsız bir şekilde sonuçlandırabilir. Robot yargıçlar; yargı görevlerine katkıda bulunmayı amaçlayan yapay zekâ alanındaki çeşitli gelişmeleri ifade etmektedir. Literatürde bu konu üzerinde yapılan tartışmalara göre, robot yargıçlar bir davada hukuki ve yargı süreçlerinde teknolojiyi kullanarak mahkeme karar alma süreçlerinde önemli roller üstlenmektedir⁸⁴. Robot yargıç, birinci derece mahkemesi hâkimi gibi görev yapar ve verdiği kararlar itiraz veya

⁸² REİLİNG, Dory A.: "Courts and Artificial Intelligence", International Journal for Court Administration, C.11, 2020, s.3-4.

⁸³ BRITISH COLOMBIA CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL, The Civil Resolution Tribunal, <https://civilresolutionbc.ca>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

⁸⁴ SOURDİN, Tania/ CORNERS, Richard, Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging, SOURDİN Tania/ ZARİSKİ Archie (Editörler), The Responsive Judge: International Perspectives, New York 2018, s. 89.

teymiz yoluyla denetlenebilir. Başka bir ifadeyle, taraflar önce uyuşmazlığı robot yargıcın önüne getirir ve ardından gerçek hâkimlere itiraz etme hakkına sahiptir. Ancak, ilgili hukuk sisteminin tercihinine bağlı olarak - mevcut uygulamalarda olduğu gibi- bazı kararların verildiği anda kesinleşmesi de mümkündür⁸⁵. Yine burada karşımıza çıkabilecek bir başka sorun da, yapay zekâ teknolojisinin diğer bilgisayar teknolojileri gibi sürekli olarak gelişmesi beklendiğinden, robot yargıçları düzenli aralıklarla değiştirmeyi düşünebileceğimizdir. Örneğin, bilgisayarlarımızı genellikle üç yılda bir yenileriz ve Microsoft da yaklaşık her üç yılda bir yeni bir Windows sürümü piyasaya sürer. Benzer şekilde, robot yargıçları da her üç yılda bir güncellemek isteyebiliriz⁸⁶.

2017 yılında Çin'in Hangzhou kentinde açılan ilk akıllı mahkemede; yapay zekâ destekli robot yargıçlar göreve başladı. Farklı görev ve işlevlere sahip robot yargıçlar, hukuki sürecin değişik aşamalarında kullanılmaktadır. Yapay zekâ tabanlı sohbet botları ise dava süreçleriyle ilgili soruları yanıtlamakta trafik kazaları ve ceza davaları gibi konularda hukuki danışmanlık sağlıyor ve kullanıcıları yasal belgelere göre dosya doldurma konusunda yönlendirme yapabilmektedir⁸⁷. Çin'de kullanılan robot yargıçlar ve akıllı mahkemeler aracılığıyla alınan 20.000 kararda kararların verilme süresi, geleneksel mahkemelere göre %65 daha hızlı tamamlanmıştır. Robot yargıçların verdiği kararlar insan hâkimler tarafından teymiz edilmektedir. Ancak 2021 yılına kadar bu kararların %98'i teymiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bu durum, robot yargıçların verdiği kararların vatandaşlar tarafından büyük ölçüde kabul gördüğünü ve adil bir şekilde alındığını göstermektedir⁸⁸. Çin'de uygulanan bu akıllı mahkemeler ayrıca, çevrimiçi alışveriş platformlarından kaynaklanan ürün ve ücret anlaşmazlıkları, alan adı sahipliğiyle ilgili uyuşmazlıklar, internet hizmet sözleşmelerine dayalı sorunlar, çevrimiçi telif hakkı ihlalleri ve bankaların dijital ortamda sunduğu kredilerden doğan anlaşmazlıklar

⁸⁵ **YILMAZ**, Oğuz Gökhan: "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesi Giyebilecek Mi?", *Adalet Dergisi*, C.66, 2021, s.406.

⁸⁶ **VOLOKH** Eugene: "Chief Justice Robots", *Duke Law Journal*, C.68, 2019, s. 1187-1188.

⁸⁷ **WANG**, Nyu, Black Box Justice: Robot Judges and AI-based Judgment Processes in China's Court System, https://www.researchgate.net/publication/352810080_Black_Box_Justice_Robot_Judges_and_AI-based_Judgment_Processes_in_China%27s_Court_System, (Erişim Tarihi.30.12.2024).

⁸⁸ **SHĪ**, Changqing/**SOURDĪN**, Tania/**LĪ**, Bin: "The Smart Court – A New Pathway to Justice in China?", *International Journal for Court Administration*, C.12, 2021,s.11.

gibi davalara bakmaktadır. Davanın açılmasının ardından ilk olarak bir arabuluculuk süreci başlatılmaktadır. Bu süreç, genellikle 15 gün sürmekte olup, taraflar arasında bir uzlaşma sağlanamazsa dava, hâkim tarafından incelenmek üzere mahkemeye taşınmaktadır⁸⁹. Ek olarak Çin'de mahkemeler, blokzincir teknolojisiyle entegre edilen sistemler sayesinde delillerin elektronik ortamda işlenmesini ve uyuşmazlıkların çözümünü sağlamaktadır. 2019 yılında Çin Yüksek Mahkemesi, yayımladığı bir raporda yapay zekâ destekli araçlarla elde edilen delillerin mahkemelerde kabul edileceğini duyurmuştur. Raporda ayrıca, büyük veri analitiği, blokzincir uygulamaları, ses tanıma teknolojileri, otomatik belge hazırlama araçları, dijital delil sistemleri ve yapay zekâ destekli dava yönetim araçlarının yasal delil oluşturma sürecine katkı sağladığı ifade edilmiştir⁹⁰.

Çin'e benzer şekilde Estonya'da hayata geçirilen bir pilot proje kapsamında, değeri yedi bin Euro'nun altında olan sözleşme uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla yapay zekâ destekli bir uygulama geliştirilmiştir. Bu projenin temel hedefi, yargı süreçlerinde yapay zekâ sistemlerini kullanarak mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır. Taraflar gerekli belgeleri çevrimiçi olarak sisteme yüklemekte, yapay zekâ bu uyuşmazlıkları değerlendirmekte ve karar vermektedir. Ayrıca taraflara, yapay zekâ tarafından verilen kararlara itiraz etme ve bu itirazlarını hâkim önüne taşıma hakkı tanınmıştır. Estonya Ulusal Yapay Zekâ Strateji Belgesi'nde, yapay zekânın hukuk sistemine entegrasyonu için köklü bir değişiklik yapılmasının gerekli olmadığı, ancak mevzuat düzenlemeleriyle uyumlaştırma çalışmalarının yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir⁹¹.

Yapay zekânın karar verme süreçlerinde kullanılmasının en önemli hedeflerinden biri, benzer davalarda tutarlı ve eşit kararlar alınmasını sağlamaktır. Aynı koşullardaki bireylerin, hâkimlerin kişisel eğilimlerinden dolayı farklı cezalara çarptırılması ya da birinin davayı kazanırken diğerinin kaybetmesi gibi durumlar, geçmişte sıkça karşılaşılan sorunlar-

⁸⁹ ZHAO, Yun: "Internet Courts in China", Asian-mena Counsel: Dispute Resolution Special Report 2019, C.16, 2019, s. 32-33

⁹⁰ BİLGİN, Hikmet: "Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, 2022, s. 416.

⁹¹ KERIKMAE, Tanel/ LEE Evelin Pam, Legal Dilemmas of Estonian Artificial Intelligence Strategy: In Between of E-Society and Global Race, <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-020-01009-8>, (Erişim Tarihi:31.12.2024).

dandı. Bu tür çelişkilerin yalnızca üst mahkemeler tarafından düzeltilmesini beklemek ise hem zaman alıcı hem de oldukça yıpratıcı bir süreç olarak görülmekteydi⁹².

Örneğin; Bir grup Amerikalı akademisyen, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the United States)' deki davaların sonuçlarını tahmin etmek için bir makine öğrenimi uygulaması geliştirmiştir. Bu uygulama, davaların sonuçlarını %70,2 oranında doğru tahmin edebilmekte ve bireysel yargıçların oy verme eğilimlerini %71,9 doğrulukla öngörebilmektedir. Tahminlerde, dava hakkındaki bilgilerin yanı sıra hâkimlerin siyasi eğilimleri ve önceki oy verme davranışları gibi veriler kullanılmaktadır⁹³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarını tahmin edebildiği iddia edilen bir diğer önemli uygulama, doğal dil işleme ve makine öğrenimi tekniklerini kullanarak belirli bir durumda AİHM'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) bir maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verip vermeyeceğini tahmin etmeye çalışmaktadır. Bu araç, geçmişteki davalardan elde edilen verilerle çalışarak %79 doğruluk oranı iddia etmektedir. İşlenen veriler, önceden birçok karmaşıklık azaltma aşamasından geçirilmiş olan verilerdir⁹⁴. AİHM davalarının çoğu, mahkeme kâtipliği, Komisyon veya birden fazla yargıçtan oluşan daireler tarafından ele alınmaktadır. Araştırmacılar (Aletras ve ekibi), yalnızca AİHM'nin çevrimiçi veri tabanı olan HUDOC'tan alınan kararları kullanmışlardır⁹⁵. Ancak, kabul edilemez başvurulardan kaynaklanan davalar bu veri tabanında yer almadığı için, bu tür davalar araştırma da yer almamıştır. Önemli bir diğer nokta ise, mahkeme kararlarının genellikle gerekçelendirme amacıyla yazılmış olmasıdır. Aletras ve ekibi, elde ettikleri sonuçların, mahkeme tarafından sunulan dava gerçeklerinin davanın sonucunu belirlemede en güçlü gösterge olduğunu ortaya koyduğunu

⁹² ÇINAR BORA, Sevda: "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, C. 20, 2022, s.2114.

⁹³ KATZ, Daniel Martin/ BOMMARITIO, Michael James/ BLACKMAN, Josh, A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States, <https://ssrn.com/abstract=2463244>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

⁹⁴ ALETRAS, Nikolaos/TSARAPATSANIS Dimitrios/PIETRO, Daniel Preotiuc/ LAMPOS, Vasileios: "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective", PeerJ Computer Science ,C. 2, 2016, s. 17.

⁹⁵ ALETRAS, s. 2.

belirtmektedir. Bu araç, metin belgelerinde desenleri tanıma yeteneği sayesinde, bir kararın nasıl sonuçlanabileceğini hızla belirleyebileceğinden, yargıçlar için faydalı bir destek aracı olarak öne çıkmaktadır⁹⁶.

Yapay zekânın karar verme süreçlerinde kullanılması ile ilgisi Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkeme kararlarını analiz ederek çıkarımlar yapan uygulamalar da bulunmaktadır. Mumcuoğlu vd. 2021 yılında hazırlamış oldukları yapay zekâ destekli uygulama ile makine öğrenmesi ve doğal dil işleme yöntemleri kullanılarak yaklaşık %97 oranında doğruluk veren karar tahmin sistemleri bulunmaktadır⁹⁷. Ayrıca Yargıtay veri tabanından alınan mobbing kararları etiketlenerek ve makine öğrenmesi teknikleri kullanılarak hazırlanan başarılı uygulamalarda bulunmaktadır⁹⁸. Ayrıca Görentaş vd.'nin Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının analiz edildiği çalışmada, 6020 adet sisteme yüklenen mahkeme dosyasının "adli" ya da "idari" yargı organlarından hangisine ait olduğu yüksek doğrulukla tahmin ettiği görülmüş ve karar tahminlerinde %87 doğruluk oranına ulaşılmıştır⁹⁹.

Yapay zekânın hukuk uygulamalarındaki önemli bir boyutu, karar verme süreçlerinin yönetiminde kullanılmasıdır. Bu durum genellikle yapay zekâ teknolojisine dayalı sistemler kullanılarak hukuki kararlar alınmasını içerir. Örneğin, ceza davalarında hâkimlerin sanıkların serbest bırakılması ya da cezalandırılması gibi kararlarında yapay zekâ destekli araçlardan faydalandığı görülmektedir. Bir hâkim, sanığın duruşma öncesinde serbest bırakılıp bırakılmayacağına karar verirken, genellikle sanığın kaçma ihtimali veya yeniden suç işleme riski gibi faktörleri değerlendirmek zorundadır¹⁰⁰. Günümüzde, bu değerlendirmelerde hâkimler sa-

⁹⁶ Institute for Crime and Justice Policy Research World Prison Brief, <https://www.prisonstudies.org/about-us>, (Erişim Tarihi:26.12.2024).

⁹⁷ MUMCUOĞLU, Erhan/ ÖZTÜRK, Ceyhun/ ÖZAKTAŞ, Haldun/ KOÇ, Aykut, "Natural Language Processing in Law: Prediction of Outcomes in the Higher courts of Turkey", Information Processing and Management, C.58, 2021, s. 16.

⁹⁸ AYDIN, Özlem, Mobbing İçerikli Yargı Kararlarının Makine Öğrenmesi Algoritmaları ile Sınıflandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Balıkesir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Balıkesir 2020, s. 78.

⁹⁹ GÖRENTAŞ, Muhammed Burak/ UÇKAN, Taner/ ARLI BAYRAM, Nuran: "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Makine Öğrenmesi Yöntemleri ile Sınıflandırılması", Yüzüncü Yıl Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C.28, 2023, s. 947.

¹⁰⁰ KEHL Danielle/ PRİSCİLLA Guo/KESSLER, Samuel, Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. Responsive

nığın yeniden suç işleme riskini bir puanlama sistemiyle analiz eden yapay zekâ tabanlı yazılımları giderek daha fazla kullanmaktadır. Bu sistemler, geçmiş suç kayıtlarını¹⁰¹ analiz eden makine öğrenimi algoritmalarını kullanarak, sanık hakkında tahminlerde bulunur. Hâkimler, bu otomatik risk değerlendirme sonuçlarıyla doğrudan bağlı olmasalar da, bu sonuçlar genellikle karar alma süreçlerinde etkili bir rol oynamaktadır¹⁰².

Suçluların tekrar suç işleme olasılıklarını tahmin etmek, ABD'deki bir başka yapay zekâ kullanım örneğidir. "Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions" (COMPAS) adı verilen bu araç, bazı eyaletlerde ABD ceza yargıçları tarafından, sanıkların veya mahkûm olmuş kişilerin suç işleme riski değerlendirilirken, tutukluluk kararı, ceza verme veya erken tahliye kararlarında kullanılmaktadır¹⁰³. COMPAS gibi araçların kullanımını savunanlar, bu araçların suç işleme riskini daha objektif bir şekilde değerlendirdiği için tutukluluk oranlarını azalttığını belirtmektedir. COMPAS, suçlu sicilinden ve "Aç olan birisinin hırsızlık yapmasına izin verilir mi?" gibi sorular bulunan 137 sorudan oluşan bir anketten elde edilen verileri kullanır. Ancak, bu yazılımın bazı eksiklikleri vardır. Geçmiş verilerini kullanarak, Afrikalı Amerikalı sanıklar

Communities Initiative, <https://dash.harvard.edu/handle/1/33746041>, (Erişim Tarihi:23.12.2024).

¹⁰¹ Örneğin yapay zekâyâ suçlunun geçmişte benzer bir sabıkası var mı ve varsa kaç adet olduğu ile ilgili algoritmalar girilebilir. Geçmiş sabıkalar, yapay zekâ destekli ceza tayininin avantajlarını ve sınırlamalarını ortaya koymaktadır. Suçlunun sabıka kaydı mekanik bir hesaplama ile değerlendirilebilir, ancak yapay zekâ, önceki suçlara yalnızca genel bir ağırlık atayabilir. Örneğin, adam öldürme suçunda daha önceki bir soygun sabıkası ne kadar etkili olmalıdır? İki suçlunun aynı saldırı sabıkasına sahip olduğunu varsayarsak, biri iki yıl önce, diğeri on yıl önce gerçekleşmişse, mahkeme eski sabıkayı ne ölçüde dikkate almalıdır? Yapay zekâ, her bir önceki suç için bir ağırlık artışı belirleyebilir ve bu artış zamanla azalabilir. Ancak bu süreçte insan hâkime ihtiyaç duyulacaktır. Mesela, yapay zekâ, suçlunun aynı suçtan ciddi bir sabıkası varsa, belirli bir ceza artışı önerisinde bulunabilir. Ancak hukuki açıdan önemli detaylar, yapay zekâ tarafından gözden kaçabilir. Önceki suç, suçlunun yaşamında mevcut suç sırasında yeniden ortaya çıkan belirli bir durumdan kaynaklanmışsa, insan hâkim, bu sabıkayı göz ardı etmeyi veya tamamen dikkate almamayı tercih edebilir. ROBERTS, Julian V./SCHWARZE, Mathis, Reconciling Artificial and Human Intelligence: Supplementing Not Supplanting the Sentencing Judge, RYBERG, Jesper/ ROBERTS, Julian V.(Editörler), Sentencing and Artificial Intelligence. New York 2021, s.5

¹⁰² SURDEN, s.1332.

¹⁰³ LOUDERMILK, Bhatia,Paloma, Artificial Intelligence and Recidivism: The Use of Risk Assessment as Prediction Instruments in Criminal Sentencings. <https://knowledge.uchicago.edu/record/12260?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 03.01.2025).

arasında suç işleme riskini, beyaz Amerikalılara kıyasla sistematik olarak fazla tahmin etmektedir¹⁰⁴

Yapay zekânın sunduğu fırsatlar zamansal olarak uyumsuzluğun ortaya çıkmasından sonraki süreçle sınırlı değildir. Yapay zekânın doğru ve etkili kullanılmasıyla birlikte geçmişte meydana gelen uyumsuzlukların ve çözüm şekilleri verilerinin işlenerek önleyici hukuk hizmetinin de yaygınlaşması mümkün olabilecektir¹⁰⁵.

Adalet, temelde insan odaklı bir çabadır. Mahkemelerde yapay zekâ destekli hukuk teknolojilerinin kullanımı, bireylerin makine kararlarını insan hâkimlerin kararlarına kıyasla daha az adil olarak algılaması durumunda adalet algısını zayıflatabilir¹⁰⁶. Yapılan ampirik araştırmalar, bu kaygıların haklı olabileceğini göstermektedir. Örneğin, yakın zamanda gerçekleştirilen bir araştırma, özellikle duygusal açıdan karmaşık davalarda, mahkeme kullanıcılarının insan hâkimlere daha fazla güven duyduğunu ortaya koymuştur¹⁰⁷. Ancak oldukça tartışmalı bir konu olan hâkim tarafsızlığında durum tam tersinedir. Literatürde bazı yazarlar, sanıkların insan hâkimlerin tarafsızlığı konusunda şüphe duyabildiğini ve bunun uygulamada sıkça rastlanan bir durum olduğunu belirtmektedir. Ancak yapay zekâ tarafından gerçekleştirilen bir yargılamada, sanığın bu tür bir tarafsızlık kaygısı yaşamayabileceği öne sürülmektedir. Bu durum, yargılama sürecinin meşruiyetini artırma potansiyeline sahiptir¹⁰⁸.

Sanal yargıcın en önemli avantajlarından biri, önyargıdan arınmış olmasıdır. Ancak, programcılar bilinçli olarak herhangi bir önyargı yerleştirmese bile, sanal yargıç zamanla kendi önyargılarını geliştirebilir. Yapay zekâ yazılımlarının, geliştiricilerin öngöremediği belirli davranış kalıpları oluşturduğu bilinmektedir. Örneğin, geçmişte yalan söylediği tes-

¹⁰⁴ BRENNAN, s. 28.

¹⁰⁵ MIDİK, Barış: Yapay Zekânın Uyuşmazlık Çözümünde Kullanılması: Genel Bir Giriş, KAYA Serkan (Editör), Gelişen Teknolojilerin Medeni Usul Hukukuna Etkileri, 1. Baskı, Ankara 2023, s.184.

¹⁰⁶ MARTINHO, Andreia: "Surveying Judges About Artificial Intelligence: Profession, Judicial Adjudication, and Legal Principles", AI & SOCIETY, 2024, s. 3.

¹⁰⁷ YALÇIN, Gizem/THEMELLİ, Erlis/ STAMHUİS, Evert/PHİLİPSEN, Stefan/PUNTONİ, Stefano: "Perceptions of Justice By Algorithms", Artif Intell Law, C.31, 2023, s.291.

¹⁰⁸ ŞENSOY, Piralı Çağrı: "Hukuk Felsefesinin Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?", Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, 2024, s. 118.

pit edilen tanıkların ifadelerini değerlendirirken, benzer koşullarda benzer ifadeler veren tanıklara güvenip güvenmeme konusunda bir öğrenme süreci geliştirebilir. Bu durum, sanal yargıcın belirli genellemeler yapmasına yol açarak, tanığın cinsiyeti, etnik kökeni, ses tonu veya aksanı gibi unsurlara dayalı çıkarımlarda bulunmasına neden olabilir¹⁰⁹

Yapay zekâ hâkimin bir karar alabilmesi için çözülmesi gereken iki temel zorluk vardır. İlk olarak, etik ve ahlaki kararlar vermek amacıyla yasaların, kuralların, ilkelerin veya prosedürlerin uygulanmasına olanak tanıyan bir hesaplama yöntemi geliştirmek oldukça karmaşıktır. İkinci olarak, etik açıdan kritik bir durumu tanımlama, önemli bilgileri önemsizlerden ayırma ve mevcut bilgilerin yeterliliğini değerlendirme gibi bir dizi başka zorluk da bulunmaktadır¹¹⁰. Teknolojinin mahkeme kararlarına etkisi ve yargı bağımsızlığının kaybına dair oluşan algılar, bu alanda hukuka yönelik etik ilkelerin oluşturulmasının gerekliliğini vurgulamaktadır. “Yapay Zekâ Hâkim” adalet sisteminin sınırlarında gelişmeye devam ettikçe, bu teknolojiye ilişkin etik rehberlik ihtiyacı daha da belirginleşmektedir¹¹¹.

SONUÇ

İnsan zekâsı gerektiren görevleri otomatikleştiren bir teknoloji olan yapay zekâ; satranç oynamak, dil çevirisi yapmak ve araç kullanmak gibi insanların yapabileceği oldukça karmaşık görevleri başarılı bir şekilde yerine girmiştir. Ancak mevcut yapay zekâ teknolojisinin önemli sınırlamaları bulunmaktadır. Örneğin, soyut kavramları ele alma, yorum yapma, bir alandaki bilgiyi başka bir alana aktarma ve tamamen yapılandırılmamış veya belirsiz görevlerle başa çıkma konularında yeterince başarılı olmadığı gözlemlenmiştir.

Yapay zekâ teknolojilerinin mahkeme salonlarındaki temel amacı bu teknoloji hem bireylerin hem de hâkimlerin bilgileri organize etmelerine yardımcı olmaktadır. Hukuki veri tabanı genişledikçe, yapay zekâ sistemleri çeşitli konularda rehberlik sağlayabilmektedir. Hâkimlerin bu teknolojiyi etkili bir şekilde kullanabilmeleri için yapay zekânın işleyişini

¹⁰⁹ GÖRENTAŞ, Burak: Sanal Yargıç, 1. Baskı, İstanbul 2024, s. 36.

¹¹⁰ PASTUKHOVA, Alina, Artificial Intelligence as a Judge: Can We Rely on a Machine?, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ghent University Faculty of Law-International Relations Office Universiteitstraat, Gent Belgium, 2017, s.34.

¹¹¹ KHAN, Muhammad Rafi, Judging the Artificial Judge, <https://ssrn.com/abstract=4805942>, (Erişim Tarihi:25.12.2024).

tam olarak anlamaları gerekmektedir. Mahkemelerin ise bilgilerini dijitalleştirerek yapay zekâ sistemlerine entegre hale getirmeleri ve bu bilgileri hukuki yorumlarla desteklemeleri önem taşımaktadır. Ayrıca, mahkemeler kullandıkları sistemleri sürekli olarak güncellemeli ve gerektiğinde yapay zekâ destekli sistemler geliştirmelidir.

Günümüzde, yargılamanın belirli aşamalarda kullanılan hâkimlere yardımcı yapay zekâ asistanları ve robot yargıçlar gibi sistemleri bulunmaktadır. Hızla gelişen yapay zekâ teknolojisi bu sistemlerin farklı ülkelerdeki hukuk sistemlerine giderek daha fazla entegre edileceğini göstermektedir. Buna rağmen, yapay zekâ hâkim ile insan hâkim arasındaki farklar oldukça keskindir. Özellikle aile ve ceza hukukuyla ilgili davalarda insana özgü duyarlılık ve kişisel değerlendirme büyük önem taşımaktadır. Yapay zekânın karar verme sürecinde kullanılmasında karşılaştığımız bir başka sorun da yapay zekâ hâkimin etik temellerini oluşturmaktır. Bu konuda Avrupa Komisyonu'nun 2021 yılında hazırladığı "AB Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Yönergesi" yapay zekânın etik ilkeleri oluşturması için oldukça önemli bir çalışmadır. Ancak yapay zekâ için geliştirilen etik ilkeler faydalı olabilir; ancak bu ilkelerin hâkimlik gibi sorumluluk gerektiren rollere uygulanması oldukça zorludur.

Mevcut yargı uygulamaları dikkate alındığında, gelecekte hâkimlerin yapay zekâ ile yer değiştirmesinin kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir. Ancak, şu anki durumda yargısal yapay zekânın uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Bu bağlamda, yargısal yapay zekâ şu an için yalnızca hukuk uzmanlarına yardımcı olmakta ve yargıcın karar alma sürecini desteklemektedir. Dolayısıyla, yapay zekânın tam anlamıyla bir hâkimin yerini alması mümkün değildir. Çalışma verimliliğini artırma açısından, yapay zekâ daha çok teknik ve destekleyici görevlerde kullanılabilir. Ayrıca, yargısal yapay zekâ, olgunlaşmış genel teknolojiler (örneğin yüz tanıma, ses tanıma gibi) ve yüksek teknik gereksinimlere sahip olmayan alanlarda başarılı bir şekilde uygulanmaktadır. Özetle yapay zekânın karar destek sürecinde kullanılmasında tamamen hâkimin yerine alacak robot yargıçlar mümkün olmamakla beraber hâkimlerin işini kolaylaştıran bir yardımcı destek hizmeti olarak kullanılması öngörülmektedir. Ancak yapay zekâ birçok verinin girildiği bir veri topluluğu olduğu için hâkime en etkili ve doğru bir biçimde yardımcı olabilmesi için doğru bir biçimde eğitilmesi oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: “Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, 2023, s. 267-319.
- AKKURT**, Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi”, C. 13, 2019, s. 39-59.
- ALETRAS**, Nikolaos/**TSARAPATSANİS** Dimitrios/**PIETRO**, Daniel Preoțiuç,/ **LAMPOS**, Vasileios: “Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective”, PeerJ Computer Science, C. 2, 2016, s. 1-19.
- ALPAYDIN**, Ethem: Machine Learning: The New AI, 1.Baskı, Cambridge 2016.
- ANANTHASWAMY**, Anil: “From Counting with Stones to Artificial Intelligence: The Story of Calculus”, Nature, C.568, 2019, s. 32-33.
- ASİMOV**, Isaac: Ben Robot, 3.Baskı, İstanbul 2019.
- AYDIN**, Özlem Mobbing İçerikli Yargı Kararlarının Makine Öğrenmesi Algoritmaları ile Sınıflandırılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Balıkesir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Balıkesir 2020.
- BARRAT**, James: Our Final Invention: Artificial Intelligence and The End of the Human Era, 2. Baskı, New York 2015.
- BİLGİN**, Hikmet: “Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, 2022, s. 405-419.
- BİRTANE**, Şermin: “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 15, 2024, s. 233-272.
- BOBROW**, Daniel G.: “Artificial Intelligence and Robotics”, Artificial Intelligence, C. 26, 1985, s. 79-121.
- BODEN**, A.Margaret: Artificial Intelligence: A Very Short Introduction, 1.Baskı, New York 2018.
- BOZKURT**, Armağan/**YÜKSEL**, Ebru: “Robot Hukuku”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.7, 2018, s. 85-112.
- BRENNAN**, Tim/**DIETERİCH**, William/**EHRET**, Beate : “Evaluating the Predictive Validity of the Compas Risk and Needs Assessment System” Criminal Justice and Behavior, C.36, 2009, s. 21–40.

- BRITISH COLOMBIA CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL**, The Civil Resolution Tribunal, <https://civilresolutionbc.ca>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).
- CAICT**, China Academy of Information and Communications Technology China AI Development Report 2018, <https://www.scribd.com/document/442369539/China-AI-development-report-2018>, (Erişim Tarihi: 11.12.2024).
- CENTRE for PUBLIC IMPACT**, Destination Unknown: Exploring the Impact of Artificial Intelligence on Government, <https://www.centreforpublicimpact.org/ai-government-working-paper/>, (Erişim Tarihi: 12.12.2024).
- CHOPRA**, Abhimanyu/**PRASHAR**, Abhinav/**SAİN** Chandresh: "Natural Language Processing", International Journal of Technology Enhancements and Emerging Engineering Research, C.1, 2013, s.131-134.
- ÇAĞLAR**, Ersoy: Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- ÇETİN**, Elmas: Yapay Zekâ Uygulamaları, 3.Baskı, Ankara 2016.
- ÇINAR BORA**, Sevda: "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, C. 20, 2022, s.2089-2130.
- DEMİRKAYA**, Yasin, Yapay Zekâ Destekli "Robot" Avukat, İlk Kez Bir Sanığı Mahkemede Temsil Edecek, <https://turkiye.ai/yapay-zekâ-destekli-robot-avukat-ilk-kez-bir-sanigi-mahkemede-temsil-edecek/>, (Erişim Tarihi:21.12.2024).
- DOĞAÇ**, Asuman: "Uzman Sistemler", Elektrik Mühendisliği, C.35, 1990, s. 87-91.
- DONGARE**, Ambadas/**KHARDE** Rajendra/**KACHARE**: "Introduction to Artificial Neural Network", International Journal of Engineering and Innovative Technology, C.2, 2012, s. 189-194.
- ELIOT**, Lance: Decisive Essays on AI and Law, 1.Baskı, San Francisco 2020.
- ERDOĞAN**, Gökhan: "Yapay Zekâ Hukukuna Genel Bir Bakış", Adalet Dergisi, C.66, 2021, s.117-192.
- ERSOY**, Çağlar: Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- EU**, Artificial Intelligence Act, Article 3: Definitions, <https://artificialintelligence.eu/ticle/3/#:~:text=An%20AI%20stem%20is%20a,that%20uses%20an%20AI%20system>. (Erişim Tarihi: 11.12.2024).
- FANNİ**, Salvatore Claudio/**FEBİ**, Maria/**AGHAKHANYAN**, Gayane/**NERİ**, Emanuele: Natural Language Processing, KLONTZAS,

Michail E., FANNİ, Salvatore Claudio, NERİ Emanuele (Editörler), Introduction to Artificial Intelligence, 1. Baskı, New York 2023, s. 87-99.

FRANKLIN, Stan: History, Motivations, and Core Themes ,Frankish, Keith / Ramsey, William (Editörler), The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, 5. Baskı, Cambridge 2014, s.15-33.

GÖRENTAŞ, Muhammed Burak/**ÇİFTÇİ**, Hamza: “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası Çerçevesinde Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımının Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, C.89, 2024, s. 177-203.

GÖRENTAŞ, Muhammed Burak/**UÇKAN**, Taner/ **ARLI BAYRAM**, Nuran: “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Makine Öğrenmesi Yöntemleri ile Sınıflandırılması”, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C.28, 2023, s.947-961.

GÖRENTAŞ, Burak: Sanal Yargıç, 1. Baskı, İstanbul 2024.

GREELY, Henry T.: “Neuroscience, Artificial Intelligence, CRISPR and Dogs and Cats”, U.C. Davis Law Review, C.51, 2018, s. 2303-2329.

HADDADİN Sami/ **KNOBBE** Dennis: Robotics and Artificial Intelligence the Present and Future Visions, Ebers, Martin /Navas, Susana (Editörler), Algorithms and Law, Cambridge 2020.

HEİKKİNEN Tiia-Helina, How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lund 2019.

HUMBE Anad B./ **DESHMUKH**, Prajwal/ **KADAM** Mukend: “The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications”, International Journal of Research in Engineering & Technology, C.2, 2018, s. 113-118.

Institute for Crime and Justice Policy Research World Prison Brief, <https://www.prisonstudies.org/about-us>, (Erişim Tarihi: 26.12.2024).

JACOBS, Gordon L.: “Legal Techonology: Present and Future Trends”, Legal Economics, C. 13, 1987, s. 29-37.

KATZ, Daniel Martin/**BOMMARİTİO**, Michael James/**BLACKMAN**, Josh, A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States,<https://ssrn.com/abstract=2463244>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

- KAYA**, İslam Safa /**KARABAY**, Huzeyfe: “Uluslararası Yaklaşımla Yapay Zekâ ve Yapay Zekâ Marifetiyle Delillere Erişim”, Kırkkale Hukuk Mecmuası, C.4, 2024, s. 739-760.
- KAYIRAN**, Hüseyin Fırat: “Yapay Zekâ ve Yapay Zekânın Hukuki Sorumluluğu”, Türk Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C.1, 2020, s. 56-74.
- KEHL** Danielle/**PRİSCİLLA** Guo/**KESSLER**, Samuel Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing, Responsive Communities Initiative, <https://dash.harvard.edu/handle/1/33746041>, (Erişim Tarihi:23.12.2024).
- KERİKMAE**, Tanel/ **LEE** Evelin Pam, Legal Dilemmas of Estonian Artificial Intelligence Strategy: In Between of E-Society and Global Race, <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-020-01009-8>, (Erişim Tarihi:31.12.2024).
- KHAN**, Muhammad Rafi, Judging the Artificial Judge, <https://ssrn.com/abstract=4805942>, (Erişim Tarihi:25.12.2024).
- KOK**, Joost N./**BOERS** Egbert/**KOSTERS**, Walter/**PUTTEN**, Peter: “Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases”, Artificial Intelligence, C.1, 2009, s. 270-299.
- KOTİL ÖĞRETMEN**, Zeynep: Hukukta Yapay Zekâ Uygulamaları, İstanbul 2022.
- KÜÇÜK MÜCAHİT**, Çolpan: “Yapay Zekânın Hukuk Sisteminde Kullanılması”, Bilişim Hukuku Dergisi, C.6, 2024, s. 26-79.
- KÜÇÜK**, Doğan/**ARICI**, Nursal: “Doğal Dil İşlemede Derin Öğrenme Uygulamaları Üzerine Bir Literatür Çalışması”, Uluslararası Bilişim Yönetim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi, C.2, 2018, s. 76-86.
- LOUDERMILK**, Bhatia Paloma, Artificial Intelligence and Recidivism: The Use of Risk Assessment as Prediction Instruments in Criminal Sentencings. <https://knowledge.uchicago.edu/record/12260?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 03.01.2025).
- MAH**, Pascal Muam/**SKALNA**, Iwona/**MUZAM**, John: “Natural Language Processing and Artificial Intelligence for Enterprise Management in the Era of Industry 4.0”, Aplied Sciens, C.12, 2022, s. 1-26.
- MARGİT**, Sutrop : “Should We Trust Artificial Intelligence?”, Trames: A Journal of the Humanities & Social Sciences, C. 23, 2019, s. 499-522.

- MARTINHO**, Andreia: “Surveying Judges About Artificial Intelligence: Profession, Judicial Adjudication, and Legal Principles”, *AI & SOCIETY*, 2024, s.1-16.
- MCCARTY**, John: *Artificial Intelligence, Logic and Formalizing Common Sense*, Stanford 1990.
- MCCARTY**, John, What is AI? Basic Questions, <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/>, (Erişim Tarihi:11.12.2024).
- MIDİK**, Barış: Yapay Zekânın Uyuşmazlık Çözümünde Kullanılması: Genel Bir Giriş, KAYA Serkan (Editör), *Gelişen Teknolojilerin Medeni Usul Hukukuna Etkileri*, 1. Baskı, Ankara 2023.
- MUMCUOĞLU**, Erhan/ÖZTÜRK, Ceyhun/ÖZAKTAŞ, Haldun/KOÇ, Aykut: “Natural Language Processing in Law:Prediction of Outcomes in the Higher courts of Turkey”, *Information Processing and Management*, C.58, 2021, s.1-16.
- NABİYEV**, Vasif: *Yapay Zekâ*, 6. Baskı, Ankara 2021.
- NIKU**, Saeed B.: *Introduction to Robotics: Analysis, Control, Applications*, 3. Baskı, California 2020.
- NİKOLSKAİA**, Kseniia/NAUMOV, Vadyem, *Artificial Intelligence in Law* <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/9271095>, (Erişim Tarihi: 04.12.2024).
- NİSSON**, Nils J. (Çeviren: DOĞAN, Mehmet): *Yapay Zekâ Geçmişi ve Geleceği*, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- ÖZÇİFT**, Akın/ÇELİKİTEN, Azer/AKARSU, Kamil: *Yapay Zekâ Kavramlarına Giriş*, 1. Baskı, Ankara 2020.
- PASTUKHOVA**, Alina, *Artificial Intelligence as a Judge: Can We Rely on a Machine?*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ghent University Faculty of Law–International Relations Office Universiteitstraat, Gent Belgium, 2017.
- PEREZ**, Javier Andreu/DELİĞİANNİ Fani/ RAVİ, Daniele/YANG Guang-Zhong: “Artificial Intelligence and Robotics”, *ArXiv preprint arXiv:1803.10813*, C.147, 2018, s. 2-44.
- PICKOVER**, Clifford A.: *Artificial Intelligence: An Illustrated History*, 1. Baskı, New York 2019.
- RAAJİMAKERS**, Stephen: “Artificial Intelligence for Law Enforcement: Challenges and Opportunities” *IEEE Security & Privacy*, C.17, 2019, s. 74-77.
- RAJ**, Manav/ SEMANS, Robert: “Primer on Artificial Intelligence and Robotics”, *Journal of Organization Design*, C.8, 2019, s. 1-14.

- REILING**, Dory A.: "Courts and Artificial Intelligence", *International Journal for Court Administration*, C.11, 2020, s.1-10.
- RICH**, Elaine: "Artificial intelligence and the Humanities", *Computers and the Humanities*, C. 19, 1985, s. 117-122.
- RISLAND**, L. Edwina: "Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning", *The Yale Law Journal*, C. 99, 2017, s.1958-1981.
- ROBERTS**, Julian V./ **SCHWARZE**, Mathis: *Reconciling Artificial and Human Intelligence: Supplementing Not Supplanting the Sentencing Judge*, RYBERG, Jesper/ **ROBERTS**, Julian V.(Editörler), *Sentencing and Artificial Intelligence*. New York 2021.
- RUSSELL**, Stuard/ **NORVIG**, Peter: *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3. Baskı, New Jersey 2016.
- SHİ**, Changqing/ **SOURDİN**, Tania/ **Lİ**, Bin: "The Smart Court – A New Pathway to Justice in China?", *International Journal for Court Administration*, C.12, 2021, s. 1-19.
- SIMMONS**, ASA B./ **CHAPPEL STEVEN G.**: "Artificial Intelligence-Definition and Practice", *IEEE Journal of Oceanic Engineering*, C. 13, 1988, s. 14-42.
- SİNGH**, KJ, What Are the Limitations of The Expert Systems, <https://mbaofficial.com/mba-courses/principles-of-management/what-are-the-limitations-of-the-expert-systems/>, (Erişim Tarihi: 14.12.2024).
- SOURDİN**, Tania: "Judge v Robot?: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making", *The University of New South Wales Law Journal*, C.41, 2018, s.1114-1133.
- SOURDİN**, Tania/ **CORNERS**, Richard,: *Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging*, **SOURDİN** Tania/ **ZARISKİ** Archie (Editörler), *The Responsive Judge: International Perspectives*, New York 2018.
- SURDEN**, Harry: "Artificial Intelligence and Law: An Overview", *Georgia State University Law Review*, C.35, 2019, s. 1307-1337.
- ŞENSOY**, Piralı Çağrı: "Hukuk Felsefesinin Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?", *Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, 2024, s. 87-127.

- TELANG**, Ashwin, The Promise and Peril of AI Legal Services to Equalize Justice, <https://jolt.law.harvard.edu/digest/the-promise-and-peril-of-ai-legal-services-to-equalize-justice>, (Erişim Tarihi: 22.12.2024).
- TURING**, Alan Mathison: “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind*, C.59, 1950, s. 433-460.
- ULENAERS**, Jasper, The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?, <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ajle-2020-0008/html?lang%3Den>, (Erişim Tarihi:07.12.2014).
- VOLOKH** Eugene, “Chief Justice Robots”, *Duke Law Journal*, C.68, 2019, s. 1135-1192.
- WALTERS**, Robert/ **NOVAK**, Marko: “Artificial Intelligence and Law”, Walters, Robert/Novak, Marko (Editörler), *Cyber Security Artificial Intelligence, Data Protection & the Law*, 1.Baskı, Singapore 2021, s. 39-69.
- WANG**, Nyu, Black Box Justice”: Robot Judges and AI-based Judgment Processes in China’s Court System, https://www.researchgate.net/publication/352810080_Black_Box_Justice_Robot_Judges_and_AI-based_Judgment_Processes_in_China%27s_Court_System, (Erişim Tarihi.30.12.2024).
- WILKINSON**, Alison, How Natural Language Processing Can Improve Legal Search Results, <https://kirasystems.com/learn/how-natural-language-processing-improving-can-improve-legal-search-results/>,(Erişim Tarihi: 13.12.2024).
- WOOLRIGGE**, Michael: A Brief History of Artificial Intelligence: What It Is, Where We Are and Where We Are Going, 1.Baskı, New York 2021.
- WU**, Yu-chen Wu/ **FENG** Jun-wen: “Development and Application of Artificial Neural Network”, *Wireless Pers Commun*, C.102, 2018, s. 1645–1656.
- XU**, Zichun: “Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities”, *Applied Artificial Intelligence*, C.36, 2022, s. 1025-1045.
- YALÇIN**, Gizem/**THEMELLİ**, Erlis/**STAMHUIS**, Evert/**PHİLİPSEN**, Stefan/ **PUNTONI**, Stefano: Perceptions of Justice By Algorithms”, *Artif Intell Law*, C.31, 2023, s. 269–292.
- YILMAZ**, Atıncı: *Yapay Zekâ*, 8. Baskı, İstanbul 2020.

YILMAZ, Oğuz Gökhan: “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesi Giyebilecek Mi?”, Adalet Dergisi, C.66, 2021, s.379-415.

ZHAO, Yun: “Internet Courts in China”, Asian-mena Counsel: Dispute Resolution Special Report 2019, C.16, 2019, s. 1-52.

ZİMMERMAN, Joseph, Evan: “Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood”, SSRN Electronic Journal, 2015, s.1-43.

Elektronik Kaynaklar

<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/2021/66.sayi/66-icindekiler.html>

<https://adalethanim.com/#hakkimizda>

<https://kirasystems.com/how-kira-works/due-diligence/>

<https://lexmachina.com/about>,

<https://www.rossintelligence.com/what-is-ai>,



KIYMETLİ EVRAK HUKUKU IŞIĞINDA TÜKETİCİNİN KAMBYO SENEDİYLE BORÇLANMASI

Dr. Öğr. Üyesi Ş. Esra KİRAZ*

Öz

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 'Genel İlkeler' başlığı altında md. 4/5 ile tüketicilerin yaptıkları işlemlerde nama yazılı ve her bir taksit için ayrı ayrı olacak şekilde kıymetli evrak düzenleyebileceğini, ancak bu fıkra hükmüne aykırı düzenlenen senetlerin tüketici yönünden geçersiz olacağını hükme bağlamıştır. Hükme aykırılık halinde kanunda belirtilen 'geçersizlik' yaptırımının değerlendirilmesinde hem literatür hem de Yargıtay içtihatlarında bir görüş birliği ortaya çıkmamıştır. Çalışmamız kapsamında "geçersizliğin" ehliyete ilişkin bir mesele olarak ele alınması ve içtihatlarda da sıkça uygulandığı üzere "mutlak def'i" olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, tüketicinin sadece düzenleyen değil, "lehtar ve ciranta" olabileceği ifade edilmiş ve avalist olarak taahhüt altına girmesi ihtimali de incelenmiştir. Çalışmamızın son kısmında, tüketici yönünden geçersiz olan kambyo senetlerinin hâmile ve senet üzerinde imzası bulunan diğer borçluların da başvurabileceği imkanlar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

• Tüketici Senedi • Kambyo Senetleri • Nama Yazılı Senet • Def'i • Aval

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Çankırı, Türkiye | Asst. Prof., Çankırı Karatekin University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Çankırı, Türkiye.

✉ serifeesrakiraz@karatekin.edu.tr • ORCID 0000-0003-3163-8640.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KİRAZ, Ş. Esra: "Kıymetli Evrak Hukuku Işığında Tüketicinin Kambyo Senediyle Borçlanması", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 349-389.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



THE CONSUMER'S DEBT BY BILL OF EXCHANGE IN THE LIGHT OF NEGOTIABLE INSTRUMENT LAW

Abstract

The Law on the Protection of Consumers (TKHK) stipulates in Article 4/5 under the title of 'General Principles' that consumers may issue negotiable instruments in their transactions in registered form and separately for each instalment, but the promissory notes issued in violation of this paragraph shall be invalid for the consumer. There is no consensus in both the literature and the jurisprudence of the Court of Cassation in the evaluation of the sanction of 'invalidity' in case of failing to the fulfilment of the provision. Within the scope of our study, it is concluded that 'invalidity' should be considered as an issue related to capacity and should be accepted as an 'absolute defence' as it is frequently applied in the case law. In addition, it has been stated that the consumer can be not only the issuer but also the 'beneficiary and endorser' and the value of the consumer's undertaking as an avalist has been analysed. Finally, the article also addressed in terms of the bearer and other debtors whose signatures are on the promissory note issued in contrary to the requirements set under TKHK.

Key Words

- Consumer Promissory Notes • Bill of Exchange • Registered Negotiable
- Defence • Aval

GİRİŞ

Tüketicilerin yaptıkları işlemlerde kıymetli evrakla borç altına girmelerine ilişkin olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) getirdiği düzenleme ile tüketicilerin nama yazılı kıymetli evrakla borçlanabileceği hüküm altına alınmıştır.¹ Böylece tüketicilerin, satıcı/sağlayıcı ile arasında doğan def'ileri, senedin ciro ettirilmesi halinde karşılıklarına çıkacak hamillere de ileri sürülebilmesi amaçlanmıştır. Tüketiciyi korumak amacıyla hareket eden kanun, hükme aykırı düzenlenen senetlerin tüketici yönünden geçersiz olacağı yaptırımını getirmiştir.

2014 yılında yürürlüğe giren TKHK ile getirilen bu düzenlemeden önce, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (eTKHK) md. 6/A/3 ikinci ve üçüncü cümlesinde yer alan "*sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senet, her bir taksit ödemesi*

¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Genel Gerekeçe.

için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir” hükmü ile kıymetli evrak hukuku düzenlemelerine aykırı bir yaptırım tesis edilmişti. Nitekim bu durum; kamu düzeni icabı korunması gerektiği düşünülen tüketici ile kıymetli evrak hukukunda iyi niyetli olması sebebiyle korunan hamil arasında bir seçim yapma zorunluluğu doğurmuştu.²

TKHK md. 4/5 hükmü ile, tüketici tarafından nama olarak düzenlenmemiş kambiyo senedinin tamamen geçersiz olması ilkesinden vazgeçilmiş; kıymetli evrak hukukunun temel ilkelerinden birisi olan “imzaların istiklâli” ilkesine riayet edilmiştir.³ İlgili hükme aykırı olarak düzenlenen kambiyo senedinin yalnızca tüketici yönünden geçersiz olacağı; öte yandan senet üzerinde imzası bulunan diğer kişileri bağlamaya devam edeceği hükme bağlanmıştır. Ancak, bu yeni düzenleme ile tüketici işlemi için nama yazılı olarak düzenlenmeyen bir kambiyo senediyle borçlanan tüketicinin, ileri süreceği geçersizlik def’inin kıymetli evrak hukuku def’i sistemi içerisindeki yerine dair eTKHK döneminden beri devam eden tartışmalar sona ermemiştir.

Nama yazılı kambiyo senetleri ile tüketicinin şahsi def’ilerini her türlü hamile karşı ileri sürmesi mümkünken; emre ya da hamiline yazılı bir kambiyo senedi ile borçlanan bir tüketicinin şahsi def’ileri iyi niyetli hamillere karşı ileri sürebilmesi mümkün değildir. TKHK md.4/5’te senedin “tüketici yönünden geçersizliği” yaptırımının mutlak mı yoksa şahsi def’i mi olduğuna dair hem literatürde hem de uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay’ın farklı dairelerince farklı yaklaşımlar benimsendiği tespit edilmiştir. Hatta, 2018 yılında içtihat farklılıklarının giderilmesi talebiyle toplanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (İBBGK) verdiği karar da soruna çözüm bulmaktan uzak kalmıştır.

Çalışmamız kapsamında TKHK md. 4/5’e aykırılık halinde tüketici yönünden “geçersizliğin” ne şekilde ileri sürüleceği; kıymetli evrak hukuku def’i sistemi içerisindeki yeri hem literatür hem de yargı kararları ışığında cevaplanmaya çalışılacaktır. Bunun yanı sıra; tüketici tarafından TKHK’ya aykırı olarak düzenlenmiş bir kıymetli evrakta yetkili hamil ve

² **BAHTİYAR**, Mehmet/**HAMAMCIOĞLU**, Esra: “Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 3, S.1,2015, s. 67.

³ **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem/**KARA**, İlhan, Tüketici Hukuku Ders Kitabı: İkinci Baskı, Ankara, 2023, s 57; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Şerhi, İstanbul, 2014, s. 42-43.

diğer başvuru borçlularının durumuna ilişkin bir değerlendirme yapılarak; konunun bir bütün halinde ele alınarak sorunların tespiti ile çözüm önerileri sunulacaktır.

I. TÜKETİCİNİN KAMBYO SENEDİ İLE BORÇLANABİLMESİNİN ŞARTLARI

A. Tüketici ve Tüketici İşlemi Sebebiyle Kambyo Senedi Düzenlenmesi

1. TKHK Işığında Tüketici

TKHK md.4/5'in uygulama alanı bulabilmesi için, öncelikle kambyo senedi ile borçlanacak kişinin tüketici olması gerekmektedir.⁴ TKHK md. 3 (k) bendine göre; tüketici "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"; ifade etmektedir. Bu esastan hareketle tacir yahut esnaf sıfatına sahip olmayan "gerçek kişinin" ticari ya da mesleki bir amaç taşımadığı kabul edilmektedir.⁵ Yeşiltepe, yine bu durumlarda da "ticari amaçla hareketin" varlığı halinde kişilerin tüketici sayılmayacağını belirtmektedir.⁶ Bahtiyar/Biçer ise, tacir/esnaf olmayıp ayrıca ticari/mesleki faaliyet sürdürmeyen gerçek kişilerin "karine olarak tüketici" sayılması ve aksini ileri süren kişinin bu iddiasını ispatla yükümlü sayılmaları gerektiği görüşünü ileri sürmüşlerdir.⁷ Bu görüşün uygulama açısından daha uygun düştüğü kanaatindeyiz. Aksi takdirde, her somut olayda tüketici olduğunu iddia eden kişinin bu durumunu ispat etmeye çalışması gerekecek, uyuşmazlıklarda bu durumun belirlenmesi için süre kaybedilecektir.

Tüketici tanımında "ticari" olmayan amaçlara atf yapılması tüketici sıfatını belirlenmesinde tacir kavramından yararlanılmasını gerektir-

⁴ Bakınız: Yargıtay HGK, 05.2.2014, E. 2013/12-2110, K. 2014/231, (Sinerji, Erişim Tarihi: 15.01.2025), "(...) davacının senet lehtar ve cirantası olması da gözetilerek, davacının TKHK'nun 6/A maddesi gereğince senedin nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını sonradan hamile karşı ileri sürmesi Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 2. maddesi kapsamındaki çelişkili davranış yasağı oluşturur ki, böyle bir davranış hukuken korunamaz."

⁵ **BAHTİYAR**, Mehmet/ **BİÇER**, Levent: "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.3, 2016, s. 401.

⁶ **YEŞİLTEPE**, Salih Önder: "6502 sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 2, 2014, s. 27.

⁷ **BAHTİYAR/BİÇER**, s. 401.

mektedir. Ancak, bu kavram pek çok sorunu da doğurmaktadır. Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 3'e göre "bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve filler" ticari iş olarak kabul edildiğinden tacirin tüketici sıfatının olmayacağı görüşü ileri sürülmektedir. Her ne kadar tacirin borçlarının ticari olması asıl olarak kabul edilmiş olsa da "gerçek kişi tacir" bakımından TTK md. 19/1'de yer alan istisna sebebiyle, bunların bazı durumlarda tüketici olmaları kabul edilmektedir. Hükme göre, "bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı taktirde borç adı sayılır." Gerçek kişiler bakımından belirtilen iki durumda "ticari olmayan amaç" ile hareket edildiği düşüncesiyle bunları tüketici kabul etmek mümkün olabilecektir.

Tüzel kişi tacirlerin, TTK md. 19/1 kapsamında sayılmamasına karşın; TKHK'nın tüketici olabilecekler içerisinde "tüzel kişileri" sayması tüzel kişi tacirin tüketici sıfatına sahip olup olmayacağı tartışmalarını doğurmuştur.⁸ Kimi yazarlar tüzel kişi tacirlerin bazı işlemleri bakımından tüketici sıfatına haiz olabileceği ileri sürmüştür.⁹ Örneğin; çalışanlarının motivasyonu için geziler, etkinlikler düzenlenmesi yönünden yaptıkları işlerde tüketici olarak kabul edilmeleri gerektiği savunulmuştur.¹⁰ Battal, tüzel kişilerin de tüketici sayılabileceğini ve "tüketimin amacının iktisadi faaliyetle ilgili olması" bakımından yapılacak bir değerlendirmeye tüzel kişi

⁸ Öğretide, tüzel kişi tacirin adı iş sahası olmayacağı görüşünü savunan yazarlar bulunmaktadır. Bakınız: **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku: 5. Baskı, İstanbul 2015, s.65; **BOZKURT**, Tamer, Ticari İşletme Hukuku: 5. Baskı, Ankara 2023, s. 130-132; **UYMAZ**, Alper/**TÜRK**, Mehmet Cemil: "Tacirin Tüketici Sıfatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 3, 2023, s. 1591-1633; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Ticaret Hukuku Dersleri: Ankara 2021, s. 60; **ÜNAL**, Ahmet Cemil: "Ticari İş- Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu", BÜHFD, C. 6, S. 1, 2020, s. 47-48.; **AKİPEK/KARA**, s. 32. Öte yandan, tüzel kişi tacirlerin tüketici olabileceği görüşü de ileri sürülmektedir. Bakınız: **AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar: 15. Baskı, Ankara 2022, s. 24-26; **YILDIRIM**, Abdülkerim/**AYTUĞAR**, Bilge: "Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, 2020, s.

⁹ **BAHTİYAR/ BİÇER**, s. 406; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 24-26; **YÜCER AKTÜRK**, İpek: "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S.2, 2016, s.103-128.

¹⁰ **BAHTİYAR/ BİÇER**, s.406; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 25.

tacirlerin tüketici sıfatının varlığının tespitinin mümkün olduğunu belirtmiştir.¹¹ Bu kapsamda verdiği örneklerde “işletmenin faaliyet sahası ile ilgili rutin işler” dışında yapılan işlemlerde bakımından tüketici sayılmaları gerektiğini savunmuştur.¹²

Öte yandan, kimi yazarlarca ticaret şirketleri açısından örnek olarak verilen işlemler ya da iş yerinde kullanılmak üzere alınan klima, fotokopi makinesi yahut buzdolabı gibi eşyaların da “dolaylı olarak şirketin ticari veya mesleki amaçlarına hizmet ettiği” ileri sürülmüş ve bunların tüketici sayılmaları kabul edilmemiştir.¹³

Dernek, vakıf gibi tüzel kişiler amaçlarına varmak için bir ticari işletme işlettikleri takdirde tacir sıfatını kazanmaktadır. Bu türden tüzel kişilerin kamu yararı gibi amaçlarla hareket ettikleri düşünüldüğünde yap-

-
- ¹¹ **BATTAL**, Ahmet: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof Dr. Ali Bozer’e Armağan, Karayalçın, Yaşar (editör), Ankara 1998, s. 329, **ÇABRİ**, Sezer, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021, s. 149.
- ¹² **BATTAL**, s. 329-330; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Ticaret Hukuku Dersleri: Ankara 2021, s. 82, **ÇABRİ**, s. 145.
- ¹³ **NARBAY**, Şafak/**AKKUŞ**, Muhammed: “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 301-334. Bknz: Yargıtay 19 HD E. 2015/10751, K. 2016/2252 (Sinerji Mevzuat, Erişim Tarihi: 20.02.2024). “Somut olayda taraflar ticari şirket olup, 6102 sayılı TTK’nun 19/1 md.sinde, bir tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu, ancak gerçek bir kişi olan tacirin yaptığı işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirildiği veya işlemin fiil veya işleminin ticari sayılması niteliği gereği uygun olmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borcun adi sayılacağı düzenlenmiştir. Anılan madde yönünden yasa koyucunun, sadece gerçek kişi tacirleri öngörmesine ve dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin bu kuralın dışında kalmasına göre, ticari bir şirket olan davacının tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Mahkemece, davanın genel mahkemelerin görevine girdiği gözetilmeden, tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılıp karar verilmesi doğru görülmemiştir.”; **ASLAN**, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri: 5. Baskı, Bursa 2014, s. 4. Aslan da benzer şekilde, ticari işlemin tanımında yer verilen “ticari ver mesleki olmayan amaç” kıstasını değerlendirirken, “alınan eşyanın maliyetinin geri dönmesinin mümkün olup olmadığına bakmak gerekir” şeklinde görüş ifade etmiştir. Buradan hareketle de bir işletme bakımından “işletmeye kaydettirilen” bir işlemde mesleki amaç bulunacağını ifade eder.

tıkları bazı işlemler bakımından tüketicilere özgü korumadan yararlanmaları gerektiği düşünülmektedir.¹⁴ Tüzel kişiliği olmayan tacirler bakımından tüketici sayılabilmek imkânı bulunurken; diğerleri bakımından bu olanağın olmamasının da eşitsizlik yaratacağı savunulmuştur.¹⁵

Yargı kararları incelendiğinde, TTK md. 19/1'in göz önüne alınarak, tüzel kişi tacirler bakımından "tüketici" sıfatının olmayacağı kabul edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 2011 yılında verilen bir kararda,¹⁶ "*Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak, ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan tacirler tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınamazlar. (...) Davacı Limited Şirket tacir olup, tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere otomobil satın almış; bedelini ödemek üzere kredi kullanmıştır. Davacı tüketici olarak tanımlanamayacağı gibi yaptığı işlem tüketici işlemi değildir ve kullandığı kredinin tüketici kredisi olduğunu kabule de olanak bulunmamaktadır*" diyerek tüzel kişi tacirlerin TKHK kapsamında tüketici sayılamayacaklarını belirtmiştir. Yargıtay'ın tüzel kişi tacirlerin tüketici olamayacağı yönünde güncel kararları da bulunmaktadır.¹⁷

Tüzel kişi tacirin tüketici sıfatının olmadığı yönünde hüküm kurulan kararlar incelendiğinde, ilk derece mahkemeleri tarafından TKHK'da yer alan "ticari veya mesleki olmayan amaçlar" lafzına vurgu yapılarak hüküm kurulduğu, taraflardan biri tüzel kişi şirket olsa dahi ortada ticari veya mesleki amaç bulunmuyorsa "tacirin" tüketici sayıldığı görülmektedir.¹⁸ 2021 yılında İstanbul BAM tarafından verilen kararda, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile gerçek kişi tarafından alınan villanın, kişinin

¹⁴ ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku: Ankara 2016, s.92; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s 26.; ASLAN, s. 5., BATTAL, s. 324-327. Battal da özellikle amaçlarına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar için tüketici sıfatının olabileceğini, zira onların da gerçek kişi tacir gibi adî iş sahası ve ticari iş sahası olduğunu belirtmiştir.

¹⁵ ZEVKLİLER/ÖZEL, s.93.

¹⁶ Yargıtay HGK, 21.09.2011, E. 2011/500, K. 2011/550, (Sinerji Mevzuat, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

¹⁷ Bakınız Yargıtay HG, 9.7.2020, E. 2017/913, K. 2020/568, (Sinerji Mevzuat, Erişim Tarihi: 20.02.2024). Yargıtay HGK, 14.1.2020, E. 2017/1637 K. 2020/13, (Sinerji Mevzuat, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

¹⁸ Yargıtay HGK, 14.1.2020, E. 2017/1637 K. 2020/13 (Sinerji Mevzuat, Erişim Tarihi: 20.02.2024). "6. İstanbul 5. Tüketici Mahkemesinin 11.09.2013 tarihli ve 2012/383 E., 2013/905 K.

vefatı üzerine davacı şirket tarafından mirasçılardan satın alınması üzerine şirketin “taşınmazı hangi amaçla aldığı” tespit edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.¹⁹ Kararda “(...) Hal böyle olunca davacının satın alma amacının araştırılarak, nihai amacının yatırım mı kullanma mı iş yeri olarak edinme mi olduğu belirlenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür” denilerek istinaf başvurusunu kabul etmiştir.

Kanaatimizce de tüzel kişi tacirler bakımından ortada bir mesleki ya da ticari amaç olup olmadığının incelenmesi; buna göre TKHK kapsamında tüketici sıfatlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK içerisinde düzenlenen “kıymetli evrak” gibi teknik bir konuya ilişkin davalar dahi, TTK md. 4/1/a hükmüne göre ticari dava olarak ticaret mahkemesinde değil, TKHK’nın sonraki-özel kanun olması sebebiyle tüketici mahkemesinde görülmektedir. Hâl böyleyken, TKHK’ye göre “tüketici” tespitinde yine TKHK esas alınarak “mesleki veya ticari olmayan amaç” değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır.

Bu noktada Bahtiyar/Biçer’in belirttiği üzere, “TKHK.’yi, TTK. Karşısında bütün hükümleriyle özel kanun saymak, ticari ihtiyaç ve gelişmeler gözetenilerek konulmuş, TTK.’daki özel hükümlerin uygulanmasını devre dışı bırakmaya yol açabilir.”²⁰ TTK ve TKHK arasında ortaya çıkarılan bu uyumsuzluk, ya tüketici tanımından “tüzel kişiler” çıkarılarak yapılacak ya da ticari iş karanesi yeniden gözden geçirilerek, tüzel kişi tacirlerin, özellikle,

sayılı kararı ile; davacının ticari şirket olması nedeniyle tüketici mahkemesinin görevli olmadığı ileri sürülmüş ise de, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK), “Tanımlar” başlıklı 3. maddesine göre tüketicinin; bir mal ve/veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade ettiği, dava konusu araç her ne kadar şirket adına satın alınmış ise de, aracın ticari ve mesleki olmayan amaçlarla şirket ortağı ve yetkilisi tarafından kullanıldığının bildirildiği, bu kullanımın aksi ispat edilemediği gibi, şirket ortaklarının özellikle kullandıkları otomobili şirket adına satın aldıkları malum bulunmakla, davacı vekilinin açıklamasının yeterli olduğu ve anılan hüküm uyarınca tüzel kişinin söz konusu talep nedeniyle tüketici olarak kabulü gerektiği ...”, Bknz. İstanbul BAM 7. HD, 27.04.2023, E. 2023/1375, K. 2023/1044, (Sinerji Mevzuat, Erişim Tarihi: 20.02.2024). “(...) 6502 sayılı yasanın 3. maddesi uyarınca tüketici sıfatı ile taşınmazın satın alındığı, satın alınan taşınmazın sözleşme tarihi itibarıyla konut amaçlı olarak satın alındığı, konut amaçlı taşınmaz mal ifadesiyle kullanım amacının konut olması yeterli bulunmuş olmakla davaya tüketici mahkemesinde bakılması gerektiği kanaatiyle, Mahkememizin görevsizliğine...” gerekçesiyle davaya bakmakta görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğuna karar verilmiştir.”

¹⁹ İstanbul BAM 7. HD, 1.12.2021, E. 2021/2512, K. 2021/2922, (Sinerji Mevzuat, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

²⁰ BAHTİYAR/ BİÇER, s. 417.

doktrinde de savunulduğu üzere, amacına varmak için ticari işletme işleten dernekler ile vakıfların tüketici sıfatının kabulü ile giderilebilecektir.

2. TKHK Işığında Tüketici İşlemi

TKHK madde 3 (1) bendinde ise tüketici işlemi, “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” şeklinde tanımlanmıştır. Tüketici işleminin tespitinde kurulan sözleşmenin “kimler arasında” yapıldığı önemli bir rol oynamaktadır.²¹ İşleminin bir tarafının ticari veya meslekî amaçlarla hareket etmesi, diğer tarafının ise bu amaçları gütmeyen bir “tüketici” olması gerekmektedir. Bentte sayılan sözleşmeler dışında kalan sözleşme türleri, taraflarının bentte gösterilen kişiler olması halinde tüketici işlemi olarak kabul edilecek olup; gösterilen sözleşme türleri örnek kabilinden sayılmıştır.²²

Tüketicinin kim olduğu yine tüketici işleminin belirlenmesinde kullanılacaktır. Yukarıdaki başlıkta tüketicinin ne olduğu tanımlandığından burada tekrar edilmeyecektir. Ancak, bir tarafının tüketici olmadığı hukuki işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilmeyeceğini, dolayısıyla tarafın tüketici sıfatının belirlenmesinin önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Tüketici işlemi kapsamında, tüketicinin “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi” kriteri de dikkate alınmalıdır. Gerçek veya tüzel kişi tüketicilerin yaptıkları işlemler kişisel, ailevi ihtiyaçlarına yönelik özel bir amaç için yapılmalıdır.²³

Tüketici işleminin karşı tarafının da “ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden” gerçek ya da tüzel kişi olması gerekmektedir. Bu noktada, TKHK’de tanımlanan satıcı ve sağlayıcının, söz konusu amaçlarla hareket eden karşı taraf olduğu söylenebilecektir. Madde 3(1)’ya göre; “Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek

²¹ ÇABRİ, s. 74, Bakınız: AKİPEK ÖCAL, Şebnem: Madde 3/Akipek Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016, s. 58, KARA, İlhan, Tüketici Hukuku: 3. Baskı, Ankara 2023, s. 77.

²² Bakınız. AKİPEK ÖCAL, s. 37, ÇABRİ, s. 76-77.

²³ ZEVKLİLER/ÖZEL, s.94; AKİPEK ÖCAL, s. 57; ÇABRİ, s. 83-84; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 89.

veya tüzel kişiyi”, md. 3 (i)’ye göre “Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade etmektedir. Her iki tanımdan da yola çıkarak “ticari veya mesleki amaçlarla” hareket edilmesi ölçütünün önemli olduğu görülmektedir. Ticari amacın varlığının tespitinde, tüketici açısından yapılan değerlendirmede “nihai tüketim amacının”;²⁴ satıcı/sağlayıcı için yapılan değerlendirmede ise kazanç elde etmenin “asgari bir örgütlenme” içinde bulunmasının dikkate alındığı görülmektedir.²⁵

TKHK md. 4/5 uyarınca tüketici tarafından düzenlenen kambiyo senedinin “tüketici işlemi” için verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kambiyo senedinin tüketici işlemi nedeniyle verildiğinin ispatı meselesi önemli bir sorundur.²⁶ İspat kolaylığı açısından, tüketicinin yapacağı sözleşmede ayrıca bir senet düzenlendiği, vadesi, düzenleme tarihi gibi bilgilerin yer alması da tavsiye edilmektedir.²⁷

Senedin verilmesine sebep olan temel ilişkinin “tüketici işleminin” kaynaklandığının ispatı, TKHK md. 4/5’te sağlanan imkanlardan yararlanma imkânı verecektir. Ancak, ispatın senet üzerine derç edilecek bir kayıtla yapılması halinde, bunun senedin soyutluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı meselesi tartışmalıdır. Ayrıca, TTK’da kambiyo senetleri bakımından “kayıtsız şartsız belirli bir bedeli ödeme hususunda haveleyi

²⁴ ÇELİK, Aytekin: “Tüketici İşlemlerindeki Ticari Amaç Unsurunun Ticari İş Açısından Değerlendirilmesi”, Kadir Has Hukuk Fakültesi, C.11, S. 2, s.784; AKİPEK ÖCAL, s.171.

²⁵ GÜMÜŞ, s.15; AKİPEK ÖCAL, s. 165; ZEVKLİLER/ÖZEL, s 97; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 103; ÇELİK, Ticari Amaç, s. 784.

²⁶ Yargıtay 12 HD E. 2022/9624, K. 2023/2244 (Sinerji, Erişim Tarihi: 17.01.2025), Uyuşmazlıkta İlk Derece Mahkemesi “senet metninde de tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı, alacaklı davalının senedin tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiği iddiasına yönelik açık bir kabulünün bulunmadığı, bu nedenle takibe dayanak senetlerin tüketici hukuku ve taraflar arasında var olduğu iddia edilen sözleşme yönünden incelenmesi olanağı bulunmadığı,” diyerek talepleri reddetmiş sonrasında da karar hem İstinaf hem Yargıtay aşamasında onanmıştır. Yargıtay 12 HD, 3.4.2023, E. 2022/8010 K. 2023/542, Yargıtay HGK, 9.6.2020, E. 2017/12-341, K. 2020/374, “Dosya kapsamına göre, takip alacaklısının 6762 sayılı TTK’nın 599. maddesi hükmü uyarınca kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi, senet metninde de tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır” denilerek ilk derece mahkemesinin direnme kararı bozulmuştur., Bknz. Yargıtay 12 HD, 28.09.2023, E. 2022/13440, K. 2023/5437, (Lexpera, ErişimT: 17.01.2025), Yargıtay 12 HD, T.17.04.2019 E. 2019/2742, K.2019/6701, (Sinerji, 17.01.2025).

²⁷ AYDOĞDU, s. 204.

ya da ödeme vaadini içermesi" gerektiği şart koşulduğundan; senet metnine yazılacak kayıtların, senedin ödenmesini herhangi bir kayda bağlamaması senedin kambyo vasfının varlığı için önemlidir.

Kıymetli evrak hukukunda bazı senetler bakımından soyutluk ilkesi hakimdir. Buna göre; senedi içindeki hak, temel ilişkiden bağımsızdır. Senedin düzenlenmesine neden olan temel borç ilişkisi senet metninden anlaşılmaz.²⁸ Dolayısıyla ortada iki ilişkinin doğumu söz konusu olacaktır: satım, kira gibi bir temel hukuki ilişki ile; ödeme için kambyo senedi düzenlenmesi halinde bir de kambyo ilişkisi doğacaktır. Ancak, temel ilişkinin varlığı ya da geçerliliği; kıymetli evrakın varlığını ve geçerliliğini etkilemeyecektir.²⁹ Kıymetli evrakın soyutluğu ile senede duyulan güven artacak ve tedavül kabiliyeti güçlenecektir.³⁰

Tüketicinin düzenlediği kambyo senedi üzerinde, senedin tüketici işlemi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibarenin senedin soyutluğu ilkesi ile çelişeceği; bu nedenle senedi geçersiz kılacağı düşünülmektedir.³¹ Cengil, tüketici senedi ifadesinin konulmasının, hem senedi tedavül yoluyla devralan hamiller açısından hem de tüketiciyi koruyabilmek açısından yararlı olacağını ve senedi geçersiz kılmaması gerektiğini savunmaktadır.³² Can ise, tüketici işlemi nedeniyle verilen senede, tüketici işleminden

²⁸ Bakınız: **PULAŞLI**, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları: 10. Baskı, Ankara 2023, s. 40., **ÖZTAN**, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s.173.

²⁹ **KENDİGELEN**, Abuzer/**KIRCA**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku: İstanbul 2021, s. 27; **PULAŞLI**, s. 40-42, **POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuk Esasları, 22. Bası, İstanbul 2018, s. 38. **BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2021, s, 27.

³⁰ **POROY/TEKİNALP**, s. 44.

³¹ **UZUNALLI EROĞLU**, Sevilay: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2004, s. 157-518. Ayrıca bu konudaki görüş ve tartışmalar için bakınız: **SÖNMEZ**, Numan Sabit: "Yargıtay İBBGK'nın 29.11.2019 Tarih ve 2018-5/6 Sayılı Kararı Çerçevesinde Tüketicilerin Düzenledikleri (Emre Yazılı) Kambyo Senetlerinin Hukuki Akıbeti, Ticaret Kürsüsü Tartışıyor: Kürsü Seminerleri-I, İstanbul 2022, s. 323-332.

³² **CENGİL**, M. Fatih: "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu", Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2014, s. 68-69. Aynı şekilde bakınız: **AL KILIÇ**, Şengül: "Tüketici İşlemleri Dolayısıyla Düzenlenen/Düzenlendiği İddia Edilen Kambyo Senetlerinde Görevli Mahkeme Meselesi", Fulya Erlüle (Editör), 7. Uluslararası Asos Congres Hukuk Sempozyumu (27-29 Mayıs 2021) Tam Metin Kitabı, Elazığ, 2021, https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2021/asoshukuk_tam_metin_kitabi.pdf (Erişim Tarihi: 31.08.2024) s.

verildiğini belirten bir kaydın yapılacak kanuni bir düzenlemenin ardından mümkün hale gelebileceği ve bu şekilde tüketici işlemlerinden dolayı kıymetli evrak verilmesinden kaynaklanan sorunlarının çözülebileceğini ileri sürmüştür.³³

Senet metni üzerine konulacak “tüketici işlemi içindir”, “tüketici senedi” gibi bir ibarenin, senedin soyutluğuna etkisi, teminat senetlerini akla getirmektedir. Bu tür senetler, kambiyo senetleri üzerine “teminat içindir” gibi bir kayıt konularak meydana getirilir ve söz konusu kambiyo senedinin bir borcun karşılığında teminat olarak verildiği senettir.³⁴ Kambiyo senedinde temel ilişkiye atıf yapılmadan teminattır gibi bir kayıt konulmasının kıymetli evrakın soyutluğuna etki etmediği yönünde görüşler bulunmaktadır.³⁵ Kendigelen, yalnızca temel borç ilişkisinin senet metnine derç edilmesinin senedin geçerliliğine etki etmeyeceğini, sadece ödememin yapılmasının karşı edimin gerçekleşmesi gibi bir şarta bağlanmamış olması gerektiği görüşünü savunur.³⁶

Tüketicinin kambiyo senediyle borçlandığı durumlarda, kambiyo senedi üzerine “tüketici senedi”, “tüketici işlemi içindir” türünden bir kaydın konulmasının, tıpkı teminat senetlerinde olduğu gibi kambiyo senedinin düzenlenmesine temel teşkil eden hukuki ilişkiyi göstermeyecektir. Zira, “tüketici işlemi” çok fazla sayıda sözleşmeyi kapsamakta; düzenlenen kambiyo senedinin tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasındaki bir sigorta sözleşmesinden mi yoksa bir satım sözleşmesinden mi kaynaklandığı “tüketici işlemi” ibaresinden anlaşılamayacaktır. Tüketici senedi gibi bir ibare, senette yazılı meblağın ödenmesini tüketici işlemindeki bir yüküm-

328-329. Aydoğdu/Kahveci, 2021 s.301 Yazarlar, senet üzerine yazılacak “tüketici senedir” şeklindeki ibarenin, senedin soyutluğuna etkisini tartışmamış ancak ispat kolaylığı açısından tüketicilerin bu yönde hareket etmesini tavsiye etmiştir.

³³ CAN, Mertol: “Yargı Kararları Işığında Tüketici Hukukunun Kambiyo Senetleri Tatbikatını Etkileyen Hükümlerine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2020, s. 4116-4117.

³⁴ POROY/TEKİNALP, s. 266.

³⁵ ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Abuzer/KAYA, Arslan, NOMER ERTAN, Fusun, Kıymetli Evrak Hukuku: 13. Bası, İstanbul 2021, s. 167; SARIKAYA, Merve, Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı: Teminat Poliçesi, Teminat Bonosu, Teminat Çeki, İstanbul 2018, s.87 vd.; SÖNMEZ, Numan Sabit: Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler, İstanbul 2019, s.67; ODMAN BOZTOSUN, Ayşe: “Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı”, Legal Hukuk Dergisi, S. 53, 2007, s 1491 vd.

³⁶ KENDİGELEN, Abuzer: Çek Hukuku: 3. Baskı, İstanbul 2006, s. 137.

lülüğün gerçekleşmesine de bağlamamalıdır. Açıkladığımız tüm bu sebeplerle, düzenlenen kambiyo senedinin “tüketici işlemi” için verildiğinin ispatının, senet üzerine konulacak “tüketici senedi” şeklindeki bir kayıtla yapılmasının kambiyo senedinin soyutluğunu etkilemeyeceğini savunmaktayız.

Ancak, üzerinde “tüketici senedi” ibaresi olan bir senedin böyle bir senet olmadığı ya da bu ibareyi taşımayan bir senedin de tüketici işlemi sebebiyle düzenlendiğine dair iddiaların ileri sürülmesi mümkündür. Dolayısıyla, böyle bir ibarenin varlığı ispata ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yeterli olmayacaktır. Tüketici senedi ibaresinin senet üzerine yazılabileceğini kabul ettiğimiz takdirde; senedin bu türden bir senet olmadığına ispatı aksini iddia edene düşecek; korunmasını amaçladığımız tüketiciye ispat külfeti yüklenmeyecektir. Bu da tüketici açısından kolaylık getirecektir. Sonuç olarak ispat meselesi her somut olayın şartlarına göre değerlendirilerek mahkemeler eliyle netliğe kavuşturulacaktır.

B. Nama Yazılı Kıymetli Evrak Şeklinde Düzenleme

TTK md. 654 “belli bir kişinin adına yazılı olup da onun emrine kaydı içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet sayılır” diyerek nama yazılı kıymetli evrakı tanımlamıştır. Kambiyo senetleri (poliçe, bono, çek) emre kaydı içermese dahi kanunen emre yazılı olarak kabul edildiklerinden, senet metni üzerine konulacak “menfi emre kaydı” ile nama yazılı hale getirilebilir.

Tüketici işlemi için senet düzenleyen bir tüketicinin, örneğin “ciro edilemez” gibi menfi emre kaydı ile nama yazılı olarak kambiyo senedi düzenlemesi mümkündür.³⁷ Ancak, söz konusu kaydın düzenleyen veya ciranta tarafından konması halinde farklı sonuçların doğmaktadır. “Menfi emre kaydı”, düzenleyen tarafından konulursa senedin türü “nama yazılı” olmaktadır; ciranta tarafından konulduğunda senedin türü değişmemekte, yalnızca cirantanın, senedi ciro ettiği kişiden sonraki kişilere karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.³⁸

³⁷ Uygulamada da “ciro edilemez”, “cirosu yasaktır” türünden bir kaydın menfi emre kaydı olup, senedi nama yazılı hale getirdiği kabul edilmektedir. Bakınız: **BİLGİLİ**, Fatih: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoda” “Ciro Edilemez” Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, S. 78, 2008, s 29-36. **KENDİĞELEN/KIRCA**, s. 186.

³⁸ TTK md. 685/2 “Ciranta, poliçenin tekrar ciro edilmesini yasak edebilir; bu hâlde, senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kişilere karşı sorumlu olmaz.” **KENDİĞELEN/KIRCA**, s. 186, **BİLGİLİ**, s. 35.

Nama yazılı kıymetli evrakın devri alacağın temlik hükümlerine tabi olduğundan; düzenleyen, temel ilişkiden kaynaklanan def'ilerini senedi elinde bulunduran hamile karşı ileri sürebilmektedir. Tüketicilerin de yaptıkları işlem sebebiyle sahip olacakları def'ileri senedi ciro yoluyla devralacak hamiline karşı ileri sürebilmeleri sağlanarak korunmaları amaçlanmış; düzenleyecekleri senetlerin "nama yazılı olma" zorunluluğu getirilmiştir.³⁹

Elindeki "emre yazılı" bir kambiyo senedini "ciro edilemez" kaydı ile satıcı/sağlayıcıya teslim eden bir tüketicinin, senedin ciro ettirilmesi halinde senedi devrettiği satıcı/sağlayıcı haricindeki kişilere karşı sorumlu olmayacağı açıktır. Bu takdirde, TKHK'nın nama yazılı kıymetli evrak düzenleme zorunluluğu getirmesinin altında yatan tüketiciyi koruma amacının gerçekleştiği düşünülebilir. Tüketicinin, ciranta olarak senet üzerine koyacağı "ciro edilemez" kaydı, düzenleyeni olduğu nama yazılı senede nazaran tüketicie daha fazla koruma sağlayarak onu, senedi ciro ettiği satıcı/sağlayıcı dışındakilere karşı sorumlu olma durumundan kurtarsa da; hem kanunda açıkça ortaya konan senedin vasfının "nama yazılı" olması gerekliliğinin bu ihtimalde sağlanamaması hem de bu düzenlemenin temel sebebi olan tüketicinin kıymetli evrak hususunda bilgisiz oluşu nedeniyle uygulama alanı bulamayacaktır.

Tüketici işlemleri için düzenlenecek kambiyo senedinin nama yazılı olmasının avantajları bulunmakla birlikte, literatürde bazı yazarlar bu durumda senedin ödemesi aşamasında zorluk yaşanacağını ileri sürmüştür.⁴⁰ TTK md. 655'e göre senedin borçlusunun "*ancak senedin hamili bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden kişilere*" ödeme yapmakla borcundan kurtulacağı, aksi takdirde senedin gerçek sahibine karşı borcundan kurtulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda tüketicie yetkili hamili araştırma yükümlülüğü yüklenecektir. Çözüm olarak senedin eksik nama yazılı olarak düzenlenmesi önerilmiştir.⁴¹ TTK md. 656'da düzenlendiği üzere eksik nama yazılı senetlerde borçlunun senet bedelini her hamile ödeme hakkını saklı tutması ve

³⁹ ÇABRİ, s. 103; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 111-112; YILDIRIM/AYTUĞAR, s. 38.

⁴⁰ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 111-112; AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri: Ankara 2015, s.206.

⁴¹ AYDOĞDU, s. 206; ZEVKLİLER/ÖZEL, s.112; CENGİL, Fatih: "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu", Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2014, s. 49-75.

iyi niyetle yapılan ödemenin borçluyu borcundan kurtarması söz konusudur. Bir senedi belirli bir kişi namuna düzenleyip “veya hamiline” ve benzeri ibare ile eksik nama yazılı hale getirmek mümkündür. Öte yandan, TTK md. 656, TTK md. 785/2’yi saklı tutmuştur. TTK md. 785/2’ye göre; eksik nama olarak düzenlenen çekler de “hamiline” yazılı çek sayılacaktır. Dolayısıyla tüketici işlemi için çek düzenleyip veren bir tüketicinin bunu mutlaka nama yazılı olarak düzenlemesi gerekecektir. Kıymetli evrak bilgisi yetersiz kabul edilen tüketicinin, uygulamada eksik nama yazılı olarak senet düzenleyebilmesi ve hatta çekler bakımından işaret ettiğimiz duruma dikkat etmesi kanaatimizce pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, ödeme kolaylığı olması için önerilen bu çözümün pratikte uygulanabileceği tartışmaya açıktır.

C. Her Bir Taksit İçin Ayrı Ayrı Düzenlenme

TKHK md. 4/5’e göre eğer taksitli satış sözleşmesi söz konusuysa her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı senet düzenlenme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk ile yine tüketicinin korunması arzu edilmiş; tüketicinin taksitlerden birini ya da birkaçını ödeyemediği durumlarda borcun tamamından dolayı takip edilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır.⁴²

Çelik, maddedeki “kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde” ifadesinin, kambiyo senedinin “nama yazılı” olarak düzenlenmesi şartının yalnızca taksitli satışlar bakımından mümkün olacağı şeklinde bir anlam çıkartmaya müsaade edeceğini ileri sürerek, madde lafzını eleştirmiştir.⁴³ Her ne kadar uygulamada ve literatürde maddenin getirdiği zorunluluklar, peşin satımlar için “nama yazılı olarak” ve taksitli satımlarda “nama yazılı” ve “her bir taksit için ayrı ayrı” olacak şekilde senet düzenleme olarak anlaşılabilir; madde lafzının daha açık bir ifade ile düzenlenmesinin doğru olacağı kanaatindedir.⁴⁴ Bu eleştiri haklı olsa da; uygulamada ve doktrinde maddenin anlamının yorumlanmasında görüş birliği olduğu görülmektedir. Bu nedenle, maddenin lafzına ilişkin yapılacak değişikliklerin, bu birliği

⁴² ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 110, ÇELİK, Aytekin: “Tüketicilerin Ödemelerine İlişkin Olarak Emre veya Hamiline Yazılı Kambiyo Senedi Düzenlenmesinden Kaynaklanan Sorunlar”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 209, 2024, s. 51-52.

⁴³ ÇELİK, s. 51.

⁴⁴ ÇELİK, s.51

bozmayacak ve burada herhangi bir farklı çıkarıma müsaade etmeyecek şekilde olmasına dikkat edilmelidir.

Bu başlıkta değerlendirilmesi gereken üç ihtimal vardır. Birincisi; tüketici tarafından her bir taksit için ayrı ayrı düzenlenmesine rağmen, kambiyo senedinin nama yazılı olmaması ihtimalidir. Bu durumda söz konusu senetler tüketici bakımından hiç tereddütsüz geçersiz olmalıdır.⁴⁵ Tüketicilerin, şahsi def'ilerini ileri sürememesi ihtimaline karşı korunması TKHK'nın temel amacıdır. Dolayısıyla nama yazılı düzenlenmemiş bir kambiyo senediyle borçlanmaları halinde doğrudan maddedeki yaptırım uygulanacaktır.

İkinci ihtimal ise; nama yazılı olarak düzenlenmesine rağmen tek bir kambiyo senedi düzenlenmesi durumudur. Bu takdirde, yukarıda da izah ettiğimiz üzere; tüketicinin taksitlerden bazısını ödememesi halinde borcun tamamından sorumlu olma tehlikesinin önüne geçilmesi amacıyla, "geçersizlik" yaptırımını uygulama alanı bulacaktır. Ancak, böyle bir ihtimalde, senedin taksitli satım sözleşmesi nedeniyle verilmediği ileri sürülerek senedin tüketici açısından geçerliliği sağlanmak istenebilir. İspat kolaylığı için tüketicinin yaptığı sözleşmede taksitli satıma ve bu satım için verilen senetlere ilişkin bilgilerin yer alması önerilmiştir.⁴⁶ Yargıtay kararlarında, "taksitli satım sözleşmesi" varlığının ispatı, tarafların arasındaki sözleşme ve senetlere taksitli satışa göre verilmiş sıra numarası verilmesi dikkate alınarak değerlendirilmiştir.⁴⁷

Üçüncü ihtimal, tüketici tarafından her bir taksit için ayrı ayrı düzenlenmiş kıymetli evraklardan biri ya da birkaçının nama yazılı olması durumudur. TKHK md. 4/5'e aykırılığın tüm senetler bakımından ileri sürülüp sürülemeyeceği değerlendirilmelidir. Taksitli satış bedelinin tamamını kapsayacak şekilde ayrı ayrı kıymetli evrak düzenlenmediği gerekçesiyle tüm senetlerin tüketici bakımından geçersizliği iddia edilebilir

⁴⁵ Bakınız: Yargıtay 11 HD, 28.05.2024, E. 2023/1045, K.2024/4361; 3 HD, 7.2.2024, E. 2023/2573, K. 2024/504, 3 HD, 17.10.2023, E. 2023/906, K. 2023/2737, (Lexpera, ErişimT: 23.01.2025).

⁴⁶ **BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU**, s. 75; **ZEVKLİLER/ÖZEL**, s. 112.

⁴⁷ Bakınız: Yargıtay HGK, 21.05.2014, E. 2014/12-403, K. 2014/682, 3 HD, 18.04.2016, E. 2015/13154, K.016/5870, 12 HD, 28.09.2023, E. 2022/13440, K.2023/5473 (Sinerji, ErişimT: 23.01.2025).

mi? Gümüş, “100 TL’si geçerli 900 TL’si geçersiz bir kısmı taahhüdün varlığından bahsedilemez; kanun menfi çözüm olarak kısmi butlan kuralının (TBK m.27/II) uygulanmasını engellemiştir” demektedir.⁴⁸

Bu noktada, senet geçersizliğinin tüm senetler bakımından ileri sürülmesinin tüketiciyi koruma amacını istenilenden daha fazla genişleteceği ve senet hamilleri bakımından bir haksızlık yaratacağı aşikârdır. Bu nedenle “geçersizlik” yaptırımı ancak, nama yazılı olarak düzenlenmemiş senetler bakımından ileri sürülmeli kanısındayız. Ayrıca bu gibi bir durumda tüketicinin pek çok senedi nama yazılı olarak düzenlediği dikkate alınır, bir anlık dalgınlıkla unutulmuş bir menfi emre kaydının, tüm senetler açısından geçersizlik doğurmasının tüketicinin en başta senetle bağlı olma yönündeki iradesini de göz ardı etmek olacaktır.

D. Kambiyo Senedi Düzenlenmesi

TKHK madde lafzının “senet düzenlenebilir” şeklinde olması sebebiyle, tüketicinin düzenleyen olduğu senetler dışında başvuru borçlusu olduğu senetlerin tüketici işlemi sırasında kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tüketicinin bir kıymetli evrakın lehtar, cirantası veya avalisti olduğu durumlarda ilgili senedin tüketici işleminde kullanılıp kullanılmayacağı meselesi de tartışmaya değerdir.

1. Tüketicinin Lehtar veya Ciranta Olduğu Kıymetli Evrak

Öğretide çoğu yazar TKHK hükmünün tüketicinin başvuru borçlusu olduğu senetleri de kapsayacağı görüşündedir.⁴⁹ Tüketicinin lehtar veya ciranta olarak elinde bulundurduğu bir kıymetli evrakın, yine madde içerisinde yer alan şartlara uygun olarak “nama yazılı” olarak satıcı/sağlayıcıya ciro edilmesi gerekir; aksi takdirde senet tüketici bakımından geçersiz sayılacaktır.

Öte yandan hükmün “senet düzenlenebilir” ifadesi nedeniyle, tüketicinin sadece düzenleyen olduğu kıymetli evrakı kapsadığı görüşü de savunulmaktadır.⁵⁰ Bahtiyar/Hamamcıoğlu da bu görüşü savunmakla be-

⁴⁸ GÜMÜŞ, s. 35.

⁴⁹ GÜMÜŞ, s. 43; ÇABRİ, s. 197; TÜZEMEN ATİK, Ebru: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Düzenlemelerinin Avale Etkisi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, s. 15; YILDIRIM/AYTUĞAR, s. 39; ÇELİK, s. 51.

⁵⁰ SÖNMEZ, s. 311-312.

raber, tüketicinin başvuru borçlusu olduğu senetlerin de hükmün korunmasından yararlandırılması gerektiğini ve konunun da kanunda açıkça düzenlenmesini önermektedir.⁵¹

Kanaatimizce hükmün açıkça “düzenleme” ifadesini kullanması, maddenin yalnızca tüketicinin düzenleyen olduğu tüketici senetlerini kapsadığına yönlendirse de elinde halihazırda bir kambiyo senedi olan tüketicinin bu senedi tüketici işlemi de kullanmasına izin verilmelidir. Hükmün asıl amacının kıymetli evrakı bilmeyen tüketicilerin korunması olduğu ifade edilmişken, kıymetli evraka biraz da olsa aşına olan bir tüketicinin, elindeki senedi tedavül ettirmesinde sakınca olmamalıdır. Gerçek kişi tacirin tüketici olma ihtimali bulunduğundan, kıymetli evraka işi gereği aşına olan bir tacirin, elindeki bu evrakı tüketici işlemi de kullanmak istemesi de mümkündür.

Ayrıca, tüketicinin başvuru borçlusu olduğu nama yazılı bir kambiyo senedini tüketici işlemi de kullanması durumuna ilişkin açık bir yasak da bulunmamaktadır. Eğer bu tür senetlerin tüketici işlemi de kullanılması kabul edilmezse; lehtar ya da cirantası olduğu nama yazılı bir kambiyo senedini tüketici işlemi de kullanan bir tüketici, kendisine başvurulduğu takdirde senedin “düzenleyeni” olmadığı için, kendisi yönünden geçersizliğini ileri sürerek senede dayalı borcundan kurtulabilecektir. Bu takdirde tüketicinin “kötü niyetli” olarak senedin geçersizliğinin ileri sürmesi ihtimali daha kuvvetlenir. Bu nedenle, madde lafzının “senedin düzenlenmesi” değil “senedin verilmesi” şeklinde yeniden ifade edilmesi daha uygun olacaktır.

2. Tüketicinin Avalist Olduğu Kıymetli Evrak

Literatürde tüketicinin avalist olduğu durumlar üzerinde durulmamıştır. Bu konuya ilişkin olarak Tüzemen Atik, avalin md. 4/5 kapsamında olduğunu değerlendirir.⁵² Yıldırım/Aytuğar ise, “böyle bir durumda tüketicinin verdiği aval, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı ve nama yazılı senet üzerinde ise geçerli olacaktır” diyerek tüketicinin avale borçlanabileceğini kabul etmektedir.⁵³ Diğer taraftan Bahtiyar/Hamamcı-

⁵¹ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 85.

⁵² TÜZEMEN ATİK, s. 1-33.

⁵³ YILDIRIM/AYTUĞAR, s. 41.

oğlu madde lafzının tüketicilerin sadece “düzenleyeni” oldukları kıymetli evraka yönelik olduğu bu nedenle avalist olarak borçlanmalarının mümkün olmadığı görüşünü ileri sürmektedir.⁵⁴

Kıymetli evrak hukukunda düzenlenen aval; kambiyo taahhüdü altına giren kişiler lehine verilen bir tür kefalet olarak tanımlanır.⁵⁵ Her ne kadar bir tür kefalet olarak tanımlansa da aval, TBK’da tanımlanan kefaletten farklı şekil ve sonuçlara tabidir.⁵⁶ TTK md. 701’de düzenlenen şekil şartlarına göre; kefaletten farklı olarak aval, “poliçe veya alonj üzerine yazılır” ve aval anlamına gelecek ibareler belirtilerek avalist tarafından imza edilir.

TTK md. 702/1 uyarınca, yine kefaletten farklı olarak, avalistin sorumluluğu lehine aval verdiği kişiyle aynıdır; dolayısıyla avalist müteselsil sorumluluğa sahiptir.⁵⁷ Aval verenin sorumluluğu ise poliçeden kaynaklanmakta; bu sebeple lehine aval verdiği kişinin sahip olduğu şahsi def’ileri ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır. Hatta TTK md. 702/2 uyarınca, “*Aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerlidir*” denilmektedir. Ayrıca, avalist poliçe bedelini öderse, lehine aval verdiği kişiye rücu edebilmekte ve bu kişiye karşı sorumlu olan kişilere de kambiyo senedinden doğan hakları iktisap edebilmektedir (TTK md. 702/3).

Tüketicinin avalist olarak borç altına girdiği haller bakımından düşünülmesi gereken birkaç nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki; kıymetli evrakın tüketici işlemi için verildiğinin tespiti ve ispatı meselesi; bir diğeri avalist tüketicinin md. 4/5’te yer alan geçersizlik def’ini ileri sürüp süremeyeceği ve son olarak TKHK md. 4/6’nun avale olan etkisi konusudur.

TKHK md. 4/5’e göre tüketicinin kıymetli evrakla borç altına girebilmesi için öncelikle ortada bir tüketici işleminin bulunması gerekmektedir. Kambiyo senedinin tüketici işlemi için düzenlendiğinin ispatı meselesi büyük sorun teşkil etmektedir. Tüketicinin avalist sıfatıyla, satıcı/sağlayıcının hamili olduğu bir senetle borç altına girmesi halinde, söz konusu senedin “tüketici işlemi” dışındaki bir işlem/borç dolayısıyla ve

⁵⁴ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU. Benzer şekilde; SÖNMEZ, s.311-312; ÇELİK, s. 51.

⁵⁵ PULAŞLI, s. 203; POROY/TEKİNALP, s. 219; BOZER/GÖLE, s 176.

⁵⁶ Aval ve kefalet arasındaki farklar için bakınız: PULAŞLI, s. 204-206; BOZER/GÖLE, s. 178-180. POROY/TEKİNALP, s 219.

⁵⁷ PULAŞLI, s. 205.

rılmış olması mümkündür. Tüzemen Atik, bu noktada “aval taahhüdünün” tüketici işlemi için verilmiş olmasının önemli olduğunu ileri sürmektedir. Gerçekten de tüketicilerin düzenleyeni oldukları senetler dışında kambiyo taahhüdü altına girmelerini kabul ettiğimiz takdirde; halihazırdaki senedin ilk başta düzenlenmesine kaynak teşkil eden hususun tüketici işlemi olmasını aramak doğru olmayacaktır. Böyle bir şartın kabulü ile en baştan tüketicinin lehtar, ciranta ya da avalist olarak tüketici işlemi için borçlanamayacakları sonucu doğuracaktır. Ancak bu noktada; tüketicinin verdiği avalin tüketici işlemi için yapıldığını ispat ise sorun olacaktır. İspat için, tüketici sözleşmesinde, kambiyo senedine ilişkin kayıt konulması bu halde de uygulanabilmelidir. Ancak, yine de uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde aval taahhüdünün tüketici işleminden kaynaklandığının tespiti kolay olmayacaktır.

TKHK md. 4/5 uyarınca, nama yazılı olarak senet düzenleme zorunluluğu, tüketicinin avalist olarak borç altına girdiği haller için de geçerli olacaktır. Ancak, senet nama yazılı da olsa avalistin durumunun daha farklı olduğu; onun lehine aval verdiği kişinin şahsi def’ilerini ileri süremeyeceği unutulmamalıdır. Avalist olarak senetle borçlanan tüketici, ancak kendisine müracaat eden senet hamiline karşı sahip olduğu kişisel def’ileri ileri sürebilecektir. Bu durum, tüketicinin yalnız “nama yazılı” kıymetli evrakla borçlanabilmesi şartını getiren hükmün koruma amacına ters düşmektedir. Ayrıca TTK md. 702/2 gereğince avalistin sorumluluğu lehine aval verdiği kişinin borcu batıl olsa dahi devam etmektedir. Avalist yalnızca senet metninde “şekle ait noksanlık” bulunması halinde sorumluluktan kurtulabilecektir. Tüm bu ilkeler düşünüldüğünde, avalist tüketicinin nama yazılı kıymetli evrakla taahhüde girmesi onun sorumluluğunu azaltmayacaktır.

TKHK md. 4/6 uyarınca “Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır.” Söz konusu hüküm nispi emredici olup, tüketicinin aleyhine aksini kararlaştırmak mümkün değildir. Asıl borçlunun borcu, şahsi teminat yoluyla

üçüncü bir kişi tarafından güvence altına alınmaktadır.⁵⁸ Kefalet sözleşmeleri de şahsi teminatlar kapsamına dahil edildiğinden, kendine özgü bir kefalet türü olan aval de hükmün kapsamda değerlendirilebilir.⁵⁹

Avalin, adi kefaleti dönmesi halinde, en başta tüketici açısından asıl borçluya müracaat edilmeden kefile başvurulamaması kuralı uygulama alanı bulacaktır.⁶⁰ Avale ilişkin ilkelerden farklı olarak kefalet ilişkisinde asıl borç geçersizse, kefilin borcu da geçersiz olacaktır. Kefalet ilişkisinde, yine avalin aksine, kefil asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu def'ileri ileri sürme hakkına sahip olacaktır. Kefalet ilişkisinde kefil, borcu ödediği takdirde alacaklının haklarına halef olurken; avalde, avalistin ödeme yapması durumunda; lehine aval verdiği kişiye ve bu kişiye karşı sorumlu olanlara karşı, poliçeden doğan hakları iktisap ederek başvurabilir.⁶¹

Avalin, THKH md. 4/6 kapsamında değerlendirilmesiyle birlikte, avalist tüketici, kendisine başvuran senet hamiline karşı avalin adi kefalet olduğunu ileri sürüp süremeyeceği sorusu doğmaktadır. Zira, kıymetli evrakın güvenliği ve tedavül kuvveti düşünüldüğünde, senet hamilleri bakımından bir belirsizlik doğacaktır. Yargı kararlarını incelediğimizde, tüketicinin düzenleyen olduğu senetler bakımından dahi, senedi iktisap eden hamillerin, senedin tüketici işlemi için verildiğini bilinmediklerini iddia ederek, kıymetli evrakın temel ilkelerinin işletilmesi için çabaladığı görülmektedir. Hâl böyleyken, tüketicinin avalist olarak borçlanması ve md. 4/6'yı ileri sürmesi, tüketici işleminin varlığını ispat bakımından daha fazla sorun çıkaracaktır. Tüzemen Atik de maddede açık düzenleme olmamasından yola çıkarak "işlem güvenliği ve iyi niyetin korunması" gerektiğini ifade etmiştir.⁶²

Kanaatimizce md. 4/5 ile kıymetli evraka ilişkin hususlar düzenlenmişken, kanun koyucu md. 4/6 hükmü ile yine bu hususları düzenlemeyi düşünmemiştir. Madde gerekçesine bakıldığında da amacın "tüketici işlemlerinde kefil olan kişileri korumak" olduğu açıkça ifade edilmiştir. Tü-

⁵⁸ FIRINCIOĞULLARI, Feray, Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar, Ankara 2018, s. 68.

⁵⁹ Bknz: TÜZEMEN ATİK, s. 1-3.

⁶⁰ Bknz TÜZEMEN ATİK, s. 17-20; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 113; PULAŞLI, s. 205.

⁶¹ PULAŞLI, s. 205.

⁶² TÜZEMEN ATİK, s.26

zemen Atik de avalin md. 4/6 kapsamında ele alınmasının “kanun koyucunun amacının çok ötesinde” olduğunu ifade ederek; hükmün, avalı kapsam dışında bırakacak şekilde düzenlenmesini önermiştir.⁶³

Literatürde, madde lafzının “düzenleme” kelimesini kurması nedeniyle, tüketicinin avalist olarak kambiyo senediyle borçlanamayacağı ifade edilmiştir.⁶⁴ Fakat, yukarıdaki başlıkta da tartışımız ve pek çok yazarın da katıldığı üzere, düzenleme ifadesi, tüketicinin lehtar ya da cira olarak senetle borçlanmasına engel teşkil etmemektedir. Tüketicinin avalist olarak taahhüdü ile borçlanması beraberinde pek çok sorunu doğuracağı gerekçesi ile mümkün olmamalıdır. Tüketicinin bu şekilde borçlanmasının uygulamada karşımıza çıkma ihtimali de kanaatimizce düşüktür. Tüzemen Atik’in de haklı olarak ifade ettiği üzere avalin varlığı senet üzerinde imzası bulunanlara ilişkin güvensizliği göstereceğinden, avalin tercih edilmeyip aval yerine kişinin senedi ciro etmesinin tercih edildiği görülmektedir.⁶⁵

II. TÜKETİCİNİN KAMBİYO SENEDİ İLE BORÇLANMASINDA NAMA YAZILI SENET DÜZENLENMEMESİNİN SONUÇLARI

Madde 4/5 hükmüne göre; kanuna aykırı şekilde, tüketici tarafından düzenlenen kambiyo senetleri “tüketici yönünden geçersiz” sayılacak ve md. 77’de yer alan idari para cezaları uygulanacaktır. Madde 4/5’in gerekçesinde “*beşinci fıkrada yapılan düzenlemeyle, sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebileceği belirtilmiş, tüketici dışındaki kişiler yönüyle kambiyo senedi geçerli sayılmış, dolaşıma giren kambiyo senedi yönüyle işlem güvenliği sağlanmış, aynı zamanda da tüketicinin mağdur olmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır*” denilmiştir. Gerekçede tüketicinin mağdur edilmemesi düşüncesi üzerinde durmuş; fakat, geçersizlik def’inin türüne ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi düzenleyen tüketicinin, maddedeki def’iyi senet hamiline karşı ileri sürmesinin kıymetli evrakın genel ilkeleri çerçevesinde mümkün olup olmadığı tartışma konusudur. Aşağıdaki başlıklarda ise bu def’inin niteliği ve idari para cezası değerlendirilecektir.

⁶³ TÜZEMEN ATİK, s. 27.

⁶⁴ Bakınız BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s.311-312; ÇELİK, s. 51.

⁶⁵ TÜZEMEN ATİK, s. 27.

A. Kıymetli Evrak Hukuku Def'i Sistemi İçerisinde Senedin Tüketici Açısından Geçersizliği Yaptırımı

Kıymetli evrak hukukuna göre, etkisi bakımından mutlak ve nispi def'iler ayrımı; def'inin özellikleri bakımından senet metninden anlaşılabilen, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler, şahsi def'iler ayrımı yapılmaktadır.⁶⁶ Mutlak def'iler herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Senet metninden anlaşılabilen def'iler ile senedin geçersizliğine ilişkin def'ilerin bu türden bir def'i olduğu düşünülmektedir.⁶⁷ Nispî def'iler ise herkese karşı ileri sürülemeyen def'ilerdir ve bu gruba şahsi def'iler dahil olmaktadır.⁶⁸

Senet metninden anlaşılabilen def'iler senedin içermesi gereken bir kaydın bulunmaması ya da senette yer almaması gereken bir kaydın var olması halleridir.⁶⁹ Senet üzerinden kasıt, senedin ön, arka yüzü ve alonjdur.⁷⁰ Bu türden def'iler ise senetten kolayca anlaşılabilirdiği için herkese karşı ileri sürülebilir.

Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler, senet metninden kolayca anlaşılmadığından, herkes tarafından değil yalnızca söz konusu def'i kendisinde doğan kişi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir.⁷¹ Sahte imza, ehliyetsizlik, temsil yetkisinin bulunmaması yahut bu yetkinin aşılması gibi haller bu def'i türüne örnek olarak gösterilebilir.⁷² Poroy/Tekinalp, bu def'ileri "geçersizlik def'i" olarak isimlendirmiş; irade bozuklukları, dolaşıma koyma sözleşmesinin yokluğu veya bu sözleşmenin kurulmasında irade bozukluğu ile geçerli bir iradenin bulunmadığı hallerin bu def'i kapsamında olduğunu belirtmiştir.⁷³

Kendigelen/Kırca ise senedin geçersizliğine ilişkin def'ileri "geçersizlik" ve "isnat" def'ileri olmak üzere ikiye ayırır.⁷⁴ İsnat def'ilerinde se-

⁶⁶ Bknz. ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku: 26. Bası, Ankara 2022, s. 45-48; ÜLGEN/HELVACI/ KAYA NOMER ERTAN, s. 71vd.; SÖNMEZ, Şahsi Defiler, s.30 vd.

⁶⁷ ÜLGEN/HELVACI/ KAYA NOMER ERTAN, s. 71-74

⁶⁸ ÜLGEN/HELVACI/ KAYA NOMER ERTAN, s. 74-77.

⁶⁹ ÜLGEN/HELVACI/ KAYA NOMER ERTAN s. 72; PULAŞLI, s. 74.

⁷⁰ ÜLGEN/HELVACI/ KAYA NOMER ERTAN s. 73.

⁷¹ ÜLGEN/HELVACI/ KAYA NOMER ERTAN s. 73.

⁷² ÜLGEN/HELVACI/ KAYA NOMER ERTAN s. 74.

⁷³ POROY/TEKİNALP, s. 102.

⁷⁴ KENDİGELEN/KIRCA, s. 9; POROY/TEKİNALP, s.102. Geçersizlik def'ilerinin isnat def'ilerini de kapsadığını ifade eder.

nedin tedavüle çıkmasının hukuka uygun olduğu yönünde yaratılan görünüş, ilgili kişiye isnat edilememektedir.⁷⁵ Örneğin senet üzerine sahte imza konulması, fiil ehliyetine sahip olmayan bir kişinin veya yetkisiz temsilcinin imza atması, tehdit, cebir gibi haller bu türden sayılmıştır.⁷⁶ Geçersizlik def'i ise söz konusu senedin tedavüle çıkması ile ilgili sorunlara ilişkindir. Tedavül sözleşmesinin var olmaması (senedin çalınması, kaybolması gibi), söz konusu sözleşmenin yetkisiz temsilci tarafından yapılması, ya da var olan tedavül sözleşmesinin sahibini bağlamaması (ahlaka aykırı amaç için kambiyo senedi verme) gibi hallerde söz konusu olur.⁷⁷ Kendigelen/Kırca isnat def'ilerinin mutlak def'i; geçersizlik def'ilerinin ise nispi def'i olduğunu ileri sürmektedir.⁷⁸

Kişisel ya da şahsi def'iler, TTK md. 659 ve 825'te ifade bulduğu üzere *“alacaklı kim ise ona karşı, şahsen haiz bulunduğu def'iler”* olarak tanımlanabilir. Buradaki def'iler, senedin borçlusunu ile alacaklısı arasındaki ilişki sonucunda meydana çıkmaktadır. Örneğin, senedin düzenlenmesinin sebebi olan temel ilişki ya da taraflar arasında var olan özel bir anlaşma ya da kambiyo taahhüdü ile ilgisi olmayan başka bir ilişki sebebiyle meydana gelebilir.⁷⁹

Kıymetli evrakın türüne göre, hangi def'ilerin senedin borçlusunu tarafından ileri sürülebileceği belirlenmiştir. Nama yazılı kıymetli evrakların devri, alacağın temlik hükümlerine tabidir. TBK md.188 alacağın temlikine göre borçlunun savunmalarını düzenlemiştir. Hükme göre; *“borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.”* Bu nedenle, nama yazılı bir kıymetli evrakın borçlusunu sahip olduğu def'ilerini herkese karşı ileri sürebilir.⁸⁰

Emre yazılı ve hamile yazılı kıymetli evraklar bakımından ileri sürülebilecekler def'iler TTK 659. (hamile yazılı senetler için) ve 829. (emre yazılı senetler için) maddelerde yer almaktadır. Bu hükümlere göre, bu tür senetlerin borçluları, *“senetten doğan alacağa karşı ancak senedin geçersizliğine ilişkin veya senet metninden anlaşılan def'ilerle alacaklı kim ise ona karşı,*

⁷⁵ KENDİGELEN/KIRCA, s. 96-99.

⁷⁶ KENDİGELEN/KIRCA, s. 96-99.

⁷⁷ KENDİGELEN/KIRCA, s. 105; POROY/TEKİNALP, s. 103-106.

⁷⁸ KENDİGELEN/KIRCA, s. 95.

⁷⁹ ÜLGEN /HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, s. 75; KENDİGELEN/KIRCA, s. 111-112; PULAŞLI, s. 76.

⁸⁰ KENDİGELEN/KIRCA, s. 66-89; ÜLGEN /HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 75.

şahsen haiz bulunduğu def'ileri ileri sürülebilir." Buna göre, senedin geçersizliği veya senet metninden anlaşılan def'iler mutlak def'i grubunda olup herkese karşı ileri sürülebilirken; nispi def'iler ancak alacaklı ve borçlu arasında bir ilişki bulunması halinde ileri sürülebilecektir.

Görüldüğü üzere, bu tür senetler bakımından, nama yazılı senetlerde olduğu gibi senedi devreden kişiye karşı sahip olunan def'ilerin herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Oysa, tüketici işlemi sebebiyle düzenlenen nama yazılı bir kambyo senedi, tüketiciye, satıcı/sağlayıcı ile aralarındaki ilişkiden kaynaklanan def'ileri karşısına gelen her senet hamiline karşı ileri sürme imkânı tanımaktadır. Tüketicinin emre veya hamiline olarak kambyo senedi düzenlemesinde, TKHK'da belirtilen senedin "tüketici yönünden geçersizliği", hangi tür def'i olacak ve kimlere karşı ileri sürülebilecektir?

Literatürde bu konuda üç görüş olduğu gözlemlenmiştir. Bir görüşe göre, tüketici yönünden geçersizlik mutlak bir def'idir, dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilir.⁸¹ Bir diğer görüşe göre ise, buradaki def'i kişisel bir def'idir bu nedenle yalnızca, senedi kötü niyetle iktisap eden hamillere karşı ileri sürülebilir.⁸² Üçüncü görüşe göre ise, TKHK'da getirilen senedin geçersizliği yaptırımı, şahsi def'ilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini engelleyen genel hükümlere istisna teşkil etmektedir.⁸³

Kanaatimizce, maddede yer alan "tüketici yönünden geçersizlik" yaptırımı; herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir def'idir. Buradaki def'i incelendiğinde, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler kapsamında olduğu değerlendirilmesi yapılabilir. Zira; geçersizlik "yalnız" tüketici bakımından olup, tüketici tarafından herkese karşı ileri sürülebilme ve ayrıca ilk bakışta senet metninden anlaşılmalıdır. Geçersizlik ise, senet üzerinde imzası bulunan tüketicinin "ehliyetine"

⁸¹ ÇABRİ, s.198, AYDOĞDU/KAHVECİ, 2021, s. 304; ÇELİK, s. 54.; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 84. AKİPEK/KARA, s. 48; GÜMÜŞ, s.43; ÖZEN, Burak: Madde 4/ Şerhi, Milli Şerh, s.108. Özen, "senet metninden anlaşılan ve kambyo hukukuna ait terminolojide mutlak def'iler denilen savunmalara denk bir savunma sağlayacaktır" demektedir.

⁸² ÜLGEN /HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 144; UZUNALLI EROĞLU, s. 128-142.

⁸³ KENDİGELEN/KIRCA, s.121; YEŞİLTEPE, s. 42; GÜNER, Temel: "Tüketici Lehine Güvence Veren Avalistin Sorumluluğu (TKHK m. 4/6), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.4, 2023, s. 245; KARA, s. 96. Kara: "Doktrinde, tüketici işlemi nedeniyle, tüketici tarafından düzenlenen, nispi def'ilerin bir anlamda (senet metninden anlaşılmayan), mutlak def'i halinde dönüştüğü kabul edilmektedir" diyerek yukarıda değindiğimiz görüşü savunur. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 83.

ilişkindir denilebilir.⁸⁴ Kanun koyucu tüketicinin kıymetli evraka ilişkin bilgisinin kısıtlı olduğu düşüncesiyle hareket etmiş; tüketicinin emre veya hamiline olarak düzenlediği kambiyo senedinin tedavül ettirildiği hal-lerde, temel ilişkiden kaynaklanan def'ileri ileri sürememesinin önüne geçmek istemiştir. Bu nedenle, tüketicinin, tüketici işlemleri sebebiyle "emre ya da hamiline yazılı kıymetli evrak" ile borçlanma ehliyetini sınırlandırmıştır.

Maddedeki def'inin mutlak def'i olduğu görüşünü savunmakla birlikte, buradaki def'inin, yalnızca "tüketici işlemi" için düzenlenen nama yazılı olmayan kambiyo senetlerinin varlığında ileri sürülebileceği unutulmamalıdır. Yukarıdaki başlıklarda izah ettiğimiz üzere, açık bir şekilde tüketici işlemi olduğu belli olmayan emre ya da hamile yazılı bir senedi devralan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı, tüketicinin senedin kendisi bakımından geçersiz olduğunu ileri sürmesi uygulamada da kabul görmemiştir.⁸⁵

Burada dikkat çekilen bir başka önemli husus, tüketicinin, işleminin karşı tarafı olan satıcı/sağlayıcıya karşı bir def'i imkânı yokken (malın/hizmetin ayıplı olması gibi), sırf senedin kanunun aradığı şartları taşımaması nedeniyle senedin kendisi bakımından geçersizliğine gitmesi ihtimalidir. Yeşiltepe, temel ilişkide problem olmamasına rağmen, kötü niyetle "geçersizlik" def'i ileri sürerek kambiyodan doğan sorumluluklarından kurtulmak isteyen tüketici açısından bir sınırlandırma getirilmesi gerektiği kanaatindedir.⁸⁶ Yazar, bu nedenle TKHK'da yer alan korumanın "mutlak def'i" olduğunu kabul etmenin kanunun amacını aşacağını, buradaki yaptırımını şahsi def'ilerin ileri sürülebilmesi için getirilen bir istisna olarak değerlendirmenin doğru olacağını belirtir.⁸⁷ Bahtiyar/Hamamcıoğlu ise, tüketicinin, hem senedin tüketici işlemi sebebiyle verildiğini, hem de temel borç ilişkisine dayanan bir def'iyeye sahip olduğunu ispatlamak zorunda kalacağı ve ispat yükünün artacağı gerekçesiyle söz konusu görüşe katılmamaktadır.⁸⁸

⁸⁴ Aynı şekilde bakınız GÜMÜŞ, s. 43; ÇELİK, s. 54. Karşıt görüşte bkz. UZUNALLI EROĞLU, s. 133.

⁸⁵ Bakınız: "I.A.2. TKHK Işığında Tüketici İşlemi"

⁸⁶ YEŞİLTEPE, s. 42-43.

⁸⁷ YEŞİLTEPE, s. 42.

⁸⁸ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 84.

Yeşiltepe'nin tüketicinin korunması ve senedi iyi niyetle iktisap eden hamilin makul menfaatleri arasında bir denge kurmak istemesi anlaşılabilirse de Bahtiyar/Hamamcıoğlu'nun vurguladığı üzere; TKHK, tüketicinin kötü niyetli olup olmamasına bakmaksızın, açık bir şekilde tüketicilerin nama yazılı kıymetli evraktan başka türde bir senet düzenlemesi halinde senedin tüketici bakımından geçersiz oluşunu ifade etmiştir. Kanunun aradığı şarttan daha fazlasını aramak uygun olmayacaktır. Kanaatimizce, tüketici ile senedi devralan hamil arasında kurulmak istenen bu denge, ancak kanunun lafzının değiştirilmesi ile yapılabilir. Fakat, madde lafzına, "tüketicinin, satıcı/sağlayıcıya karşı temel ilişkiden kaynaklanan def'isi yoksa, geçersizlik def'ini ileri süremeyeceğine" yönelik bir ifade eklediğimizde; maddedeki def'i tamamen değişecektir. Bu durumda, gerçekten bazı yazarlarca maddedeki def'inin niteliği tartışmasında savunulan görüşe uygun olarak, emre ve hamiline yazılı senetlerde şahsi def'ilerin ileri sürülebilmesine olanak tanıyan bir istisna meydana getirilmiş olacaktır.

Böyle bir ifadenin maddeye eklediği ihtimalde, kanun koyucunun, tüketici tarafından senedin nama yazılı olarak düzenlenmesi zorunluluğunu getirmesinin de bir anlamı olmayacağı düşüncesindeyiz. Çünkü, bu takdirde, tüketici her türlü kambiyo senedi ile borçlanabilecek ve eğer emre ya da hamiline yazılı bir kambiyo senedi düzenlerse, temel ilişkide satıcı/sağlayıcıya karşı sahip olduğu def'ileri karşısına gelen her hamile karşı ileri sürebilecektir. Peki, bu tüketicinin korunması ve kıymetli evrak hukuku açısından daha uygun bir çözüm tarzı olabilir mi? Kanaatimizce, kanunda doğrudan nama yazılı senet düzenlenmesi zorunluluğu bulunması, senedi devralacak hamiller tarafından daha yararlı olacak, kamu itimadına mazhar olmayan bu senetleri alacağın temliki yoluyla devralacak hamillerin buna göre hareket etme olanağı olacaktır. Hatta, literatürde bazı yazarlarca da belirtildiği üzere, senedin nama yazılı olması durumunda, üçüncü kişiler bu tür senetleri devralmayı tercih etmeyecek, tedavül ettirilmemiş senet nedeniyle, tüketicinin karşısında bizzat hukuki işlemin karşı tarafı gelecektir. Bu da temel ilişkiden kaynaklı def'ilerin ileri sürülmesi açısından daha büyük kolaylık sağlayacaktır.

Ayrıca maddenin bu halinde kıymetli evrak hukuku sistematikliğini bozmadan, tüketici bakımından geçersizliği mutlak def'i türlerine dahil etmek mümkündür. Emre veya hamiline yazılı kambiyo senetleri için bir istisnanın oluşturulması gerekliliği de hasıl olmadan var olan sistematik içerisinde bu def'iyi konumlandırmak mümkündür.

Tüketicinin kötü niyetine dair endişe tüketici tarafından satıcı/sağlayıcıya verilmiş ancak tedavül ettirilmemiş bir senet açısından da ele alınabilir. Böyle bir senedin “nama yazılı olmadığı” gerekçesi ile geçersizliği ileri sürülebilir mi? Çelik, böyle bir durumda, satıcı/sağlayıcıya karşı senedin nama yazılı olarak düzenlenmediğinden bahisle geçersizliğinin ileri sürülmesinde “tüketicinin korunmaya değer bir menfaatinin” bulunmadığı savunur.⁸⁹ Çünkü, tedavül ettirilmemiş senet açısından zaten senet türü ne olursa olsun senedin lehtarını olan satıcı/sağlayıcıya karşı aralarında var olan def’ileri ileri sürebileceği için tüketici korunmaktadır.⁹⁰ Yazarın eleştirilerine karşılık, TKHK md. 4/5 lafzı açık bir şekilde tüketicilerin yalnızca nama yazılı kambiyo senedi düzenleyebileceğini hükme bağlamış, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere onun başka türlü kıymetli evrak düzenleme ehliyetini tüketici işlemi bakımından yasaklamıştır. Hükümdeki yaptırımını mutlak def’i olarak değerlendirdikten sonra, senedin tedavül edip etmemesinin önem arz etmeyeceği gibi, maddede böyle bir ayırım yapılmamıştır. Öte yandan, satıcı/sağlayıcının TTK bağlamında tacir olma ihtimalinin yüksek olduğu hesaba katılırsa, uygulamada, mahkemenin satıcı/sağlayıcının basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne vurgu yapılarak, onun senedi düzenlerken “nama yazılı” olarak düzenlemesi gerektiğini bilmesi ve aykırı hareket ettiği için geçersizlik sonucuna katlanmasına karar verilmesi ihtimal dahilindedir.⁹¹

Tüketicinin düzenlendiği, ancak tedavül etmeyen bir kambiyo senedinin nama yazılı olmaması sebebiyle tüketici açısından geçersizliği ileri sürülse bile, unutulmamalıdır ki, tarafların kambiyo senedi verilmesine temel teşkil eden hukuki ilişki sebebiyle sorumluluğu devam edecek

⁸⁹ ÇELİK, s 56.

⁹⁰ ÇELİK, s 56.

⁹¹ Bakınız: Yargıtay 11 HD, 8.05.2018, E.2016/10947, K.2018/3300, (Lexpera, ErişimT: 30.12.2025). Kararda, her ne kadar uyuşmazlık senedi devralan hamille, borçlu tüketici arasında doğsa da mahkeme hamilin tacir sıfatına vurgu yaparak karar vermiştir: “6502 Sayılı TKHK’nun 4/5 maddesi uyarınca davacı ile dava dışı inşaat firması arasında sadece nama yazılı senet düzenlenmesi gerekirken, emre yazılı olarak düzenlenmiş olması nedeniyle dava konusu bononun tüketici/davacı yönünden geçersiz olduğu, davalı bankanın bir tacir olarak umumiyetle ... genelinde tüketicilere konut satan Group A.Ş’nin müşteri/tüketici senedi aldığını bilmesi ve bu tür senetleri alırken ihtiyatlı davranması gerektiği, bu nedenlerle davanın kabulü ile 22.500,00 TL’nin tahsiline karar verilmiştir.” Ayrıca Bakınız: Yargıtay 3 HD, 24.04.2017, E. 2023/2573, K.2024/504, T.07.02.2024; İzmir BAM 12 HD E. 2017/714, K. 2017/1011, (Sinerji, ErişimT: 30.12.2025) Uyuşmazlıkta, senet tedavül ettirilmemiş olsa da mahkeme, nama yazılı düzenlenmeyen senetlerin tüketici yönünden geçersizliğini kabul etmiştir.

tir. Örneğin, satıcı/sağlayıcının sorumluluğunu yerine getirdiği ancak, tüketicinin bedeli ödemediği bir satım sözleşmesinin varlığı halinde, borca karşılık düzenlenen emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi bakımından tüketicinin geçersizlik iddiası kabul edilecek olsa dahi karşı tarafın temel ilişkiye dayanarak açacağı bir davada tüketicinin ödeme yapmaktan kaçınması mümkün olamayacaktır.

Sonuç itibarıyla, TKHK md. 4/5'te yer alan def'i, hamilin iyiniyetli olması yahut senet borçlusunun kötü niyetli olması gözetilmeksizin herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak def'i olarak düzenlendiği görüşünü savunmaktayız.

B. Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Yönünden "Geçersizlik" Yaptırımı

Literatürde, TKHK md.4/5'te yer alan yaptırıma ilişkin farklı görüşler savunulduğu gibi, Yargıtay'ın da konuya ilişkin farklı kararlar verdiği görülmüştür. Verilen bazı kararlarda, geçersizlik iddiasının nispi def'i olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Yargıtay 12 HD'nin 2016 yılında verdiği bir kararda,⁹² "Bu durumda TTK'nun 687. maddesi hükmü gereği keşideci borçlunun, leh tara karşı ileri sürülebileceği def'ileri (senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile 4077 sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını) takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği hususu nazara alınarak istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." diyerek geçersizliği nispi def'i olarak değerlendirmiştir.⁹³

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 2014 yılında verilen kararlarda,⁹⁴ geçersizliğin nispi defi olduğu aşağıdaki gerekçe ile birlikte savunulmuştur: "Bu durumda mahkemece, 6762 sayılı TTK'nun 599. maddesi hükmü gereği borçluların "senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile TKHK'nun 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını" takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği gibi, keşidecinin bu durumu sonradan iyiniyetli hamile karşı da ileri sürmesi mümkün değildir. Görüşmeler sırasında

⁹² Yargıtay 12 HD, 06.06.2017, E. 2016/16850, K. 2017/8875, (Sinerji, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

⁹³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin aynı gerekçeye dayanarak verilmiş benzer kararları bulunmaktadır. Bakınız: Yargıtay 12 HD, 05.03.2014, E. 2014/3314, K. 2014/6302, E. 2016/971, K. 2016/10427, T.07.04.2016; E. 2016/13182, K. 2017/4649, T.27.03.2017 (Sinerji, Erişim Tarihi: 15.01.2025).

⁹⁴ Yargıtay HGK, 05.03.2014, E. 2013/12-2114, K. 2014/211, E. 2013/1286, K. 2014/207, T. 05.03.2014; E. 2013/2116, K. 2014/213, T. 05.03.2014 (Sinerji, Erişim Tarihi: 15.08.2024).

bir kısım üyeler tarafından TKHK'nun 6/A maddesi uyarınca, nama yazılı olarak düzenlenmesi gereken tüketici senedinin emre yazılı olarak düzenlenmesi halinde senedin geçersizliği sonucunu doğuracağı ve bu hususun herkese karşı ileri sürülebileceğinden takip konusu senedin bu nedenle geçersiz olduğunun kabulü ile yerel mahkeme kararının onanması yönünde görüş beyan etmiş iseler de, bu görüş yukarıda belirtilen nedenle Kurul çoğunluğunca kabul edilmemiştir."⁹⁵

Yargıtay'ın diğer kararlarında ise geçersizlik mutlak def'i olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2014 tarihli kararında,⁹⁶ "TKHK.nun 6/A maddesinde, taksitli satışlarda kıymetli evrak niteliğinde düzenlenecek senetlerin, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenleneceği, aksi halde kambiyo senedinin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Eldeki davada düzenlenen bono nama yazılı olmaması nedeni ile geçersizdir. Davalı ... Faktoring A.ş ile .. Faktoring Aş kendilerine ciro edilen senetlerde yetkili hamil olduklarından iyiniyetli olup olmadıklarının , kötüniyetli kasıtlı davranıp davranmadıklarının bir önemi yoktur" demek suretiyle, senet nama yazılı olarak düzenlenmediğinde geçersizlik yaptırımının herkese karşı ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.⁹⁷ 2016 tarihli Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda,⁹⁸ "ayrıca senetlerin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun emredici 6/A maddesi uyarınca nama yazılı düzenlenmemesi nedeniyle, **herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hükümsüzlük hali de nazara alındığında;**" denilerek hüküm kurulmuştur. Yargıtayın diğer daireleri tarafından da verilen kararlarda yine geçersizliğin mutlak defi olarak savunulması söz konusu olmuştur.⁹⁹

Yargıtay'ın çeşitli dairelerce benimsenen farklı görüşler sebebiyle 2018 yılında Yargıtay İBBGK içtihatların birleştirilmesi istemi ile toplanmıştır.¹⁰⁰ Ancak, 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girmiş olması ve ilgili kanun maddesinde geçersizliğin tüketici yönünden olduğunun belirtil-

⁹⁵ Yargıtay HGK, 05.03.2014. E. 2013/1286, K. 2014/207, (Sinerji, Erişim Tarihi: 22.08.2024).

⁹⁶ Yargıtay 13 HD, 04.06.2014, E. 2014/879, K. 2014/17617, (Sinerji, Erişim Tarihi: 22.08.2024).

⁹⁷ Yargıtay 13 HD'nin benzer kararları bulunmaktadır. Bakınız: Yargıtay 13 HD, 12.04.2017, 2015/19359, K. 2017/4278; 21.02.2018 E. 2017/919, K. 2018/2218, (Sinerji, Erişim Tarihi: 22.08.2024).

⁹⁸ Yargıtay 3 HD, 18.04.2016, E. 2015/13154, K. 2016/5870, (Sinerji, Erişim Tarihi: 27.08.2024).

⁹⁹ Yargıtay 11 HD, 08.05.2018, E. 2016/10947, K. 2018/3300, T.; 11. HD, 22.10. 2018, E. 2017/1006, K. 2018/6570; Yargıtay 19 HD, 07.11.2018, E. 2017/5107, K. 2018/5565, (Sinerji, Erişim Tarihi: 27.08.2024).

¹⁰⁰ Yargıtay BGK, 29.11.2019, E. 2018/5, K. 2019/6, (Sinerji, Erişim Tarihi: 28.08.2024).

miş olmasından ötürü “4077 sayılı Kanununun 6/A- 3. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak tüketici dışındaki kişiler yönüyle senedin geçerli olduğu belirlenmek suretiyle, kanun koyucu tarafından içtihat aykırılığını giderecek şekilde düzenleme yapılmış olduğundan içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına, 29.11.2019 tarihinde birinci oturumda oybirliği ile karar verilmiştir” diyerek görüş bildirilmiş ve kanun lafzındaki geçersizliğin def’i sistemi içerisindeki yeri değerlendirilmemiştir.

Söz konusu İİBGK kararından sonra, Yargıtay tarafından TKHK md. 4/5 hükmünün uygulandığı, ulaşabildiğimiz sınırlı içtihat incelendiğinde, Yargıtay 3 HD tarafından hükümdeki yaptırımın mutlak def’i olarak değerlendirildiği görülmektedir.¹⁰¹ Dairenin 2024 tarihli güncel bir kararında, “şirket lehine düzenlenen senetlerin emre yazılı olması nedeniyle 6502 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin beşinci fıkrası uyarınca davacı tüketici yönünden geçersiz olmasına ve bu nedenle, senetleri ciro yoluyla devralan davalı bankanın iyiniyetli olup olmamasının sonuca bir etkisinin bulunmamasına göre usul ve kanuna uygun olduğundan, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir” ifadesiyle mutlak def’i görüşü vurgulanmaktadır.¹⁰²

Yargıtay 12 HD’nin, ulaşabildiğimiz 2022 yılında verdiği bir kararında, “dayanak senetlerin kambiyo vasfına haiz olduğu, davacı tarafça her ne kadar takip dayanağı senetlerin tüketici kapsamında dava dışı ...-Koza....A.Ş.’ye verildiği ve tamamının ödendiği iddia edilmiş ise de ödeme husususun senedi ciro yolu ile teslim alan yetkili hamil davalı-alacaklıya karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığı,” şeklinde ifade ettiği gerekçe ile, hala nispi def’i değerlendirmesini sürdürdüğü görülmektedir.¹⁰³

Görüldüğü üzere, İİBGK kararında belirttiğinin aksine, TKHK’nın getirdiği yeni ifade, var olan sorunu çözmekte yeterli olmamıştır. Konuya ilişkin uyuşmazlıklar 12 HD’ye intikal ettiğinde, daire nispi def’i yönünde yaptığı değerlendirmeyi uygulamaya devam edecek, Yargıtay daireleri arasında görüş farklılıkları varlığını sürdürecektir. Literatüde, Can kararı incelediği makalesinde, İİBGK kararının “içtihat farklılıklarını giderecek mahiyette” olduğunu ancak sorunun tam olarak çözülemediği görüşünü

¹⁰¹ 3 HD, 05.12.2023, E. 2023/23, K. 2023/3545; 21.11.2023, E. 2023/1442, K.2023/3252; 17.10.2023, E. 2023/906, K. 2023/2737; 09.10.2023, E. 2023/1022, K. 2023/2607; 21.09.2023, E. 2023/685, K. 2023/2372, (Sinerji, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

¹⁰² Yargıtay 3 HD, 7.2.2024, E. 2023/2573, K. 2024/504, (Lexpera, Erişim Tarihi: 01.02.2025)

¹⁰³ 12 HD., 03.04.2023, E. 2022/9624, K. 2023/2244, (Sinerji Erişim Tarihi: 25.08.2024).

ileri sürmüştür.¹⁰⁴ Ancak gelinen noktada, kararın içtihat farklılıklarını gidermediği ortadadır.

Sönmez, kararı değerlendirdiği çalışmasında, Yargıtay'ın yeni kanunun lafzına atıf yapmakla içtihatteki aykırılıklarını gidermediğini, hatta eTKHK'nın uygulanmasının gerekeceği uyuşmazlıkların hala Yargıtay'ın önüne gelebileceği ihtimalinin gözetimeyerek içtihat birleştirmeye yönelik önemli bir fırsatın kaçırıldığına işaret etmiştir.¹⁰⁵ TKHK 2014 yılında yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, güncel kararların çoğunun eTKHK md. 6/A'nın uygulanmasına yönelik olduğu, sınırlı sayıdaki içtihat ise yürürlükteki kanuna göre hüküm kurduğu görüldüğünde, Sönmez'in eleştirisinde haklı olduğu kanaatindeyiz.

İİBGK kararında TKHK'nın md. 4/5 lafzının "*tüketici dışındaki kişiler yönüyle senedin geçerli olduğu*" şeklinde olmasının içtihat aykırılıklarının ortadan kalktığına belirtilmesi üzerine bazı yazarlar, Yargıtay'ın madde-deki geçersizliğin herkese karşı ileri sürülebilen bir def'i olarak değerlendirildiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁶ İİBGK, senedin nama yazılı olması iddiasının senedi iyi niyetli iktisap eden hamillere karşı ileri sürülüp sürüleme-yeceğinin belirlenmesi ve bu konudaki içtihat farklılıklarının giderilmesi talebiyle toplanmıştı. Kanaatimizce, bu talebin açıkça cevaplandırılmadığı ancak, senedin tüketici bakımından geçersiz olacağı şeklindeki düzenlemenin sorunu giderdiğine dair yapılan değerlendirmenin, zımni olarak maddedeki yaptırımın tüketici bakımından herkese karşı ileri sürülebileceğinin kabul edildiği anlaşılmalıdır.

C. İdari Para Cezası

Tüketici işlemleri için tüketici tarafından düzenlene kambiyo senedinin nama yazılı olmaması halinde, md. 4/5'te yer alan senedin tüketici açısından geçersiz olması yaptırımının yanında, TKHK md. 77/1 uyarınca idari para cezası da uygulanır. Buna göre md. 4/5'teki yükümlülüklerle

¹⁰⁴ CAN, s. 4117. Aksi yönde bakınız: ÜLGEN /HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.318. Kaya tarafından ele alınan bölümde "Ancak biz bu kararın, bağlayıcı bir neticeye ulaşmaması sebebiyle, en azından öğretildeki görüş ayrılıklarını gidereceğini düşünmüyoruz" diyerek kararı eleştirmiştir.

¹⁰⁵ SÖNMEZ, s. 307-309.

¹⁰⁶ Bakınız: KENDİGELEN/KIRCA, s.122. Kırca, "Böylece Yargıtay İİBGGK, TKHK 4/5 hükmüne aykırılığı tüketici bakımından isnat def'ini yaratan bir olgu olarak görmektedir." SÖNMEZ, s. 308. Sönmez, verilen karar ışığında nama yazılı olarak düzenlenmemiş senetler açısından "tüketici yönünden bir hükümsüzlük definin ortaya çıkacağına benim sendiği izlenimi uyanmaktadır" demektedir.

aykırılık halinde “tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için üç bin yüz altmış altı lira idari para cezası uygulanır”.¹⁰⁷

Literatürde, maddedeki idari para cezasının uygulanacağı tarafın “satıcı/sağlayıcı” olduğu yönünde görüş birliği bulunmaktadır.¹⁰⁸ Bahtiyar/Hamamcıoğlu, tüketici işlemi esnasında tüketicinin genellikle kendisine verilen matbu senedi imzaladığı, ayrıca da söz konusu senedin geçerliliği için senedin ne şekilde düzenlenmesi gerektiğini bilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.¹⁰⁹ Kanaatimizce de burada söz edilen idari para cezası tüketici işleminin tarafı olan satıcı/sağlayıcıdır. Tüketicinin kıymetli evrak hukukunu bilmemesinden yola çıkarak onu korumak amacıyla ilgili hükmün sevk edildiği düşünülürse, tüketiciye söz konusu cezayı yüklemek kanunun kendi amaç ve sistematigi ile çelişmek olur.

İdari para cezası, TKHK’daki düzenlemeye aykırılık halinde md. 4/5’teki yaptırımıyla birlikte uygulanacak bir düzenlemedir. Literatürde bazı yazarlar, tüketicinin nama yazılı kıymetli evrak düzenlemesinin sağlanması için idari para cezalarının kullanılmasını gerektiğini savunur.¹¹⁰ Uzunallı Eroğlu, söz konusu senetler bakımından kıymetli evrak hukuku temel prensipleri ile çakışan bir “geçersizlik def’i” meydana getirmek yerine, caydırıcı cezalarla tüketici işlemlerinde nama yazılı kıymetli evrak dışında bir kıymetli evrakın düzenlenmesinin önüne geçilmesini önermektedir.¹¹¹ Yazarın, eTKHK’nın senedi tamamen geçersiz saydığı dönemde makalesini kaleme alması sebebiyle, haklı olarak kıymetli evrakın temel ilkelerinden ayrılma endişesi taşıdığını ve bu görüşünü ortaya koyduğunu düşünmekteyiz. Hem, halihazırda senedin tamamen geçersizliği yaptırımından vazgeçilmiş olması, hem de idari para cezasının tek başına tüketiciyi emre ya da hamiline olarak düzenlediği kambyo senedi nedeniyle uğrayacağı zararlara karşı koruyamayacak olması sebebiyle görüşüne katılmamaktayız. Nama yazılı kambyo senedi dışında bir senetle tüketici işlemine dahil olan tüketici, mal ya da hizmetin kendine teslim edilmemiş yahut kusurlu olması durumunda bunları karşısında gelecek

¹⁰⁷ 20.12.2024 Tarih ve 32758 Sayılı “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77 Nci Maddesine Göre 2025 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ” ile 2025 yılı için miktar iki bin iki yüz Türk lirasından 3.166 liraya çıkarılmıştır.

¹⁰⁸ Bakınız: **AYTEKİN**, s. 58-59; **BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU**, s. 75; **YILDIRIM/AYTUĞAR**, s. 53.

¹⁰⁹ **BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU**, s. 75

¹¹⁰ **UZUNALLI EROĞLU**, s.135. **YEŞİLTEPE**, s. 42.

¹¹¹ **UZUNALLI EROĞLU**, s.135. Aynı görüş için bknz **YEŞİLTEPE**, s. 42.

senet hamillerine karşı ileri süremeyecek ve çoğunlukla idari para cezasından daha büyük zararlarla karşılaşacaktır. Senedi ödeyip, işlemin karşı tarafı olan satıcı/sağlayıcıya karşı hukuki yollara başvurusu ise onun için hem meşakkatli olacak hem de uzun zaman alabilecektir.

Kaldı ki, idari para cezasının miktarına bakıldığında caydırıcı olmaktan uzak olduğu görülebilir. İdari para cezalarının caydırıcı olacak yüksek miktarlara çekilmesi ihtimalinde dahi, satıcı/sağlayıcıların, yüksek enflasyon sebebiyle daha da düşük kalacak idari para cezasını ödeyip, tüketici senedindeki meblağlar üzerinden senedin tedavülü yoluyla ticari hayata devam edeceği kanaatindeyiz. Bu sebeple, tüketici işlemleri için nama yazılı kambiyo senedi düzenlenmesi zorunluluğunun uygulanmasının idari para cezası ile sağlanabileceğini düşünmemekteyiz.

III. TÜKETİCİ BAKIMINDAN GEÇERSİZ KIYMETLİ EVRAKIN HAMİLİ VE BAŞVURU BORÇLULARININ DURUMU

Tüketicinin, kıymetli evrakın "nama yazılı" olmadığına dayanarak kendisi bakımından geçersizlik def'ini ileri sürdüğü halde, senet üzerinde imzası bulunan diğer kişilerin sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle, böyle bir def'inin ileri sürülmesinden sonra senedin hamili, kıymetli evrak hukuku gereğince başvuru hakkını kullanabilecektir. Başvuru hakkı TTK md.713 ve devamında düzenlenmiştir. TTK md. 713/1'e göre "*vadede poliçe ödenmemişse hamil, cirantalara, düzenleyene ve poliçe dolayısıyla taahhüt altına girmiş olan diğer kişilere başvurabilir.*" Bu hakkın kullanılabilmesi için hamil, gerekli olan maddi ve şekli şartları sağlamak zorundadır.¹¹² TTK md. 724/1'e göre, düzenleyen, (poliçede) kabul eden, ciranta ve avalist hamile karşı mütelsilen sorumludur. Madde 724/2 uyarınca, hamil, başvuru hakkını kullanırken "sıra gözetmeksizin" kendisinden önce gelen senet sorumlularına gidilebilir. Başvuru hakkını kullanan senet hamili, TTK md 725 uyarınca, poliçenin ödenmemiş bedeli ve faiz şartı varsa faizi, gecikme faizini, protesto ve ihbar giderlerini ve senet bedelinin binde üçünü aşmamak kaydıyla komisyon ücretini isteyebilir.

TTK md. 724/3 hükmüyle, kendisine başvurulmuş bir müracaat borçlusu da yine kendinden önce gelenlere müracaat etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, hamile başvuru hakkı kapsamında ödeme yapan başvuru

¹¹² Bakınız: ÜLGEN /HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s 133-139, 262-264, 356-358; PO-ROY/TEKİNALP, s.286-290, ÖZTAN, 26. Baskı, s. 193-200.

borçlusu da tüketici yönünden geçersiz olan senet nedeniyle, yetkili hamile ödeme yaptığı için senet üzerinde imzası bulunan diğer sorumlulara başvurabilecektir. Bu durumdaki bir başvuru borçlusu TTK md. 726 kapsamında, “ödememiş olduğu tutarın tamamını, ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini, yaptığı giderleri ve senet bedelinin binde ikisini aşamamak üzere komisyon ücreti” talep edebilir.

Senedin lehtar konumundaki satıcı/sağlayıcıya, başvuru borçlusu olarak, sıra gözetilmesine gerek olmadığı için yetkili hamil doğrudan başvurabileceği gibi, yetkili hamilden önce gelip hamile ödeme yapan herhangi bir başvuru borçlusu da müracaat edebilecektir. Bu takdirden, tüketici işlemindeki sorumluluklarını yerine getiren, sunduğu mal ya da hizmetle alakalı bir sorun doğmamış bir satıcı/sağlayıcı, kambiyo senedinin nama yazılı olmadığı gerekçesiyle tüketici bakımından geçersiz olması üzerine kendisine başvurulduğunda, tüketiciye karşı kambiyo senetlerine özgü sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilecek midir? TTK md. 732(1) “Zamanaşımı sebebiyle veya poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihmali edilmiş olması dolayısıyla, düzenleyen veya kabul eden poliçeden doğan yükümlülükleri düşmüş bile olsa, bunlar poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar” hükmü ile kambiyo dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeye başvurabilecek kişilerin, başvuru hakkını kullanması için gereken şartları yerine getirmemiş yahut bunlara ilişkin süreleri kaçırmış olması gerekir. Hüküm açıkça, “poliçenin hamiline karşı” ifadesini kullandığında kambiyoya özgü sebepsiz zenginleşme davasını senedin yetkili hamili açabilecektir. Dolayısıyla, satıcı/sağlayıcı davacı sıfatına sahip olamayacağından, kambiyo senetlerine özgü sebepsiz zenginleşme hükümleri ile talebini elde edemeyecektir.

Burada bahsi geçen sebepsiz zenginleşmenin, TBK içerisinde yer alan sebepsiz zenginleşme hükümlerinden farklı olduğunu vurgulamamız gerekir. TTK’daki sebepsiz zenginleşmeye başvurma hakkı senet hamiline tanınmakta dolayısıyla da “kendisiyle doğrudan doğruya herhangi bir hukuki ilişkiye girmediği düzenlenene veya senedi kabul eden muhataba karşı ileri sürülmektedir.”¹¹³ TBK kapsamındaki sebepsiz zenginleşmeye baktığımızda ise, ortada sözleşme varsa, “sözleşmeden doğan talep hakları sebepsiz

zenginleşme talebini önler.”¹¹⁴ Tüketici işlemi de “*eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade ettiğinden burada sözleşmeye dayalı bir hukuki ilişki mevcuttur. Dolayısıyla, satıcı/sağlayıcı sözleşmeden kaynaklı olarak hakkını talep edecektir.

Tüketici bakımından geçersiz olan kambiyo senedinin lehtarları olan ve tüketici tarafından kendisine herhangi bir def'i ileri sürülemez olan satıcı/sağlayıcı, TTK'daki kambiyo özgü sebepsiz zenginleşmeye başvuramayacak fakat; senedin verilmesine temel teşkil eden tüketici işlemi sebebiyle TBK'daki sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilecektir. Bu takdirde, satıcı/sağlayıcının tüketici işleminden kaynaklı olarak alması gereken ve ödenmeyen ücretinin yanında maddî zararlarını da talep etme imkânı söz konusu olacaktır. Maddî zarar kalemi olarak, TTK md. 726'da sayılan müracaat hakkının kullanılması doğrultusunda ödenen giderler de yer almalıdır. TTK md. 726'ya göre “*Police bedelini ödemiş olan kişi kendisinden önce gelen borçlulardan; ödemiş olduğu tutarın tamamını, ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini, yaptığı giderleri ve police bedelinin binde ikisini aşmamak üzere komisyon ücretini*” isteyebilir. Kendisinden önce gelenlere bu kalemleri ödemiş olan satıcı/sağlayıcının da maddi zarar kapsamında tüketiciden talep edilebilmesi gerekir.¹¹⁵

SONUÇ

TKHK md. 4/5, eTKHK md. 6/A'nın kambiyo senetleri bakımından çıkardığı sorunları tamamen çözememiş, senedin tüketici açısından “geçersizliği” yaptırımına dair fikir ayrılıkları ise varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Değerlendirmelerimiz çerçevesinde, maddede yer alan “geçersizliğin”, tüketicinin ehliyetine ilişkin olarak herkese karşı ileri sürülebilir mutlak bir def'i olduğu görüşü benimsenmiştir. Böylece, hem hükmün tüketiciyi koruma amacı gerçekleşmiş olacak; hem de içtihatlar yoluyla kabul edilmiş olan ehliyetle ilişkin hususların mutlak def'i olduğu yönündeki görüşe uyularak kıymetli evrak hukukundaki def'i sistemin den uzaklaşılacaktır.

Söz konusu senetlerle alakalı yaşanan problemlerden bir diğeri de söz konusu senedin “tüketici işlemi” için düzenlendiğinin ispatıdır. Bunun için genellikle, tüketici işlemi için senet düzenlendiğinin tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasındaki sözleşmeye konulması önerilmiştir. Öte

¹¹⁴ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara 2023, s. 965.

¹¹⁵ Bknz. EREN, s. 1193-1194.

yandan, “tüketici senedi” şeklinde bir ibarenin senet metni üzerine konulup konulamayacağı, böyle bir ibarenin senedin geçerliliğine etkisi tartışmalıdır. Bu şekildeki bir ibarenin senedin soyutluğunu ortadan kaldıracığı yönünde görüşler olsa da senet metninde bu yönde bir ibare, senette yazılı meblağın ödenmesini tüketici işlemindeki bir yükümlülüğün gerçekleşmesine bağlamıyorsa yazılabilir olduğu kabul edilmelidir. Bu türden bir ibarenin kıymetli evrak sisteminde var olan teminat senetlerine yakın bir anlam çıkarabileceği kanaati tarafımızca doğmuştur. Ancak, yine uygulamada, üzerinde “tüketici senedi” ibaresi olan bir senedin böyle bir senet olmadığı ya da bu ibareyi taşımayan bir senedin de bu türden bir senet olduğuna dair def’inin taraflarca ileri sürülebilmesi ihtimal dahilindedir. Böyle bir ibarenin varlığı ispata ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yeterli olmayacak, mesele her somut olayın şartlarına göre değerlendirilerek mahkemeler eliyle netliğe kavuşturulacaktır. Ancak kanaatimizce, senedin tedavül kabiliyetini azaltarak tüketicinin karşısına senet alacaklısı olarak satıcı/sağlayıcıyı çıkaracaktır. Böylece temel ilişkideki def’ilerin ileri sürülebilmesinin kolaylaşacağını düşünmekteyiz.

Tüketici işlemi için düzenlenen senetler açısından, maddenin tüketicinin müracaat borçlusu olduğu halleri de kapsayıp kapsamadığına yönelik yaptığımız değerlendirme neticesinde, hükmün, tüketicinin lehtar ve ciranta sıfatıyla tüketici işlemi için kambiyo senediyle borçlanmasını kapsaması gerektiği görüşündeyiz. Tüketicinin “avalist” olarak kambiyo senedi ile borçlanması ihtimalinde ise, TKHK md. 4/6’da yer alan “tüketici lehine olduğu verilen teminatlara” ilişkin hüküm sebebiyle mümkün olamayacağını, halihazırda md.4/5’in kambiyo senedi ile borçlanmayı düzenlemişken, bir sonraki hükümlerle avalisi de kapsam için almayı hedeflemediği tarafımızca değerlendirilmiştir.

Hüküm kapsamında doğan ya da doğabilecek noktaları değerlendirmiş olsak da kanaatimizce, bu meselelere ilişkin kesin cevapların, TKHK’nın sadece md. 4 kapsamında değil, diğer maddeler ile bir bütün olarak ticaret hukuku ile bağlantılı olacak soru ve sorunlar ile ele alınması ile mümkün olabilecektir. Böylece hem TKHK’nın amacını aşan hem de TTK’nın genel prensipleri ile çelişen hükümler ilgili kanunların ana ilkelere ayırılmadan düzenlenebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem: Madde 3/Akipek Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016.
- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem/KARA, İlhan: Tüketici Hukuku Ders Kitabı: İkinci Baskı, Ankara, 2023.
- AL KILIÇ**, Şengül: "Tüketici İşlemleri Dolayısıyla Düzenlenen/Düzenlendiği İddia Edilen Kambiyo Senetlerinde Görevli Mahkeme Meselesi", Fulya Erlüle (Editör), 7. Uluslararası Asos Congres Hukuk Sempozyumu (27-29 Mayıs 2021) Tam Metin Kitabı, Elazığ, 2021, https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2021/asos-hukuk_tam_metin_kitabi.pdf (Erişim Tarihi: 31.08.2024) s. 328-329.
- ASLAN**, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri: 5. Baskı, Bursa 2014.
- AYDOĞDU**, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri: Ankara 2015.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Ticaret Hukuku Dersleri: Ankara 2021.
- AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar: 15. Baskı, Ankara 2022.
- BAHTİYAR**, Mehmet/**BİÇER**, Levent: "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.3, 2016, s. 395-436.
- BAHTİYAR**, Mehmet/**HAMAMCIOĞLU**, Esra: "Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 3, S.1,2015, s. 99-124.
- BATTAL**, Ahmet: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı", Prof Dr. Ali Bozer'e Armağan, Karayalçın, Yaşar (editör), Ankara 1998, s. 313-332.
- BİLGİLİ**, Fatih: "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoda" Ciro Edilemez" Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", TBB Dergisi, S. 78, 2008, s 29-36.
- BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2021

- BOZKURT**, Tamer: Ticarî İşletme Hukuku: 5. Baskı, Ankara 2023.
- CAN**, Mertol: "Yargı Kararları Işığında Tüketici Hukukunun Kambiyo Senetleri Tatbikatını Etkileyen Hükümlerine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2020, s. 4109-4122.
- CENGİL**, Fatih: "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu", Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2014, s. 49-75.
- ÇABRİ**, Sezer: 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi: Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021.
- ÇELİK**, Aytekin: "Tüketici İşlemlerindeki Ticari Amaç Unsurunun Ticari İş Açısından Değerlendirilmesi", Kadir Has Hukuk Fakültesi, C.11, S. 2, s.784; (Ticari Amaç)
- ÇELİK**, Aytekin: "Tüketicilerin Ödemelerine İlişkin Olarak Emre veya Hamiline Yazılı Kambiyo Senedi Düzenlenmesinden Kaynaklanan Sorunlar", Terazı Hukuk Dergisi, S. 209, 2024, s.44-60.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara 2023.
- FIRINCIOĞULLARI**, Feray: Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar, Ankara 2018.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014.
- GÜNER**, Temel: "Tüketici Lehine Güvence Veren Avalistin Sorumluluğu (TKHK m. 4/6), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.4, 2023, s. 233-263.
- KARA**, İlhan: Tüketici Hukuku: 3. Baskı, Ankara 2023.
- KARIKSIZ**, Muhammet Can: "Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi", Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2022, s. 675-722.
- KENDİGELEN**, Abuzer: Çek Hukuku: 3. Baskı, İstanbul 2006.
- KENDİGELEN**, Abuzer/**KIRCA**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku: İstanbul 2021.

- NARBAY**, Şafak/**AKKUŞ**, Muhammed: "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 301-334.
- ODMAN BOZTOSUN**, Ayşe: "Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı", Legal Hukuk Dergisi, S. 53, 2007, s 1491 vd.
- ÖZEN**, Burak: Madde 4/ Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016.
- ÖZTAN**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.
- ÖZTAN**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku: 20. Bası, Ankara 2016.
- POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuk Esasları, 22. Bası, İstanbul 2018.
- PULAŞLI**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Ankara 2023.
- SARIKAYA**, Merve: Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı: Teminat Poliçesi, Teminat Bonosu, Teminat Çeki, İstanbul 2018
- SÖNMEZ**, Numan Sabit: "Yargıtay İBBGK'nın 29.11.2019 Tarih ve 2018-5/6 Sayılı Kararı Çerçevesinde Tüketicilerin Düzenledikleri (Emre Yazılı) Kambiyo Senetlerinin Hukuki Akıbeti" Ticaret Kürsüsü Tartışıyor: Kürsü Seminerleri-I, İstanbul 2022.
- SÖNMEZ**, Numan Sabit: Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler, İstanbul 2019. (Şahsi Defiler)
- TÜZEMEN ATİK**, Ebru: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Düzenlemelerinin Avale Etkisi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, s. 1-33.
- UYMAZ**, Alper/**TÜRK**, Mehmet Cemil: "Tacirin Tüketici Sıfatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 3, 2023, s. 1591-1633.
- UZUNALLI EROĞLU**, Sevilay: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2004, s. 113-176.
- ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsun: Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2019.

- ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün: Ticari İşletme Hukuku: 5. Baskı, İstanbul 2015.
- ÜNAL**, Ahmet Cemil: "Ticari İş- Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu", BÜHFD, C. 6, S. 1, 2020, s. 37-52.
- YEŞİLTEPE**, Salih Önder: "6502 sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 2, 2014, s. 23-44.
- YILDIRIM**, Abdulkerim/**AYTUĞAR**, Bilge: "Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, 2020, s.31-62.
- YÜCER AKTÜRK**, İpek: "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S.2, 2016, s.103-128.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**ÖZEL**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku: Ankara 2016.

ALACAĞIN TAHSİLİ AMACIYLA YAĞMA SUÇUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU SUÇ İLE KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU ARASINDAKİ FİKRİ İÇTİMA İLİŞKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul ÜNAL *

Öz

Kişinin, hukuki bir ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla borçluya cebir ve tehdit uygulaması halinde, TCK'nın 150'nci maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenen "alacağın tahsili amacıyla yağma suçu" oluşur. Bu suçun hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. İçtihatlarda bu fiilin esas itibariyle yağma değil, kasten yaralama ve tehdit suçlarını oluşturacağı yönünde kararlara rastlamak mümkündür.

Mütemadi suçun, ani suçun işlenmesinde araç teşkil ettiği durumlarda, Türk hukukunda fiil ayniyeti kabul edilmemekte ve her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmektedir. Alacağın tahsili amacıyla yağma suçundaki cebir ve tehdidin, kısa süreli de olsa mağdurun hareket etme hürriyetini sınırlandırması halinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın nitelikli hali (m. 109/2) ile alacağın tahsili amacıyla yağma suçlarının icra hareketleri arasında bir örtüşme meydana gelir.

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Muhakemesi, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Istanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Istanbul, Turkey.

✉ ertugrul.unal@medeniyet.edu.tr • ORCID 0000-0002-0025-9317.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÜNAL, Ertuğrul: "Alacağın Tahsili Amacıyla Yağma Suçunun Hukuki Niteliği Ve Bu Suç İle Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Arasındaki Fikri İçtima İlişkisi" SÜHFD, C.33, S.1, 2025, s.391-434.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Böyle durumlarda fikri içtima hükümlerinin tatbikinin gerekip gerekmediği çalışmamızda incelenecektir.

Makalemizde, alacağın tahsili amacıyla yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zaman ve mekân bakımından yakınlık içerisinde işlendiği olaylarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği, fiil teklifi teorileri ve alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun hukuki niteliği kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

• Fiil Teklifi • Alacağın Tahsili Amacıyla Yağma • Doğal Hareket Teklifi • Tam Ayniyet • Kısmi Ayniyet

THE LEGAL CHARACTERISTIC OF ROBBERY FOR THE COLLECTION OF DEBT AND THE IDEAL CONCURRENCE WITH THE OFFENCE OF DEPRIVATION OF LIBERTY

Abstract

In the case that a person uses force and threats against the debtor in order to collect his/her receivables based on a legal relationship, the crime of “plunder for the purpose of collection of receivables” regulated in paragraph 1 of Article 150 of the TPC occurs. There are various opinions in the doctrine on the legal nature of this offense. In the case law, it is possible to come across decisions that this act will constitute the crimes of intentional injury and threat, not plunder.

In cases where the continuous offense constitutes a means of committing the immediate offense, the unity of the act is not accepted in Turkish law and separate penalties are imposed for both offenses. If the force and threat in the offense of plunder for the collection of debt limits the victim's freedom of movement, even for a short period of time, there is an overlap between the qualified form of deprivation of liberty (Art. 109/2) and the executive acts of the offenses of plunder for the collection of debt. In such cases, we will examine whether the provisions of intellectual concurrence should be applied.

In our article, how to proceed in cases where the crimes of plunder for the collection of debt and deprivation of liberty are committed in proximity in terms of time and place will be discussed within the scope of the theories of unity of action and the legal nature of the crime of plunder for the collection of debt.

Keywords

• Unity of Act • Plunder for the Collection of Legal Debt • Unity of Natural Act • Full Convergence • Partial Convergence

GİRİŞ

Bileşik suç (TCK m. 42) teşkil eden yağma (TCK m. 148), hırsızlık ve cebir/tehdit fiillerinden oluşmaktadır.

Yağma suçunun, alacağın tahsili amacıyla işlenen hali ‘daha az cezayı gerektiren hal’ başlığını taşıyan 150’nci maddenin 1’nci fıkrasında; *“Kişinin bir hukukî ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması hâlinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”* şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi fıkrada yağma suçunun temel şekline nazaran indirim öngörülmemiş, failin kasten yaralama veya tehdide göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Buradaki düzenlemenin, daha az cezayı gerektiren nitelikli hal mi yoksa cebir veya tehdit suçunun özel bir işleniş şekli mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır².

Madde gerekçesinde, 765 sayılı TCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenen kendiliğinden hak alma fiiline (ihkak-ı hak suçu, m. 308), kanunda ayrıca yer verilmediği belirtilmiştir³. Ancak maddenin hukuki niteliği konusunda bir netlik bulunmamaktadır. TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında; burada yağma suçunun husule gelmeyeceği, maddenin bu şekilde kaleme alınmasındaki amacın da alacağın tahsili saikiyle hareket eden failin yalnızca cebir veya tehditten cezalandırılması olduğu ileri sürülmüştür. Düzenleme ve komisyondaki tartışmalar sebebiyle, alacağın tahsili amacıyla yağma halinde failin, yağma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli halini değil, kasten

¹ Madde Gereçesi; “Madde metninde, yağma suçunun daha az cezayı gerektiren hâlleri belirlenmiştir. Bu hükme göre, bir hukukî ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanılması hâlinde, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Böylece, Kanunda, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 308. maddesinde tanımlanan ve “ihkakı hak” veya “kendiliğinden hak alma” diye ifade edilen suç tanımına ayrıca yer verilmemiştir” şeklindedir.

² **GÜNAY**, Mehmet, ‘Yağma Suçunun Hukuki İlişkiyi Dayanan Alacağı Tahsil Amacıyla İşlenmesi’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 461-489, s. 477. Yağmanın özel bir türü olarak nitelendiren görüş için bkz: **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2020, s. 425; **ŞENERDOĞAN**, Büşra, ‘Yağma Suçu (m. 148-150)’, Malvarlığına Karşı Suçlar, **GÖKCEN**, Ahmet (Ed.), Ankara, 2018, s. 115.

³ 765 sayılı TCK’da yer alan hüküm hakkında bkz. **KOCA**, Mahmut, Yağma Cürümleri, Ankara, 2003, s. 75; **KOÇ**, Ziya, Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsili Amacıyla Yağma (TCK m. 150/1), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 9.

yaralama veya tehdit suçunu oluşturduğunu belirten bir görüş mevcuttur⁴.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma; icrai veya ihmali davranışla hukuka aykırı bir durumun belirli bir süre devam etmesi arandığından mütemadi bir suçtur. Her ne kadar TCK'nın 109'uncu maddesinde buna ilişkin açık bir ifade yok ise de bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun bırakma şeklinde tanımlanan hareket, ani suçtan ayrılabilir bir süre boyunca haksızlığın fail tarafından devam ettirilmesini gerektirir⁵.

⁴ 'Başkan: Uygulama şöyle değil mi: Şimdi, bana göre cümlelerin ikinci bölümüne gerek de yok; yani, zaten bir yaralama varsa, tehdit varsa, bunları cezaya bağlayan maddelerimiz var. Siz diyorsunuz ki onlar uygulanacak; yani, bunu buraya yazmazsak o uygulanmayacak mı? Sizin burada hedefiniz, kendi hukuki ilişkiye dayanarak alacağını tahsil eden bir adama ceza vermemek. İzzet Özgenç: Hukuki ilişkiye dayanarak... Başkan: Yani, aldı telefonunu, zorla gidip ben onu geri alırken, ben sadece adamı yaralıyorsam veyahut tehdit ediyorsam ondan ceza alıyorum. Şimdi, bunu buraya yazmazsak yine aynı şey olmayacak mı? Ben yanlış anlıyorsam düzeltin, cümlelerin birinci bölümünde zaten ihkaki hakkı yazmışsınız, öyle değil mi? Bekir Bozdağ (Yozgat): Şimdi, orada, birinci fıkrada, örneğin sizde benim cep telefonum var, ben onu sizden çekip aldım, telefon bana ait, cebirle veya tehditle aldım. Başkan: Bu, ihkaki hak değil mi? Bekir Bozdağ (Yozgat): İşte burada yağma suçu uygulanmasın, onun yerine, sizin dediğiniz gibi, yaralama vesaire varsa, ona dair hüküm uygulansın; yani, burada yağma suçu, kişinin kendi malını başkasından alırken yaptığı veya kullandığı zor karşısında uygulanmasın amacıyla konuldu. Sayın Şirin'in dediği gibi de, ihkaki hakka değişik maddelerde... Başkan: Bu ihkaki hak değil mi? Bekir Bozdağ (Yozgat): Evet Başkan: Ben diyorum ki, o zaman cümlelerin ikinci bölümüne ihtiyaç yok ki. İzzet Özgenç: Şimdi artık bu sistemde ihkaki hak suçu diye bir suç yok. Biz şimdi eğer birinci fıkranın... Başkan: Sayın Hocam, lafız olarak yok, cümlelerin birinci bölümü o anlamda değil mi? İzzet Özgenç: Arz edeyim, ondan sonra değerlendirme yapın. Eğer biz, bu birinci fıkrayı metinden çıkarırsak, bu fiillerin yağma suçu olarak cezalandırılması gibi bir sonuçla karşı karşıya kalabiliriz. Başkan: Birinci cümlelerin ikinci bölümünü çıkarsak ne olur diyorum? Yani, 'tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır' ifadesine bana göre gerek yok. İzzet Özgenç: Ne zaman ama? Başkan: Ne zamanı birinci bölümde var. İzzet Özgenç: Tehdit veya cebir kullanılması halinde tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Başkan: Ben de diyorum ki bunu yazmazsanız zaten uygulanmıyor mu? İzzet Özgenç: Bunu yazmadığımız takdirde, yağma suçuna ilişkin uygulanabilir' **GÜNEY, Niyazi/ÖZDEMİR, Kenan/BALO, Yusuf S., Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004, s. 455. Ayrıca bkz: UÇAK, Tuğba, Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, s. 96.**

⁵ **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2022, s. 416; BOCK, Dennis, Strafrecht Besonderer Teil 2, Berlin, 2018, s. 596. Bir müellif, bu eşiği belirli önemlilik eşiği şeklinde nitelendirmiştir. Bkz. RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 26. Baskı, München, 2024, s. 199, Kn. 13.**

Mağdurun hareket serbestisini kısıtlaması sebebiyle bu suç tipi, cebir suçuyla benzerlik taşımaktadır. Kişinin, mağduru bir şeyi yapması için zorlaması halinde çoğu zaman mağdurun hem hareket hürriyeti hem de irade serbestisi tahdit edilmektedir⁶.

İcra hareketlerinin kısmi ayniyeti, fiil tekliği bakımından fikri içtimaya esas alınır, bileşik suç teşkil eden alacağın tahsili amacıyla yağma suçunda malın alınması öncesinde veya alınması sırasında mağdur hürriyetinden yoksun kılındığında icra hareketlerinin kısmi ayniyeti dolayısıyla iki suç arasında fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir. Buna karşılık fiil tekliği açısından kısmi ayniyet kabul edilmezse somut olayın özelliklerine göre üç suçtan ayrı ayrı hüküm kurulması gündeme gelecektir.

Bu sorunun çözümü için çalışmamızda öncelikle icrai veya ihmali hareketlerin tam ayniyeti ile kısmi ayniyeti bağlamında fiil tekliği incelenecek sonrasında ilgili suç tipleri hakkında kısa açıklamalara yer verilecektir.

Son bölümde ise içtihatlarda sorunun ne şekilde ele alındığı da irdelenerek alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun işlenmesi öncesinde veya sırasında mağdurun hareket hürriyetinin kısıtlanması durumuna ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

I. KISMI AYNİYET DURUMUNDA FİİL TEKLİĞİ

Kural olarak ceza kanununun özel kısmında düzenlenen suç tipleri, birbirinden izole şekilde belirli hukuki değerleri korumaya yönelik olarak suçun unsurlarını tanımlar. Somut olayda bu tanımlardan yalnızca birine uygun fiil söz konusu ise suçların içtimaı sorunu ortaya çıkmaz. Buna karşılık tek bir hareket ile birden fazla suç irtikap edilmiş ise nasıl bir yol izleneceği içtima kurallarına göre belirlenir⁷.

TCK.'nın 44'üncü maddesinde "*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*" denilmek suretiyle böyle hallerde failin nasıl cezalandırılacağına ilişkin kural gösterilmiştir.

⁶ WERLE, Gerhard, Die Konkurrenz bei Dauerdelik, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Berlin, 1981, s. 31; DEMİREL, Muhammed, 'Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 489-553, 507.

⁷ FREUND, Georg/ROSTALSKI, Frauke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, 2019, s. 437, Rn. 1; GÖKTÜRK, Neslihan Fikri İçtima, Ankara, 2013, s. 5; MITSCH, Wolfgang, 'Konkurrenzen im Strafrecht', Heft 5, JuS, 1993, s. 385-390, 385.

Burada fiilden kastın ne olduğu hususunda iki farklı görüş mevcuttur.

Neticeyi fiilin alt unsuru olarak kabul eden birinci görüş, fikri içtimada esas alınması gerekenin netice olduğunu ileri sürmektedir⁸. Hareket birden çok olsa dahi, tek bir netice ortaya çıkmış ise tek suç söz konusu olacaktır. Hareketin çokluğuna rağmen bu hareket sonucu meydana gelen tek bir neticenin iki ayrı suç tipinde yer alması halinde fikri içtima müessesesi gündeme gelir⁹.

Bizim de iştirak ettiğimiz ikinci görüş ise fiil haksızlığı ve netice haksızlığını ayırarak, fikri içtima açısından esas alınması gerekenin hareket olduğunu kabul etmektedir. Bunun sonucunda 44'üncü maddede kullanılan "fiil" kelimesinin hareketten başka bir şey olmadığı ileri sürülmektedir¹⁰. Gerçekten de her suçta netice olmaması ve neticeli suçlarda da failin fiili işlemesiyle birlikte netice meydana gelmesi dahi fiilin içtima ilişkisi içerisinde bulunabileceği dikkate alındığında, maddede geçen fiilin, hareket olarak anlaşılması daha isabetlidir. Buna ek

⁸ PUPPE, Ingeborg: 'Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz' (2007) (6) ZIS 254, s. 256; BOCK, Dennis, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 2018, s. 645; İÇEL, Kayıhan, *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, 2021, s. 581; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 355. HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Ankara, 2023, s. 602; Ayrıca bkz: AKBULUT, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara, 2022, s. 921.

⁹ Puppe, fikri içtimada yalnızca hareketin esas alınmasını kabul etmemektedir. Yazara göre, fiil haksızlığı ve netice haksızlığının ayrı olması, fikri içtima ilişkisinde yalnızca fiil haksızlığının esas alınmasını sonuçlamaz. Örneğin failin, taşınır bir malı zilyedinin rızasına aykırı olarak aldıktan sonra mala zarar vermesi halinde, icra hareketlerinin aynılığı bulunmamasına rağmen fail mala zarar vermeden ayrıca cezalandırılmaz. Yazar böyle bir kabulün, özellikle görünüşte içtima durumlarında da fikri içtima hükümleriyle çözüme gidilmesi sonucunu doğurduğunu belirtmektedir. Gbi bkz.: Ingeborg Puppe, 'Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz' (2007) (6) ZIS 254, 256. Tipik değer birliğinde tipik fiil ve tipik netice aynılığı için bkz: BOCK, AT, 645. Ayrıca bkz: AKBULUT, s. 921. İÇEL ise, fiil sayısının, hareketin sayısına bağlı tutulmasının, suçu yalnızca tek bir unsur üzerinden mütalaa etmek anlamını taşıyacağını bu nedenle fiil tekliği-fiil çokluğu bahsinde normun ihlaline dayanılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 581. Neticeli suçlar ile neticesiz suçlar arasında ayırım yapan görüş için bkz: Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı U S-A Yayıncılık 2018) 355. HAKERİ, s. 602.

¹⁰ GROPP, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Berlin, 2015, s. 625, Rn. 60; MITSCH, s. 386.

olarak tek fiil ile birden çok neticenin ortaya çıktığı durumlarda, fikri içtima kabul edilirken, farklı kişilere ait üstün değerde bir hukuki menfaati ihlal eden birden çok hareketin, suç çokluğuyla sonuçlanması da bu görüşü destekler niteliktedir. Buna karşılık yakın zamansal-mekânsal bağlantı içerisinde birden çok kişiye karşı ateş edilip öldürülmesi halinde doğal anlamda hareketin tekliği kabul edilmemekte, mağdur sayısınınca kişi cezalandırılmaktadır. Bu durumda birden fazla kişiye ait üstün nitelikte hukuki değer ihlali söz konusudur¹¹. İçtima bağlamında fiil; failin belirli bir amaca ulaşmak için gerçekleştirdiği az ya da çok birbiriyle ilişki arz eden davranış serisidir¹².

Doğal anlamda hareket, ceza hukuku açısından önemi haiz, dış dünyada değişiklik meydana getiren, yapma (icrai) veya yapmama (ihmali) şeklinde tezahür eden ve failin iradesini ortaya koyan vücut hareketidir. Doğal anlamda harekette, davranışın tekliği, vücut hareketlerinin sayısına göre belirlenir. Örneğin bir tokat atılması veya bir kez ateş edilmesi halinde, doğal anlamda tek hareket vardır¹³. Ancak ceza hukukunda fiil, salt bedeni hareketlerin sayısına indirgenemez. Zira vücut hareketi veya yapmama şeklindeki davranış normuna aykırılık, hukuki-sosyal bir değer taşıyıcısıdır. Ceza hukukunun, harekete attığı anlam ve hareketin sayısına göre suç tekliği/suç çokluğunun belirlenmesi, hukuki bir değerlendirmeyi de gerektirir. Doğal anlamda tek bir hareket söz konusu olduğunda, elbette hukuki anlamda da tek

¹¹ **FISCHER**, Thomas, 'Vor §52', becksche kurz Kommentar Strafgesetzbuch, 66. Auflage, München, 2019, s. 472, Rn. 27. **ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 23. Baskı, Ankara, 2023, s. 387, Kn. 673. Alman Ceza Kanununun; 'Suç Tekliği' başlıklı 52'nci maddesinde açıkça hareket/davranış (Handlung) terimi kullanılmıştır. Kanaatimizce TCK'da da bu yönde bir tercih daha isabetli olurdu. Bkz: **DURSUN**, Selman, Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Ankara, 2021, s. 168.

¹² Tanım için bkz: v. **HEINTSCHEL-HEINEGG**, Bernd, '§52' in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 4. Auflage, München, 2020, Rn. 12; **EI-GHAZI**, Mohamad, Revision der Konkurrenzlehre, Tübingen, 2020, s. 319.

¹³ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, Özel Hükümler, s. 824; **HEINRICH**, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım - II, Ed. **ÜNVER** Yener, Çev.: **BACAKSIZ**, Pınar, Ankara, 2015, s. 407, Rn. 1411.

hareket mevcuttur. Sorun, doğal anlamdaki hareket sayısının birden fazla olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır¹⁴.

Hukuki anlamda hareket tekliği, doğal anlamda birden fazla olan hareketlerin, aşağıdaki durumlarda tek bir hareket olarak telakki edilmesidir: 1- Tipik Hareket Tekliği, 2- Doğal Hareket Tekliği¹⁵.

Tipik hareket tekliğinde, failin kastını somutlaştırdığı birden fazla doğal anlamda hareket, hukuki-sosyal değerlendirme ile kanun koyucu tarafından birbirine bağlanarak tek fiil şeklinde suç haline getirilmektedir. Çok hareketli suçlar ve mütemadi suçlar tipik hareket tekliğinin örnekleridir¹⁶.

Mütemadi suçlarda, belirli bir süre boyunca devam eden ve birden fazla beden hareketinden teşekkül eden fiil, kanun koyucu tarafından tek suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin failin, mağduru zorla odaya sürüklemesi, odada tutması ve sonrasında da odanın kapısını kilitlemesi halinde, doğal anlamda birden fazla hareket bulunmasına rağmen tipik hareket tekliği bağlamında tek bir suç oluşacaktır. Diğer bir anlatımla fiilin işlenmesine hizmet eden sürekli hareketler, tipik olarak tek hareket teşkil edecektir. Hukuka aykırı ve tipik fiili işlemek ve sürdürmek, farklı hareketler gerektirebilmektedir¹⁷.

Görünüşte ihmali suçlarda netice bir kere ortaya çıkmasına rağmen, bu netice gerçekleşene kadar garantör, çeşitli şekillerde yükümlülüğünü yerine getirme imkanına sahiptir¹⁸. Tek bir hukuki değer taşıyıcısına karşı

¹⁴ WELZEL, Hans Das deutsche Strafrecht, 3. Auflage, Berlin, 1954, s. 157; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 826; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 387, Kn. 674.

¹⁵ AKBULUT, s. 862; WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, Heidelberg, 2018, s. 451, Rn. 1244; Welzel, cezalandırılabilir hareket tekliğini; 1- İstenen amaç/nihai unsur, 2- Normatif Unsur/Tipiklik kapsamında hukuki-sosyal değerlendirme şeklinde iki unsur altında incelemektedir. Bkz.: WELZEL, s. 158.

¹⁶ WESSELS/BEULKE/SATZGER, s. 452, Rn. 1245; WERLE, s. 31; FREUND/ROSTALSKI, s. 438, Rn. 6.

¹⁷ GROPP, s. 624, Rn. 53; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2022, s. 523.

¹⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 393, Kn. 680; EL-GHAZI, s. 436.

birden fazla davranışla yükümlülük ihlal ediliyorsa, hukuki anlamda teklîğin alt unsurlarından olan tipik hareket teklîği söz konusu olacaktır¹⁹.

Gerçek ihmali suçlar, tekrarlayan hareketler ve ardışık hareketler açısından da tipik hareket teklîği gündeme gelmektedir. Burada davranışların zaman ve mekân bakımından yakınlık arz etmesi dikkate alınır. Örneğin failin, mağduru bir şeyi yapmaya zorlamak için birden fazla yumruk atması (tekrarlayan hareket), mağduru önce malına yönelik tehdit edip, direncinin kırılmadığını görünce vücut bütünlüğüne yönelik saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit etmesi (ardışık hareket) ya da yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeksizin önce mağdurun başında beklemesi sonrasında da mağduru terk etmesi halinde, tek fiil söz konusu olacaktır²⁰.

Bileşik suçlarda, örneğin yağmadaki cebir veya tehdit ile alma fiillerinde, tipik hareket teklîği söz konusudur. Seçimlik hareketli suçlarda da failin aynı hukuki değere yönelik olarak seçimlik hareketlerin birden fazlasını gerçekleştirmesi halinde, doğal anlamda birden fazla hareket, hukuki anlamda tek bir fiil olarak telakki edilecektir. Ancak bu örneklerde esas itibari ile fikri içtima ve hukuki teklik açısından meselenin çözümüne gerek yoktur. Zira burada görünüşte içtima dolayısıyla zaten fiile uygulanabilecek tek hüküm mevcuttur²¹.

Fiil sayısının belirlenmesindeki diğer bir teori ise doğal hareket teklîgidir. Tek bir suç işleme kastının icrası kapsamında zaman ve mekân bakımından dar bir bağlantı içerisinde, dışarıdan yapılan objektif bir değerlendirme ile bütünlük arz eden birden fazla doğal hareketin, hukuki

¹⁹ WESSELS/BEULKE/SATZGER, s. 452, Rn. 1248; AKBULUT, s. 886; GROPP, s. 624, Rn. 53.

²⁰ GROPP, s. 624, Rn. 54; HEINRICH, s. 414, Rn. 1422; WELZEL, s. 159.

²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 524; WELZEL, s. 159. İçel, görünüşte içtimada fiil teklîği ve fiil çokluğu ayrımı yapılmaması gerektiğini belirtmektedir. Çünkü görünüşte içtimanın, fiil teklîğini ve fiil çokluğunu halihazırda kapsadığını belirtmektedir. Seçimlik hareketli suçlarda, cezalandırılmayan sonraki/önceki hareket söz konusudur. Gbi: İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimalı, İstanbul, 1972, s. 168; KÜHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München, 2017, s. 932, Rn. 60

olarak tek hareket şeklinde telakki edilmesine, doğal hareket teklifi denilmektedir²².

Doğal hareket teklifinin belirlenmesinde, birden fazla suç tipini ihlal eden hareketlerin, tam veya kısmen örtüşmesi söz konusu olabilir. Tam aynıyette, tam bir eş zamanlılık söz konusudur. Salt eş zamanlılık ile kısmi aynıyet teşkil eden hareketler arasında suç teklifini belirlemek her zaman kolay değildir. Özellikle amaç suçun işlenmesi için planlanan mütemadi suç söz konusu olduğunda, tipik fiillerin tam aynıyeti büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Benzer bir durum, taksirli ve neticeli suçlar ile kasten işlenen mütemadi suç arasında da söz konusudur. İlk duruma ilişkin örnek, cinsel suç işlemek amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi, ikinci duruma örnek ise trafik güvenliğini tehlikeye sokma (alkollü veya ehliyetsiz araç kullanmak suretiyle) fiili neticesinde taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi halinde söz konusudur. Alman doktrininde, burada fikri içtimanın tatbiki (AICK., m. 52) kabul edilmektedir²³. Taksirli suçlarda, eğer mütemadi suçu teşkil eden fiil, aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ediyorsa ayrıca mütemadi suçtan ceza verilmesine gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Buna, tipik hareket teklifi denilmektedir (tatbestandliche Handlungseinheit)²⁴. Burada kendi başına tipik olan her bir hareket, esas itibarıyla kanunda düzenlenen tek bir suçun unsurunu teşkil etmektedir. Buna karşılık mütemadi suç, ani suçun işlenmesinden sonra devam etmiş ise fikri içtima hükümleri tatbik edilemez. Örneğin kazaya karışan alkollü sürücü, kazadan sonra da aracı kullanmaya devam ederek olay yerinden ayrılmışsa, bu durumda fail mütemadi suç olan trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçundan ayrıca cezalandırılmalıdır²⁵.

Alman doktrininde kabul edilen bir görüşe göre, temadi eden suçlar ile ani suçlar arasındaki fikri içtimanın çözümü, failin kastına göre

²² KÜHL AT, s. 908, Rn. 11; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 526. Failin suç planında değişikliğe gitmesi halinde, dar bir zamansal ve mekânsal bağlantının da yeterli olmadığı yönünde bkz: FISCHER, Vor §52, s. 463, Rn. 4.

²³ ROXIN, s. 826, Rn. 97; FREUND/ROSTALSKI, s. 453, Rn. 55.

²⁴ v. HEINTSCHEL-HEINEGG, Rn. 90; KINDHÆUSER, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Baden-Baden, 2009, s. 373, Rn. 13; WERLE, s. 61; BGH, 4 StR, 06.12.2012, 369/12, Rn. 4. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

²⁵ v. HEINTSCHEL-HEINEGG, Rn. 90; KINDHÆUSER, AT, s. 373, Rn. 13; WERLE, s. 61; BGH, 4 StR, 06.12.2012, 369/12, Rn. 4. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

belirlenmelidir. İki suç arasında fikri içtmanın kabulü için, tipik hareketin tam ayniyeti söz konusu olduğunda bir problem mevcut değildir. Ancak özellikle temadi eden suçlarda kısmi ayniyet halinde de bazı durumlarda fikri içtım kabul edilebilir²⁶.

Bunlardan birincisi, failin, ani suçu işlemek amacıyla suç planına göre işlemesi zorunlu olan mütemadi suçtur. Örneğin failin cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdurun hürriyetini tahdit etmesi halinde, cinsel saldırı fiili ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketleri arasında tam ayniyet yoktur. Buna rağmen fikri içtım hükümleri tatbik edilir²⁷.

Failin, mütemadi suçu işlediği sırada, önüne çıkan fırsatla ani suçu işlemesi halinde ise fikri içtım hükümlerinin tatbik edilemez. Örneğin failin, mağdurun şehir dışında olmasından faydalanarak girdiği yazlık evde bir süre kaldıktan sonra, çıkarken gördüğü birkaç vazoyu yanında götürmesi halinde, fikri içtım söz konusu olmayacaktır²⁸.

Federal Mahkemenin bir kararında, nitelikli yağma ile (schweres Raub) birlikte işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, şirket binası içerisinde sanıkların, bıçaklarını göstererek mağdurları tehdit etmesi, aynı zamanda nitelikli yağma fiili açısından tipik olduğundan, kısmi ayniyet oluşturan yağma fiili ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında fikri içtım ilişkisi bulunduğu kabul edilmiştir²⁹. Buna paralel olarak başka bir kararda, cinsel suçun işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, kısmi ayniyet, farklı neviden fikri içtmanın tatbikine engel addedilmemiş, gece

²⁶ MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil Teilband I, 9. Auflage, Heidelberg, 2003, s. 158, Rn. 15; GROPP, s. 627, Rn. 71; AKBULUT, s. 881.

²⁷ GROPP, s. 627, Rn. 74. FISCHER, § 177, s. 1256, Rn. 203. Suçun icra hareketlerinin biçimsel anlamda tamamlanması ile maddi anlamda tamamlanması arasında birden fazla suça vücut veren hareketlerin kesişmesi halinde de fikri içtım hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin hırsızlık suçunun işlenebilmesi için aracı çalmak isteyen kişinin, bir başkasına karşı cebir (Nötigung) suçunu işleyerek onu, kendi aracıyla çalmak istediği aracı çekmeye zorlaması halinde, önce cebir suçu başlamasına rağmen, ilk olarak hırsızlık suçu tamamlanmaktadır. Verilen örnekte, failin biçimsel olarak tamamlanması, cezalandırılabilirliğin alanını sınırsız olarak genişleteceğinden, taşınır malı güvence altına almak için cebir fiilinin gerçekleştirilmesi, maddi olarak hırsızlık suçunun fiil unsuruna dahildir. Gbi: ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München, 2003, s. 823, Rn. 89.

²⁸ FREUND/ROSTALSKI, s. 454, Rn. 57; GROPP, s. 627, Rn. 77.

²⁹ BGH, 03.09.1982, Az.: 2 StR 17/82, Rn. 1. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

yarısından sabah 06.00 sularına kadar süren olayda, doğal hareket teklığının (natürliche Handlungseinheit) bulunduğu belirtilmiştir. Bunun gerekçesi de özgürlükten yoksun kılma fiilinin, cinsel saldırı suçunda mağdurun direncini kırmak için başvuru güç kullanmayı teşkil ettiği yönündeki kabuldür³⁰.

Bahsi geçen Federal Mahkeme içtihatları, istikrar kazanmıştır³¹. Failin işlemeye kastettiği amaç suç olan ani suçun fiil unsuru ile mütemadi suçun belirli bir anda kesişmiş olması, fikri içtimayı gündeme getirecektir. Meğer ki mütemadi suç, amaç suçun işlenmesi için zorunluluk arz etsin³². Örnekleri çoğaltmak mümkündür: Yağma suçunun işlenmesi sırasında ehliyetsiz araç kullanan kişinin, yağmalanan malı kendi hakimiyet alanına sokmak için trafik güvenliğini tehlikeye sokması halinde, fikri içtima hükümleri gereği yalnızca yağma suçundan cezalandırılacaktır. Burada failin işlediği mütemadi suç, ani suçun işlenmesine hizmet etmekte, fail tarafından bu amaçla işlenmektedir³³.

İçtihatlar ile ortaya konulan bu geniş hareket teklığı anlayışı, zaman ve mekân bakımından bağlantılı olma konusunun neredeyse ortadan kalkacak kadar zayıflamasına sebebiyet vermiştir. Böylece farklı hukuki değerlere yönelen hareketlerin tek bir iradi karara dayanmamasına rağmen ceza muhakemesindeki fiile benzer bir şekilde ele alınarak doğal anlamda hareket teklığı kapsamında mütalaa edildiği yönünde eleştirilmektedir³⁴. Gerçekten üçüncü kişi tarafından tek addedilecek şekilde yakın zamansal ve mekânsal bağlantı kriterini

³⁰ BGH, 01.10.1998, 4 StR 347/98. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

³¹ BGH, 14.04.2012, 2 StR, 561/11, Rn. 15. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

³² 31.08.1962, Az.: 4 StR 257/62, Rn. 17. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024. Karara konu olayda, mağdure, sanık tarafından zorla ormanlık alana götürülerek tehdit edilmiş ve ilişkiye zorlanmıştır. BGH, temadi eden kaçırma fiili ile ilişki için tehditte bulunulmasının kısmi ayniyet arz ettiğini kabul etmiştir. Karşı yönde bkz: **v. HEINTSCHEL-HEINEGG**, Rn. 93.

³³ **FREUND/ROSTALSKI**, s. 454, Rn. 58.

³⁴ **v. HEINTSCHEL-HEINEGG**, Rn. 92; BGH 09.08.1983. 5 StR 319/83. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024. Eleştiriler için bkz: El-GHAZI, s. 390; MITSCH, s. 388. Nitekim suç örgütü mensuplarının tutuklanması kararına ilişkin yapılan bir incelemede Federal Mahkeme, örgütün faaliyeti kapsamında işlenen bir suçtan dolayı tutuklama talep edilmemesine rağmen, 52'nci madde anlamında bu suçun, suç örgütüne üye olma suçuyla fiil teklığı içerisinde olduğundan bahisle ceza muhakemesi anlamında da fiil teklığının kabul edilebileceğini, bu nedenle de tutuklama kararının hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Gbi: BGH, 11.07.2023, AK 35/23, Rn. 23. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

geliştirdikten sonra ‘yaşanmış tek bir olay olarak değerlendirme’ (Bewertung als einheitliches Geschehen³⁵) gibi ayrı bir kritere daha atfı yapılması çelişkiye sebebiyet vermektedir.

Bir görüşe göre, mütemadi suçun işlenmesi amacıyla ani suçun irtikap edilmesi halinde de fiil tekliği mümkündür. Buna göre konut dokunulmazlığını ihlal (mütemadi suç) etmek için eve girerken kapının kilidi kırıldığında (mala zarar verme) yine fikri içtima hükümleri tatbik edilecektir. Benzer şekilde konuta giren failin, konuttan çıkması için direnen mağdura tokat atması halinde de mütemadi suç ile ani suç arasında fikri içtima hükümleri tatbik edilebilecektir³⁶.

Gerçekleşen suçlar bakımından icra hareketlerinin tamamen çakışması, örtüşmesi halinde icra hareketlerinin tam ayniyeti söz konusu olacaktır. İcra hareketlerinin tam ayniyet göstermesi durumunda fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı tartışmasızdır³⁷. Örneğin, öldürme kastıyla silahla ateş edilmesi sonucunda, ateş edilen kimsenin ölmesi ve arkasındaki aracın kaportasının delinmesi durumunda icra hareketlerinin tam ayniyeti söz konusu olduğundan fikri içtima hükümleri gereğince fail en ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçunun nitelikli halinden cezalandırılacaktır³⁸.

İşlenen suçlardan birine ait icra hareketlerinin diğer suçun icra hareketlerini kapsamaması veya her iki suçun icra hareketlerinin kesişmesi durumunda, icra hareketlerinin kısmı ayniyetinden söz edilir. İcrai veya ihmali hareketlerin kısmen aynı olması durumunda fikri içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır³⁹.

Bir görüşe göre fikri içtimanın kabulü için icra hareketlerinin kısmı ayniyeti yeterlidir. İhmali veya icrai davranışların kısmen örtüşmesiyle

³⁵ BGH 3 StR, 14.07.2014, 176/14, Rn. 5. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

³⁶ **ROXIN**, s. 826, Rn. 97; **BOCK**, AT s. 668; ‘Bu durum, özellikle suçun unsurlarından birinin gerçekleşmesine yönelik hareketin aynı zamanda mütemadi suçun meydana getirdiği hukuka aykırı durumu tesis etmeye veya sürdürmeye hizmet etmesi halinde geçerlidir (...) fiillerin yalnızca eşzamanlı olması, fikri içtimanın varsayılması için yeterli değildir’ OLG Zweibrücken, 15.09.2017, 1 OLG, 2 Ss 55/17, Rn. 14. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024. Karara konu olayda mütemadi suç olan uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma suçu ile bu sırada işlenen kasten yaralama ve görevi yaptırmamak için direnme suçları özelinde konu tartışılmıştır.

³⁷ **İÇEL**, Suçların İçtimalı, s. 67; **GÖKTÜRK**, s. 153.

³⁸ **WESSELS/BEULKE/SATZGER**, s. 451, Rn. 1243; **HAKERİ**, s. 610.

³⁹ **GÖKTÜRK**, s. 152; **FISCHER**, Vor §52, s. 473, Rn. 29.

de fikri içtima hükümleri tatbik edilebilir. Buna göre bir suç tipinin oluşması için gerekli hareket, aynı zamanda diğer suç tipini de gerçekleştiriyorsa, kısmen örtüşen bu fiiller açısından fikri içtima hükümleri tatbik edilir. Alman doktrininde ve içtihatlarında bu görüş kabul edilmektedir. Bu anlamda failin suç planına göre ani suçu işlemek için zorunluluk arz eden mütemadi bir suç söz konusu olduğunda, bu fiiller arasında zamansal ve mekânsal yakınlık da varsa fikri içtimanın tatbiki açısından hukuki anlamda tek bir fiil söz konusudur. Örneğin yağma fiilinin işlenmesinden önce fiili işleyebilmek için kişinin hürriyetinin tahdit edilmesi halinde kısmı ayniyet söz konusu olmakla birlikte, zamansal-mekansal yakınlık ile failin suç kastı dikkate alınarak faile yalnızca daha ağır cezayı gerektiren yağma suçundan ceza verilecektir⁴⁰.

Diğer bir görüş ise fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için icrai veya ihmali hareketlerinin tam ayniyetini aramaktadır. Bu düşünceye göre kısmı ayniyet halinde hareketler arasında tam örtüşme olmadığından fikri içtima hükümleri uygulanamaz⁴¹.

Kısmi ayniyeti kabul etmeyen görüşlerden biri, amaç suç-araç suç ilişkisi, suçun sübjektif unsuru ve zamansal-mekansal yakınlık kriterlerini, fikri içtimanın tatbikinde kabul etmemektedir. Temadi eden fiil, ani hareketli suçun öncesinde veya sonrasında da devam etmektedir. Mütemadi suçun icra hareketleri ile ani suçun icra hareketleri arasında tam ayniyet bulunmadıkça fikri içtima hükümleri tatbik edilemez⁴². Buna göre işlenmekte olan mütemadi bir suçun devam eden icra hareketleri ile ani hareketli başka bir suçun icra hareketlerinin kesişmesi durumunda sadece kısmı bir ayniyet söz konusu olacağından fiilin aynılığından söz edilemez. Burada gerçek içtima hükümleri uyarınca her bir fiil dolayısıyla faile ayrı ayrı ceza verilmelidir⁴³. Örneğin ruhsatsız silah taşıma suçunun işlendiği ve temadi ettiği sırada, kişi bu silahla bir kimseyi de öldürecek olsa, icra hareketleri bakımından tam ayniyet söz konusu olmadığından,

⁴⁰ BOCK, AT, s. 667; Albin Eser, '§239' in: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auflage C.H. Beck 2006) 2006, Rn. 14; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 533 vd.

⁴¹ İÇEL, Suçların İçtimalı, s. 67; GÖKTÜRK, s. 157.

⁴² AKBULUT, s. 922; GÖKTÜRK, s. 231.

⁴³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 830; İÇEL, Genel Hükümler, s. 585; GÖKTÜRK, s. 173.

ateşli silahlar kanununa muhalefet (6136 s.lı K m. 13) ile kasten öldürme suçu (m. 81) bakımından gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır⁴⁴.

Düşüncemize göre fikri içtima, başlı başına doğal bir olgu olan failin kastını ortaya koyduğu birden fazla vücut hareketinin, normatif bir değerlendirme ile bütün olarak telakki edilmesinden ibarettir. Bu sebeple doğal hareket tekliğinde esas alınan; failin suç planına göre gerçekleştirdiği vücut hareketlerinin, dar bir zamansal ve mekânsal yakınlık içerisinde, üçüncü bir göz tarafından da tek olarak algılanması şartıyla tek bir fiil teşkil ettiği yönündeki görüş isabetlidir⁴⁵. Bu yüzden biz de fikri içtimanın belirlenmesinde kısmi ayniyeti kabul ediyoruz⁴⁶. Burada salt failin kastına önem atfetmek, fikri içtimanın hudutlarını tahayyülün ötesinde genişletme tehlikesi içerirken, failin vücut hareketlerinin belirli bir zaman diliminde tam kesişmesi şeklindeki kriter ise fikri içtimanın düzenlenme amacına aykırı şekilde müesseseyi kısıtlayacaktır.

Buna ek olarak tam ayniyet halinde de yalnızca kanuni tanımdaki soyut (en ağır) suçun cezasının değil, failin kastının da belirleyici olduğu kanaatindeyiz. Örneğin, evin kapısını kilitleyememesi için zorla kapıdan uzak tutulması halinde kişinin hem hürriyeti kısıtlanacak hem de cebir suçu oluşacaktır. Tam ayniyet arz eden iki suçtan, failin bir bütün olarak kapının kilitlememesi için fiilini gerçekleştirdiği dikkate alındığında, cebirden dolayı cezalandırılması gerekecektir.

Yukarıdaki ruhsatsız silah taşıma örneğinde, failin, hasmını öldürmek için olay yerine yakın bir masada bulunan silahı alarak mağdura doğru yürümesi halinde, silah temini ile sıkı bir zamansal ve mekânsal yakınlık içerisinde ve dışarıdan bakıldığında bütünlük arz eder şekilde cereyan eden kasten öldürme fiilinde, fail yalnızca kasten öldürme suçundan cezalandırılmalıdır. Ancak ruhsatsız silah taşırken hasmıyla karşılaşan veya sokakta tartıştığı bir kişiye ateş eden failin fiilinde, bu şartlar oluşmadığından fikri içtima hükümleri tatbik edilemez.

Fikri içtima ile bileşik suç farkına da değinmek gerekir. Bileşik suçta birden fazla suç, kanun koyucu tarafından tek bir suçun içerisinde

⁴⁴ Yarg. 1. C.D., 02.10.2019 t., 2018/707 E., 2019/4096 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

⁴⁵ FISCHER, Vor §52, s. 473, Rn. 29; FREUND/ROSTALSKI, s. 453, Rn. 56.

⁴⁶ ROXIN, s. 822, Rn. 85; AKBULUT, s. 881; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 396, Kn. 694.

toplanır. Bu şekilde bağımsız suçlar diğer suçun unsuru veya nitelikli halini teşkil eder. Ceza kanununda ayrıca düzenlenen suç tipleri, somut olaydaki suçun unsuru veya nitelikli halini oluşturarak bağımsızlığını kaybetmekte ve faile tek bir suçtan ceza verilmektedir. Bu tür suçlarda görünüşte içtima ilişkisi söz konusu olup (özel norm norm-genel norm), fikri içtima hükümleri tatbik edilmez. Zira özel norm, tek başına genel normun haksızlık içeriğini de kapsadığından artık genel norma gerek kalmaz (TCK m. 42)⁴⁷.

Fikri içtimada ise tek fiil ile birden fazla farklı suç işlenmiş olup, bu suçların hepsinin ayrı ayrı cezalandırılabilmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu en ağır suçun cezasının verilmesiyle yetinmiştir⁴⁸.

Yağma, tehdit veya cebir kullanma ile hırsızlık suçlarından oluşan bileşik bir suçtur (m. 42). Bu sebeple fail, yağmayı oluşturan cebir, tehdit ve hırsızlıktan ayrıca cezalandırılmaz; yalnızca yağmadan sorumlu olur⁴⁹.

Yağma suçunun konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde işlenmesi; TCK'nın 149 uncu maddesinin birinci fıkrasının d bendi gereğince daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Bu ihtimalde bir suç (m. 116), diğerinin (m. 148) ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu için yine bir bileşik suç hali mevcuttur. Bu nedenle fail 149/1-d'de düzenlenmiş olan nitelikli yağmadan sorumlu olur; ayrıca konut dokunulmazlığını ihlalden sorumlu tutulmaz⁵⁰.

Yargıtay yağma ile ilgili bir kararında; *'sanığın her ne kadar vakıa gerçekleşirken doğal anlamda birden fazla harekette bulunduğu görülse de, hukuki anlamda tek bir yağma suçundan bahsedilebilir. Sanığın suça konu*

⁴⁷ KÜHL AT, s. 932, Rn. 62; ROXIN, s. 846, Rn. 170; GÖKTÜRK, s. 132.

⁴⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 802; AKBULUT, s. 890.

⁴⁹ BİRTEK, Fatih: 'Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı', Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 44, 2020, s. 673-709, s. 697. "22.08.2015 tarihinde başlayıp 24.08.2015 tarihine kadar devam eden olaylar zincirinde, sanığın tüm tehditlerinin, ceza olarak kestiğini söylediği 10.000.-TL'yi almaya yönelik olduğunun ve bütün bu tehditlerin yağma suçunun unsurunu teşkil ettiğinin görülmesi karşısında, ayrıca tehdit suçundan hüküm kurulması" (Yarg. 6. CD., 18.04.2017 T., 2016/7244 E., 2017/934 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024).

⁵⁰ KESKİN KIZIROĞLU, Serap: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu (Adalet 2010), s. 141; "Yağma suçunun yakınan...nin konutunda işlendiği ve bu haliyle konut dokunulmazlığının ihlali eyleminin müstakil bir suç oluşturmayıp yağma suçunun unsuru olduğunun gözden uzak tutularak, TCK'nın 116/1-4. maddesiyle de ayrıca uygulama yapılması" Yarg. 6. CD., 28.11.2016 T., 2016/4325 E., 2016/6834 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

araç ve telefonu alamadan olay yerinden kaçtığı anlaşılma ile hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında ve ayrıca mala zarar verme suçundan hüküm kurulmamasında bir hukuka aykırılık görülmemiştir' şeklindeki kabul ile hukuki anlamda harekete atf yapılmıştır⁵¹.

Yargıtay içtihatlarında, Alman Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen ani suçun işlenmesi için failin suç planına göre zorunluluk arz eden mütemadi suç, fikri içtima bağlamında yeterli addedilmemektedir. Buna göre fail, mağduru belirli bir yere zorla götürdükten sonra yağma fiilini işlerse, hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hem de yağma suçundan cezalandırılması gerekmektedir⁵². Karara konu olayda, mağdur önce belirli bir süre başka bir yere götürülmek suretiyle kişi hürriyetinden yoksun kılınmış, daha sonra mağdura senet imzalatılmış ve devamında da mağdurun kartı kullanıldıktan sonra serbest bırakılmıştır⁵³. Diğer bir anlatımla karara konu olayda, kısmi ayniyet söz konusudur.

⁵¹ Yarg. 6. C.D., 23.05.2023 t., 15926/10775, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024. İlgili kararda sanık, önce mağdura taş atmış, sonra arabasını almış, arabaya tutunan mağduru düşürmüş, arabayla manevra yaparken üçüncü bir kişinin aracına çarpmış, sonra da mağdurun telefonunu almıştır.

⁵² Bkz: Yarg. 6. C.D., 08.05.2018 t., 2015/2550 E., 2018/3649 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024. 'Oluş ve dosya içeriğine göre; olay gecesi, sanık ...'nin yakınana haber göndererek görüşmek istediğini belirttiği, yakınanın da bu talebe uyararak sanık ...'un yanına gittiğinde diğer sanıklar ... ve ...'in de orada bulunduğu, sanıkların yakınanı ... plaka sayılı araca bindirerek yakınanın gözlerini bağlayıp bir süre gezdirdikleri, yakınanı kemer ve tahta sopa kullanarak Adli Tıp Kurumunun raporunda belirtildiği gibi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralayıp cebinde bulunan 150 TL parayı zorla aldıkları olayda; yakınan tarafından kesin olarak teşhis edilen sanıklar ..., ...'a yüklenen yağma suçu ile sanık ...'e yüklenen yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarının sübut bulduğu gözetilmeden yakınanın sanıkları suçtan kurtarmaya yönelik sonradan değişen beyanlarına itibar edilip delillerin takdirinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde beraat kararı verilmesi' Yarg. 6. C.D., 02.03.2020 t., 2017/3065 E., 2020/962 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

⁵³ 'Bu bağlamda "tek fiil" veya "bir fiil" den ne anlaşılması gerektiğinin değerlendirilmesi gerekir. Doğal anlamda her beden hareketi ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de; hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulursa dahi, hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirilmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Yani fiil ve hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuki anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesinde doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki "tek bir fiil" oluşturmaktadır. 5237 sayılı

TCK'nun genel hükümlerinde yer alan fikri içtima kuralı şartların varlığı halinde kural olarak her suç için uygulanabilir. İstisnalar ayrıktır. 5237 sayılı TCK'nun altı fıkra halinde düzenlenen "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" başlıklı 109. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası; "(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak suretiyle hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükümlenir" şeklinde olup, maddenin birinci fıkrasında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli, ikinci fıkrasında ise, suçun cebir, tehdit veya hile ile işlenmesi nitelikli hal olarak kaleme alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında altı bend halinde, suçun silahla, birden fazla kişi ile birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi nitelikli haller olarak yaptırımı bağlanmış, dördüncü fıkrasında, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış haline, beşinci fıkrasında, cinsel amaçla işlenen özgürlüğü kısıtlama suçuna yer verilmiş, altıncı fıkrasında ise, suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun sonucu itibarıyla ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi halinde, ayrıca bu suça ilişkin hükümlerin de uygulanacağı belirtilmiştir. Yağma suçları 5237 sayılı TCK'nın 148 ile 150. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre yağma; bir kişinin tehdit edilerek veya cebir kullanılarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılınmasıdır. Yasanın 148. maddesinin 1. fıkrasında yağma suçunun temel şekli, 2. fıkrasında senet yağması, 3. fıkrasında cebir karinesine yer verilmiştir. TCK'nın 149. maddesinde yağma suçunun nitelikli hali, aynı kanununun 150. maddesinde ise hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amaçlı yağma ile değer azlığı yaptırımı bağlanmıştır. Yağma suçu amaç ve araç hareketlerden oluşan bir suçtur. İlk önce almayı gerçekleştirmek için araç hareketler olan cebir veya tehdit kullanılır, sonrasında bu cebir ve tehdidin etkisiyle malın alınması veya tesliminin sağlanması ile suç tamamlanır. Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelince; I- Uzun süreden beri "... " isimli şahsın kimliğini kullanan ve çevresinde bu adla tanınan sanık ... ile katılan mağdur ...'nun ... ili ... ilçesi ... mevkiinde, dondurulmuş balık satışı yapmak üzere ortaklaşa işyeri açma amacıyla bir işyeri kiraladıkları, ancak bir süre sonra aralarında başgösteren anlaşmazlıklar sonucu, işletmeye başlamadan ortaklıklarının bozulduğu, bu süreçte katılanın cep telefonu ile sanığa tehdit içerikli mesaj göndermesi nedeniyle sanığın vaki şikayeti üzerine tehdit suçundan soruşturma başlatıldığı, Germencik Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2008/121 esas sayısına kayıtlı açılan davada yargılanan katılan ... hakkında, 24.06.2009 gün ve 2009/127 sayılı karar ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği; 30.04.2008 günü saat 19:00 sıralarında, Sanık ...'in, sanık ... ve kimliği bilinmeyen başka bir kişi ile birlikte, takip edip aracını durdurdukları katılanı zorla başka bir araca bindirip, ... ilçesi dışında ıssız bir yere götürdükleri, burada silah zoru ile mağdurun üzerinde bulunan para ve kredi kartlarını aldıkları, sanık ...'in, tehdit yoluyla mağdurdan, almış oldukları banka kart şifrelerini öğrenip aynı gün içerisinde, ...'a ait kredi kartından 500 TL, ...bankasına ait kredi kartından 500 TL çektiği, yine kredi kartı ile ...'de bir akaryakıt istasyonundan 20 TL'lik alışveriş yaptığı, sanıkların ayrıca tehditle mağdura açık bir

Alacağın tahsili amacıyla yağma fiillerinin işlenmesi için mağdurun tehdit veya cebir kullanma ile tutulması halinde Yargıtayın yakın zamana kadar istikrarlı şekilde vermiş olduğu kararlarda hem alacağın tahsili amacıyla yağma hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulmaktaydı⁵⁴. Burada fiilin tam ayniyeti ve kısmi ayniyeti şeklinde bir değerlendirme dahi yapılmaksızın somut olayın şartlarına göre faile nitelikli kasten yaralama, tehdit ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı ceza verilmekteydi. Örneğin alacaklı olan fail ile borçlu olan mağdurun işyerinde tartışması üzerine alacağını almak için senet isteyen alacaklının mağdura vurması ve tehdit etmesi ve sonuçta senedi zorla alıp mağduru serbest bıraktığı olaylarda, her üç suçtan ayrı ayrı hüküm kurulması, bozma sebebi sayılmamaktaydı. Halbuki bahsi geçen olaylarda esas itibariyle tehdit ve cebir, alacağı tahsil için kullanılmakta ve aynı zamanda mütemadi suç olan hürriyeti tahdidin de fiil unsurunu teşkil etmektedir⁵⁵.

senedi imzalattıktan sonra, saat 03:30 sıralarında ... ilçesi ...beldesi çıkışında bedenlen herhangi bir zarar vermeden serbest bıraktıkları olayda; sanıkların, zor yoluyla mağduru araca bindirmek suretiyle hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 109.maddesindeki hürriyeti tahdit suçunu oluşturduğu düşünülmeyen, TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralına farklı anlam yüklenmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması' Yarg. 6. C.D., 08.05.2018 t., 2015/2550 E., 2018/3649 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

⁵⁴ '1-Mağdurun sanık ...'a borcu olduğu, olay günü sanık ...'un yanında oğlu sanık ... ve arkadaşı ... olduğu halde...'un alacağını tahsil etmek amacıyla fikir ve eylem birliği ile yakınanı darp ettiklerinin anlaşılması karşısında, sanıkların eyleminin yağmada daha az cezayı gerektiren hal başlıklı 5237 sayılı TCK'nın 150/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, 2-Sanık ...'un yaralama ve tehdit olarak kabul edilen eylemlerinin TCK'nın 150/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hürriyeti tahdit suçu yanında aynı kanunun 150/1. maddesi kapsamındaki eylemlerden de hüküm kurulması gerektiği gözetilmeyerek, bu suçların hürriyeti tahdit suçunun unsuru kabul edilip, yazılı şekilde sadece hürriyeti tahdit suçundan hüküm kurulması' Yarg. 6. C.D., 20.12.2017 t., 2014/12186 E., 2017/6207 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

⁵⁵ Yarg. 8. C.D., 26.01.2023 t., 2022/2907 E., 2023/228 K. Borcun ödenmemesi, alacağın tahsili amacıyla yağma açısından haksız tahrik teşkil etmezken, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan verilen cezada haksız tahrik hükümlerine göre indirim sebebi sayılmıştır. Kararda da hem nitelikli kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, hem de tehdit suçundan hüküm kurulması gerektiği kabul edilmiştir (Yarg. 8. C.D., 23.05.2022 t., 2019/7994 E., 2022/7546 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024).

II. YAĞMA SUÇUNUN UNSURLARI

Yağma suçunu düzenleyen TCK'nın 148 inci maddesinin 1 inci fıkrası; *“Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* şeklindedir.

Yağma suçunda, kendisine karşı cebir veya tehdit kullanılan kişi, malın zilyedi olabileceği gibi zilyet yardımcısı da olabilir. Bu sıfatların farklı kişilerde toplanması halinde, her ikisi de mağdur konumundadır⁵⁶.

Suçun oluşması bakımından, malın teslimi, cebir veya tehdit ile sağlanmış olmalıdır. Cebir veya tehdit ile malın teslimi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁵⁷.

Yağmanın hırsızlık ve cebir/tehdit suçlarından oluşan bileşik suç teşkil ettiği kabul edildiğinden, burada da suçun tamamlanması için yalnızca mağdurun zilyetliğinin sonlandırılması değil, yine mal üzerinde failin kendi egemenliğini tesis etmesinin gerekeceği kanaatindeyiz. Zira yağma suçundaki alma ile hırsızlık suçundaki alma arasında bir fark bulunmamaktadır⁵⁸. Aksi yöndeki görüş ise failin mal üzerinde yeni bir zilyetlik tesis etmesini veya egemenlik alanına sokmasını, suçun oluşumu açısından gerekli görmemektedir. Buna göre malın fiilen alınmasıyla suç tamamlanır⁵⁹.

Suçun manevi unsuru kasttır. Yağma suçunun kanuni tanımında saike dair bir ibare bulunmamasına rağmen gerek 765 sayılı TCK döneminde gerekse 5237 sayılı TCK döneminde yağma suçunda da failin faydalanma kastıyla malı alması gerektiği yönündeki hakim görüş, yukarıda alma fiiline ilişkin yaptığımız açıklamaları desteklemektedir.

⁵⁶ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 5. Baskı, İstanbul, 2021, s. 394; MAURACHt/SCHROEDER/MAIWALD, s. 411, Rn. 15.

⁵⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 398; MAURACHt/SCHROEDER/MAIWALD, s. 413, Rn. 21; BOCK, BT 2, s. 591.

⁵⁸ KOCA, s. 182; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara, 2022, s. 814; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2022, s. 760; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s.

⁵⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 398; KOÇ, s. 195.

Yağma suçu açısından da hırsızlık suçundaki faydalanma kastı aranır⁶⁰. Malın faydalanma kastıyla alınması yeterli olup, ayrıca bu maldan faydalanılmış olması aranmaz⁶¹.

Yargıtay kararlarında da yağma suçunun oluşumu için faydalanma kastının⁶² bulunması gerektiği vurgulanmaktadır⁶³.

⁶⁰ Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 347; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 351; KOCA, s. 201; CENTEL/ ZAFER/ÇAKMUT, s. 394; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 823; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 647. Aksi yönde bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2021, s. 655; Özen, Özel Hükümler, s. 506. Bir görüşe göre, alınan nesne, failin suç planından farklı olarak fail için önemsiz ise ve derhal imha edilirse, yağma suçu oluşmaz. Gbi: KÜHL, Kristian, Art. 249 in: Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München, 2007, s. 1089, Rn. 5. '249'uncu maddenin 1'inci fıkrasında tanımlanan yağma suçunun tamamlanmış sayılması için failin, mağdura ait çantayı ve içerisindekileri mal edinmek kastıyla alması gerekir. Eğer fail, içerisinde para olduğunu düşündüğü bir eşyayı alırsa, eşyayı kendisine mal edinmiş olmaz' BGH, 19.12.2012, 4 StR 494/12, Rn. 4. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024. Kararda, bu durumda teşebbüs aşamasında kalmış yağma suçunun oluşacağı belirtilmiştir.

⁶¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 652. Alman doktrininde, failin kendisi veya üçüncü bir kişi için 'mal edinmek maksadıyla' malı alması kabul edilmektedir. Hırsızlık ve yağma suçuna ilişkin maddelerdeki düzenleme şekli de bu yöndedir. Bkz. WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas/SCHUHR, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil 2, 41. Auflage, Heidelberg, 2018, s. 185, Rn. 355.

⁶² Faydalanma amacı doktrinde geniş yorumlanmaktadır. Buna göre yağmaya konu maldan doğrudan ya da dolaylı şekilde istifade edilmesi halinde faydalanma amacı gerçekleşir. Failin elde etmeyi umduğu her türlü tatmin, faydalanma amacı kapsamında mütalaa edilebilir. Bkz.: TEZCAN,/ERDEM/ÖNOK, s. 760; CENTEL/ ZAFER/ÇAKMUT, s. 394. Faydalanma amacının, failin güttüğü ekonomik yarar şeklinde dar yorumlandığı bir karar için bkz: "*Sanığın olay tarihinde, iki yıldır birlikte olduğu mağdurenin başka bir kişiyle ilişkisi olduğunu düşünerek evine gidip yanında bulunan silahı mağdureye doğrultarak tehdit ettiği, silahın kabzasıyla mağdureye vurduğu, mağdurenin elinde bulunan telefonu arama kayıtlarına bakmak amacıyla zorla aldıktan yaklaşık 20 gün sonra iade ettiği olayda, olay yerine gelen sanığın mağdureye "evde kim var orospu" demesi, telefonu arama kayıtlarına bakmak için alması, kullanmadan mağdureye iade etmesi gözetildiğinde, ekonomik durumu iyi olan ve yaklaşık bir yıldır mağdureyle birlikte olan sanığın, mağdurenin başka bir kişiyle ilişkisi olup olmadığını öğrenmek için telefonunu aldığı anlaşılmakta olup sanığın faydalanmak amacıyla telefonu aldığı sabit olmadığından, üzerine atılı yağma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı, ancak sanığın mağdura karşı gerçekleştirdiği eylemlerin silahla tehdit ve kasten yaralama suçlarını oluşturabileceğinin kabulü gerekmektedir"* YCGK., 26.01.2016 t., 2015/6-709 E., 2016/33 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

⁶³ "(...) Öğreti ve yargısal kararlarda benimsendiği üzere; malın taşınabilir olması, sahibinin rızasının bulunmaması, malın alınması ve faydalanma kastının varlığı gibi

Malın alınması için cebir veya tehdit kullanılmasıyla yağma, teşebbüs aşamasına ulaşmış olur. Ancak fail, malı aldığı anda (egemenlik alanına soktuğunda) suç tamamlanır. Failin elinde olmayan sebeplerle cebir veya tehditte bulunduktan sonra malı alamaması halinde doğrudan doğruya icrasına başlanan yağma suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır⁶⁴.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre failin, faydalanmak kastıyla aldığı bir çantanın içerisinde, aradığı eşyayı bulamaması ve aldığı malı bırakması halinde, suçun konusunun yokluğu sebebiyle elverişsiz teşebbüs söz konusu olacak ve fail yalnızca cebir veya tehdit suçundan cezalandırılacaktır. Keza çantanın içerisindeki parayı almak için mağdura bir tokat atan failin, para olmadığını görerek çantayı bırakması halinde, failin kasti çantanın içerisindeki paraya yönelik olduğundan, yağma suçu açısından elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır⁶⁵.

hususlar yönünden hırsızlık suçuna benzeyen yağma suçu, failin malı almak veya zilyedinin malın alınmasına rıza göstermesini sağlamak bakımından cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi sebebiyle hırsızlık suçundan ayrılmaktadır. Failin mağdura yönelttiği cebir veya tehdidi, kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla malı teslimine veya alınmasına karşı koymamaya zorlamak amacıyla gerçekleştirmiş olması gerekir” YCGK. 29.03.2016 t., 1015/13-280 E., 2016/147 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024. Yargıtay’ın faydalanma kastını salt ekonomik yarar olarak görmediği kararları da mevcuttur: “(...) Sanık'in otosuyla ... otosuna çarptığı, çarpışmadan sonra katılan aracındaki hasara bakmak için durup indiği, bu sırada sanık da durup araçtan inerek ...üzerine yürüyüp “ne oldu bir şey mi var, aracına el koyuyoruz” dediği, sanık da araçtan inerek yumruk attığı, (...) tekme tokat dövdükleri, ... yere düşmesi üzerine çalışır vaziyette bulunan aracına sanıklar .. ve .. binerek olay yerinden ayrıldıkları, katılan'in cep telefonu ile polis imdat telefonunu saat 21:30 sularında aradığı ve telefondaki görevlilerin kendisini ... yönlendirdikleri, katılan bulunduğu bir taksile karakola doğru gittiği sırada, sanıkların aracı geri getirmeleri şeklinde gelişen eylemde; yağma suçu genel kastla işlenen bir suç olduğundan, sanık'in aracına “el koyuyoruz”, demek suretiyle aracı götürmeleri dikkate alındığında, sanıkların üzerine atılı suçun yağma olduğu gözetilmeden” (Yarg. 6. CD., 28.03.2016 T., 2013/26663 E., 2016/2259 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024).

⁶⁴ WESSELS/HILLENKAMP/SCHUHR, s. 188, Rn. 359; ŞENERDOĞAN, s. 124; BOCK, BT 2, s. 589.

⁶⁵ KÜHL, Art. 249, Rn. 7; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 666; WESSELS/HILLENKAMP/SCHUHR, s. 188, Rn. 360. Doktrinde bir görüş TCK’nın hırsızlık suçunu düzenleyen 141’nci maddesinde yarar sağlamak maksadına yer verilmesine rağmen yağma suçunda böyle bir saikin aranmaması sebebiyle malın alınmasının yeterli olduğunu kabul etmektedir. Bkz. BİRTEK, s. 692.

III. ALACAĞIN TAHSİLİ AMACIYLA YAĞMANIN (TCK M. 150) HUKUKİ NİTELİĞİ

Yağma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri TCK'nun "Daha az cezayı gerektiren hal" başlıklı 150'nci maddesinde; "(1) Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir" şeklinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 150'nci maddesinin ilk fıkrasına göre kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Kendiliğinden hak alma olarak nitelendirilen bu fiil, 765 sayılı TCK'nın 308'inci maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir⁶⁶. Adliyeye Aleyhine İşlenen Cürümler babında yer alan ihkak-ı hak suçu, eşya üzerinde cebir veya kişiye karşı cebir veya tehdit suretiyle yetkili makamlara başvurmaya muktedir olmasına rağmen kendiliğinden hakkını ihkak etme fiilini cezalandırmaktaydı. Görüldüğü üzere eşya üzerinde cebir (m. 308/1) de suç olarak düzenlenmiştir⁶⁷.

Alacağın tahsili amacıyla yağmada, tahsil edilmek istenen alacak, hukuken tanınmış ve adli merciler nezdinde talep edilebilir bir hakka dayanmalıdır⁶⁸.

Bu fiillerin ayrıca suç olarak düzenlenmesinin gerekliliği konusunda iki görüş mevcuttu⁶⁹.

Birinci görüş; kendiliğinden hak alma fiili zaten hali hazırda ceza kanunlarında var olan suçlarla örtüştüğünü belirtmektedir. Eşya üzerinde cebirin mala zarar verme, kişiyi tehdit ederek malın alınmasının tehdit ve kişiye karşı işlenen müessir fiillerin ise kasten yaralama suçuna

⁶⁶ KOCA, s. 74; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 662.

⁶⁷ KOCA, s. 74; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 662.

⁶⁸ Uyuşturucu madde satışından kaynaklanan alacağın, zilyetliğin korunması hükümleri kapsamında alınamayacağı ve hata hükümlerinin tatbik edilemeyeceği hususunda bkz: BGH, 23.07.2008, 5 StR 46/08, Rn. 10. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

⁶⁹ İlgili görüşler için bkz: EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. III, 3. Baskı, Ankara, 1985, s. 595; ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 1994, s. 361.

vücut verdiği dikkate alındığında ayrıca bir suç tipinin ihdası lüzumsuzdur⁷⁰.

Diğer görüş ise imkânsızlık halinde alacağını tahsil edemeyen kişinin değil, alacağını tahsil etmek için resmi makamlara müracaat imkânı mevcutken özel bir saik ile fiili gerçekleştirmektedir. Bu saikteki hususiyet sebebiyle kendi hakkını istihsal etmek için cebre veya tehdide başvuran kişinin fiilinin ayrıca düzenlenmesi yerindedir⁷¹.

Alman Ceza Kanununda (AİCK), alacağın tahsili amacıyla yağma veya ihkak-ı hak suçuna yer verilmemiştir. Bu nedenle alacak miktarıyla aynı oranda malını geri alan kişinin fiili, zilyetliğin korunması (BGB m. 223) ve yağma suçunun tipikliği noktasında tartışılmakta, özellikle bir hukuka uygunluk sebebinin varlığında hata (haksızlık yanılığısı) kapsamında içtihatlar söz konusu olmaktadır⁷².

BGH'nin bir kararında; kendisinden bir önceki gün 15 Euro çalan kişiyle karşılaşan failin, yolda karşılaştığı mağdurdan cebren 20 Euro almasının, tipik olarak yağma (AİCK m. 240) suçuna vücut verdiği ancak failin Alman Medeni Kanununun 229'uncu maddesinde (TMK m. 891/2) düzenlenen zilyetliğin korunması hukuka uygunluk nedeninin somut olayda da uygulanabilir olduğunu zannederek parasını geri aldığından bahisle faile ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁷³.

Zilyetliğin korunması ancak, malın alınmasına ilişkin fiil sırasında veya malı alan fail kaçarken söz konusu olabilir. BGB'nin 229'uncu maddesiyle Türk Medeni Kanunun 891'inci maddesi bu konuda benzerlik taşımaktadır. Bu nedenle bahsi geçen olayda gerçek bir hukuka uygunluk nedeni yoktur. Failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatası ise kaçınılmaz/esaslı değildir⁷⁴.

Kanun koyucu, 765 sayılı TCK dönemindeki eleştirileri dikkate alarak ihkak-ı hak suçuna kanunda yer vermemiştir. Bunun yerine yağma suçunun daha az cezayı gerektiren halleri arasında alacağın tahsili

⁷⁰ ÖNDER, s. 362.

⁷¹ EREM, s. 595.

⁷² HIRSCH, Hans Joachim: 'Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen', JuristenZeitung, Y. 18, S. 5/6, 1963, s. 149-156, s. 153.

⁷³ BGH, 12.01.1962, 4 StR 346/61. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024. Ayrıca bkz: HIRSCH, s. 149.

⁷⁴ HIRSCH, s. 150.

amacıyla yağma suçunu düzenlemiştir. Hükümde, yağmanın alacağın tahsili amacıyla işlenmesi halinde yağma suçunun unsurlarını oluşturan kasten yaralama veya tehdit suçuna göre ceza verileceği belirtilmiştir. Ayrıca eşya üzerinde kuvvet sarfıyla malın alınması, yağma kapsamından çıkartılmıştır⁷⁵.

Her ne kadar madde başlığında yağma suçunun daha az cezayı gerektiren halinden bahsedilmiş ise de daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerdeki düzenlemelerden farklı olarak temel suç tipinin öngördüğü cezaya atf yapılmamıştır. Bunun yerine 150'nci maddede kanun koyucu, bileşik suç olan yağmanın unsurlarını teşkil eden kasten yaralama (m. 86) ve tehdit (m. 106) suçlarına atf yapmıştır. Yapılan bu atf sebebiyle, bileşik suç teşkil eden yağmanın, alacağın tahsili amacı ile işlenmesi halinde failin ceza sorumluluğunun nitelikli hale mi, bağımsız bir suç mu yoksa yağmanın unsurlarını teşkil eden tehdit veya kasten yaralamaya göre mi belirleneceği hususunda farklı görüş ve uygulamalar ortaya çıkmıştır⁷⁶.

Doktrindeki bir görüşe göre, kişinin hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması durumunda fiil yağma suçunu değil, duruma göre tehdit veya kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır⁷⁷. Kanunun bu düzenlemesi ile hukuki bir alacağın tahsili amacıyla cebir veya tehdit kullanılması halinde ayrı bir suç oluşmaktadır. Bu görüşe göre 150'nci maddenin 1'inci fıkrasında tehdit veya cebir kullanmanın özel bir işleniş şekline yer verilmiştir⁷⁸. Bu görüş, 765 sayılı TCK döneminde çok düşük bir ceza içeren ihkak-ı hak suçunun ayrıca düzenlenmemesi gerektiği, halihazırda mevcut suç tiplerinin zaten bu fiilleri kapsadığı yönündeki eleştiri ile paraleldir.

Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, kişinin hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde de yağma suçunun oluşacağını kabul etmektedir. Buna göre fail alacağını tahsil amacıyla cebir veya tehdit kullanırsa nitelikli yağma suçu oluşacak, fakat cezası yağmaya göre değil, tehdit veya kasten yaralama suçuna göre verilecektir. Bununla birlikte daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal düzenleyen kanun koyucunun, yağma suçunun temel şekline göre indirim

⁷⁵ CENTEL/ ZAFER/ÇAKMUT, s. 373.

⁷⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, 782; GÜNAY, s. 479.

⁷⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 662.

⁷⁸ CENTEL/ ZAFER/ÇAKMUT, s. 374; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2022, s. 230.

yapılmasını öngören bir hüküm ihdas ederek bu husustaki tartışmaları kolaylıkla sonlandırması mümkündür. Bu şekilde bileşik suçun, unsurlarına bölünerek işlevsiz hale getirildiği eleştirisi de karşılanmış olacaktır. Ayrıca yağma suçunun unsurlarından birini teşkil eden hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen alacağın tahsili amacıyla hırsızlık suçuyla 150'nci madde arasındaki çelişki de ortadan kaldırılabilecektir⁷⁹. Gerçekten de temel suç tipi olan yağma fiilinin bütün unsurlarını içerisinde barındıran, unsurlarının gerçekleştirildiği her olayda yağma suçunun unsurlarının da yerine getirildiği ve yalnızca failin saikine ilişkin ek bir unsurla yağma suçunun kapsamını daraltan alacağın tahsili amacıyla yağmanın, cebir veya tehdidin özel bir şekli olduğunu kabul etmek bizce isabetli değildir⁸⁰.

Burada diğer bir sorun da aynı alacağın tahsili amacıyla failin, müteaddit defa mağdura karşı cebir kullanması halinde ortaya çıkacaktır. Bilindiği üzere kasten yaralama suçunda zincirleme suç hükümleri tatbik edilemez (m. 43/3). Failin yağma suçunun temel şeklini işlemek üzere birden fazla kez mağduru tehdit etmesi veya yaralaması halinde, Yargıtay tarafından yağma suçu için kabul edilen 'kastın belirli bir miktara özgülenmesi' kriteri kapsamında faile bir tek yağma suçundan ceza verilmektedir⁸¹. Alacağın tahsili amacıyla yağmada, fiilin kasten yaralama olarak nitelendirilmesi halinde faile tek ceza verilemeyecek, belirli bir alacağı tahsil etmek için hareket eden faile, her bir fiili için ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında bağımsız cezanın öngörülmüş olmasının, başlı başına düzenlemenin nitelikli hal olmadığı sonucuna yol açmadığı şeklindeki kabulü de dikkate alındığında, 150'nci maddenin 1'inci fıkrasındaki düzenlemenin nitelikli hal olarak kabulü, 'kastın belirli bir miktara özgülenmiş olması' açısından da ceza sorumluluğunun belirlenmesinde önem arz eder. Aksi takdirde tek bir alacağı tahsil amacıyla mağdura

⁷⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 782; Tezcan, Erdem ve Önok (n 47) 819. Hükümün eleştirisi için ayrıca bkz: HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 364.

⁸⁰ KOÇ, s. 27; GÜNAY, s. 472.

⁸¹ Yarg. 6. C.D., 24.01.2012 t., 2011/3597 E., 2012/732 K. Kararın eleştirisi için bkz: ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 670.

birden fazla cebir uygulayan failin, alacağını alamasa dahi fiil sayısınca cezalandırılması gerekecektir⁸².

Saike ilişkin bir nitelikli hal teşkil eden alacağın tahsili amacıyla yağmanın tatbiki için cebir veya tehdit, alacağını tahsili maksadıyla malın alınmasına yönelik olmalıdır. Ancak alacağın tahsil edilip edilmemesi suçun oluşmasına etki etmez⁸³. Yağma suçunun temel şekliinden farklı olarak alacağın tahsili amacıyla cebir veya tehdit kullanıldığı anda suç oluşmaktadır. Kasten yaralama ve tehdit suçlarına atıf yapıldığı için failin alacağını tahsil edememesi halinde dahi kasten yaralama veya tehdit suçundan cezalandırılacaktır⁸⁴.

Yargıtay kararlarında, mağdurdan alınan şey ile alacak miktarı arasında açık bir nispetsizlik bulunmadığı takdirde alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun oluşacağı kabul edilmekte, ayrıca alacağın miktarı ve alındığı güne kadar işlemiş faizinin hesaplanması gerektiği belirtilmektedir⁸⁵.

⁸² '(...) 150. Maddesinde, yağma suçlarının bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi, daha az cezaı gerektiren nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. (...) Kanunda, suçun nitelikli halleri için bazı maddelerde bağımsız bir ceza öngörülmesi, bazı maddelerde ise cezanın belirli bir oranda arttırılması esasının kabulü uygulamada birtakım zorluklara neden olsa da, bu tercih bütünüyle kanun koyucunun takdiridir. Bununla birlikte bu takdir, kanunda cezanın belirli bir oranda arttırılmasının öngörüldüğü hallerin nitelikli hal olmayıp ağırlaştırıcı neden olduğu anlamına gelmemektedir' YCGK., 04.12.2012 t., 2012/6-1247 E., 2012/1842 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024. Ayrıca bkz: YCGK., 20.05.2014 t., 2013/6-617 E., 2014/271 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024. Geniş bilgi için bkz: Özgenç (n 64) 706.

⁸³ ŞENERDOĞAN, s. 114.

⁸⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 720; ŞENERDOĞAN, s. 126.

⁸⁵ 'Mobilyacılık yapan mağdur M.. A..'ın Cumhuriyet savcılığında verdiği 07.04.2008 günlü ifadesinde; sanık B.. D..'den geri ödemek üzere 800 dolar ve 2000.-TL para aldığını, bunun karşılığında da kendisine 2000.-TL değerinde senet verdiğini, 800 doları elden aldığı için herhangi bir evrak yapmadıklarını, aylık % 8 -10 civarında olan faizleri geciktirdiği zamanlar olduğunu, ancak faizleri geciktirdiği için kendisini tehdit etmediklerini, ona kefil olan tanık H.. D..'yu Paramı ödesin yoksa onu vurduracağım. şeklinde tehdit ettiklerini sonradan öğrendiğini, bu kişilerden borç aldığı sırada yanında herhangi bir kimse olmadığını, senedinin nerede olduğunu şu an bilmediğini, kendilerinden faizle para aldığını, kabul ettiğini, ancak şikayetçi olmadığını beyan ettiği, mağdurun rızasıyla sanık B..'tan aldığı para ve karşılığında ödediği meblağların orantılı olduğu, zamanında borcunu ödeyemeyen mağduru sanık B..'in tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında; sanık B..'in mağdura karşı eyleminin, 5237 sayılı Yasanın 150/1. maddesindeki alacağını tahsil amacıyla tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi' Yarg. 6. C.D.,

IV. KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN İÇTİMA ÖĞRETİSİ AÇISINDAN ARZ ETTİĞİ ÖZEL DURUMLAR

109 uncu maddenin 1 inci fıkrasında, *“bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakanın”* cezalandırılacağı belirtilerek, kişilerin hareket özgürlüğü korunmuştur. Burada; kişinin hem o andaki (aktüel) hem de gelecekteki (potansiyel) hareket serbestisi korunmaktadır. Belirtelim ki suç tipiyle kişinin potansiyel hareket özgürlüğü de korunduğu için mağdurun uyuyor olması, sarhoş olması gibi durumlarda hareket özgürlüğünün kısıtlandığını bilmemesi, suçun oluşumunu etkilemez⁸⁶.

Kişinin ulaşmak istediği belirli bir yere gidişin engellenmesinin bu suça vücut vermediği ileri sürülmüştür. Örneğin otoyolun kapatılması, iş yerinin önünde grev yapılarak çalışanların işyerine girmesinin engellenmesi ya da kişinin belirli bir yere gitmemesi yönünde zorlanması gibi. Verilen örneklerde şartları varsa cebir suçunun oluşacağı söylenmiştir⁸⁷. Buna göre suçun fiil unsuru, mağdurun belirli bir yere gitmesinin değil, belirli bir yerden ayrılmasının engellenmesini tarif etmektedir⁸⁸.

Kanaatimizce kişinin hukuka uygun olarak gitmeye muktedir olduğu bir yere ulaşmasının engellenmesi, bu suça vücut verecektir. Eğer cebir veya tehdide başvurulursa, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali söz konusu olacaktır. Suç tipiyle potansiyel hareket özgürlüğünün korunduğu yönündeki kabulün bu görüşle paralel olduğu düşüncesindeyiz.

Suçun kanuni tanımında yasaklanan hareketin gerçekleştirilmesi, doğal olarak belirli bir süre devam ediyorsa, mütemadi suç söz konusu olur. Hareketin gerçekleştirilmesi için böyle bir zorunluluğun

18.11.2015 t., 4485/44970. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024; GÜNAY, s. 473.

⁸⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 419; RENGIER, s. 195, Kn. 2; ESER, s. 2003, Rn. 1; KINDHÆUSER, Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Auflage, Baden-Baden, 2012, s. 150, Rn. 2; DEMİREL, s. 494.

⁸⁷ ESER, s. 2004, Rn. 4. Ayrıca bkz: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 444.

⁸⁸ KINDHÆUSER, BT, s. 151, Rn. 9.

bulunmadığı hallerde, ani suçtan bahsedilir⁸⁹. Bu suçların gerçekleşebilmesi için, temadi eden fiilin kesilmesinin, fiilin gerçekleşmesinden sonraki bir zamanda olması gerekir. Ancak kesinti ile fiilin işlendiği an arasında muayyen bir süre aranmaz⁹⁰. Ani suçlarda ise hareket ile meydana getirilen hukuka aykırı durumun belirli bir süre devam ettirilmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Buna karşılık ani suçların da bazen mütemadi şekilde işlenmesi mümkündür. Sıvı veya gaz halindeki enerji üzerinde hırsızlık suçunda, ani hareketli bir suç olan hırsızlıktaki alma hareketinin temadi eder şekilde gerçekleştirilmesi söz konusudur (TCK m. 142/3)⁹¹. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, zorunlu mütemadi suçtur.

Mağdurun rızası, bu suç açısından tipikliği kaldıran niteliktedir. Bu nedenle rıza açısından hukuka uygunluk sebebinin sübjektif unsuru tartışmasına gerek yoktur. Mağdurun rızası, fail tarafından bilinmese dahi, fiil tipik addedilemez⁹².

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsuru, kasttır. Fail, mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kıldığını bilerek hareket etmelidir. Bu suç, olası kastla da işlenebilir. Suçun taksirli şekli cezalandırılmamıştır⁹³.

Suçların içtimaı konusunda değişik ihtimaller ortaya çıkabilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda (m.87), ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (m.109/6). Şayet suçun işlenmesi sırasında uygulanan cebir, 86'ncı madde düzeyinde kalmış bir yaralama ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali (m. 109/2) tatbik edilecektir. Son ihtimalde kişiye ayrıca kasten yaralama, cebir veya tehdit suçundan ceza verilmez. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, fiilin haksızlık

⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 417.

⁹⁰ ESER, s. 2005, Rn. 11.

⁹¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 446; YENERER ÇAKMUT, Özlem 'Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)' MÜHFHAD, C. 19, S. 2, 2013, s. 587-602, s. 591.

⁹² DEMİREL, s. 507.

⁹³ YENERER ÇAKMUT, s. 592; DEMİREL, s. 511.

içeriğini göz önünde bulundurmamak suretiyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama açısından özel bir içtima hükmüne yer vermiştir⁹⁴.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cebir ve tehdit suçuna çok benzer. Her üç suç da kişinin irade ve hareket özgürlüğüne yöneliktir. Bir kimseyi, bir şeyi yapması, yapmaması veya bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için cebir kullanarak hürriyetinden yoksun bırakan (m.109/2) nasıl cezalandırılacaktır?

Alman doktrininde ileri sürülen bir görüş, failin kastına göre belirleme yapılması gerektiğini savunmaktadır⁹⁵. Alman Ceza Kanununun 240'ncı maddesinde; zorlama suçu (Nötigung) düzenlenmiştir. Buna göre; *'Bir kimseyi, cebir kullanarak veya ciddi bir kötülük yapacağından bahisle tehdit ederek, bir hareketi gerçekleştirmeye, bir harekete katlanmaya veya bir davranıştan kaçınmaya hukuka aykırı olarak zorlayan kişi'* üç yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Failin zorlama arz eden fiillerinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesine yönelik olması halinde, diğer bir anlatımla mağdurun bir yeri terk etmemesi için cebir veya tehdit kullanılmış ise, 239'uncu maddede düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, 240'ncü maddeye göre özel hüküm ihtiva ettiği ileri sürülmektedir. Buna karşılık belirli bir davranışın gerçekleştirilmesi için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili işlenmiş ise, örneğin bir çekin imzalanması gibi, bu durumda iki suç arasında fikri içtima hükümleri tatbik edilecektir⁹⁶.

⁹⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 461; YENERER ÇAKMUT, s. 599; DEMİREL, s. 545. 'Olay günü sanığın müştekiyi evin bir odasına kilitleyip kaçmasını engelledikten sonra doktor raporunda belirtildiği gibi yaşamını tehlikeye sokmayacak ve basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek şekilde yaraladığının kabul edilmesi karşısında, sanığın eylemlerinin bütün halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu, müştekideki yaralanmaların hürriyetten yoksun kılma suçunun unsuru kapsamında kaldığı, bu sebeple hüküm kurulurken yaralanmaların niteliği de göz önünde bulundurularak TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak cezanın belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde hükümler kurulması' Yarg. 14. C.D 19.12.2018 t., 2015/3599 E., 2018/7638 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

⁹⁵ KINDHÆUSER, BT, s. 154, Rn. 30; HARRO, Otto, Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte, 6. Auflage, Berlin-New York, 2002, s. 108, Rn. 18; MAURACHt/SCHROEDER/MAIWALD, s. 158, Rn. 15; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 461.

⁹⁶ KINDHÆUSER, BT, s. 154, Rn. 30; HARRO, s. 108, Rn. 18; MAURACHt/SCHROEDER/MAIWALD, s. 158, Rn. 15.

Kanaatimizce de tek suç işleme kastıyla, tek bir hareket ve bu hareket neticesi ayrı ayrı suç tipleri ihlâl edilmişse fikri içtima kuralları uygulanmalıdır⁹⁷. Bununla birlikte fikri içtimanın kapsamı belirlenirken yalnızca fiilin tam ayniyetine önem atfetmek, failin kastını ve doğal anlamda hareketin hukuki-sosyal bir değerlendirmeye tabi tutulmasını tamamen dışlamak anlamına gelecektir. Bu nedenle failin suç planına göre zorunluluk arz eden hareketlerin, amaç suçun işlenmesine hizmet etmesi ve dışarıdan objektif bir şekilde bakıldığında bu hareketlerin bir bütün olarak değerlendirilebilir olması halinde, fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin ani bir suçun işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen mütemadi suçun, tamamen ani suçun işlenmesini mümkün kılmak için işlenmesi ve zaman-mekan anlamda ani suçun işlenmesiyle çok sıkı bir bağlantı içerisinde bulunması halinde, fikri içtima hükümleri uygulanabilmelidir.

Karşı yöndeki görüşe göre çok hareketli suç teşkil eden özel belgede sahtecilik suçunda (m. 207/1), 212'nci maddedeki özel içtima hükmü olmasaydı dahi failin, düzenlediği sahte özel belgeyi, dolandırıcılık suçunu işlemek için kullanması halinde, tam ayniyetin şartları mevcut olmadığından failin hem özel belgede sahtecilik hem de dolandırıcılık suçundan cezalandırılması gerekecek idi⁹⁸. Düşüncemize göre burada failin dolandırıcılık suçunu işlemek kastıyla düzenlediği sahte özel belgeyi kullanması halinde, özel içtima hükmü olmasaydı, faile fikri içtima hükmü gereği yalnızca daha ağır cezayı gerektiren dolandırıcılık suçundan ceza verilmesi gerekecekti⁹⁹.

V. ALACAĞIN TAHSİLİ AMACIYLA YAĞMA SUÇU İLE HÜRRİYETİ TAHDİT SUÇU ARASINDAKİ FİKRİ İÇTİMA İLİŞKİSİ

TCK'nın 44'üncü maddesinde yer alan fiil tekliğinin tespitinde belirleyici kriter, hareketin tam veya kısmi ayniyetidir. Eğer birden fazla farklı suça vücut veren hareketler arasında ve bu fiillerin işlendiği zaman

⁹⁷ FISCHER, §239, s. 1698, Rn. 18. Federal Mahkemenin bir kararında da, zorlama (Nötigung, AICK m. 240) ve hürriyeti tahdit (AICK m. 239) suçları arasında fikri içtima ilişkisinin bulunduğu, failin kastına göre bu ilişkinin belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Gbi: BGH, 15.10.1981, 4 StR 461/81, Rn 7. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024. Ayrıca bkz: Tezcan, Erdem ve Önok (n 47) s. 570.

⁹⁸ Belirtmek gerekir ki, failin belgeyi düzenlemeyip yalnızca kullanması halinde (m. 207/2), tam ayniyet söz konusu olacaktır. İlgili görüş için bkz: GÖKTÜRK, s. 47.

⁹⁹ ROXIN, s. 818, Rn. 70; EL-GHAZI, s. 137

zarfında bir örtüşme söz konusu ise bu durumda, farklı neviden fikri içtima gündeme gelecektir.

Alacağın tahsili amacıyla kişiye karşı cebir ve tehdit teşkil eden hareketlerin gerçekleştirilmesi, belirli bir süre devam edebilir. Gerçekten de fail, borçlu olan mağdurla buluşup görüştüğü sırada, alacağını tahsil edemeyeceğini anlayıp mağduru tehdit edip vurmaya başlasa ve parayı ödemesini istese -ki uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur- mağdurun parayı bulmak için arkadaşlarına telefon etmesi veya borcuna karşılık gelen miktarda senedi imzalaması için muayyen bir süre geçecek ve bu süre boyunca hürriyeti de kısıtlanmış olacaktır.

Düşüncemize göre alacağın tahsili amacıyla yağma, esas itibariyle failin saikine ilişkin daha az cezayı gerektiren nitelikli bir haldir. Ancak kanun koyucu cezayı belirlerken, hırsızlık ve yağma suçunun nitelikli hallerine ilişkin belirlediği ceza sisteminden ayrılarak suçun temel şekline nazaran indirim öngörmemiş, failin gerçekleşen tehdit veya kasten yaralama suçlarından cezalandırılması doğrultusunda hüküm vzetmiştir. Böyle hallerde kişi kasten yaralama ve/veya tehdit fiilinden cezalandırılrsa bile işlenen suç “alacağın tahsili amacıyla yağma”dır¹⁰⁰.

Birden fazla kişi ile birlikte kasten yaralama suretiyle fail hürriyetinden yoksun kılınırsa, kasten yaralama aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali içerisinde yer aldığından, faile yalnızca bileşik suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halinden ceza verilmelidir (m. 109/2; m. 109/3-b). Meğer ki kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali söz konusu olsun (m. 109/6). Bu sebeple yağma suçunun unsurlarını teşkil eden suçlar ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, doğal hareket tekliği kapsamında tek bir fiil teşkil etmektedir. Diğer bir anlatımla mağdur, alacağın tahsili amacıyla yağma fiilinin tamamlanmasını aşan bir süre boyunca hürriyetinden yoksun bırakılmamış ise hukuki anlamda tek bir fiil söz konusu olacaktır¹⁰¹.

Cebir ve tehdidin, birçok olayda esas itibariyle mağdurun hareket serbestisini de kısıtlaması doğal bir sonuçtur. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hüküm kurulabilmesi için somut olayda

¹⁰⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 782; SOYASLAN, s. 428; GÜNAY, s. 100.

¹⁰¹ Yalnızca suçu işlemek amacıyla değil, mağdurun kaçma şansını tamamen bertaraf etmek üzere kapının kilitlenerek uzun süre tutulması suretiyle hürriyetten yoksun kılmanın ayrıca cezalandırılacağı yönünde bkz: BGH, 12.12.2023, 4 StR, 153/23, Rn. 2. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

yağmaya vücut veren fiilin icrası için gerekli süreyi aşan bir kısıtlamanın söz konusu olması gerekir¹⁰². Diğer bir anlatımla yağma suçunun irtikabı süresince yani suç tamamlanuncaya kadar gerçekleşen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili kural olarak yağma suçuyla birlikte tezahür ettiği için bu suç tarafından tüketilecektir¹⁰³. Malın alınmasından önce başlayan ve mal alınana kadar devam eden kişinin hürriyetinden yoksun kılınması halinde ise alacağın tahsili amacıyla yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır¹⁰⁴.

Mütemadi suç ile ani suçun, hiçbir zaman kesişmeyeceği ve tam ayniyetin sağlanamayacağı yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz¹⁰⁵. Bununla birlikte burada icrai veya ihmali hareketlerin salt zaman bakımından örtüşmesi yeterli değildir. Mütemadi suçun, ani suçun işlenmesine hizmet etmesi gerekir. Gerçekten kişinin uyuşturucu madde bulundurduğu sırada alacağın tahsili amacıyla yağma suçunu işlemesine halinde fikri içtima söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık alacağın tahsili amacıyla kişinin bir yere götürülmesi ve burada cebir ve/veya tehdit kullanılması ihtimalinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve alacağın tahsili amacıyla yağma suçları arasında fikri içtima söz konusu olur. Zira fiil tekliğinün sübjektif unsuru sağlanmıştır. Hatta burada salt alacağın tahsili amacıyla yağma fiilleri sırasında kişinin tutulması sebebiyle tam ayniyet de kabul edilebilir¹⁰⁶.

Fiillerin tam ayniyet teşkil etmediği, mağdurun tutulması anında temadi eden kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ile bu sırada aralıklarla meydana gelen cebir ve tehdidin sadece kısmen örtüştüğü ileri sürülse dahi, yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında, dar bir zamansal ve mekânsal bağlantı içerisinde, dışarıdan bakan üçüncü göz tarafından tek olarak telakki edilebilecek bir biçimde ve failin yalnızca alacağın tahsili amacıyla yağma suçuna yönelen kastıyla burada kısmi ayniyet halinde dahi fikri içtima uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle failin kastını

¹⁰² DEMİREL, s. 545.

¹⁰³ RENGIER, s. 165, Rn. 52.

¹⁰⁴ MAURACHt/SCHROEDER/MAIWALD, s. 415, Rn. 25; BOCK, BT 2, s. 600; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 401, Kn. 700.

¹⁰⁵ Bu yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 810; İÇEL, Suçların İçtimaı, s. 67; GÖKTÜRK, s. 153.

¹⁰⁶ MITSCH, s. 389; EL-GHAZI, s. 437; BOCK, AT, s. 650.

da dikkate almak suretiyle fiil tekliğinin ve fikri içtimanın belirlenmesi gerekir.

İçtihatlarda, failin alacağın tahsili amacıyla kişiye cebir ve tehdidi bir arada kullanması ve mağdurun bu sırada hürriyetin de yoksun bırakılması halinde, başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın, her üç suçtan ayrı ayrı ceza verilmekteydi¹⁰⁷. Bu şekilde örneğin alacağın da tahsil edememiş olan fail, alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun, cebir veya tehdidin gerçekleştirilmesiyle tamamlandığı, alacağın tahsili şeklinde bir netice aranmadığı kabul edildiğinden, yağma fiilinin temel şekline teşebbüsten verilecek cezadan yüksek bir cezaya mahkûm edilebilmektedir.

Bu durumu, somut bir örnek üzerinden izah edelim: fail, işyerinde mağdurla otururken alacağını ister. Mağdur henüz ödeyemeyeceğini söyler. Fail de sinirlenerek çalışanları ile birlikte mağdura yumruk atar ve senet vermeden işyerinden canlı çıkamayacağını söyler. Belirli bir süre bu şekilde devam eden tartışma sırasında mağdur, gizlice telefonundan polisi arar ve henüz senet imzalanmadan polis gelir, mağdur failin elinden kurtulur. (Aşağısı ile bağlantıyı kuran bir cümle gerekir).

1- Alacağın tahsili amacıyla yağma fiilini, yağmanın daha az ceza gerektiren nitelikli hali olarak görmeyen Yargıtayın içtihatlarına göre burada, birden fazla kişi ile birlikte tehdit suçu işlendiği (m. 106/2-c) için 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına hükmedilmelidir¹⁰⁸. Kişiyi

¹⁰⁷ 'Oluş ve dosya içeriğine göre, olay günü sanık'nın sorumlu müdür diğer sanık'ün ise garson olarak çalıştığı gazinoya giden yakınanların, hesabı fazla bulup itiraz etmeleri üzerine, sanıkların hukuki alacağın tahsili amacıyla yakınanların üzerine gazinonun kapısını kapatarak, üzerlerini arayıp paralarını aldıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların sübut bulan "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve 5237 sayılı TCK'nun 150/1.maddesi yollamasıyla aynı yasanın 106/2-c maddesi uyarınca tehdit" suçundan yakınan sayısınca mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde karar verilmesi' Yarg. 6. C.D., 18.06.2015 t., 2013/25409 E., 2015/41693 K. İstanbul BAM., 20. C.D., 27.04.2023 t., 2023/1011 E. (yayımlanmamış karar).

¹⁰⁸ '(...) yakınanın sanıkların eski çalışanı olması ve peşin aldığı maaştan kaynaklı sanıklara borcunun bulunduğu, olay tarihinde yakınanın rızasına binaen sanıklar ... ve ... tarafından araca bindirilerek sanıklar ... ve ...'nin bulunduğu mezbahaneye getirildiği, sanıklar ... ve ...'un yakınanın kendilerine olan borcunu ödememesi nedeni ile, yakınanı ölümle tehdit edip darp etmek suretiyle boynunda bulunan zincir ve künyesini aldıkları, yakınanın sanıklardan kendisini tekrar iş yerine götürmelerini istemesi üzerine ise sanıkların yakınanı iş yerine götürerek bıraktıklarının anlaşılması karşısında; hukuki alacağın tahsili amacıyla hareket ile yakınanı tehdit edip darp eden, ayrıca yakınanın dolaşım özgürlüğünü sınırlayan sanıkların eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 109/2, 109/3-b maddesindeki hürriyeti tahdit suçunun yanı

hürriyetinden yoksun kılma suçunun da nitelikli hali söz konusu olduğundan (m. 109/1, m. 109/3-b), 2 Yıl ila 10 Yıl arası hapis cezası verilmesi gerekir¹⁰⁹. Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri hariç olmak üzere kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama fiili de işlenirse, 109'uncu maddenin 2'nci fıkrası gereği, ayrıca kasten yaralama suçundan faile ceza verilmeyecektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada ise, 109'uncu maddenin 6'ncı fıkrası gereğince gerçek içtima kuralı uygulanacak ve faile ayrıca ceza verilecektir. Neticede uygulamamızda, bileşik suç (m. 109/2) hükümleri dikkate alınmaksızın alacağın tahsili amacıyla yağmayı düzenleyen 150'nci maddenin 1'inci fıkrasının işlenmiş olduğu hallerde; bu fıkraya atıfla, 109'uncu maddenin 1'inci fıkrasından ceza verilmekte ve ayrıca kasten yaralama suçundan da hüküm kurulmaktadır. Hatta alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun hem tehdit hem de cebir yoluyla işlenmesi halinde, her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmektedir¹¹⁰.

sıra, aynı Kanununun 150/1. maddesinde öngörülen yağmanın daha az cezayı gerektiren halini ayrı ayrı oluşturduğu dikkate alınmadan, 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralına farklı anlam yükleyerek yazılı şekilde hüküm kurulması' Yarg. 6. C.D., 04.03.2021 t., 2020/811 E., 2021/3919 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024; Yarg. 6. C.D., 24.02.2020 t., 2017/3545 E., 2020/802 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

¹⁰⁹ KOÇ, s. 230.

¹¹⁰ 'Yapılan soruşturma kapsamında müştekinin sanık Burhan'a alacağına karşılık çek verdiği, sonrasında çekin sanıklar arasında ciro edildiği, çekin bankaya ibraz edilerek karşılıksız çıktığı, sanıkların bu nedenle çeki veren müştekiyi sanık B.'un iş yerine çağırdıkları, söz konusu iş yerinde müştekinin silahla tehdit edilerek yaralandığı, mahkemece yaralama tehdit ve silah bakımından 6136 sayılı yasaya muhalefet suçlarından karar verildiği, ancak anlatılan olayda sanıkların eyleminin aynı zamanda sevk maddesinde belirtilen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu da oluşturduğu tüm dosya kapsamından anlaşıldığından sanıklar B., B. ve H.'nin fikir ve eylem birlikteliği içerisinde müştekinin iş yerine rıza dışında girerek müştekiye karşı kasten yaralama ve hukuki alacağın tahsili amacıyla tehdit suçlarını işledikleri ve bu süre içerisinde müştekiyi rızası dışında alı koymak suretiyle atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işledikleri tüm dosya kapsamından anlaşıldığından suçun işleniş biçimi, sanıkların şahsi ve sosyal halleri, birden fazla fıkranın ihlal edilmiş olması dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaştırılarak taktiren ve teşdiden cezalandırılmalarına karar verilerek mahkememizce aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur' İstanbul 20. Asliye Ceza Mahkemesi, 29.11.2022 t., 2019/656 E., 2022/917 K. İlgili karar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesinin, 27.04.2023 t., 2023/1011 E., 2023/807 K. sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir.

2- Yukarıdaki açıklamalar ışığında bir değerlendirme yapıldığında, esas itibariyle failin, alacağını tahsil etmek amacıyla gerçekleştirdiği tehdit ve kasten yaralama fiillerinin, içtima ilişkisinde tek bir alacağın tahsili amacıyla yağma olarak nitelendirilmesi gerekir. Fiil alacağın tahsili amacıyla yağma olarak nitelendirildikten sonra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla arasındaki içtima ilişkisi, doğal anlamda hareket tekliği bağlamında değerlendirilmeli ve fiiller arasındaki ayniyet (örtüşme) belirlenmelidir. Bizim de iştirak ettiğimiz; dar bir zamansal ve mekânsal bağlantıyla ani suçun işlenmesine hizmet eden mütemadi suçun mevcudiyeti, dışarıdan bakan objektif üçüncü bir göz tarafından bu hareketlerin bütünlük arz etmesi ve failin kastı bir arada dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Buna göre eğer senedin imzalanması veya malın teslimi için cebir ve tehdit kullanılıyor ve failin kastına göre malın alınması için uygulanan cebir ve tehdit süresince mağdur hürriyetinden yoksun kılınyorsa, tipik hareketlerin tam ayniyeti söz konusu olacaktır. Kısmi ayniyetin varlığı halinde de iki suçun icra hareketleri, hukuki anlamda hareketin bir alt başlığı olan doğal hareket tekliği altında mütalaa edilerek fikri içtima tatbik edilmelidir. Elbette ani suçu aşan bir mütemadi suç işlenmemiş olmalıdır¹¹¹.

3- Kural olarak farklı neviden fikri içtimada, soyut ceza dikkate alınarak failin ceza sorumluluğu belirlenir. Ancak mütemadi suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, alacağın tahsili amacıyla uygulanan cebir veya tehdit sırasında sadece bu suçlar için gerçekleştirilen fiiller ile sınırlı şekilde işlendiğinde, artık fikri içtima değil, eşlik eden tüketilen suç, yani görünüşte içtima söz konusu olacaktır. Bu durumda ortada tek bir alacağın tahsili amacıyla yağma suçu söz konusudur. Elbette burada fiilin, birbirinden farklı yüksek hukuki değerlere yönelik olmaması gerekir. Bu nedenle salt gerçekleştirilen cebir ve tehditle sınırlı hürriyetten yoksun kılma durumunda, faile yalnızca alacağın tahsili amacıyla yağma suçundan ceza verilecek ve cezası, tehdit ve kasten yaralama suçlarına göre belirlenecektir.

4- Yargıtay, alacağı tahsil amacıyla mağdurun fail tarafından bir yere götürülmesi halinde alacağın tahsili amacıyla yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı ceza verilmesi

¹¹¹ **EI-GHAZI**, s. 438. Cinsel saldırı suçu için tutulan iki kadının, cinsel saldırı suçunun ötesinde tutulmaya devam etmesi sebebiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da ceza verilmesi gerektiği yönündeki örnek için bkz: **WERLE**, s. 68; BGHSt 18, 26. <https://dejure.org/>, erişim tarihi 19.08.2024.

gerektiğini kabul eden birçok kararında tam ayniyet kıstasından yola çıkmış, doğal hareket teklifi, failin kastı ve üçüncü kişi nazarında fiillerin bütünlük arz etmesi kriterlerinden hiçbirini değerlendirmemiştir¹¹².

5- Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 23.05.2023 tarihli kararında açıkça, Alman hukukunda kabul edilen; doğal hareket teklifi bağlamında failin kastına ağırlık vererek alacağın tahsili amacıyla kişiye karşı cebir ve tehdit uygulanırken, bu fiile doğal ve zorunlu olarak bağlı olan hürriyet kısıtlaması dolayısıyla ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹¹³.

¹¹² 'Ortak hurda işi yapan sanıkların, daha önceden yanlarında çalışan mağdura verdikleri borcu tahsil etmek amacıyla yolda gördükleri mağduru zorla arabaya bindirdikleri, daha sonra boş bir arsaya götürerek, darp edip, borcuna karşılık zorla cep telefonunu alıp, mağduru arsada bırakıp kaçtıkları olayda; sanıkların sübut bulan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkumiyetleri yerine, yerinde yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraatlerine hükmedilmesi' Yarg. 6. C.D., 11.11.2020 t., 2018/2306 E., 2020/3958 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

¹¹³ 'Sanıkların çek ödemelerinin son gününün yaklaşmış olması nedeniyle çeklerinin karşılıksız kalmaması amacıyla ellerinde bulunan hurda metali bedeli en son çek vadesinde ödenmek şartıyla indirimli olarak satışa çıkardığı, katılanların ödeme tarihi konusunda anlaşarak malı aldıkları, bir kısım malın kısmî ödeme yapılarak 31.05.2014 tarihinde nakledildiği, olay tarihinde kalan malın nakli için kamyonlara yükleme işleminin yapıldığı sırada katılanların EFT ile gönderdiklerini söyledikleri ödemenin sanıkların hesabına geçmediğinin anlaşıldığı, çeklerinin karşılıksız kalmasını istemeyen sanıkların kalan ödemeyi katılanlardan talep ettikleri, banka ile yapılan telefon görüşmelerinin sonuç vermemesi üzerine katılan ...'un bankaya giderek işlem yapmayı teklif ettiği, katılan ...'in işyerinde kamyonların başında kaldığı, katılan ...'un sanık ...'in arabası ve şoförü ile bankaya gittiği ancak bu arada saat 17.00 olması nedeniyle bankanın kapandığı, bu nedenle bankada işlem yapamayan katılanın sanıkların işyerine geri döndüğü, ödemenin halledilmemiş olmasına sinirlenen ...'in katılanları darp ederek "bu iş bugün halledilecek" dediği, katılan ...'un telefon ederek muhasebecisi olan katılan ...'ı çağırdığı ve EFT işini halletmesini istediği, yine bu sırada karısına "rehin tutuluyorum, polise haber ver" içerikli mesaj çektiği, sanıkların işyerine gelen polis tarafından işyerinden aldığı anlaşılmıştır. (...) sanıkların kastının bir bütün halinde alacaklarının tahsiline yönelik olduğu, katılanların işyerinde tutuldukları sürenin EFT işlemlerinin halledilerek paranın sanıkların hesabına geçmesi için yapılan eylemlere ilişkin süreyi kapsadığı, katılanların sanıklar tarafından işlenen alacağın tahsili amacıyla tehdit ve kasten yaralama suçlarının doğası gereği tutulduklarının anlaşılması karşısında, haklarında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma kastıyla hareket ettiklerine ilişkin her türlü şüpheden uzak delil bulunmayan sanıklar hakkında, maddi ve manevi koşulları oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraat hükmü kurulması gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulmuş olması

SONUÇ

Alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun düzenlendiği 150'inci maddenin 1'inci fıkrasında, öngörülen yaptırımın suçun temel şekline göre belirlenmemiş olması ve kasten yaralama veya tehdit suçlarına atf yapması sebebiyle suç tipinin, yağma suçunun nitelikli hali mi yoksa kasten yaralama ve tehdit suçunun özel bir şekli mi olduğu hususunda tartışmaya sebebiyet vermektedir. Bu tartışmanın suç genel teorisi açısından arz ettiği önem; 1- zincirleme suçun tatbiki, 2- Yargıtay içtihatlarında kabul edilen kastın tek bir konuya özgülmesi dolayısıyla failin birden fazla hareketinin tek bir suça vücut vermesi, 3- bu suçun işlenmesi sırasında gerçekleştirilen hürriyeti tahdit suçuyla arasındaki fikri içtima ilişkisinin belirlenmesi şeklinde sayılabilir. Bu nedenle Yargıtay içtihatlarında alacağın tahsili amacıyla kişiyi tutan failin gerçekleştirdiği ani suçlar olan cebir ve tehdit durumunda üç ayrı suçtan ceza verilmesi yönündeki uygulamanın, failin haksızlık içeriğini aşan bir sonuca yol açtığı kanaatindeyiz.

Her ne kadar komisyon tartışmalarında, hukuken meşru kabul edilen bir alacağın tahsili amacıyla gerçekleştirilen cebir ve tehdidin yağma suçunu oluşturmaması gerektiği yönünde görüş bildirilmiş ise de esasen alacağın tahsili amacıyla gerçekleştirilen cebir ve tehdit, yağma suçunun

hukuka aykırı bulunmuştur' Yarg. 6. C.D., 23.05.2023 t., 2022/4776 E., 2023/10853 K. Benzer yönde başka bir karar daha mevcut olmakla birlikte, bu kararın gerekçesinden, mağdurun hürriyetinin tahdit edilmediği anlamı da çıkarılabilir: 'Sanıklara ait işyerinde çalışıp suç tarihinden iki gün önce kendi isteğiyle işten ayrılan mağdurun olay günü hesabı kapatmak üzere sanıkların şehir merkezinde cadde üzerinde bulunan işyerine cep telefonu ile ses kaydı yapar vaziyette geldiği, mağdurun tazminat hakkının bulunduğunu söyleyerek sanıklardan alacaklarının ödenmesini istemesi üzerine, daha önceden mağdurun bankadan çektiği krediye kefil olan sanık ...'in mağdura kalan kredi borcunu sorup bakiye borcuna karşılık kendisine senet vermesini istediği, mağdurun olumsuz yanıt vermesi üzerine çıkan tartışma sırasında sanıkların mağduru darp edip işyerinde bulunan diğer odaya götürerek kredi borcuna karşılık senet imzalattıkları mağduru ...'in aracına bindirerek kalan kredi borcunu öğrenmek üzere bankaya götürdüğü tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların eylemlerinin alacaklarını tahsil amacıyla mağdura zorla senet imzalamaktan ibaret olduğu, sanıkların mağduru işyerinde bulunan diğer odaya götürmelerindeki kastlarının da alacak verecek işlerini görüşmek olup mağduru hürriyetinden yoksun kılma amacı taşımadığı gözetilmeksizin, sanıkların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatlerine karar verilmesi yerine, yazılı şekilde mahkûmiyetlerine hükmedilmesi' Yarg. 14. C.D., 24.02.2015 t., 2013/6086 E., 2015/2177 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Ağustos 2024.

bütün unsurlarını bünyesinde barındırmakla birlikte onun kapsamını daraltan bir niteliğe sahip olduğundan yağma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir halidir. Fıkra metninde zikredilen kasten yaralama ve tehdit suçları, suçun hukuki niteliğine etki etmeyecek salt cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Yine de bu tartışmaların önüne geçilmesi ve yanlış uygulamanın düzeltilmesi için 150'inci maddenin 1'inci fıkrasında temel suç tipi olan yağmaya atıf yapılarak cezanın belirli oranda indirilmesi yönünde değişiklik yapılması daha isabetli olacaktır.

Alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun hukuki niteliği bu şekilde belirlendikten sonra, söz konusu suç ile mütemadi bir suçun doğal hareket teklifi kapsamında mütalaa edilip edilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir.

Tek bir suç işleme kastının icrası kapsamında sıkı (dar) bir zaman ve mekân bağlantısı içerisinde, dışarıdan yapılan objektif bir değerlendirme ile birden fazla doğal hareketin, hukuki olarak tek hareket şeklinde kabul edilmesine, doğal (hukuki mi) hareket teklifi denilmektedir.

Düşüncemize göre fikri içtima, başlı başına doğal bir olgu olan failin kastını ortaya koyduğu birden fazla vücut hareketinin, normatif bir değerlendirme ile bir bütün olarak telakki edilmesinden ibarettir. Bu sebeple doğal hareket teklifinde esas alınan; failin suç planına göre gerçekleştirdiği vücut hareketlerinin, dar (sıkı) bir zaman ve mekân bağlantısı içerisinde, üçüncü bir göz tarafından da tek olarak algılanması şartıyla tek bir fiil teşkil ettiği yönündeki görüş isabetlidir. Bu nedenle biz de fikri içtimanın belirlenmesinde kısmi ayniyeti kabul ediyoruz. Buradan hareketle doğal hareket teklifinin şartlarını sağlayan ani suç ile mütemadi suç arasında eğer ki mütemadi suç, ani suçun işlenmesine hizmet ediyorsa, fiil teklifi sebebiyle fikri içtimanın uygulanabileceği kanaatindeyiz. Ancak ani suçun işlenmesinin ötesinde bir şekilde suç teşkil eden hukuka aykırı durum devam ettirilmiş ise bu durumda fiil teklifi oluşmayacaktır.

Kural olarak farklı neviden fikri içtimada, soyut ceza dikkate alınarak failin ceza sorumluluğu belirlenir. Ancak mütemadi suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, alacağın tahsili amacıyla uygulanan cebir veya tehdit sırasında sadece bu suçlar için gerçekleştirilen fiiller ile sınırlı şekilde işlendiğinde, artık fikri içtima değil, eşlik eden tüketilen suç yani görünüşte içtima söz konusu olacaktır. Bu durumda ortada tek bir alacağın tahsili amacıyla yağma suçu oluşur Elbette burada failin,

birbirinden farklı yüksek hukuki değerlere yönelik olmaması gerekir. Bu nedenle salt gerçekleştirilen cebir ve tehditle sınırlı hürriyetten yoksun kılma durumunda, faile yalnızca alacağın tahsili amacıyla yağma suçundan ceza verilecek ve cezası, tehdit ve kasten yaralama suçlarına göre belirlenecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipikliğine dahil olan hareketin, cebir ve tehdit ile kısmi ayniyet arz etmesi durumunda ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile alacağın tahsili amacıyla yağma düzenlemesinin (m. 150/1) gönderme yaptığı kasten yaralama ve tehdit suçlarının soyut cezası hâkim tarafından dikkate alınarak belirlenecek cezalardan en ağırı tatbik edilecektir. Bu nedenle kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın, alacağın tahsili amacıyla yağma suçunu işlemek için bu fiilden önce başlaması halinde, farklı neviden fikri içtima hükümleri tatbik edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, 2022 (Özel Hükümler).
- BİRTEK**, Fatih: 'Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı', Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 44, 2020, s. 673-709.
- BOCK**, Dennis: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, 2018 (AT).
- BOCK**, Dennis: Strafrecht Besonderer Teil 2, Berlin, 2018 (BT 2).
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 5. Baskı, İstanbul, 2021.
- DEMİREL**, Muhammed: 'Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 489-553.
- DURSUN**, Selman: Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Ankara, 2021.
- EL-GHAZI**, Mohamad: Revision der Konkurrenzlehre, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- EREM**, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. III, 3. Baskı, Ankara, 1985.
- ESER**, Albin: Artikel 239 in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München, 2006.
- FISCHER**, Thomas: beckische kurz Kommentar Strafgesetzbuch, 66. Auflage, München, 2019.
- FREUND**, Georg/**ROSTALSKI**, Frauke: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, 2019
- GÖKTÜRK**, Neslihan: Fikri İçtima, Ankara, 2013.
- GÜNAY**, Mehmet, 'Yağma Suçunun Hukuki İlişkiyi Dayanan Alacağı Tahsil Amacıyla İşlenmesi', Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 461-489.

- GÜNEY**, Niyazi/**ÖZDEMİR**, Kenan/**BALO**, Yusuf S.: Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004.
- GROPP**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin, 2015.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2018.
- HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara, 2023.
- HEINRICH**, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım - II, Ed. **ÜNVER** Yener, Çev.: **BACAKSIZ**, Pınar, Ankara, 2015.
- HIRSCH**, Hans Joachim, 'Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen', JuristenZeitung, Y. 18, S. 5/6, 1963, s. 149-156.
- İÇEL**, Kayıhan: İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul, 2021 (Genel Hükümler).
- İÇEL**, Kayıhan: Suçların İçtimai, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972 (Suçların İçtimai).
- Keskin Kızıroğlu, Serap**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu (Ankara 2010).
- KINDHÆUSER**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Baden-Baden, 2009 (AT).
- KINDHÆUSER**, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Auflage, Baden-Baden, 2012 (BT).
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2022 (Özel Hükümler).
- KOCA**, Mahmut: Yağma Cürümleri, Ankara, 2003.
- KOÇ**, Ziya, Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsili Amacıyla Yağma (TCK m. 150/1), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2022.
- KÜHL**, Kristian: Art. 249 in: *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007 (Art. 249).
- KÜHL**, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München, 2017.

- MAURACH**, Reinhart/**SCHROEDER**, Friedrich-Christian/**MAIWALD**, Manfred: *Strafrecht Besonderer Teil Teilband I*, 9. Auflage, Heidelberg, 2003.
- MITSCH**, Wolfgang: 'Konkurrenzen im Strafrecht', Heft 5, JuS, 1993, s. 385-390
- OTTO**, Harro: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6. Auflage, Berlin-New York, 2002.
- ÖNDER**, Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ**, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara, 2022.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM Mustafa Ruhan**: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 23. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023.
- PUPPE**, Ingeborg: 'Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz', ZIS, S. 6, 2007, s. 254- 259.
- RENGIER**, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 26. Baskı, München, 2024.
- ROXIN**, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, München, 2003.
- SOYASLAN**, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020.
- ŞENERDOĞAN**, Büşra: 'Yağma Suçu (m. 148-150)', *Malvarlığına Karşı Suçlar*, **GÖKCEN**, Ahmet (Ed.), Ankara, 2018.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Ankara, 2022.
- UÇAK**, Tuğba: *Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu*, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- v. **HEINTSCHEL-HEINEGG**, Bernd: '§52' in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 2, 4. Auflage, München, 2020.
- YENERER ÇAKMUT**: Özlem: 'Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)' in: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **MÜHFHAD**, C. 19, S. 2, 2013, s. 587-602.
- WELZEL**, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, 3. Auflage, Berlin, 1954.

WERLE, Gerhard: Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Berlin, 1981.

WESSELS, Johannes/**BEULKE**, Werner/**SATZGER**, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, Heidelberg, 2018.

WESSELS, Johannes/**HILLENKAMP**, Thomas/**SCHUHR**, Jan. C.: Strafrecht Besonderer Teil 2, 41. Auflage, Heidelberg, 2018.

<https://dejure.org/>

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



TÜRK VERGİ HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI DELİL: YARGI KARARLARI DOĞRULTUSUNDA BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Serdar ŞAHİN *

Öz

Çalışmanın konusu; geniş bir delil serbestisi ilkesi benimseyen Türk Vergi Hukukunda kanunlara aykırı bir şekilde elde edilen delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınabilirliğinin değerlendirilmesidir. Bu kapsamda çalışmada ulusal ve uluslararası literatürde yer alan farklı yaklaşımların yanı sıra yargı kararları ayrıntılı bir şekilde incelenerek konu farklı yönleriyle açıklanmıştır. Sonuç olarak delillerin vicdani kanaat oluşturmada etkilerinin göz ardı edilemeyeceği ancak kanunlara ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin olağanüstü istisnai durumlar dışında hükmün kurulmasında dikkate alınmasının, hukuk devleti ilkesiyle uyuşmadığı kanaatine varılmıştır. Sorunun çözümüne yönelik olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan yoklama müessesesi-sinde yer alan el koyma işlemi ile vergi idaresinin bilgi edinme yollarının uygulanmasında yetki düzenlemesinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile uyumlu bir şekilde yeniden düzenlenmesi, Hazine ve Maliye Bakanlığınca geçmiş tecrübeler ve yargıya intikal eden olaylar doğrultusunda oluşabilecek istisnai durumlara yönelik yol gösterici uygulama yönergeleri hazırlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Bütçe ve Mali Planlama Anabilim Dalı, Bolu, Türkiye | Asst.Prof., Bolu Abant İzzet Baysal University, XXX Faculty, Department of XXX, Bolu, Türkiye.

✉ serdarsahin@ibu.edu.tr • ORCID 0000-0002-2869-8231.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: ŞAHİN, Serdar: "Türk Vergi Hukukunda Kanuna Aykırı Delil: Yargı Kararları Doğrultusunda Bir Değerlendirme" SÜHFD, C.33, S.1, 2025, s.435-477.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

• Delil • Vergi Hukukunda Delil • Kanuna Aykırı Delil • Hukuka Uygun Olmayan Delil • Yargı Kararlarında Delil.

UNLAWFUL EVIDENCE IN TURKISH TAX LAW: AN EVALUATION IN ACCORDANCE WITH JUDICIAL DECISIONS

Abstract

The subject of the study is the evaluation of the possibility of considering evidence obtained in violation of the law in the establishment of the verdict in Turkish Tax Law, which adopts a broad principle of freedom of evidence. In this context, in addition to different approaches in national and international literature, judicial decisions were examined in detail and the subject was explained from different perspectives. As a result, it was concluded that the effects of evidence in forming conscientious conviction cannot be ignored, but considering evidence obtained in violation of the law and law in the establishment of the verdict, except for extraordinary exceptional cases, is incompatible with the principle of the rule of law. In order to solve the problem, it was concluded that the authority regulation in the application of the methods of obtaining information by the tax administration and the seizure process in the inspection institution regulated in the Tax Procedure Law No. 213 should be rear-ranged in accordance with the Criminal Procedure Law No. 5271, and the Ministry of Treasury and Finance should prepare guiding application directives for exceptional situations that may arise in line with past experiences and incidents brought to court.

Keywords

• Evidence • Evidence in Tax Law • Evidence Contrary to Law • Evidence Not in Accordance with Law • Evidence in Judicial Decisions

GİRİŞ

Vergi kanunları, günümüz modern devletlerinde vergilemenin varlık sebebini oluşturmakta ve vergiye kaynak teşkil eden hukuki değer olarak işlev görmektedirler. Bu haliyle vergiyi doğuran olaya kaynak teşkil eden ve vergiyi doğuran olayın hukuki gerekçesini oluşturan vergi kanunlarına aykırı hareket edilmesi, vergilendirme sürecini temelden etkileyerek kamusal hizmetlerin en önemli finansman kaynağı olan vergi hasılatını azaltmanın yanı sıra toplumsal uzlaşmayı bozarak adil ve eşit vergi yükü oluşumunu engellemektedir. Bu nedenle modern vergi sistemlerinde birincil yöntem olarak kullanılan beyan usulü matrah belirleme yönteminin etkin bir şekilde işleyebilmesi için etkili bir vergi denetim sistemine sahip olunması gereklidir. Bu haliyle devletle mükellefler arasında bir borç ve alacak ilişkisi olan vergilendirme

işleminde, kanunlar ile vergiyi doğuran olay arasındaki ilişkinin doğru bir şekilde ortaya konulması gerek vergi sisteminin işleyişi bakımından gerekse devletle mükellefler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü açısından önem arz etmektedir.

Vergi idaresiyle vergi mükellefleri arasında oluşabilecek uyuşmazlıklarda adil bir sonuca ulaşılabilmesi için yasa koyucu tarafından tipleştirilmiş vergi konuları ile vergiyi doğuran olayın ortaya çıkmasıyla oluşan tipiklik unsuru arasındaki ilişkinin gerçek mahiyetinin ve dolayısıyla vergi cezaları için ceza kesilmesini gerektirecek fiil ile hukuki sebep arasındaki tipiklik ilişkisinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık bir biçimde ortaya çıkarılması gerekmektedir¹. Ancak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinde yer alan ekonomik yaklaşım ilkesi, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılmasında geniş bir yorum hakkı düzenlemektedir². Bu nedenle vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin şüpheye yer vermeyecek derecede açık bir şekilde ortaya çıkarılabilmesi için bir dayanağının olması gereklidir. Bu noktada vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılmasında kullanılan karineler³ bütününe ifade eden delil kavramı ortaya çıkmaktadır⁴.

Türkiye'de vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılmasında önemli bir işlev gören delil mekanizması 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda geniş bir delil serbestisi ile düzenlenmiştir. Zira vergi yargılama sürecinin bütününe etkileme özelliğine sahip olan delil müessesesinin vicdani kanaat oluşturmada üstlendiği rol dikkate alındığında, vergi yargılama sürecinin en önemli unsurunu delil mekanizmasının oluşturduğu söylenebilecektir. Ancak hükmün kurulmasında doğrudan etkili olan ve vergisel uyuşmazlığın çözümünü birinci derecede etkileyen bir unsur olan delil mekanizmasıyla ilgili kanunlara ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin vergi

¹ PEHLİVAN, Osman: Vergi Hukuku (Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık Yayın ve Dağıtım, Trabzon, 2019, s. 44.

² SABAN, Nihal: "Vergi Usul Kanunu 3, B, 1'in -neliği", Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-2, Ed. Billur YALTI, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Ağustos 2014, s.143.

³ TUNCER, Selahattin: Vergi Hukuku ve Uygulaması, C.II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, Ekim, 2006, s. 38.

⁴ ULUATAM, Özhan / METHİBAY, Yaşar: Vergi Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 81.

hukukunda hüküm kurmada kullanılabilirliği konusunda gerek literatürde ve gerekse yargı kararlarında bazı ihtilaflar bulunmaktadır. Zira bir yandan Vergi Usul Kanunu'nun ortaya koyduğu delil serbestisi, diğer yandan ulusal ve uluslararası hak ve kurallar ile vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ispatlanması ihtiyacı olayı karmaşık bir sorun haline getirmektedir. Bu kapsamda gerek literatürde gerekse yargı kararlarında yer alan kanuna ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin hüküm kurmada kullanılabilirliği ile ilgili farklı yaklaşımlar bu çalışmanın gerekçesini oluşturmaktadır.

Literatürde kanunlara aykırı bir şekilde elde edilen delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınması konusu, genellikle adli yargı kapsamında ve özellikle ceza hukuku çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu çalışmanın diğer çalışmalardan farkı; kamu hukukunun bir alt dalı olmasıyla birlikte ekonomik yapının dinamikliği gibi bazı temel gerekçeler nedeniyle kendine has bazı özellikleri bulunan ve delil serbestisi ilkesi ile ekonomik yaklaşım ilkesini içinde barındıran bir hukuk dalı olan vergi hukukunda kanuna ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınabilirliğinin incelenmesidir. Bu bağlamda çalışmanın literatüre katkısı ceza hukuku kapsamındaki bir konunun vergi hukuku açısından ele alınarak vergi ilişkisinde taraflar açısından oluşması muhtemel hak kayıplarının önlenmesine yönelik çıkarımlar yaparak hukuki boşlukların ortaya çıkarılacak olmasıdır. Bu kapsamda çalışmada delil ve kanuna aykırı delil kavramları ayrıntılı bir şekilde açıklanarak, kendine has farklı bir yapısı olan vergi hukukunda kanuna ve hukuka aykırı olarak elde edilen deliller değerlendirilecek ve son olarak yargı kararlarının kanuna ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillere yönelik bakış açıları açıklanarak vergi hukukunda kanuna ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınabilirliği sorunu açıklanacaktır.

I. KAVRAMSAL AÇIDAN DELİL

Arapça dil kökünden gelen delil kelimesi yol gösteren, kılavuz anlamına gelmektedir⁵. Türk Dil Kurumu sözlüğünde delil kelimesi "*İnsanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz*" olarak tanımlanmış ve hukuki

⁵ DEVELİOĞLU, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 20. Baskı Ankara: Aydın Kitabevi, 2003, s.172.

anlamda “*Kanıt*” kelimesiyle eşleştirilmiştir⁶. Kanıt kelimesi ise sözlükte “*Anlaşmazlık konusu hakkında öne sürülen iddianın veya buna karşı yapılan savunmanın doğruluğunu göstermek için öne sürülen belge veya bilgi; delil, beyyine*” olarak tanımlanmıştır⁷. Hukuki anlamda delil; bir suçun var olup olmadığına yönelik kurulacak hükme kanaat oluşturmaya yarayan ispat aracıdır. Bu anlamda delil suçun unsurlarını belirleyen tüm olguları açıklayan karinelere her birini ifade etmektedir. Başka bir anlatımla hukuki bir uyuşmazlıkta tarafların ileri sürdüğü iddiaları ispatlamaya yönelik araçlar delil olarak adlandırılmaktadır⁸.

Geçmişte yaşanmış birtakım olaylar nedeniyle oluşan hukuki uyuşmazlıkların çözümü maddi olayın tam anlamıyla anlaşılabilmesiyle mümkün olabilecektir. Bu haliyle hukuki uyuşmazlığın çözümü için birbiriyle mantık kuralları çerçevesinde bağlantılı kronolojik bir örgünün kurulması gereklidir⁹. Söz konusu olay örgüsünü oluşturacak karineler hukuki anlamda delil olarak nitelendirilecektir. Delil, kanunlarca yasaklanmış ve suç olarak belirlenmiş bir durumun tespit aracı olabileceği gibi, sabit bir suçun unsurlarının belirlenmesi için ihtiyaç duyulan karineler bütünü olarak da işlev görebilmektedir.

Deliller literatürde farklı biçimlerde kategorize edilebilmektedirler¹⁰. Bu bağlamda literatürde en geniş tasnif biçimi üçlü biçimde yapılan beyan, belge ve belirti delili şeklindeki sınıflandırmadır.

Beyan delili; kaynağını bizatihi kişiden alan subjektif kriterlere dayalı bir delil türüdür. Kişilerin olay hakkındaki bilgi ve görgülerinin açıklanması işlemidir. Beyan delili şüphelilerden, tanıklardan ve olayla bağlantısı bulunan diğer kişilerden elde edilebilecektir.

⁶ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

⁷ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

⁸ **UMAR**, Bilge / **YILMAZ**, Ejder: İspat Yükü, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980, s. 2.’den aktaran **YILMAZ**, Ejder: “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 82.

⁹ **KUNTER**, Nurullah / **YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe: Muhakeme hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta yayınları, İstanbul, 2010, s. 1325.

¹⁰ **SARKIKOĞLU**, Şenel: “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 6(22), Temmuz 2015, s. 441.

Belge delili; belirli kişiler tarafından oluşturulmuş irade beyanına yönelik delil aracıdır¹¹. Bu haliyle belge, olmuş ya da olacak fiili bir eylemin yazılı formunu ifade eden nesnedir. Ancak belge her zaman yazılı bir nesneyi ifade etmemektedir. Zira Türkiye’de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda belge “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Belgeler resmî belge, resmî belge hükmünde belge ve özel belge olarak üç tür halinde sınıflandırılabilir. Söz konusu belgelerin ispat kuvvetleri birbirlerinden farklılık göstermektedir. Zira belgelerin düzenleyicilerinin güvenilirlikleri belgenin ispat kuvvetini etkilemektedir. Buna göre resmî belgenin diğer belgelere nazaran ispat kuvvetinin daha yüksek olduğu söylenebilecektir.

Belirti delili; olaylardan geriye kalan izleri ifade etmektedir. Bu haliyle belirti delili tanık ve belge delilini de kapsayan bir yapıya sahip olmakla birlikte beyan ve belge dışındaki delillerin belirti delili kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.

Beyan, belge ve belirti delillerinin ispat kuvvetleri arasında bir hiyerarşi söz konusu değildir. Bu delillerin ispat kuvvetleri, olayın kendisine münhasır özellikleri doğrultusunda farklılıklar gösterecektir.

II. VERGİ HUKUKUNDA DELİL

Vergi ilişkisi devletle mükellef arasındaki bir borç alacak münasebetini ifade etmektedir. Söz konusu münasebet vergiyi doğuran olayın maddi olarak ortaya çıkmasıyla oluşmaktadır. Bu haliyle kamu hukukunun konusuna giren ilişkinin ortaya çıkış biçimi yani vergiyi doğuran olayın vuku buluş biçimi özel hukuk hükümlerine tabi olarak oluşmaktadır. Özel hukuk ilişkisinde taraflar birtakım güdülerle, sonuçlandığında kamu hukukuna konu olacak işlemi farklı biçimlerde gösterme gayreti içinde olabilmektedirler¹². Bu noktada olayın ispat edilebilmesi için gerekli araçlar vergi hukukunda ispat aracı olan delil

¹¹ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, ss. 674 – 675.

¹² KIZILOT, Şükrü / KIZILOT, Zuhâl: Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Güncellenmiş 18. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 717.

niteliği taşımaktadır¹³. Zira vergi yargılamalarında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır¹⁴. Bu kapsamda yerleşik yargı içtihatları maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta, kesin bir şekilde tespitini öngörmektedir¹⁵. Bu haliyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, karar vermeye yeterli düzeyde delilin elde edilmesi ile doğrudan ilişkilidir. O halde vergi hukukunda vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılması ve bu şekilde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için ispat amacıyla kullanılan araçlar delil olarak isimlendirilecektir.

Vergiyi doğuran olayın ortaya çıkışına kadar gerçekleşen süreç özel hukuk hükümleri çerçevesinde gerçekleştiği için vergi idaresi duruma müdahil olamamaktadır¹⁶. Bu nedenle idare ile vergi mükellefleri arasında oluşacak ihtilaflarda vergiyi doğran olayın oluşum biçiminin gerçek mahiyetinin açık bir şekilde ortaya çıkarılması gereklidir. Söz konusu gereklilik vergi hukukunda vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılabilmesinde her türlü delilin kullanılabilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk dilinde “*delil serbestisi*” olarak ifade edilen durum, vergi hukukunun kendine has yapısı gereği bir zorunluluk halini almıştır.

Delil serbestisi; hukuki bir uyumsuzluk durumunda kanunda sayılan delillerden bağımsız bir şekilde olayı ispatlamaya yönelik her türlü delilin, uyumsuzluğun çözümünde değerlendirilmesini ifade etmektedir¹⁷. Bu durum vicdani ispat sisteminin bir gereğidir¹⁸. Şöyle ki hukuki uyumsuzluklarda hâkim delilleri değerlendirerek vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini, hukuka uygun bir şekilde oluşan vicdani kanaatine göre belirlemektedir¹⁹. Delil serbestisi ilkesi bir anlamda Re’sen

¹³ AKSOY, Şerafettin: Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 81.

¹⁴ KIZILOT, Şükrü / ŞENYÜZ, Doğan / TAŞ, Metin / DÖNMEZ, Recai: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007. s. 67.

¹⁵ D. 12. D., 27.03.2018, E. 2014/6094, K. 2018/1312 (Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi: 10.09.2024).

¹⁶ ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Ekim, 1998, s. 204.

¹⁷ AKSOY, s. 222.

¹⁸ YAYLA, Mehmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin – Hukuk, Ankara, 2021, s. 23.

¹⁹ SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 550.

araştırma ilkesinin uygulanmasına cevaz verilmesi anlamına gelmektedir²⁰. Zira dinamik bir alan olan iktisadi konjonktür nedeniyle oluşan vergilendirme olayının önceden belirlenmiş kurallara bağlı delillerle ispatı mümkün olamayabilmektedir.

Türk Vergi Hukukunda 30.12.1980 tarihli 2365 sayılı Kanun'a²¹ kadar uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak delillerin mahiyeti ile ilgili bir düzenleme söz konusu değildir. 2365 sayılı Kanun öncesinde vergi incelemeleri; defter, kayıt ve hesaplara dayanılarak yapılmaktaydı. Bununla birlikte kanuni bir düzenleme olmadığı için geniş bir delil belirleme yetkisinden söz edilmesi de mümkün görülmekteydi. Zira yargı kararlarında belge, tanık beyanları, piyasa araştırması vb. karinelerin de delil olarak değerlendirildiği görülmektedir²².

2365 sayılı Kanun'la birlikte Vergi Usul Kanunu'nda konuyla ilgili günümüzdeki düzenleme gerçekleştirilerek delil ve ispat kanuni düzenlemeye dâhil edilmiştir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 3'üncü maddesinde öncelikle ispat kavramı açıklanarak vergiyi doğuran olay ve bu olayla ilgili uygulamaların gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılması gerekliliği vurgulanmıştır. Ardından vergi hukukunda ispat aracı olarak delilin niteliği açıklanmış ve *"Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz."* hükmü düzenlenmiştir.

2365 sayılı Kanunla düzenlenen hüküm, kanunun gerekçesinde *"Vergiye tabii olay ve konuların tespitinde, bunların sadece ortaya çıkarılması yetmemekte, aynı zamanda bu olayların gerçekliğinin ispatlanması, delilleriyle ortaya konulması gerekmektedir. Vergi adaleti ve güvenliğinin gereği de budur... Oysa ki, zamanımız vergiciliğinde ispatlama, her türlü delilin serbestçe kullanılması ve ekonomik gereklere göre değerlendirilmesi suretiyle yapılmaktadır. Gerçekten, vergi matrahının ve vergiye tabi olayların tespiti ve ispatlanması, bu olaylara ilişkin her türlü delilin serbestçe kullanılması ile*

²⁰ TAŞ, Metin: Vergi Uyuşmazlıklarının İdari ve Yargısal Çözüm Yolları, Ekin Kitabevi, Bursa, 1997, s. 83.

²¹ 04.01.1961 Gün ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG. T. 31.12.1980, S. Mük. 17207.

²² D. 4. D., 08.06.1971, E. 1971/908, K. 1971/2089 (Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi: 10.09.2024); D. 4. D., 19.06.1978, E. 1976/3139, K. 1978/2218 (Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi: 10.09.2024); D. 4. D., 23.02.1979, E. 1978/1963, K. 1979/460 (Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi: 10.09.2024).

mümkün olabilmektedir. Nitekim Batı ülkeleri vergiciliğin bu gereklerine uyarak uzun süreden beri vergi alanında serbest delil sistemini uygulamaya başlamış bulunmaktadır. Bu itibarla, maddi ve biçimsel delil sisteminin uygulanması sonucu olarak vergi kanunlarının uygulanmasında, vergi güvenliği ve vergi adaleti yönünden ortaya çıkan mahzunları gidermek amacıyla vergi usûl hukukumuzda serbest delil sisteminin getirilmesi öngörülmüş bulunmaktadır.” şeklinde açıklanmıştır²³.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesi düzenlemesi vergi hukukunda ispat aracı olarak kullanılacak delilleri açıklamaktadır. Kanunun burada sayma yöntemini benimsememesi, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini ortaya çıkarabilecek her türlü aracın delil olarak kullanılabilmesinin önünü açmaktadır. Bu kapsamda vergi hukukunda delil serbestisinden anlaşılması gereken, vergiyi doğuran olayın açıklığa çıkarılmasında kullanılacak araçlarda, kanunda sayılan haller dışında bir sınırlamaya gidilemeyeceğidir. Bu noktada kanun delil serbestisine iki tane sınırlama getirmiştir. Bunlardan birincisi yemin, ikincisi ise vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmayan şahit ifadesidir. Ayrıca kanunlarla belgeye dayandırılması zorunlu tutulan olay ve işlemlerin söz konusu belgeler yoluyla ispatının mümkün olması da delil serbestisine bir sınırlama olarak değerlendirilebilecektir²⁴.

III. KANUNA AYKIRI DELİL

Maddi gerçeğin açık bir şekilde ortaya çıkarılabilmesi için kullanılan araç niteliğinde olan deliller, soyut ve somut anlamda farklılaşabilmekle birlikte delil kavramı ile delil olarak kullanılabilme kavramları birbirlerinden farklı anlamları ifade etmektedir. Deliller gerek kanunda sayılmış olsun gerekse delil serbestisi ile yorum yoluyla kapsamı genişletilmiş olsun her iki durum da delillerin karar vermede muhakeme aracı olarak kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Zira delillerin akla ve mantığa uygun olmalarının yanı sıra hukuki anlamda bilimsel olarak kabul edilir olmaları gerekmektedir²⁵. Bu kapsamda delillerin gerçekçi, akla uygun, erişilebilir, olayla bağı olan ve hukuka

²³ 04.01. 1961 Gün ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Bütçe - Plan Komisyonu Raporu, 25.12.1980.

²⁴ **ULUATAM**, Özhan: Örnekler, Belgeler ve Mahkeme Kararlarıyla Türk Vergi Hukuku, Adım Yayıncılık, Ankara, 1990, s. 94.

²⁵ **EREM**, Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986, s. 349.

uygun olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla her ne kadar hukuk sisteminde delil serbestisi düzenlemesi yapılmış olsa da kanunen delil olarak kabul edilen bir ispat aracı her zaman delil olarak kullanılamamaktadır. Zira devlet bir yandan toplum tarafından oluşturulmuş hukuk kurallarını koruma görevini üstlenirken diğer taraftan bu kuralara da uymakla da yükümlüdür. Dolayısıyla toplumsal sorumluluklar bireyleri bağladığı kadar devleti de bir o kadar bağlamaktadır. Bu nedenle kanunlara aykırı bir şekilde elde edilmiş delillere dayanılarak gerçekleştirilen işlemler hukuk devleti ile bağdaşmayacaktır²⁶. Bununla birlikte doğaldır ki ceza muhakemesi maddi gerçeği aramaktadır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, adaletin sağlanabilmesi için gerekli koşuldur. Ancak adaletin ortaya çıkarılmasında adaletli olmayan bir usulün kullanılması, ortaya çıkacak adalet olgusunu zedeleyecektir. Bu kapsamda elde edilen delillerin kanunlara uygun bir şekilde elde edilmesi gereklidir. Doktrinde ceza muhakemesinde bu husus “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.” ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerle ilgili olan bu ilke, hukuka aykırı yollarla elde edilen bir delilin, yargılamada dikkate alınıp alınamayacağı konusunu açıklamaktadır²⁷. Genel kabul görmüş kaniya göre kanunlara aykırı bir şekilde elde edilmiş delil ya da kanunda yazılı usul hükümlerine göre elde edilmemiş bir delil, kanuna ve hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilecek ve bu durumda ya delil niteliği ortadan kalkacak ya da delil değerlendirme yasağı ortaya çıkacaktır²⁸.

Türk hukuk mevzuatında kanuna aykırı delillerle ilgili ilk düzenleme 1992 yılında 3842 sayılı Kanun’la yapılmıştır. Kanuna aykırı delil ile ilgili başat düzenleme ise 1982 Anayasası’na 2001 yılında eklenen fıkra ile yapılmıştır. 1982 Anayasasının 38’inci maddesine göre “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”. Anayasa’da bahsi geçen kanuna aykırılık fiili kanunlarca yasaklanmış bir uygulamayı

²⁶ EKİZCELEROĞLU, Rengül / ALTUN, Büşrahan: “Adil Yargılama Hakkı Bağlamında Hukuka Aykırı Delil”, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi, 12(2), 2023, s. 155.

²⁷ KÖSE, Hamid: “Delil Değerlendirme Yasakları Bakımından Zehirli Ağacın Meyvesi Doktrini”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 49 (Ocak 2022), s. 165.

²⁸ KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 249.

ifade edebileceği gibi kanunda düzenlenmiş usule uyulmamasını da kapsamaktadır.

Anayasal amir hükmün yanı sıra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hukuka aykırı delil üç farklı maddede ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanunun 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrası "*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*" şeklinde düzenlenmiş, 206'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının "a" bendinde kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin reddedileceği hükmü düzenlenmiş ve 217'nci maddesinin 2'nci fıkrasında "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*" hükmü düzenlenerek bir yandan delil serbestisi getirilirken diğer yandan hukuka uygun olmayan delillerin hâkim takdiri dışında bırakılması düzenlenmesi yapılmıştır.

Anayasa "kanuna aykırı" ifadesini kullanırken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217'nci maddesinde "*hukuka uygun*" ifadesi kullanılmıştır. Kanunlara aykırılık ile hukuka aykırılık farklı kavramlardır. Kanunlara aykırılık yalnız kanunlarda düzenlenmiş fiillere aykırı hareket edilmesini içerirken hukuka aykırılık ulusal boyutta kanun dışındaki hukuki düzenlemelerin yanı sıra evrensel hukuk ilkelerini de kapsayan daha geniş bir kavramdır²⁹. Bu haliyle bakıldığında Türk Anayasal düzenlemesine göre; elde edilecek delillerin kanunlarda düzenlenmiş usul ve esaslara aykırı bir şekilde elde edilmemiş olması gereklidir. Bununla birlikte yerleşik yargı kararları kanunlara aykırılığın yanı sıra hukuka aykırı delilleri de aynı kategoride değerlendirerek kanun dışındaki mevzuatla uluslararası hukuki düzenlemeleri de kapsama dahil etmektedir³⁰. Ayrıca burada üzerinde durulması gereken bir başka konu, hukuka uygun bir şekilde elde edilmeyen delillerin muhataplarının rızası ile yargılamada kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bu konuda hukukun genel yapısı, hukukun öngördüğü surette yapılmayan işlem veya eylemde tarafların rızasının bulunması durumunda işlemin hukuka uygun kabul edilmesi yönündedir³¹. Yargı kararlarında da bu doğrultuda hükümler kurulduğu görülmektedir.

²⁹ EKİZCELEROĞLU / ALTUN, s. 154.

³⁰ Y. 11. CD., 10.03.2020, E. 2017/10417, K. 2020/2314 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 18.09.2024).

³¹ ŞENOL, Cem: Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran, 2018, s. 385.

Yargıtay 13'üncü Ceza Dairesi bir kararında *"ilgilinin (mağdurun) rızası hukuka uygunluk nedenidir."* şeklinde hüküm kurmuştur³². Kaldı ki Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında da ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir.

IV. VERGİ HUKUKUNDA KANUNLARA AYKIRI DELİL

Vergi hukuku kamu hukukunun özel bir alanını oluşturmaktadır. Vergilendirme sürecinde gerçekleşen işlemler nedeniyle oluşan devletle mükellef arasındaki uyuşmazlıklar, taraflarca dava konusu yapılabilmekte ve bu durum vergilendirme sürecinde gerçekleşen söz konusu işlemlerin gerek dava aşamasından önce ve gerekse dava aşamasında ispatını gerekli kılmaktadır³³. Bu haliyle vergi hukukuna has yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplama gibi bir takım bilgi ve delil edinme yolları bulunmakta ve söz konusu bilgi ve delil edinme yolları vergi hukukuna özel birtakım usullerle işlemektedir³⁴. Vergi idaresinin, söz konusu bilgi edinme yöntemleriyle, mükelleflerin vergilendirmeye ilgili maddi ve şekli ödevlerini yerine getirip getirmediğini tespit ederek vergiyi tarh ettirmesi, tarhiyata esas oluşturacak delillerin niteliğini ve önemini açık bir şekilde ortaya koymaktadır³⁵. Ayrıca söz konusu deliller vergi hukuku kaynaklı ceza hukukuna konu işlemler açısından da hükmün kurulmasına yönelik ispat aracı olarak önem arz etmektedir. Ancak vergi idaresi tarafından söz konusu usullere uyulmadan yapılan uygulamalar sonucu elde edilen deliller, kanuna aykırı delil niteliğinde değerlendirilecektir. Bununla birlikte vergi hukukunun yapısı gereği vergi hukuku özelinde yapılan bazı düzenlemeler ve ceza hukuku ilişkisi olayı karmaşık bir yapıya büründürülebilmekte ve bu durum gerek literatürde gerekse uygulamada farklı yorumlamalara neden olabilmektedir.

A. Yoklamada Elkoyma Sonucu Elde Edilen Deliller

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 127'nci maddesine göre yoklamanın amacı *"mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları*

³² Y. 13. CD., 7.11.2012, E. 2012/17565, K. 2012/23123 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

³³ KARATAŞ, Durmuş Neslihan: "Vergi Hukukunda İspat ve Delil", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 18(3), 505-528, s. 517.

³⁴ KANETİ, Selim: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 165.

³⁵ ÇAKAR, Elif Pürsünlerli / SARAÇOĞLU, Fatih: "Vergi İdaresinin Denetim Biçimleri ve Hukuka Aykırı Deliller", Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2014, 7(1), 415. s. 421.

ve mevzuları araştırmak ve tespit etmektir.” olarak belirlenmiştir. Kanun yoklamaya yetkili memurlara bir takım tespit görevlerinin yanı sıra *“kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğuna emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak”* görevini de yüklemiştir. Kanun yoklama memurlarının görevlerini kullanma usul ve esasları ile söz konusu yetkinin sınırlandırılması yetkisini Hazine ve Maliye Bakanlığı’na vermiştir. 31.12.1985 tarihli resmi gazetede yayımlanan 168 No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği’nde durum; *“Sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanıldığının veya kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğuna emare teşkil eden defter belgeler ile (çift defter, vergi dışı kalan işlemlerin kayıt edildiği; el defteri, Vergi Usul Kanunu uyarınca vergi mükellefleri tarafından kullanılan belgelerin basım ve dağıtımı hakkında yönetmelik fhükümlerine aykırı belgeler ve benzerleri gibi) diğer delillerin tespiti halinde, bunlar alınacak, defter ve belgelerin alındığını belirtir en az 4 örnek teferruatlı tutanak tanzim edilmesi yanında, alınan defter ve belgelerin uygun bir yerine ilgililerin imzalarının alınması yoluna gidilecektir.”* şeklinde izah edilmiştir. Dolayısıyla yoklama işlemi; adli bir izne tabi olmadan mükellef nezdinde gerçekleştirilen araştırma ve ilgili konuları dış görünüş itibariyle adeta fotoğraflama işlemini ifade etmektedir³⁶. Bununla birlikte 213 sayılı Kanun’un 128’inci maddesinde yoklama yapmaya yetkili olanlar sayılmış ve devam eden maddede yoklama yapanların yetkili olduklarını belirten belgeyi mükellefe gösterme zorunlulukları düzenlenmiştir.

Yoklama neticesinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğu açısından Vergi Usul Kanunu’nun 127’nci maddesinin, hükmün hukuka uygunluğu ve madde düzenlemesinin sınırları açısından ele alınması gereklidir. Zira madde hükmü adli bir izne tabi olunmadan mükellefin kanuni defter ve belgeleri dışında kalan ve vergi kaybına sebebiyet verdiğine emare teşkil eden defter, belge ve delillere elkonulmasına cevaz vermektedir. Bu haliyle geniş bir yorum yetkisine açık madde hükmü, yoklama yapmaya yetkili olanlara sınırsız bir elkoyma hakkı vermektedir. Bu durum idareye verilen sınırları belirlenmemiş bir takdir yetkisi anlamına gelmektedir ki bu kapsamda idareye verilen sınırsız

³⁶ ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 133.

takdir yetkisi, kanunilik ilkesine ve hukuk devletine uygun bir yaklaşım değildir³⁷.

Elkoyma; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinde *"Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi"* olarak tanımlanmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Eşya veya kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara elkonulması"* başlıklı 123'üncü maddesinin 1'inci fıkrası *"İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu haliyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda elkoyma bir eşyanın geçici olarak devletin hakimiyeti altına alınmasına yol açan bir tedbir olarak açıklanmıştır. Buna göre elkoyma işlemi bir ceza olarak nitelendirilmeyip adli makamlarca alınmış bir koruma tedbiri olarak işlev görmektedir³⁸. Zira hukuki anlamda bir eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi işlemine *"müsadere"* adı verilmektedir³⁹. Bu haliyle elkoyma işlemi sürecin başında adli makamlarca uygulanan bir koruma tedbiriyken, müsadere tedbiri yargılama neticesinde mahkeme tarafından verilebilecek olan bir güvenlik tedbiridir.

Ceza muhakemeleri kanununda yapılan düzenleme Vergi Usul Kanunu'nda yapılan düzenlemeden farklı olarak elkoyma yetkisini sınırlandırmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 127'nci maddesi *"Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemi gerçekleştirebilir."* hükmünü düzenlemiştir. Kaldı ki 127'nci maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca *"Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar."* hükmü uyarınca elkoyma işlemlerinde mutlaka hâkim kararı aranmaktadır.

³⁷ ŞENYÜZ, Doğan: Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s. 340.

³⁸ ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, MEHMET Nihat / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Geliştirilmiş 4. Baskı, Temmuz, 2012, s. 403.

³⁹ GÜNLER, Kemal: "Türk Ceza Hukukunda Müsadere", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18 (3), July, 2014, s. 850.

1982 Anayasası'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20'nci maddesinde 2001 yılında yapılan düzenlemeyle "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar." hükmü düzenlenmiştir.

Yoklama müessesesi, vergi idaresi tarafından gerçekleştirilen idari bir işlem niteliğindedir⁴⁰. Bu haliyle yoklama müessesesi yargısal bir denetime tabi değildir. Dolayısıyla Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen elkoyma işlemi mükellefin Anayasal haklarının korunması noktasında yoklamada görevli memurlara inisiyatif vermektedir. Bu durum keyfi uygulamalara zemin hazırlamaktadır. Memuraulan delillerin "kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delil..." kapsamında olup olmadığının tespitinin yoklama da görevli memura bırakılması, borçlunun mülkiyet hakkını teminat süresinde geçici olarak engelleyecek ve borçlunun anayasal haklarına zarar vererek idare lehine birtakım uygulamalara neden olabilecektir. Oysaki idare söz konusu yetkisini kullanırken öncelikle Anayasal ilkelere bağlı kalmakla yükümlüdür⁴¹. Zira idare kendisine verilen takdir yetkisini kullanırken yasal ve ekonomik sınırlara dikkat etmek zorundadır⁴². Bu haliyle Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan yoklama işlemi, kanunda sayılan kimselerce yapılmış olsa dahi, gerçekleştirilen elkoyma işlemi yetkisiz kimselerce yapılan bir elkoyma faaliyeti olacak ve gerçekleştirilen elkoyma sonucu elde edilen deliller Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle kanuna ve hukuka aykırı elde

⁴⁰ KIRBAŞ, Sadık: Vergi hukuku (Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar), Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Eylül, 1998, ss. 164 – 166.

⁴¹ ÜSTÜN, Ümit Süleyman: "Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (1), Haziran 2006, s. 225.

⁴² ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Vergilemenin Ekonomik Sınırları", Prof. Dr. Akif Erginay'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi yayınları, No: 460, Ankara, 1981, s. 596.

edilmiş delil niteliğinde değerlendirilecektir. Bununla birlikte yoklama müessesesinin bir ön denetim niteliğinde olması nedeniyle yargısal denetimin zorluğundan bahsedilebilecekse de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 127'nci maddesinde düzenlenen "...gecikmesinde sakınca bulunan haller..." hükmü benzeri bir hükmün Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmesi sorunu bertaraf edebilecektir.

Sonuç olarak her ne kadar yoklama müessesesi vergi hukukuna özel bir düzenleme olsa da yoklama ile ilgili Vergi Usul Kanunu'nda yapılan düzenleme Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Bu haliyle yoklama yetkisine sahip kimselerce elkonulan delillerin kullanılması hukuka uygun olmayacaktır. Bu kapsamda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na benzer bir şekilde durumu yeniden düzenlemesi, doğacak ihtilaflarda kamu zararının önlenmesi açısından önem taşımaktadır.

B. Aramalı Vergi İncelemesinde Elkoyma Sonucu Elde Edilen Deliller

Günlük hayatta farklı anlamlarda kullanılan "*arama*" kelimesi hukuki anlamda Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "*Sanığın yakalanması veya suç belgelerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, iş yerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemi.*" olarak ifade edilmiştir⁴³. Bu haliyle Türk hukuk mevzuatında arama kelimesi adli ceza gerektiren suçlar açısından iki farklı biçimde tanımlanmıştır. Düzenlemelerden biri 2005 tarihli "*Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği*" ile yapılmıştır. Yönetmelikte "*Adli Arama*" şeklinde ifade edilen kavram "*bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*" şeklinde açıklanmıştır. Bu kapsamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Arama ve Elkoyma*" başlıklı bölümünde arama işlemi ile ilgili usul ve esaslar açıklanmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da "*Haksız Arama*" şeklinde düzenlenen madde ile usul ve esaslara aykırı hareket edenlere yönelik olarak cezai müeyyideler düzenlenmiştir.

⁴³ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 16.07.2024).

Arama kavramı ile ilgili ikinci düzenleme 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yapılmıştır. Kanunun "Yoklama ve İnceleme" başlıklı 7'nci kısmının 3'üncü bölümünde "Arama" adı altında yapılan düzenlemede arama müessesesi "İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir." şeklinde ifade edilmiştir. Ancak tanımda yer alan "vergi kaçırdığına delalet eden..." ifadesi sorunludur. Zira vergi kaçırmak fiili Vergi Usul Kanunu'nda açıklanmış bir ifade değildir. Vergi kaçırmak ifadesi ile kastedilen vergi ziya-ına sebebiyet verilmesi olabileceği gibi kaçakçılık fiillerine sebebiyet verilmesi olarak da anlaşılacaktır. Kanaatimizce burada kastedilen vergi kaçırma fiili hem vergi ziya-ı hem de vergi kaçakçılığı fiillerini kapsamaktadır. Bu problem kanun maddesinin 1961 tarihli 213 sayılı Kanun ile mülga olan 1949 tarihli 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş olan "Arama" müessesinin 213 sayılı Kanun'a aynen aktarılmasından kaynaklanmaktadır. Hükmün Vergi Usul Kanunu'nun günümüzdeki yazım biçime uydurulması kanunun şümülü açısından önem taşımaktadır.

Vergi usul kanununda düzenlenmiş yoklama müessesinin aksine arama müessesesi daha ayrıntılı kurallara bağlanmıştır. Zira arama müessesesi "Sulh yargıcının istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi" şartına bağlanmıştır. Ayrıca Vergi Usul Kanunu'nun "Bu bölümde açıkça yazılı olmayan hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun arama ile ilgili bulunan hükümleri uygulanır." şeklindeki düzenlemesinden kanuni boşluk olan konularda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun, Vergi Usul Kanunu'nun 142 ile 147'nci maddeleri çerçevesinde, vergi ödevinin usule ve kanuna uygun şekilde yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle görevli makam ve mercilere özel bir arama ve elkoyma yetkisi tanıdığı anlaşılmaktadır. Bu yetkinin öngörülmediği durumlarda, suç oluşturan vergi ihlalleri açısından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulanması elbette mümkün olabilecektir. Burada bir genel ve özel kanun ilişkisi söz konusudur. Özel kanunda düzenleme bulunmayan hallerde genel kanuna bakılacaktır. Bu süreçte elde edilen bilgi ve belgeler, yalnızca kabahatler için değil, suçlar açısından da delil niteliği taşımaktadır.

Dikkat edilmelidir ki Vergi Usul Kanunu'na göre doğrudan elkoyma mümkün olmayıp, elkoymanın öncüsü olan bir arama kararının varlığına ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu haliyle incelendiğinde Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş olan arama müessesesi doğrultusunda elkonulan deliller kanuna uygun olarak elde edildiği takdirde vergi hukuku açısından kullanılabilir delil niteliği taşımaktadır. Zira bu koruma tedbirleri, Anayasa'ya da uygun bir şekilde sulh ceza hâkiminin usulüne uygun şekilde vereceği kararlar uygulanabilmektedir.

C. Vergi Uygulamalarında Yetki Açısından

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4'üncü maddesi "*Vergi dairesi mükellefi tespit eden, vergi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden dairedir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre kanun, mükellefin tespiti görevi dolayısıyla vergi dairesini vergiyi doğuran olayın tespitini yapmakla yükümlü kılmıştır. Bu durumda vergi dairesi mükellefiyetle ilgili araştırma yapma yetkisine de sahiptir. Bununla birlikte Vergi Usul Kanunu'nda yer alan bilgi edinme yolları için kanun yetki belirleme yapmıştır. Ancak vergi hukukunda olayın gerçek mahiyetinin yemin dışında her türlü delille ispat edilebilmesi hükmü, yetkisiz kimseler tarafından elde edilen delillerin kullanılabilirliği açısından ihtilaflar ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda olayın farklı ihtimaller dahilinde değerlendirilmesi gereklidir.

1. Yoklama Yetkisini Haiz Olmayan Kimseler Tarafından Elde Edilen Deliller

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 128'inci maddesinde yoklamaya yetkili olanlar; Vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler, vergi incelenmesine yetkili olanlar ve gelir uzmanları olarak belirlenmiştir. Bu haliyle her ne kadar kanunda sayılmış kimseler dışında kalan kişiler tarafından yapılan yoklama işlemi vergi usul kanunda açıklanan yoklama müessesine uygun olmasa da yoklama adı altında elde edilen delillerin vergi hukukunda delil olarak değerlendirilebilirliği tartışma konusudur. Zira vergi hukukunda delil serbestisi olarak adlandırılan düzenlemede ifade edilen "*Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*" hükmü her ne kadar kanuna aykırı yapılan yoklama

nedeniyle yoklama işlemini hükümsüz kılsa da elde edilen delillerin kullanılabilirliğini tartışmalı hale getirmektedir.

Vergi usul kanununda düzenlenmiş bulunan yoklama müessesesi sonucunda yoklama fişleri düzenlenir ve kanunda yazılı usule uygun bir şekilde düzenlenen yoklama fişlerinin bir nüshası vergi dairesine sunulur⁴⁴. Bu haliyle bakıldığında yoklama müessesesi vergi hukukunda özel esaslara tabi bir uygulamadır. Yoklama yetkisini haiz olmayan kimselerce sürecin kanunda düzenlenmiş biçimine aykırı bir şekilde işletilmesi sonucu elde edilen deliller kanuna ve hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. Ancak yoklama yetkisini haiz olmayan kimselerin buldukları delilleri ihbar şeklinde vergi idaresine sunmaları halinde işletilecek yeni süreç doğrultusunda söz konusu delillerin kanıt aracı olarak kullanılması mümkün olabilecektir.

Vergi usul kanunu düzenlemesi kül halinde incelendiğinde, kanunda sayılanlar dışındaki kimselerin yoklama fiilini gerçekleştiremeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna göre yoklama yetkisi olmayan kimselerce gerçekleştirilen yoklama işlemine göre idare bir işlem tesis edemeyecektir. Bu kapsamda elde edilen deliller de yoklamaya esas teşkil etmeyecektir. Ancak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 142'nci maddesinde yer alan arama müessesesinde düzenlenen "*İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir.*" hükmü ihbar sonucu vergi idaresine yapılan bildirimlerin arama konusu yapılabilmesine cevaz vermektedir. Dolayısıyla Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen yoklama müessesesinin kendine has kuralları gereği usulüne uygun bir şekilde yapılmayan yoklama faaliyeti hükümsüz olacak ve söz konusu faaliyet sonucu elde edilen deliller yoklama prosedüründe hukuka uygun olmayan delil niteliği taşıyacaktır. Hal böyleyken vergi hukukuna has bir düzenleme olan yoklama müessesesinde kanunda sayılan yetkilendirilmiş kimselerin dışında yapılan yoklama işlemleri hem kanuna hem de hukuka aykırılık teşkil edecektir. Ancak yoklama her ne kadar usule uygun olmasa da ulaşılan delillerin ihbar yoluyla idareye bildirilmesi durumunda yeni bir süreç işleyecek ve elde edilen deliller vergi hukukunda hüküm kurulmasında esas alınabilecektir.

⁴⁴ ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, s. 134.

2. Vergi İnceleme Yetkisini Haiz Olmayan Kimseler Tarafından Elde Edilen Deliller

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 134'üncü maddesine göre vergi incelemesinin amacı "*Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamaktır.*" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla vergi incelemesi vergi aslının hukuka uygunluğu ile söz konusu vergi nedeniyle bir suç oluşup oluşmadığına yönelik delil araştırma ve delil toplama sürecini ifade etmektedir⁴⁵. Bu haliyle vergi incelemesinin eğitici, önleyici ve yakalayıcı fonksiyonları bulunmaktadır⁴⁶. Zira vergi incelemesi uyuşmazlık konusu vergi aslı ve vergi cezasıyla ilgili olayların tespit edilerek delillere bağlanması sürecidir⁴⁷. Kanun, vergi incelemesine yetkili olanları sayarak "*Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.*" şeklinde açıklamıştır. Yine yoklamada olduğu gibi vergi incelemesiyle yetkilendirilmiş olanların yetkilerini ibraz zorunluluğu bulunmaktadır.

Kanunda vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların sayılmış olması, yetkisi olmayan kimselerin vergi incelemesi yapmasını imkânsız hale getirmektedir. Bu kapsamda yetkisiz kimseler tarafından yapılan vergi incelemesi vergisel anlamda bir sonuç ortaya çıkarmayacaktır. Dolayısıyla yetkisiz kimseler tarafından vergi incelemesi yapılması sonucu elde edilen delillerde vergi hukuku açısından hukuka uygun delil olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak söz konusu delillerin ihbar yoluyla idareye bildirilmesi durumunda idare yeni bir süreç başlatarak söz konusu delillerin vergi hukukunda hüküm kurulmasında esas alınabilmesini sağlayabilecektir.

⁴⁵ YALTI, Billur: "Vergi İncelemelerinde Dinlenilme Hakkı", Vergi Sorunları Dergisi, S. 332, Mayıs, 2016, s. 54.

⁴⁶ AKDOĞAN, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, "Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri" Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ekim, 2011, s. 102.

⁴⁷ YALTI, s. 54.

3. Arama Yetkisini Haiz Olmayan Kimseler Tarafından Elde Edilen Deliller

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 142 ila 147'nci maddeleri arasında düzenlenen arama müessesesi özel hükümlere tabi olağanüstü bir bilgi edinme yöntemidir. Bu haliyle arama müessesesi kanunda ayrıntılı bir şekilde açıklanarak arama yapılması üç şarta bağlanmıştır. Buna göre arama yapılabilmesi için;

- Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların aramaya lüzum göstermesi,
 - Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminden arama talebinde bulunması,
 - Sulh ceza hakiminin talep edilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi,
- şartlarının karşılanması gereklidir.

Arama faaliyeti Vergi Usul Kanunu'nun yanı sıra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş bir müessesedir. Farklı kanunlarca düzenlenen arama filleri her ne kadar birbirlerinden farklı olsalar da daha önce de belirtildiği üzere 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 147'nci maddesinde *"Bu bölümde açıkça yazılı olmayan hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun arama ile ilgili bulunan hükümleri uygulanır."* hükmü ile Vergi Usul Kanunu'nda yer almayan durumlar için Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre işlem yapılacağını öngörmüştür.

213 sayılı Kanun arama yapmaya yetkili olanları açıklamamıştır. Bu durumda 5271 sayılı Kanuna bakılması gerekir ki kanunda kolluk görevlilerinin arama yapabileceği hükmü düzenlenmiştir. Ancak vergi hukukunun niteliği gereği özel düzenlemelere sahip olması nedeniyle arama işleminin vergi konusunda uzman kolluk görevlileri tarafından yapılması gereklidir. Bununla birlikte Yargıtay 2021 yılında verdiği bir kararında *"...Niteliği itibariyle adli arama olmasına rağmen, bu aramanın genel suç kolluğu tarafından değil, vergi inceleme elemanlarınca yapılabilmesi, vergi suçlarına ilişkin olarak yapılacak aramanın özelliğidir."* şeklinde hüküm kurmuştur⁴⁸. Kanaatimizce de esasen vergi incelemesine yetkili olan

⁴⁸ Y. 11. CD, 28.06.2021, E. 2017/9872, K. 2021/5973 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 2.10.2024).

kişilerin vergisel suç kolluğu olarak kabul edilmesi gereklidir⁴⁹. Ancak doktrinde vergi inceleme elemanlarının mevzuatta kolluk olarak tanımlanan birimler arasında sayılmamış olmalarından kaynaklı olarak kolluk olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır⁵⁰. Daha önce ifade edildiği üzere aramalı vergi incelemesi yapılabilmesi için, “*mükellefin vergi kaçıracağına dair delil niteliğinde emarelerin*” bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda suç teşkil ettiği değerlendirilen fiillerle ilgili delil toplamak amacıyla gerçekleştirilen aramalı vergi incelemesi adli kolluk faaliyeti niteliği taşıyacaktır. Ayrıca, Vergi Usul Kanunu’nun 147’nci maddesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine yapılan atıf, kanun koyucunun Vergi Usul Kanunu kapsamında gerçekleştirilen aramayı adli arama faaliyeti olarak değerlendirdiğini gösteren bir karinedir. Bununla birlikte kanunda kolluk görevlisi vasfına sahip olmayan vergi idaresi çalışanları tarafından gerçekleştirilen arama faaliyetinin kanuna uygun olmayacağı yönündeki görüşleri de göz ardı etmemek gereklidir. Zira her ne kadar Vergi Usul Kanunu’nda arama kararı vermeye sulh yargıcı yetkili kılınmış ise de 5271 sayılı kanunda arama kararının gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının ya da Cumhuriyet savcısına da ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile de arama kararı verilebileceği hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada arama faaliyetinin vergi inceleme elemanları dışında kolluk kuvveti tarafından gerçekleştirilebileceği ve vergisel dokümanlara ulaşıldığı takdirde Cumhuriyet savcılığına başvuru mekanizmasının işletilebileceği yönünde yorum yapılması da mümkün olabilmektedir. Söz konusu ihtilafın ortadan kaldırılabilmesi için kanuni bir düzenlemenin yapılması yerinde bir uygulama olacaktır.

213 sayılı Kanun arama müessesesini “Yoklama ve İnceleme” başlıklı 7’nci kısımda düzenlemiştir. Bu haliyle Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen arama faaliyeti esasen aramalı vergi incelemesi adı altında özel bir vergi incelemesi sürecini ifade etmektedir. Dolayısıyla arama müessesesi; arama faaliyeti sonucu elde edilen delillere dayalı bir vergi

⁴⁹ Aynı yönde; **TAŞDELEN**, Aziz: “Vergisel Arama”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5 (2), 2003, s. 175; **BAYKARA**, Bekir: “Vergi İnceleme Elemanının Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri”, Vergi Dünyası, S. 273, 2004, http://www.bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi_inceleme_Elemanlarinin_Vergi_Ceza_Muhakemesindeki_Yeri_1343.pdf, s.5, erişim Tarihi: 11.09.2024.

⁵⁰ **KARABEYSER**, Süleyman: “Vergi Hukukunda Arama Müessesesi”, Terazi Hukuk Dergisi, 11 (124), 2016, s. 102; **PINAR**, Burak: “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”, Ceza Hukuku Dergisi, 8(21), 2013, s. 144-145.

incelemesi sürecinin ilk aşamasıdır. O halde arama, vergi inceleme sürecinin delil toplama aşaması olarak adlandırılabilir bir faaliyettir⁵¹. İş bu halde söz konusu delillerin hukuka uygunluğu delillerin yargılama faaliyetlerinde kullanılabilirliği açısından önem arz etmektedir. Kanuni düzenlemelere göre öncelikle arama işleminin yetkili görevlilerce yapılması gerekmektedir.

213 sayılı Kanunda düzenlenen arama müessesesi ile ilgili olarak yetki konusunda problemleri iki farklı duruma çıkabilecektir. Birinci durum, kolluk görevlileri dışında kimselerce arama yapılması durumudur. İkinci durum ise, kolluk görevlilerinin 5271 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirdikleri bir arama faaliyetinde vergisel delillere ulaşmaları durumudur.

Birinci durumda, 5271 sayılı Kanun açık bir şekilde aramanın kolluk görevlileri tarafından yapılabileceğini açıklamaktadır. 213 sayılı Kanunda düzenlenmeyen bu durum için 5271 sayılı Kanun düzenlemesine bakılması gerekir ki o halde 213 sayılı Kanuna göre arama yapma yetkisi de kolluk görevlilerinde bulunmaktadır. Buna göre 213 sayılı Kanuna göre kolluk görevlileri dışında görevliler tarafından gerçekleştirilen aramalar kanuna aykırı olacaktır. Bu durumda elde edilen deliller de kanuna ve hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. Ancak burada tekrar etmek gerekir ki her ne kadar kanaatimiz vergi inceleme elemanlarının vergisel suç kolluğu olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeysen de bu konudaki karşı görüşlerin bertarafı için kanuni bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

İkinci durumda; adli kolluk görevlilerince 5271 sayılı Kanun kapsamında bir arama faaliyetinin gerçekleştirildiği durumlarda mükellefin vergi kaçırdığına işaret eden delillere rastlanması durumudur. Bu durumda arama faaliyeti 213 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmadığı için arama işlemi aramalı vergi inceleme olarak değerlendirilemeyecek ve elde edilen deliller vergi hukuku açısından aramalı vergi incelemesine konu edilemeyecektir. İş bu halde, adli kolluk görevlilerinin yapması gereken iki farklı uygulama olabilir.

- Birinci uygulama; 5271 sayılı Kanunda düzenlenen “*gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının ya da Cumhuriyet savcısına da*

⁵¹ **BATI**, Murat: Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği – Vergi Yargısı – Kamu İcra, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 269.

ulaşılamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile de arama kararı verilebileceği” hükmü gereği işlem yapılması,

- İkinci uygulama ise; Hazine ve Maliye Bakanlığı’na ihbar yoluyla olayın intikal ettirilmesidir.

Zira her ne kadar idare tarafından gerçekleştirilen eylem Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş olan aramalı vergi incelemesi kapsamında değerlendirilmeyecek olsa da elde edilen delillerin; vesikaların tesadüfi delil niteliğini açıklayan 5271 sayılı Kanunun 138’inci maddesinin 1’inci fıkrası hükmü kapsamında ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. 5271 sayılı Kanunun 138’ini maddesinde tesadüfen elde edilen deliller düzenlenmiştir. 5271 sayılı Kanunun 138’inci maddesi; *“Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre böyle bir durumda elde edilen deliller hukuka uygun elde edilmemiş delil niteliğinde olmayıp Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş aramalı vergi incelemesi usulüne uymayan delil niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla söz konusu delillerin aramalı vergi incelemesine konu yapılması durumunda deliller kanuna aykırı olarak değerlendirilecek olmakla birlikte Vergi Usul Kanunu kapsamında yapılacak ihbarlar neticesinde gerçekleştirilecek idari işlemlerde söz konusu deliller kanuna uygun olarak elde edilmiş delil niteliği taşıyacaktır. Bu durumda kanaatimizce ihbar sürecinin uzama ihtimali dikkate alındığında, 5271 sayılı Kanun’a göre gerçekleştirilen arama faaliyetlerinde vergisel arama gerektiren deliller elde edildiği durumlar, kolluk görevlileri tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak değerlendirilerek, ilgili izinlerin alınması yoluyla delil toplama işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

V. YARGI KARARLARINDA HUKUKA AYKIRI DELİL

Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargı sistemine dahil olmalarıyla birlikte taraflar açısından sonuç doğurabilir hale gelmektedirler. Bu haliyle yargı organlarının içtihatları, uygulamada hukuka aykırı delillerin ispat aracı olarak kullanılabilirliğini belirleyen yegâne kaynak olacaktır. Bu kapsamda ulusal yargı organlarının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da önem taşımaktadır.

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Uluslararası düzenlemeler temel olarak İnsan Hakları Evrensel Beyanname ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi doğrultusunda düzenlenmiş kurallar bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye Avrupa Konseyine 1949 yılında üye olmuş ve 18 Mayıs 1954'te Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamıştır. Türkiye'de hiyerarşik sıralamada yer alan ikinci hukuki kaynak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir⁵². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da söz konusu kurallar çerçevesindedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Türkiye'de hiyerarşik sıralamada dördüncü hukuksal hukuki kaynak durumundadır⁵³. Türkiye sözleşmeye taraf olmasının ardından yaklaşık otuz üç yıl sonra 28.01.1987⁵⁴ tarihinde vatandaşlarına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organları önünde bireysel başvuru hakkı tanımıştır⁵⁵.

İnsan Hakları Evrensel Beyanname spesifik bir şekilde delil konusunu ele almamakla birlikte insanlık ailesinin temel haklarını düzenleyen bir metindir. Bu kapsamda beyanname, kanun önünde herkesin eşit olduğu ve herkesin kanunun eşit korumasından yararlanacağı hükmünü düzenlemiştir. Dolayısıyla bir kimse suç işlemiş olsa dahi kanuni haklarından mahrum bırakılarak kişiye karşı bir delil elde edilemeyecektir. Zira beyannamenin 7'nci maddesinde düzenlenen "*Herkesin işbu Beyannameye aykırı her türlü ayırdedici muameleye karşı ve böyle bir ayırdedici muamele için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.*" hükmü ile kanaatimizce kanunların kanunsuz bir şekilde uygulanmasının insan haklarına aykırı olduğu hükmü düzenlenmiştir. Beyannamenin 12'nci maddesinde "*Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni*

⁵² TOSUN, Ayşe Nil / ÖZDEN, Engin: "Vergi Denetiminde Arama Yönteminin Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yaklaşımı ve Türkiye Örneği", Maliye Dergisi, 166(Ocak-Haziran), 2014, s. 289.

⁵³ TOSUN / ÖZDEN, s. 291.

⁵⁴ 28.01.1987 yılından, 11. Ek Protokolün yürürlüğe girdiği 01.11.1998 tarihine kadar, bireysel başvuru hakkı devletlerin isteğine bağlı "seçimlik" bir hakken, 11. Ek Protokol yürürlüğe girdikten sonra sözleşmenin 34'üncü maddesiyle yen, b ir düzenleme yapılmıştır. Düzenlemeyle Türk vatandaşlarına bireysel başvuru hakkı herhangi bir süre kısıtlanmasına bağlı olmaksızın sözleşmenin zorunlu bir ögesi olarak yeniden düzenlenmiştir.

⁵⁵ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(1-2), 2009, s. 266.

veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır” hükmü ile delil elde etme yollarının kullanımının kanunlarla sınırlı olması gerekliliğinin insani bir hak olduğu beyan edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de delillerin delil olarak kullanılabilirliği ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte mahkeme konuyu adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hakkı gibi düzenlemeler çerçevesinde ele almaktadır⁵⁶. Bu kapsamda hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde doğrudan bir hüküm bulunmadığından dolayı mahkeme kanıtların değerlendirilmesi takdirini ulusal mahkemelere bırakmaktadır⁵⁷. Mahkeme bu konuda, delillerin elde edilme şeklini de kapsayacak şekilde yargılamanın bütününe adil olmadığı konusunu incelemektedir⁵⁸. Dolayısıyla hukuka aykırı delillerin kullanımında ülke uygulamaları önem taşımaktadır. Bu kapsamda ülkeler kendi hukuki yapıları doğrultusunda delil değerlendirmesi gerçekleştirmektedirler. Örneğin İngiltere’de hukuka uygun olmayan delil konusu delilin kabulünün yargılamanın hakkaniyetine zarar verip vermediği kriteri doğrultusunda mahkemenin takdirine bırakılmıştır⁵⁹. İş bu halde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hukuka uygun biçimde elde edilmeyen kanıtların kullanılamayacağına yönelik katı bir tutumun olmadığı görülmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenmiş bulunan adil yargılanma hakkını esas almaktadır. Bu kapsamda elde edilen delillerin özel yaşamın gizliliğini ihlal etmesi durumunda dahi adil yarılanma güvencelerinin yerine getirilmesi halinde elde edilen delillerin

⁵⁶ ŞENOCAK, Burçin Bayrak: “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Hukuka Aykırı Delillerin Adil Yargılanma Hakkına Etkisi” s. 15. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/4052023132645burcin.pdf> (Erişim Tarihi 4.10.2024).

⁵⁷ AİHM., Allan /Birleşik Krallık, 5.11.2002, B. No: 48539/99, s. 42 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024); AİHM., Kaçan / Türkiye, 12.07.2016, B. No: 58112/09, s. 9 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024).

⁵⁸ ŞENOCAK: s. 15; AİHM., Ayetullah/Türkiye, 8.03.2021, B. No: 29084/07 ve 1191/08, s. 45 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024).

⁵⁹ DÜNDAR, Meltem: İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 147.

kullanılabileceğine hükmetmiştir⁶⁰. Ayrıca mahkeme bir kararında sanığın hükümlülüğüne karar verilmesini haklı gösterecek başkaca delillerinde bulunduğu gerekçesiyle hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceğine yönelik hüküm kurmuştur⁶¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açıklandığı üzere hukuka aykırı delillerin kullanımı noktasında her ne kadar katı bir tutum içinde bulunmasa da sözleşmenin diğer maddelerinin ihlali nedeniyle elde edilen delillerin kullanımı noktasında katı bir tutum izlemektedir. Örneğin delil elde edilirken sözleşmenin 8'inci maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamına saygılı olunması hakkının ve haberleşme hakkının ihlal edilmesi sonucu elde edilen delillerin kullanılmayacağına yönelik kararları bulunmaktadır⁶². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, söz konusu hakların kısıtlanmasına yönelik *"Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."* hükmünü düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında bu hüküm gereği kanaat oluşturmuştur. Buna göre mahkeme kararlarında kamu gücü tarafından sözleşmede belirtilen hakların ihlal edilebilmesi için ihlalin kanuna dayanması ve yapılan ihlalin kanunlara uygun olması gerekli görülmektedir⁶³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları kül halinde ele alındığında; adaletin yerini bulması doğrultusunda vicdani kanaat oluşturmaya karine olabilecek tüm delillerin kullanılabileceği ancak söz konusu delillerin elde edilme biçiminin Avrupa İnsan Hakları

⁶⁰ AİHM., Khan-İngiltere, 12.5.2000, B. No: 35394/97, s. 3 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024); CENGİZ, Serkan / DEMİRAĞ, Fahrettin / ERGÜL, Teoman / MCBRİDE, Jeremy / TEZCAN, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara, 2008. s. 160; ÇINAR, Ali Rıza: "Hukuka Aykırı Kanıtlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004, S. 55, s. 47.

⁶¹ AİHM., Schenk / İsviçre, 12.7.1988, B. No: 10862/84, s. 23 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024); CENGİZ / DEMİRAĞ / ERGÜL / MCBRİDE / TEZCAN: s. 160; ÇINAR: s. 47.

⁶² ÇINAR, s. 47-49.

⁶³ AİHM., Malone / Birleşik Krallık, 2.08.1984, B. No: 8691/79, s. 13 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024).

Sözleşmesi'nde yer alan hakları ihlal etmeyecek şekilde olması gerektiği noktasında içtihadın yerleştiği görülmektedir. Bu kapsamda her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi delil konusunda ulusal yargı kararlarına yönelik hüküm kurmasa da delillerin kullanılabilirliğine yönelik hükümlerde ulusal yargı kararlarının tarafı olunan uluslararası sözleşmelerce teminat altına alınmış uluslararası hakları göz önünde bulundurmaktadır. Mahkemeye göre bu durum uluslararası hukuk açısından önem arz etmektedir.

B. Anayasa Mahkemesi Kararları

Türk Anayasa Mahkemesi; norm denetimi, bireysel başvuru, yüce divan yargılamaları, siyasi parti kapatma davaları, siyasi partilerin mali denetimi, yasama dokunulmazlığı işleri, milletvekilliğinin düşmesi işleri ve uyuşmazlık mahkemesi başkanı seçimi işleri olmak üzere sekiz farklı görev ve yetkiye sahiptir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iş yoğunluğunun büyük bir kısmını norm denetimi ile bireysel başvuru yolu oluşturmaktadır. Norm denetimi; kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunun denetimidir. Bireysel başvuru hakkı uluslararası sözleşmeler doğrultusunda 2012 yılında hayata geçirilmiş bir Anayasal yargı denetimidir. Bireysel başvuru yolu; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan ve 1982 Anayasası'nda düzenlenmiş bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının karara bağlanmasını kapsayan bir yoldur.

Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi gerçekleştirdiği kararlarında deliller Anayasaya uygunluk açısından ele alınmış, mahkeme kanuna aykırı delillerle ilgili 2001 yılında yapılan Anayasal düzenlemeden önceki kararlarında da Anayasa'ya ve hukuka aykırı delillerin kullanımının Anayasa'ya ve hukuka uygun olmadığı yönünde hüküm kurmuştur. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi 1965 yılında verdiği bir kararında "... Yetkisiz verilen kararların hukuki sonuç doğurmaları ise mümkün değildir. Aynı suretle bir siyasi partinin Millet Meclisi Grupunun veya Türkiye Büyük Millet Meclisi Birleşik toplantısı grupunun, kendilerinden başka meclislerdeki grup üyelerini bağliayacak nitelikte karar vermelerine de imkân yoktur. Aksi takdirde, verilecek kararların, hukuki değerleri olmayacağından, diğer grup üyelerini bağlamaları da söz konusu olamaz. İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen 16'ncı maddesi hükmü de, bu hukuki sonucu belirtmekten başka bir nitelik taşımadığından Anayasa'ya aykırı

delildir.” şeklinde hüküm kurmuştur⁶⁴. Yine 2001 yılında verdiği bir kararında hukuka aykırı delilleri Anayasa’ya uygunluğun da ötesinde hukuka uygunluk açısından ele almış ve hukuka aykırılık fiili Anayasa Mahkemesi’nin 22.06.2001 tarihli kararında; “Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.

Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, T. 17.3.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesi’nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa’nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir. Gerçekten de, bir anayasa hükmünü ve yasayı değiştirme gücüne sahip yasa koyucu hukukun genel ilkelerini yok etmeye yönelik bir yasama tasarrufunda bulunamaz.

Özet olarak, Türk hukuk sisteminde “hukuka aykırı şekilde” elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla “hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller”, “yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller” kavramından yani “yasadışılıktan” da geniş bir içeriğe sahiptir.”

şeklinde açıklanmıştır⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumlu kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin delil değerlendirmesi konusunda mahkeme kararlarına uygun kararlar verdiği görülmekte, çelişkili içtihatlarla yönelik

⁶⁴ AYM., 02.03.1965, E. 1964/19, K. 1965/11, RG. T. 17.09.1965, S.12103.

⁶⁵ AYM., 22.06.2001, E. 1992/2 K. 2001/2, RG. T. 05.01.2002, S. 24631; AYM., 27.3.1986, E. 1985/31. K. 1986/11, RG. T. 09.05.1986, S. 19102.

kararlarında delil değerlendirmesinden kaynaklanan içtihat farklılıklarını tek başına ihlal olarak kabul etmemektedir⁶⁶. Ancak Anayasa Mahkemesi hukuka aykırı delillerin tek başına hüküm kurmada kullanılmasını hukuka uygun bulmamıştır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi 2018 yılında verdiği bir kararında “*kanuni bir temeli olmadan elde edildiği veya elde ediliş yöntemi bakımından hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılmasının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturabileceği dikkate alınmalıdır. Ceza muhakemesinde delillerin elde ediliş şekli ve mahkûmiyete dayanak alınma düzeyleri, yargılamanın bütününe hakkaniyete aykırı hâle getirebilir.*” şeklinde hüküm kurmuştur⁶⁷. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuka aykırı delil konusunu, önlenmesi gereken hukuki bir mesele olarak ele almıştır⁶⁸.

C. Yargıtay Kararları

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre yüksek mahkemeler arasında sayılan Yargıtay; adliye mahkemeleri tarafından verilen, kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin en son inceleme merciidir. Yargıtay vergi hukukunda ceza mahkemelerine bırakılan davalarda son inceleme mercii olarak görev yapmaktadır.

1. Ceza Daireleri Kararları

Yargıtay ceza daireleri hukuka uygun olmayan delillerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumlu bir içtihadı sahiptir. Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesi tarafından 2015 yılında verilen bir kararda “*Ceza Muhakemesi hukukumuz ‘‘delil serbestliği’’ ilkesini benimsemiş, delilleri değerlendirmede de hakime tam bir serbestlik tanınmıştır. Delillerin hukuka uygun yöntemlerle toplanması zorunludur.*” şeklinde hüküm kurmuş ve devamında bazı delillerin hukuka uygun olmayan bir şekilde elde edilmesinin hükme etkisini “*dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller ayrıca*

⁶⁶ KAŞIKCI, Mahmut: “Vergi Hukuku Özelinde Mahkemeye Erişim Hak-kı Üzerine Bir İnceleme (Çelişkili Karar Yasağı-Danıştay Karar-larından Örnekler ve Haklar Bütününe Hukukla Okumak)”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 75(2), 2017, s. 551.

⁶⁷ AYM., 01.02.2018, B. No. 2014/4704, RG. T. 10.04.2018, S. 30387.

⁶⁸ AYM., 24.03.2022, E. 2019/80, K. 2022/31, RG. T. 22.06.2022, S.31874.

ve açıkça'' gösterilir denilmek suretiyle hukuka uygun yöntemlerle elde edilen diğer delillerin geçerliliğini koruyacağı benimsenmiştir." hükmü kurulmuştur⁶⁹. Bununla birlikte Yargıtay birçok kararında vergi hukukunda usule yönelik kanuna uygun olmayan halleri hukuka uygun olmayan delil kapsamında değerlendirmiştir. Bu durum sıklıkla yargı kararlarına da konu olmuş bir vakiadır. Yargıtay 2021 yılında verdiği bir kararında durumu *"Bir başka anlatımla, genel hükümlere tabi bir suç ihbarı üzerine, delil elde edilmesi amacıyla CMK uyarınca yapılan arama işlemi sonucunda, vergi suçunun da işlendiğini gösteren delillerin bulunması veya VUK'nın 147. Maddesi hükmü karşısında, vergi suçuna ilişkin olmasına rağmen gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin varlığı halinde, CMK hükümlerine göre arama işlemi yapılabilir ve bu şartlarda yapılan arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka uygun kabul edilebilirdi."* şeklinde ifade etmiştir⁷⁰. Konuyla ilgili Yargıtay tarafından verilmiş aynı doğrultuda yerleşik hale gelmiş birçok karar bulunmaktadır⁷¹.

2. Hukuk Daireleri Kararları

Vergisel davalar Yargıtay hukuk daireleri kararlarına konu olmamakla birlikte mahkemelerin bakış açılarının belirlenmesi açısından değinilmesinde fayda görülmektedir. Yargıtay hukuk daireleri kararları, hukuka aykırı delillerin tek başına hükmün kurulmasında kullanılamayacağı yönündedir. Bununla birlikte dairelerin gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yer alan başkaca delillerle desteklendiği takdirde hukuka uygun olmayan delillerin değerlendirmeye alınabileceğine yönelik kararlarla uyumlu kararları bulunmaktadır. Bu

⁶⁹ Y. 19. CD., 18.12.2015, E. 2015/13082, K. 2015/8841 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁷⁰ Y. 11. CD., 28.06.2021, E. 2017/9872, K. 2021/5973 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 2.10.2024).

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için Bknz. Y. 11. CD., 02.06.2020, E. 2018/708, K. 2020/2602 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.10.2024); Y. 11. CD., 09.07.2019, E. 2016/5850, K. 2019/5977 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.10.2024); Y. 11. CD., 18.10.2018, E. 2016/5118, K. 2018/8182 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 13.10.2024); Y. 11. CD., 06.11.2017, E. 2016/8717, K. 2017/7481 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 13.10.2024); Y. 11. CD., 05.12.2016, E. 2016/7198, K. 2016/8057 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 13.10.2024); Y. 19. CD., 21.10.2015, E. 2015/8755, K. 2015/5932 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 15.10.2024); Y. 21. CD., 05.04.2017, E. 2016/10857, K. 2017/1723 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 15.10.2024); Y. 21. CD., 21.12.2016, E. 2016/8007, K. 2016/7866 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.10.2024).

doğrultuda Yargıtay 2'nci Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği bir kararında "hukuka aykırı delil niteliğinde olması sebebiyle kusur belirlemesinde esas alınamayacağı, ancak yapılan yargılama ve toplanan diğer delillerden davalıya ait telefon görüşme dökümlerine göre davalı kadının güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu" şeklinde hüküm kurmuştur⁷².

3. Ceza Genel Kurulu Kararları

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun genel manasıyla en yoğun iş yükü Yargıtay ceza daireleri tarafından verilen bozma kararlarına karşı mahkemelerin direnme kararlarını karara bağlamaktır. Vergi hukukunda ceza mahkemelerinin bakmakla yükümlü oldukları davalar da üst mahkeme olarak Yargıtay ceza dairelerine gelmekte ve bu kararlara karşı mahkemelerin direnme kararlarını Yargıtay Ceza Genel Kurulu inceleyerek karara bağlamaktadır. Dolayısıyla vergi hukukunda ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlar Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına konu olabilmektedir.

Prof. Dr. Erdener Yurtcan, Türk hukuk mevzuatında hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin yargılamada hükme esas alınmamasının çağdaş insan haklarına dayalı bir ceza yargılamasının temelini oluşturduğu görüşünü vurgulamaktadır⁷³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kararlarında Prof. Dr. Erdener Yurtcan tarafından ifade edilen bu görüşü benimsemektedir. Kurul 2005 yılında verdiği bir kararında görüşünü "Prof. Dr. Erdener Yurtcan'ın vurguladığı gibi "CMUK'nun 254/2. maddesindeki bu kural Türk Ceza Yargılamasına çağdaş bir boyut kazandırmaktadır. Bunun anlamı şudur; ceza yargılamasında maddi gerçeğin aranması amaçtır. Bunun sonucu olarak bu hukuk dalında herşey delil olur ilkesi geçerlidir. Fakat bu ilke sınırsız değildir. Bu ilkenin sınırı, insanlık onuru ve yasaların tanıdığı sınırlar içinde delil elde etmek ve bunları yargılamada kullanılmaktadır. Burada vurgulanması gereken nokta, çağdaş ceza yargılamasında her şeye rağmen gerçeğin bulunması sonucunun artık reddedilmesi" gerektirir⁷⁴. Bununla birlikte genel kurul, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da olduğu gibi, hukuka aykırı delilleri tamamen

⁷² Y. 2. HD., 03.04.2019, E. 2018/1268, K. 2019/3978 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.10.2024).

⁷³ YURTCAN, Erdener: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Mart 2019 Tarihi İtibariyle 7165 sayılı Yasayla Birlikte Güncelleştirilmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s.489.

⁷⁴ Y. CGK., 15.03.2005, E. 2005/10 - 15, K. 2005/29 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.10.2024).

dışlamamaktadır. Zira Amerika örneğinde de görülebileceği gibi elde edilen delillerin basit hukuka aykırılıklar nedeniyle değerlendirme dışında tutulması, adaletin gerçekleşmesini engelleyebilmekte ve bu durum yargılamanın kilitlenmesine neden olabilmektedir⁷⁵. Bu doğrultuda Genel Kurul 2005 yılında verdiği aynı kararında “...Kanunlarımızda yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller dışında kalan diğer hukuka aykırı deliller için genel bir değerlendirme yasağı getirilmiştir. Ancak bu hüküm, delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulmasını gerektireceği biçimde yorumlanmamalıdır...” şeklinde hüküm kurmuştur⁷⁶. Dolayısıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulu bazı istisnai durumları dikkate alabilmekle birlikte, kurulun genel manasıyla hukuka uygun olmayan delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınmaması yönünde görüşte olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014 yılında verdiği bir kararında hukuka uygun olmayan delillerle ilgili olarak “...Bu itibarla; sanık hakkında hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmaması isabetlidir.” şeklinde hüküm kurmuştur⁷⁷.

4. Hukuk Genel Kurulu Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, hukuk dairelerinden gelen davaları ele alması nedeniyle, vergisel davalar kurul kararlarında yer almamaktadır. Ancak yüksek mahkemenin genel kurullarından biri olan Hukuk Genel Kurulu kararları yargının bakış açısının tespiti açısından önem taşımaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan önceki mevzuatımızda hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle doktrinde farklı yaklaşımlar yer almaktaydı⁷⁸. 6100 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarının; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 189’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında yer

⁷⁵ ÖZTÜRK, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1994, 4(1-2), s. 44.

⁷⁶ Y. CGK., 15.03.2005, E. 2005/10 - 15, K. 2005/29 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.10.2024).

⁷⁷ Y. CGK., 25.11.2014, E. 2013/841, K. 2014/513 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 13.10.2024).

⁷⁸ YAYLAK, Cihan: İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım, 2018, s. 49.

alan; “Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınmaz.” hükmü ile Anayasa’nın 38’inci maddesi düzenlemeleri doğrultusunda verildiği görülmektedir. Bununla birlikte kurulun yerleşik kararlarında hukuksuz bir şekilde oluşturulan delillerle hukuka uygun bir şekilde elde edilmeyen deliller birbirlerinden farklı olarak değerlendirilmektedir.

Kurul kararlarında hukuka uygun olmayan bir şekilde oluşturulan delillerin kabulünün mümkün olmadığı, hukuka uygun olmayan bir şekilde elde edilen delillerin ise dava konusu olayın özelliğine göre kabul edilebilir olduğu kanaatinin bulunduğu görülmektedir⁷⁹. Bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, özellikli bazı durumlarda elde edilen hukuka uygun olmayan delillerin değerlendirmeye tabi tutulabileceğine yönelik kararları da bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 yılında verdiği bir kararında “...kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı, ani gelişen durumlarla sınırlı olması koşulu ile hukuka uygun olacağına, aksi halde ilgili kişinin yetkili makamlara başvurma olanağı doğduktan sonraki aşamalarda kayıtlarının ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunun kabulü gerekmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur⁸⁰.

D. Danıştay Kararları

İdari yargının yüksek mahkemesi olarak görev yapan Danıştay, vergi ile ilgili olarak vergi mahkemelerinden gelen davaları karara bağlamaktadır. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun’a göre Türkiye’de vergi mahkemelerinin görevleri “ a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları, b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları, c) Diğer kanunlarla verilen işleri, Çözümler.” şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla Türkiye’de Danıştay, idari vergi davalarına bakmakla görevli yüksek mahkemedir.

⁷⁹ Y. HGK., 15.02.2012, E. 2011/2-703, K. 2012/70 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 13.10.2024).

⁸⁰ Y. HGK., 11.12.2012, E. 2013/1183, K. 2014/960 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 13.10.2024).

Danıştay vergi hukukunda delil konusunu 213 sayılı Kanun kapsamında değerlendirmektedir. Danıştay 2022 yılında verdiği bir kararında delili *“Kanun, gerçek mahiyetin ortaya çıkarılmasında yemin hariç her türlü delile izin vermiştir. Bu deliller, tarafların ikrarı, vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan tanık ifadesi, muamelenin taraflarının ekonomik ve ticari konumları, işyerlerinin durumu, arandığında bulunup bulunamamasına ilişkin tespitlerdir.”* şeklinde açıklanmıştır⁸¹. Dolayısıyla Danıştay vergi hukukunda delilleri somut kurallara bağlamış bulunmaktadır. Bununla birlikte Danıştay, hukuka aykırı delil konusunda anayasal düzenlemeye uygun bir görüş benimseyerek kanunlara aykırı şekilde elde edilmiş delillerin yargılamada hükme esas alınmayacağı görüşünü benimsemektedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından 2017 yılında verilen bir kararda kurul açık bir şekilde *“Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir.”*⁸² şeklinde hüküm kurarak, kanuna aykırı delillerin yargılamada kullanılmasına yönelik görüşünü beyan etmiştir.

SONUÇ

Kamu hukukunun bir alt dalı olan mali hukukun önemli bir alanını oluşturan vergi hukuku, iktisadi konjonktürün dinamik yapısı gereği kendine has kuralları olan bir hukuk dalıdır. Bu yapısı gereği karmaşık olay örgülerine dayalı uyuşmazlıkların dava konusu olduğu vergi hukuku alanında maddi olayın kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde ortaya çıkarılabilmesi vergiyi doğran olayın gerçek mahiyetinin delillerle destekli bir şekilde açıklanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle vergi hukukunda delil önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu, yemin ve olayla açık bağı bulunmayan şahit dışında her türlü delili kabul eden bir delil serbestisine sahiptir. Bu haliyle vergi hukukunda kanuna ve hukuka uygun olmayan deliler açısından delil serbestisinin sınırları gerek literatürde ve gerekse yargı kararlarında farklı yorumlamalara sebep olabilmektedir. Bu kapsamda vergi hukukunda kanuna ve hukuka uygun olmayan delillerin hüküm kurmada dikkate alınabilirliği sorunu çerçevesinde oluşturulan

⁸¹ D. 9. D., 16.06.2022, E. 2021/1784, K. 2022/3286 (Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁸² D. VDDK., 13.12.2017, E. 2017/368, K. 2017/626 (Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi: 15.10.2024).

bu çalışma; literatürde yer alan yorumlar ve yargı kararları doğrultusunda konunun ayrıntılı bir şekilde ele alınmasını amaçlamıştır.

Vergi hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında ispat aracı olarak kullanılan delillerin hukuki uyumsuzluğun çözümünde kullanılması her hal ve şartta mümkün olmayabilmektedir. Zira delillerin hükmün kurulmasında kullanılabilmesi için gerçekçi, akla uygun, erişilebilir, olayla bağı olan ve hukuka uygun olmaları gerekmektedir. Bu haliyle gerçekçi, akla uygun, erişilebilir ve olayla bağı olan deliller her ne kadar vicdani kanaatin oluşmasında etkileri göz ardı edilmese de kanuna ve hukuka uygun olmayan delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınması hukuk devleti ilkesine aykırı bir yaklaşımdır.

Kanuna aykırı delillerle ilgili Türk hukuk mevzuatında yapılan ilk düzenleme 1992 yılında olmakla birlikte, 2001 yılında Anayasal bir düzenleme yapılarak kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin kabul edilmeyeceği hükmü Anayasal amir bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Ancak Türk hukuk mevzuatında vergi hukukuna has birtakım uygulamalar bulunmakta ve söz konusu uygulamalar nedeniyle vergi hukuku özelinde yapılan bazı düzenlemeler olayı karmaşık bir yapıya büründürülebilmekte ve bu durum gerek literatürde gerekse uygulamada farklı yorumlamalara neden olabilmektedir.

Vergi hukukunda düzenlenmiş bulunan idarenin bilgi edinme yöntemleri doğrultusunda elde edilen deliller gerek kanundan kaynaklı nedenlerle ve gerekse uygulamadan kaynaklı birtakım nedenlerle, kanuna ve hukuka aykırı delil niteliği taşıyabilmektedir. Dolayısıyla kanuna aykırı delilin oluşumunda insan faktörü kaynaklı birtakım etkenler söz konusu olabildiği gibi bizatihi kanundan kaynaklı teknik birtakım etkenler de söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 127'nci maddesinde düzenlenmiş bulunan yoklama müessesesinde yoklamaya yetkili olanlara verilmiş elkoyma yetkisi kanaatimizce Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Buna göre yoklama yetkisine sahip kimselerce el konulan delillerin kullanılması hukuka uygun olmayacaktır. Bu nedenle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na benzer bir şekilde durumu yeniden düzenlemesi, doğacak ihtilaflarda kamu zararının önlenmesini sağlayacaktır.

213 sayılı Kanunda düzenlenmiş bulunan yoklama ve vergi incelemesi işlemlerine yetkili olanlar sayma yöntemiyle açıklanmış,

arama işlemine yetkili olanlar da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun’da açıklanmıştır. Bu durumda yoklama, vergi incelemesi ve arama yetkisini haiz olmayanlar tarafından gerçekleştirilen idari işlemler neticesinde elde edilen deliller, kanuna ve hukuka uygun delil niteliği taşımayacaktır. Ancak bu durumda elde edilen delillerin Hazine ve Maliye Bakanlığı’na ihbar yoluyla iletilmesi durumunda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre yeni bir süreç işletilecek ve elde edilen delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınması sağlanabilecektir.

Arama, Vergi Usul Kanunu’nun yanı sıra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmiş bir müessesedir. 5271 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen arama faaliyeti 213 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmadığı için arama işlemi aramalı vergi incelemesi kapsamında değerlendirilemeyecek ve elde edilen vergisel deliller vergi hukukunda arama faaliyetine dayanan vergi incelemesi kapsamında hüküm kurmada kullanılamayacaktır. Bu durumda olayın “*gecikmesinde sakınca bulunan haller*” kapsamında ele alınarak 5271 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde işlem yürütülmesi gereklidir. Bununla birlikte elde edilen deliller için ihbar yoluyla Hazine ve Maliye Bakanlığı’na da başvuru yapılarak yeni bir süreç işletilmesi yoluna gidilebilecek olsa da arama faaliyetinin özelliği dikkate alındığında delillerin ziyaa uğraması ihtimali göz önünde bulundurularak, 5271 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen arama faaliyetlerinde vergisel arama gerektiren deliller elde edildiği durumlar, kolluk görevlileri tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak değerlendirilerek, ilgili izinlerin alınması yoluyla delil toplama işlemlerinin gerçekleştirilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

Vergi hukukunda hukuka aykırı delil konusu yargı kararlarında da sıklıkla ele alınmış bir konudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hukuka aykırı delillerin takdirini ulusal mahkemelere bırakmakla birlikte söz konusu delillerin elde edilmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırılık konusu üzerinde durmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi hukuka aykırı delillerin tek başına hüküm kurmada kullanılmasının hukuka uygun olmadığı ancak başkaca delillerle hükmün desteklenmesi durumunda hukuka ve kanuna aykırı delillerin hükmü etkilemeyeceği görüşünü benimsemiştir. Yargıtay ve Danıştay kararları da benzer bir şekilde kanuna ve hukuka uygun olmayan delillerin tek başına hükmün kurulmasında kullanımının söz konusu olamayacağı yönündedir. Bununla birlikte bir daha kanıt elde etme

imkanının bulunmadığı durumlarda kanuna ve hukuka uygun olmayan biçimde elde edilmiş delillerin hükmün kurulmasında kullanılabileceğine yönelik istisnai kararlarda bulunmaktadır.

Kanunlara ve hukuka uygun bir şekilde elde edilmeyen deliller her ne kadar vicdani kanaatin oluşmasında etkili bir karine olabilse de günümüz modern hukuk devletlerinde ani gelişen ve tekrar delil elde etme imkânının ortadan kalkacağı olağanüstü istisnai durumlar dışında söz konusu delillerin hükmün kurulmasında dikkate alınması başta kanunilik ilkesi üzere evrensel hukuk ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Vergi hukuku gibi sosyal, siyasi, ekonomik hatta teknolojik gelişimlerden birebir etkilenen dinamik bir alanı düzenleyen kanunların bu kapsamda ele alınarak delil elde edilmesine yönelik düzenlemelerin Vergi Usul Kanunu'nda bahsi geçen ekonomik yorum kapsamında değerlendirilmesi ve kanunların bu doğrultuda düzenlenmesi maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta ortaya çıkarılması açısından önemli bir yaklaşım olacaktır. Bununla birlikte uygulama hataları nedeniyle delillerin kanuna ve hukuka aykırı hale gelmesini engellemek için Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca geçmiş tecrübeler ve yargıya intikal eden olaylar doğrultusunda oluşabilecek istisnai durumlara yönelik yol gösterici uygulama yönergeleri hazırlanması yerinde bir uygulama olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN**, Abdurrahman: Vergi hukuku ve Türk Vergi Sistemi, “Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, uygulama Örnekleri” Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ekim, 2011.
- AKSOY**, Şerafettin: Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- ALİEFENDİOĞLU**, Yılmaz: “Vergilemenin Ekonomik Sınırları”, Prof.Dr. Akif Erginay’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi yayınları, No: 460, Ankara, 1981.
- BATI**, Murat: Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği – Vergi Yargısı – Kamu İcra, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- BAYKARA**, Bekir: “Vergi İnceleme Elemanının Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri”, Vergi Dünyası, S. 273, 2004, http://www.bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi_inceleme_Elemanlarinin_Vergi_Ceza_Muhakemesindeki_Yeri_1343.pdf, s.5, erişim Tarihi: 11.09.2024.
- CENGİZ**, Serkan / **DEMİRAĞ**, Fahrettin / **ERGÜL**, Teoman / **MCBRİDE**, Jeremy / **TEZCAN**, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- ÇAKAR**, Elif Pürsünlerli / **SARAÇOĞLU**, Fatih: “Vergi İdaresinin Denetim Biçimleri ve Hukuka Aykırı Deliller”, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2014, 7(1), 415.
- ÇINAR**, Ali Rıza: “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004, S. 55.
- DEVELİOĞLU**, Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 20. baskı Ankara: Aydın Kitabevi, 2003.
- DÜNDAR**, Meltem: İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- EKİZCELEROĞLU**, Rengül / **ALTUN**, Büşrahan: “Adil Yargılama Hakkı Bağlamında Hukuka Aykırı Delil”, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi, 12(2), 2023, 149-167.

EREM, Faruk: *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986.

GÜNLER, Kemal: “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18 (3), July, 2014, 849 – 876.

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

KANETİ, Selim: *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

KARATAŞ, Durmuş Neslihan: “Vergi Hukukunda İspat ve Delil”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, 18(3), 505-528.

KAŞIKCI, Mahmut: “Vergi Hukuku Özelinde Mahkemeye Erişim Hakkı Üzerine Bir İnceleme (Çelişkili Karar Yasağı-Danıştay Kararlarından Örnekler ve Haklar Bütünü Hukukla Okumak)”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2017, 75(2), 535-53.

KAYMAZ, Seydi: *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

KIRBAŞ, Sadık: *Vergi hukuku (Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar)*, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Eylül, 1998.

KIZILOT, Şükrü / **KIZILOT**, Zuhale: *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Güncellenmiş 18. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010.

KIZILOT, Şükrü / **ŞENYÜZ**, Doğan / **ETAŞ**, Metin / **DÖNMEZ**, Recai: *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007.

KARABEYSER, Süleyman: “Vergi Hukukunda Arama Müessesesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11 (124), 2016, 97-106.

KOCA, Mahmut / **ÜZÜLMEZ**, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KÖSE, Hamid: “Delil Değerlendirme Yasakları Bakımından Zehirli Ağacın Meyvesi Doktrini”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 49 (Ocak 2022), 165-202.

KUNTER, Nurullah / **YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe: *Muhakeme hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta yayınları, İstanbul, 2010.

- ÖNCEL**, Mualla / **KUMRULU**, Ahmet / **ÇAĞAN**, Nami: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Ekim, 1998.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **KANBUR**, MEHMET Nihat / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar / **TEPE**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Geliştirilmiş 4. Baskı, Temmuz, 2012.
- ÖZTÜRK**, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1994, 4(1-2), 39-49.
- PEHLİVAN**, Osman: Vergi Hukuku (Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık Yayın ve Dağıtım, Trabzon, 2019.
- PINAR**, Burak: “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”, Ceza Hukuku Dergisi, 8(21), 2013, 139-180.
- SABAN**, Nihal: Vergi Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- SABAN**, Nihal: “Vergi Usul Kanunu 3, B, 1’in –neliği, Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi”, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-2, Ed. Billur YALTI, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Ağustos 2014.
- SALİHPAŞAOĞLU**, Yaşar: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(1-2), 2009, 253-281.
- SARKIKOĞLU**, Şenel: “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 6(22), Temmuz, 2015.
- ŞENOCAK**, Burçin Bayrak: “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Hukuka Aykırı Delillerin Adil Yargılanma Hakkına Etkisi”
<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/4052023132645burcin.pdf> (Erişim Tarihi 4.10.2024).
- ŞENOL**, Cem: Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran, 2018.
- ŞENYÜZ**, Doğan: Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2012.
- ŞENYÜZ**, Doğan / **YÜCE**, Mehmet / **GERÇEK**, Adnan: Vergi Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.

- TAŞ**, Metin: Vergi Uyuşmazlıklarının İdari ve Yargısal Çözüm Yolları, Ekin Kitabevi, Bursa, 1997.
- TAŞDELEN**, Aziz: "Vergisel Arama", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5 (2), (Aralık 2003), 159-91.
- TBMM**: 04. 01. 1961 Gün ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Bütçe- Plan Komisyonu Raporu, 25.12.1980.
- TOSUN**, Ayşe Nil / **ÖZDEN**, Engin: "Vergi Denetiminde Arama Yönteminin Mü-kellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yaklaşımı ve Türkiye Örneği", Maliye Dergisi, 166(Ocak-Haziran), 2014, 286-298.
- TUNCER**, Selahattin: Vergi Hukuku ve Uygulaması, C.II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, Ekim, 2006.
- ULUATAM**, Özhan: Örnekler, Belgeler ve Mahkeme Kararlarıyla Türk Vergi Hukuku, Adım Yayıncılık, Ankara, 1990.
- ULUATAM**, Özhan / **METHİBAY**, Yaşar: Vergi Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000.
- UMAR**, Bilge / **YILMAZ**, Ejder: İspat Yükü, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980.
- ÜSTÜN**, Ümit Süleyman: "Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (1), Haziran 2006, 217-285.
- YALTI**, Billur: "Vergi İncelemelerinde Dinlenilme Hakkı", Vergi Sorunları Dergisi, S. 332, Mayıs, 2016, 52-57.
- YAYLA**, Mehmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin - Hukuk, Ankara, 2021.
- YAYLAK**, Cihan: İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım, 2018.
- YILMAZ**, Ejder: "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999.
- YURTCAN**, Erdener: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Mart 2019 Tarihi İtibariyle 7165 sayılı Yasayla Birlikte Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

- AİHM.**, Allan /Birleşik Krallık, 5.11.2002, B. No: 48539/99, s. 42
(<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024)
- AİHM.**, Ayetullah/Türkiye, 8.03.2021, B. No: 29084/07 ve 1191/08, s. 45
(<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024).
- AİHM.**, Kaçan / Türkiye, 12.07.2016, B. No: 58112/09, s. 9
(<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024)
- AİHM.**, Khan-İngiltere, 12.5.2000, B. No: 35394/97, s. 3
(<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024)
- AİHM.**, Malone / Birleşik Krallık, 2.08.1984, B. No: 8691/79, s. 13
(<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024)
- AİHM.**, Schenk / İsviçre, 12.7.1988, B. No: 10862/84, s. 23
(<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, Erişim Tarihi: 4.10.2024)

DİSİPLİN SORUŞTURMALARINA İLİŞKİN İPTAL DAVALARINDA MÜŞTEKİ AÇISINDAN MENFAAT İHLALİ

Doç. Dr. Asuman ÇAPAR *

Öz

İptal davaları, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayarak, hukuk devleti ilkesinin hayata geçmesini sağlayan önemli vasıtalarından birisidir. İptal davalarında ilk inceleme aşamasında aranmakta olan şartlardan birisi davacı bakımından menfaat ihlali şartının gerçekleşmesidir. Bu çalışma ile iptal davalarında subjektif dava ehliyeti olarak aranmakta olan menfaat ihlali şartının, disiplin soruşturması sonucunda açılan davalarda, müşteki bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek hedeflenmektedir. Disiplin soruşturması sonucunda verilen bazı kararlar bakımından, müşteki açısından menfaat ihlali şartı gerçekleşmekte iken bazıları bakımından bu şart sağlanamamaktadır. Disiplin soruşturmasına neden olan olay, müştekinin kişilik haklarıyla doğrudan ilgili ise müştekinin dava ehliyetinin varlığı kabul edilebilir. Ayrıca şikayet konusu işlemin kişinin maddi veya manevi haklarının tazminine etki edebilmesi ihtimalinde de menfaat ihlalinin gerçekleştiği söylenebilir. Menfaat ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir.

* Doç. Dr. Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Sivas, Türkiye • Assoc. Prof., Sivas Cumhuriyet University, Law Faculty, Department of Administrative, Sivas, Türkiye.

✉ acapar@cumhuriyet.edu.tr • ORCID 0000-0002-7870-0811.

✉ **Atf Şekli** | Cite As: ÇAPAR, Asuman: "Disiplin Soruşturmalarına İlişkin İptal Davalarında Müşteki Açısından Menfaat İhlali" SÜHFD, C.33, S.1, 2025, s. 479-500

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

- İptal Davası • Disiplin Soruşturması • Menfaat İhlali • Müşteki • Dava Hakkı

VIOLETION OF INTEREST FROM THE PERSPECTIVE OF THE COMPLAINANT IN ANNULMENT SUITS IN DISCIPLINARY PROCEED-INGS

Abstract

Annulment suits are one of the key mechanisms ensuring compliance with the rule of law by holding administrative actions accountable. One of the prerequisites examined during the initial review phase of annulment suits is the condition of interest violation from the perspective of the plaintiff. The present study aims to determine whether the condition of interest violation, which serves as a criterion for subjective standing in annulment suits, is fulfilled in cases initiated after disciplinary investigations from the complainant's perspective. Even though the condition of interest violation is met from the perspective of the complainant in certain decisions resulting from disciplinary investigations, it is not in others. If the incident that led to the disciplinary investigation is directly related with the complainant's personal rights, it can be argued that the complainant has the capacity to sue. Furthermore, if the contested action is likely to affect the compensation of the complainant's material or moral rights, then it can be argued that an interest violation has occurred. Each case should be examined separately to determine whether the condition of interest violation has been satisfied in the specific circumstances.

Keywords

- Annulment Suit • Disciplinary Investigation • Disciplinary Investigation
- Complainant • Right to Action

GİRİŞ

Disiplin soruşturmalarının kurum düzeninin tesis edilerek, devam ettirilmesi konusunda önemli bir yeri bulunmaktadır. Disiplin soruşturmaları -şart olmamakla birlikte- çoğunlukla müşterinin şikayeti ile başlatılan soruşturmalardır. Disiplin soruşturmaları sonucunda verilen karardan soruşturulan kişi doğrudan etkilenmekle birlikte, özellikle müşterinin olduğu soruşturmalar bakımından onun hak ya da menfaati de etkilenebilmektedir. Nitekim bazı durumlarda verilecek karar yalnızca soruşturulan bakımından değil, müşteri bakımından da önem arz etmektedir.

Bu çalışmanın amacı disiplin soruşturmalarına dayanan iptal davalarında müştekinin menfaat ihlalinin olup olmadığını, bunun neticesinde disiplin soruşturmaları sonucunda verilen kararlara karşı müştekinin iptal davası açma imkanının bulunup bulunmadığını tespit etmektir. Bu kapsamda öncelikle iptal davaları bakımından aranan bir şart olan menfaat ihlali kavramı ve özellikleri genel esaslarıyla incelenecek, devamında disiplin soruşturmalarında müştekinin konumu ve dava ehliyeti bakımından inceleme yapılacaktır.

I. İPTAL DAVALARINDA ARANAN BİR şART OLARAK MENFAAT İHLALİ

A. Kavram Olarak Menfaat İhlali

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun¹ (İYUK) 14/3. maddesi gereğince ilk inceleme safhasında ele alınan hususlardan birisini ehliyet konusu oluşturmaktadır. İptal davası açılabilmesi için aranan ehliyet iki şekilde ortaya çıkmakta olup bunlar objektif ve subjektif ehliyettir. Objektif ehliyet idare hukukuna mahsus olmayan davaya taraf olabilme ve dava açabilme ehliyetidir. Subjektif ehliyet ile kastedilen ise bir menfaatin ihlal edilmesidir. Bir diğer deyişle menfaat ihlali kavramı iptal davasının idari yargıya özgü subjektif ehliyet şartını ifade eder.²

İYUK'un 2. maddesinde iptal davalarının açılması bakımından menfaat ihlali şartı konulmuştur. Buna göre iptal davaları "*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan*" davalar olarak tanımlanmıştır. Menfaat ihlali koşulunun gerçekleşmediği durumlarda İYUK'un 15/b maddesi uyarınca dava ilk inceleme aşamasında ehliyet yokluğu nedeniyle reddedilecektir.

İptal davasının amacı hukuka aykırı idari işlemin uygulamadan kaldırılması, işlemin hukuksal geçerliliğine son verilerek geçersiz kılınmasıdır. Burada hukuka aykırı işlemlerin hukuk düzeninde bulunmaması hedeflenir. İptali istenen işlem yapıldığı an itibariyle

¹ RG, 20.01.1982, S. 17580.

² ERDİNÇ, Burcu: "İptal Davasında "Menfaat İhlali" Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2021, s. 1089; GÜMÜşAY, İpek Nur: "İptal Davasında Kişisel Menfaat Unsuru Açısından Barolar Üzerine Bir Değerlendirme", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2024, s. 179.

ortadan kaldırılarak işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri getirilmesi sağlanır.³

Mevzuatta menfaat kavramının bir tanımı bulunmamaktadır. Bu konuda mahkemelerin takdir yetkisi bulunmaktadır.⁴ Menfaat kavramı davacı ile iptali istenen idari işlem arasındaki bağı, ilgiyi ifade eder.⁵ Doktrinde bu kavram, “bir işlemin yargı yeri önüne götürülebilmesi için onla davacı arasında var olduğu anlaşılan ve yeterli sayıldığı kabul edilen salt bir ilişki”,⁶ “makul, akla yatkın, güncel ve meşru alaka”,⁷ “hukuk düzeninin koruduğu, yakın ve uzak bir ilgi” ya da “en azından minimum bir ilgi”,⁸ “açık ve somut bir bağlantı”, “ciddi biçimde olumsuz etkilenmiş olma”,⁹ ve “hukukça korunan değer”¹⁰ şeklinde de tanımlanmaktadır. Davacı ile işlem arasında bu türden bir bağlantının olmadığı durumlarda subjektif ehliyetten söz edilemez.¹¹

Menfaat ihlali kavramı iptal davasına özgü bir ehliyet koşuludur.¹² Menfaat ihlalinin gerçekleşmesi şartı hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde, en önemli araçlarından birisi olan iptal davasının subjektif ehliyet şartını ifade etmektedir.¹³ Davacı ile iptali istenen idari

³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK), E. 2020/2670, K. 2021/1346, 28.06.2021, Legalbank İçtihat Bankası, 10.12.2024.

⁴ **AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2024, s. 286.

⁵ **KALABALIK**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2022, s. 177; **DEMİRKOL**, Selami: “İdari Yargılama Usulü’nde Ehliyet Olgusu”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 15, S. 1, 2012, s. 11.

⁶ **ÖZAY**, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, İstanbul 2010, s. 152.

⁷ **YILDIRIM**, Turan vd.: İdare Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2018, s. 690.

⁸ **ALTUNDİŞ**, Mehmet: “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, TBB Dergisi, S. 69, 2007, s. 354.

⁹ **ULUSOY**, Ali D.: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 113.

¹⁰ **ATAY**, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2021, s. 238.

¹¹ **BOZ**, Selman Sacit: “İçtihat Temelinde Çevre Davalarında Menfaat İhlali”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 891.

¹² Danıştayın iptal davasında menfaat ihlali koşulu hakkındaki emsal kararları için bkz. D. 8. Da., E. 1999/2477, K. 1999/7077, 07.12.1999; DİDDK., E. 1989/430, K. 1990/18, 02.02.1990; D. 4. Da., E. 1998/4054, K. 1998/3514, 8.10.1998; D. 6. Da., E. 1989/2264, K. 1991/1101, 13.05.1991; D. 8. Da., E. 1999/2477, K. 1999/7077, 07.12.1999; D. 6. Da., E. 2008/7042, K. 2010/9636, 20.10.2010; D. 6. Da., E. 1998/4164, K. 1999/4196, 23.09.1999; D. 8. Da., E. 2011/8483, K. 2012/496, 13.02.2012, Lexpera İçtihat Bankası, 12.12.2024.

¹³ **ERDİNÇ**, s. 1079.

işlem arasında kurulabilecek bir ilgi veya ilişki, menfaat ihlali şartının gerçekleşmesi için yeterlidir. Bundan dolayı yargısal kararlarda menfaat ihlali şartı, davacının idari işlemle kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilgisinin kurulması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir.¹⁴

Bu kapsamda iptal davası açabilmek için kişi ya da toplulukların idari işlemle dolaylı ya da doğrudan, maddi ya da manevi, yakın ya da uzak bir ilişkisinin bulunması yeterli görülmelidir. Bu ilişki menfaat kelimesi ile ifade edilen, fakat “çıkar” anlamına gelmeyen “ilgi” terimiyle karşılanmaktadır.¹⁵

Çağlayan’a göre kanunda menfaat ihlali olarak aranan bu şart dava konusu işlemle davacı arasındaki “ilgi” şeklinde anlaşılmalı, ehliyet kavramı içinde ele alınmamalıdır. Buradaki menfaat, iptal davasına konu edinen işlemle davacı arasındaki ciddi ve makul alakadır. Dava konusu işlemin kişiyi, doğrudan veya dolaylı olarak “olumsuz yönde etkilemesi” ya da hukuk alanında kalmasının kişi üzerinde bir etki doğuracağı hallerde menfaat ilişkisinin bulunduğu söylenebilir.¹⁶ İptal davaları bakımından gerekli menfaat ihlali şartı Danıştayın yerleşik içtihatlarında da ciddi ve makul alaka olarak değerlendirilmektedir.¹⁷

İptal davalarındaki menfaat ihlali şartı davanın esasına ilişkin olmayan, dışında kalan ve sadece davanın kabulü ile dinlenilmesi için aranan bir usul ve şekil şartıdır. Menfaatin ihlal edilmesi davanın neticesine tesir etmemektedir. Menfaatin ihlal edilmiş ya da edilmemiş olması davanın esas olarak kabulünde ya da reddinde etkili değildir. Bu şart davada ciddiyeti sağlayarak, alakasız kişilerin gereksiz müracaatlarla idari yargı organlarını işgal etmelerine engel olmak için konulmuş şekli bir şarttır. Davacının, verilecek kararla ciddi ve makul bir alakasının bulunduğu dava incelenir. Esas hakkında verilecek kararda davacı ile

¹⁴ D. 6. Da., E. 2020/3007, K. 2020/9225, 13.10.2020, Legalbank İçtihat Bankası, 11.11.2024.

¹⁵ DURAN Lütfi: “Hukuka Aykırılıkları Koruma Girişimi”, Cumhuriyet Gazetesi, 30.01.1994, aktaran YÜCESOY, Ayşe Aslı: “İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 38, 2018, s. 178.

¹⁶ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2024, s. 504.

¹⁷ Bkz. DİDDK, E. 1990/670, K. 1990/101, 02.02.1990; DİDDK., E. 1996/60 K. 1996/145, 08.03.1996; D. 13. Da., E. 2013/1091 K. 2014/1644, 29.04.2014; D. 4. Da., E. 2021/2257 K. 2021/2900, 02.06.2021; DİDDK., E. 1995/201 K. 1996/603, 06.12.1996; D. 13. Da., E. 2013/2620 K. 2014/207, 30.01.2014, Lexpera İçtihat Bankası, 12.01.2025.

dava arasında aranmakta olan bu menfaat şartının hiçbir yeri ve tesiri yoktur. Menfaatin varlığı ve ihlal edilmiş olduğu sabit olsa ve fakat idari işlemde bir sakatlık, iptal nedeni mevcut değilse iptal talebi reddedilir.¹⁸

Hak kavramı ile menfaat kavramı farklılık göstermektedir.¹⁹ Hak kavramı *“hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan bir çıkar ve aynı zamanda bu korumadan yararlanabilme yetkisi”* olarak tanımlanabilir.²⁰ Diğer bir ifadeyle *“hak”* hukuken korunmakta olan bir menfaat olarak belirtilebilir.

İptal davasında hak ihlalinin aranmaması, menfaat ihlalinin yeterli sayılması, iptal davasının alanını genişletme, idarenin hukuka uygunluğunu sağlama amacı taşır. Bu amacın tam olarak gerçekleşmesi için menfaat ihlali koşulunun aranmaması idarenin yargı aracılığıyla denetiminin tüm bireylere yayılmasına, idari işlemle ilgisi olmayan kişilerin rastgele dava açmasına sebep olur. Bu ise hem mahkemelerin iş yükünü hem de idarenin işleyişini olumsuz yönde etkiler. İptal davası için hak ihlali koşulunun aranmamış olması, iptal davasının açılmasını kolaylaştırmış, dava açma imkanını genişletmiştir. İptal davası açabilme imkanı ne herkese tanınmış ne de sadece hakkı ihlal edilene tanınmıştır. İptali istenen karar ile davacı arasında makul bir ilişkinin bulunması yeterli sayılmıştır. Bu nedenle bir idari işlemde dolayı hakkı ya da menfaati ihlal edilmemiş olanlar dava açamazlar.²¹

B. Menfaat İhlalinin Özellikleri

Menfaat ihlali bir hakkın ihlali şeklinde ortaya çıkabileceği gibi hak niteliği taşımayan bir hukuki yararın zarar görmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Ayrıca menfaat ihlali maddi olabileceği gibi manevi bir koruma isteğini de içerebilir.²²

Özel hukukta her menfaatin korunması söz konusu değil iken; idare hukukunda her menfaatin iptal davaları yoluyla korunması zorunludur. Tam yargı davalarının aksine, iptal davasında davacı olabilmek için

¹⁸ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, 3. Baskı, İstanbul 1966, s. 1781.

¹⁹ ONAR, s. 1781.

²⁰ ATAY, Ender Ethem: Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2021, s. 367.

²¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve TAN, Turgut: İdare Hukuku- İdari Yargılama Hukuku, Cilt II, 8. Bası, Ankara 2016, s. 325.

²² CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 10. Baskı, Ankara 2023, s. 115; DEMİRKOL, s. 11.

menfaat ihlalinin yeterli görülmesi, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaya yöneliktir.²³

Yerleşik içtihadi benimsenirse göre iptal davası açma bakımından aranan menfaatin kişisel, güncel ve meşru olması gerekir.²⁴ İptal davasını kesin ve yürütülebilir nitelikteki idari işlemlerin doğrudan muhatapları açabilirler. İşlemin doğrudan muhatabı olan kişiler bakımından subjektif ehliyet koşulu özellik taşımaz. Bir diğer deyişle dava konusu işlem ile davacı arasında kişisel, güncel ve ciddi bir bağ varsa, bunların menfaatlerinin ihlal edildiği kabul edilir ve işlemi yargıya taşıyabilirler.²⁵

İptal davası özelinde menfaat ihlalinin kişisellik, güncellik ve meşruluk özelliklerini içerip içermediği idari yargı organları tarafından re'sen incelenir. Menfaat ihlali koşulunu gerçekleştirilmeyen davaların ehliyet bakımından reddedilmesi, kamu hizmetinin dava tehdidi ile aksatılmasını engelleyerek idari istikrar ilkesinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. İYUK ile öngörülen bu sınırlama, hukuka aykırı olsa bile idari işlemin herkes tarafından değil, sadece o işlemde menfaati ihlal edilen kişiler tarafından dava edilebilmesini öngörmektedir.²⁶

1. Menfaatin Kişisel Olması

Menfaatin kişisel olması idari işlemin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak alakalıya, davacıya tesir etmesi anlamına gelir.²⁷ Bir diğer ifadeyle “kişisel menfaat” ilgisiyle işlemin, kişinin hukukunu etkilemesi, kişi açısından hukuk alanında sonuç doğurması kastedilmektedir.²⁸ Kişi kendi menfaatini etkilemeyen işlemlere karşı dava açamaz.²⁹ Menfaatin kişiselliği, bir idari işlemin doğrudan ve aracısız şekilde davacı hakkında tesis edilmesi anlamına gelmeyip, doğrudan ya da dolaylı olarak o kimseyi etkilemesi anlamındadır.³⁰ Menfaatin kişisel olması davacının iptal davasına konu olan idari işlemin bozduğu veya doğmasına engel

²³ KALABALIK, s. 177.

²⁴ Bkz. ÇAĞLAYAN, s. 505; DİDDK, E. 2007/2694, K. 2010/1359, 07.10.2010; D. 11. Da., E. 1997/42, K. 1998/310, 05.02.1998; D. 14. Da., E. 2012/9094 K. 2013/7096, 24.10.2013, Lexpera İçtihat Bankası, 12.01.2025.

²⁵ BOZ, s. 895-896.

²⁶ BOZ, s. 881.

²⁷ ONAR, s. 1782.

²⁸ DİDDK, E. 2023/22, K. 2023/27, 01.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, 10.01.2025.

²⁹ KALABALIK, s. 177; CANDAN, s. 175.

³⁰ DİDDK, 07.10.2004, E. 2004/2163, K. 2004/788, Legalbank İçtihat Bankası, 10.01.2025.

olduğu hukuki durumun tarafı ya da faydalananı olmasını/olmak istemesini ifade eder. İhlal edilen menfaatin davacıya ait olması gerekir.³¹

İptal davalarında aranmakta olan subjektif ehliyet şartı, yargı vasıtasıyla idarenin hukuka bağlı kalmasını sağlayan, böylece hukuk devletinin sürdürülmesine katkı sağlayan bir konudur. Söz konusu şart, iptal davası aracılığıyla idari işlemin denetlenmesine hizmet edecek bir şekilde anlaşılmalıdır. Bu nedenle özellikle imar uygulamaları, çevre, tarih ve kültürel varlıklarının korunması gibi kamu yararını daha yakından ilgilendiren bazı konularda yargı içtihatlarında dava açma ehliyeti geniş yorumlanmaktadır.³²

Danıştay bir kararında “İptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının tespiti, hukukun üstünlüğünün ve dolayısıyla idarenin hukuka bağlılığının sağlanması amaçlandığına göre, bu davalarda menfaat ilişkisinin dar yorumlanmaması gerekmektedir” şeklinde ifade etmiştir.³³ Danıştayın bu kararında olduğu gibi kamu yararının bulunduğu durumlarda herkesin dava açma ehliyetinin olduğu yönünde kararları da bulunmaktadır.³⁴

İptal davasını kimlerin açabileceği konusunda önem taşıyan kişisel menfaat unsurunu her zaman kesin ve açık bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Menfaat kavramının çerçevesini kesin bir şekilde çizmek mümkün olmasa da bu çerçevenin mümkün olduğu kadar idari işlemleri yargı denetimi dışında bırakmayacak biçimde belirlenmesi, yani kavramın geniş yorumlanması önem taşımaktadır. Kişisel menfaat unsuru konusunda daha adil kararlar verilebilmesi için kesin bir çerçeve çizmemek, somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gereklidir.³⁵

³¹ CANDAN, s. 175-177.

³² BOZ, s. 894. Anayasa Mahkemesi, 10.06.1994 tarihli 4001 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle değiştirilen, İYUK madde 2/1(a)’da bulunan “...kişisel hakları ihlâl edilenler...” ifadesinin, Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline oyçokluğu ile karar verilmiştir. AYM, E. 1995/27, K. 1995/47, 21.09.1995, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1995/47>, 13.03.2025.

³³ D. 6. Da., E. 1989/2264, K. 1991/1101, 13.05.1991, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

³⁴ Örneğin bkz. DİDDK, E. 2007/2694, K. 2010/1359, 07.10.2010; D. 11. Da., E. 1997/42, K. 1998/310, 05.02.1998; D. 14. Da., E. 2012/9094 K. 2013/7096, 24.10.2013, Lexpera İçtihat Bankası, 12.01.2025.

³⁵ GÜMÜŞAY, s. 175.

2. Menfaatin Güncel Olması

Güncellik, iptal davasına konu işlemle davacı arasında hâlihazırda bulunan ya da yakın gelecekte mevcut olacak bir ilgiyi belirtir.³⁶ Menfaatin güncel olması demek dava açıldığında dava konusu idari işlemle davacı arasında bir ilginin var olmasını ifade eder. Bir diğer deyişle iptal davası açıldığında ortada gerçekleşmiş ve mevcut bir menfaatin bulunması gerekir. Bu nedenle doğmamış veya ileride doğması muhtemel menfaatler için iptal davası açılmaz. Ayrıca menfaatin dava sürecinde devam etmesi de gerekir.³⁷

Kişi, davanın açıldığı tarihte ciddi ve makul ilişkisi bitmiş olan hukuki durumun idari işlemle bozulduğunu iddia ederek iptal davası açamayacağı gibi menfaatini henüz ihlal etmeyen idari işlem bakımından da ileride menfaatinin ihlal edileceğinden bahisle iptal davası açamaz. Diğer yandan bir görüşe göre davacı ile idari işlem arasındaki bu güncel menfaatin dava süresi boyunca bulunması gerekir. Dava devam ederken menfaatin sona ermesi halinde davacının davaya devam etme imkanı bulunmamaktadır.³⁸ Fakat etkisi devam eden işlemler ve gerçekleşeceği muhakkak olan işlemlerde olduğu gibi bazı durumlarda güncel menfaat kavramının geniş yorumlanması gerektiğini belirtmek gerekir.

Menfaat ilişkisinin karar anında bulunması gerekip gerekmediği bakımından iki yaklaşım benimsenebilir. Birinci görüşe göre menfaatin davanın açıldığı tarihte bulunması yeterli olup, dava süresince de devam etmesi gerekmez. İptal davalarında idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırarak hukuk düzenini korumak amaçlanır. Bundan dolayı davanın açıldığı tarihte var olan menfaat ihlali, objektif hukuk düzeninin korunması gayesiyle kabul edilmelidir.³⁹ Buna göre iptal davasında amaç idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak, hukuka aykırı idari

³⁶ YILDIRIM vd., s. 692.

³⁷ ÇAĞLAYAN, s. 506; KALABALIK, s. 178.

³⁸ CANDAN, s. 181. Aşağıda belirtildiği üzere Danıştayın bu konuda aksi yönde kararları da bulunmaktadır.

³⁹ KAYA, Cemil: "İptal davalarında menfaatin aktüel olması şartının anlamı ve kapsamı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2008, s. 125; GÜRBÜZ, Raşit, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 100.

işlemleri ortadan kaldırmak olduğundan, iptal davası devam ettirilerek karar verilmelidir.⁴⁰

İkinci görüş ise menfaatin dava süresince devam etmesini aramaktadır.⁴¹ Buna göre iptal davası görülürken ortaya çıkan değişiklikler, iptal davasından beklenen neticeleri tam olarak gerçekleştiriyorsa davanın devamına gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık ortaya çıkan değişiklikler, iptal davasından beklenen hedefi tam olarak gerçekleştirmiyorsa, davaya devam edilmeli ve ona göre karar verilmelidir.⁴² Danıştay ise bu konuda çelişkili kararlar vermektedir. Kimi zaman menfaatin sadece davanın açılış tarihinde bulunmasını ararken,⁴³ kimi kararlarında davanın açılışından sonuçlanmasına kadar da menfaat ihlalinin bulunmasını aramaktadır.⁴⁴ Menfaat ihlali sonradan ortaya çıkan kişinin ise davaya devam edebilmesi mümkündür.⁴⁵

3. Menfaatin Meşru Olması

İptal davası açılabilmesi için aranmakta olan menfaatin meşru olması gerekir. Meşru menfaat ile kastedilen ise hukuka ve ahlaka aykırı olmayan menfaattir.⁴⁶ Bir diğer deyişle “meşru menfaat” ilgisinden kasıt, kişi ile işlem arasında hukuken dinlenebilir, kabul edilebilir ve

⁴⁰ ÇAĞLAYAN, s. 507-508.

⁴¹ KALABALIK, s. 178.

⁴² ÇAĞLAYAN, s. 507-508.

⁴³ D. 5. Da., E. 1974/7154, K. 1975/2997, 21.05.1975; DİDDK, E. 1978/ 1258, K. 1980/194, aktaran ÇAĞLAYAN, s. 507; Aynı yöndeki Danıştay kararı için bkz. D. 5. Da., E. 1986/1099, K. 1908, 16.06.1988: “gerek öğretide gerekse Danıştay Kararlarına iptal davası açılabilmesi ve davanın görülebilmesi için davacının iptali istenilen işlemle menfaatinin ihlal edilmesi yeterli sayılmakta, bu işlemle menfaatinin ihlal edilmesi yeterli sayılmakta, bu işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar sürmesi aranmamaktadır. Davacının idari işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini zorunlu tutmak, iptal davalarını sadece davacılar yönünden ortaya koyduğu sonuçlarla değerlendirmek, bu davaların amacını ihmal etmek anlamını taşır.”, Legalbank İçtihat Bankası, 12.11.2024; D. 5. Da., E. 2005/1005, K. 2006/455, 13.02.2006, Kazancı İçtihat Bankası, 13.03.2025.

⁴⁴ Örneğin bkz. D. 6. Da. E. 1984/233, K. 1984/2499, 19.06.1984; D. 6. Da., E. 1988/46, K. 1988/656, 09.05.1988, D. 6. Da., E. 1945/1884, K. 1946/310, 07.10.1946, aktaran ÇAĞLAYAN, s. 507; D. 4. Da., E. 2023/1766, K. 2023/4400, 21.6.2023; D. Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2022/617, K. 2022/1433, 16.11.2022; DİDDK, E. 2022/1687, K. 2022/2656, 29.09.2022; D. 2. Da., E. 2021/18627, K. 2021/5359, 30.12.2021; D. 4. Da., E. 2019/2761, K. 2021/7804, 02.12.2021, Kazancı İçtihat Bankası, 13.03.2025.

⁴⁵ SANCAKDAR, Oğuz / ÖNÜT, Lale Burcu: İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 188.

⁴⁶ ÇAĞLAYAN, s. 506.

korunmaya değer bir ilginin varlığıdır.⁴⁷ Hukuk dışı konumda olan kişinin, bunu ortadan kaldırıcı işleme karşı dava açmakta meşru bir menfaati olamaz. Örneğin uyuşturucu imal eden bir yer hakkında kapatma kararı verildiğinde, burada faaliyette bulunan kişi kapatma kararına karşı dava açamaz, çünkü menfaati meşru değildir.⁴⁸

Dava konusu olarak meşru menfaat araştırması, meşruluğu hukukilik, hukukten ileri sürülebilir, korunması gereken menfaat şeklinde kabul etmenin neticesinde, menfaat açısından objektif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu yaklaşım, meşru menfaati pozitif hukuk kurallarıyla özel bir şekilde korunma kapsamında değerlendirdiğinden, iptal davasının özüne daha uygundur. Meşru bir menfaatin ihlalini araştırmak, kişisel menfaat değerlendirmesinin ötesinde bir subjektiflik taşıyabileceğinden davacının iptal davası açmasını zorlaştıracaktır. Dolayısıyla menfaatin daha dar şekilde anlaşılmasını doğuracaktır.⁴⁹

II. DİSİPLİN SORUŞTURMASI SONUCUNDA VERİLEN KARARA KARŞI MÜŞTEKİNİN İPTAL DAVASI AÇMA HAKKI

A. Disiplin Soruşturmasında Müştekinin Subjektif Dava Ehliyeti

Disiplin soruşturmasının başlatılabilmesi için her zaman bir müşterinin olması şart değildir. Şikayet eden bulunmasa bile yetkili disiplin amirinin disiplin suçu teşkil eden fiili öğrenmesi ile disiplin soruşturmasını, kanunda öngörülen süre içerisinde başlatması gerekir. Müştekinin şikayeti ise disiplin amirinin, disiplin suçu teşkil edebilecek fiilden haberdar olması bakımından önem taşımaktadır. Müştekinin şikayeti ile amir disiplin suçu teşkil edebilecek fiilden haberdar olur ve soruşturma açma zamanasını işlemeye başlar.

Disiplin soruşturmasında şikayet eden, bazı durumlarda menfaati ihlal edildiği için şikayette bulunmaktadır. Bazı durumlarda ise menfaat ihlali bulunmasa da disiplin suçu teşkil edebilecek fiili ihbar eden; idareye bildiren konumundadır. Özellikle müşterinin kişisel haklarının ihlal edilmesinin gündeme geldiği durumlarda müşteri, disiplin soruşturmasının başlatılmasına sebep olan unsur olabilir. Bu tür

⁴⁷ DİDDK, E. 2023/22, K. 2023/27, 01.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, 10.01.2025.

⁴⁸ ÇAĞLAYAN, s. 505.

⁴⁹ GÜR, Necip Taha: "İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna İlişkin Düşünceler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, s. 701.

durumlarda aynı zamanda başlatılan disiplin soruşturmasında ifadesine başvurulabilir. Bu tür durumlarda disiplin soruşturmasının neticesi, soruşturulan kişi ile birlikte müştekiye de tebliğ edilir.

Birel işlemler hukuksal sonuçlarını nesnelere ve kişiler üzerinde doğurmakta olduğu için bunları etkilemektedir. Birel işlemlerin denetimini yalnızca işlemde menfaati zedelenen muhatabına bırakmamak için üçüncü kişilerin de kendilerini doğrudan hedef almayan birel işlemleri iptal davasına konu edebilecekleri sınırlı da olsa kabul edilmektedir. Bu kabule ulaşmak için idari işlemle ilgi bağı kurarak işlemi dava etmek isteyen kişi ile birel işlemin muhatabı olan kişi arasında bir çıkar çatışmasının bulunması şart değildir. Yapılan işlem kendi lehine olması durumunda, karar hukuka aykırılık taşısa bile ilgili kişi bunu dava etmeyecektir. Bu durumda hukuka aykırılık şüphesi taşıyan işlemlerin yargısal denetime tabi tutulabilmesi için işlemin muhatabı olan kişinin değil de üçüncü kişilerin devreye girmesi gerekir.⁵⁰

Disiplin soruşturmalarında müştekinin dava ehliyetinin olup olmadığı konusunda Bölge İdare Mahkemesinin daireleri arasında ortaya çıkan içtihat farklılığının giderilmesi amacıyla DİDDK'ya başvurulmuştur. Başvuru konusu dosyada davacının kendisini doğrudan ilgilendiren hususlarda, ilgili kamu görevlisi hakkında kişisel şikayetleri sonrasında yapılan tahkikat sonucunda, konuyla ilgili işlem tesisine lüzum görülmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davalarda farklı yönde kesin kararlar verilmiştir.⁵¹

İçtihat farklılığını içeren kararlardan birisini teşkil eden İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi vermiş olduğu kararında; *“Kamu görevlisinin disiplin suçu işlediğine dair ciddi bir suç duyurusu veya şikayet halinde ilgili hakkında inceleme, araştırma veya soruşturmanın yapılması zorunlu olmakla birlikte, yapılan inceleme, araştırma veya soruşturma sonucunda şikayete konu eylemin disiplinler yönü bulunmadığından bahisle soruşturma açılmaması, açılan soruşturma neticesinde disiplin cezası tayinine gerek görülmemesi veya disiplin cezası tesisinin, şikayetçiyi doğrudan ilgilendirmeyen bir hal alan ve tek taraflı işlem niteliğine bürünen bu sonuca*

⁵⁰ KARAHANOGULLARI, Onur: “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 62, S. 3, 2007, s. 210-211.

⁵¹ DİDDK, E. 2023/22, K. 2023/27, 01.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

karşı açılan davanın incelenmesine, olanak bulunmadığı" gerekçesiyle açılan davanın ehliyet bakımından reddine karar vermiştir.⁵²

İçtihat aykırılığına konu olan İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin kararında ise;

"Danıştayın istikrar bulan kararlarına göre, davacının subjektif dava açma ehliyetinin bulunduğu kabulü için, idari işlemin davacının meşru, şahsi ve güncel bir menfaatini ihlal etmesi gerektiği, bu çerçevede, bir idari faaliyet ile dava açma ciddiyetini sağlamaya yetecek ölçüde muhatap olup menfaat ilgisini kuran kişi ve kuruluşların, söz konusu faaliyetle ilgili idari işlemlerin iptali istemiyle dava açabilecekleri, Dava konusu işlemin, davacının aynı yerde görev yapan hemşiresinin kendisine hakaret ettiği iddiasıyla şikayeti üzerine tesis edildiği dikkate alındığında, işlemlerle davacı arasında menfaat ilgisinin kurulduğu, dolayısıyla davacının kendi başvurusu üzerine tesis edilen işlemin iptali istemine ilişkin davada subjektif dava açma ehliyetinin bulunduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun kabulüyle istinafa konu idare mahkemesi kararının kaldırılmasına"⁵³ karar verilmiştir.

DİDDK, Bölge İdare Mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın, işin esasının incelenmesi yönünde karar veren İstanbul 3. İdari Dava Dairesi kararı doğrultusunda giderilmesine karar vermiştir.⁵⁴ DİDDK yapmış olduğu değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkı ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti gibi hukuki düzenlemelere atıf yapmıştır.

DİDDK kararına göre; *"Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde, aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlardaki gibi şikayet konusu olayların davacıların kişilik haklarını doğrudan ilgilendiren niteliklerinin bulunması halinde ya da şikayet neticesinde tesis edilen idari işlemin davacıların maddi veya manevi haklarının tazmini ile ilgili hukuki sonuçlar doğurabilmesi ihtimalinin varlığı halinde ve bu hususlar davacılar tarafından açıklanarak ortaya koyulabiliyorsa menfaat ihlalinin ve dolayısıyla subjektif dava ehliyetinin mevcudiyeti kabul edilmelidir."⁵⁵*

Danıştay, dava açma ehliyeti konusunda vermiş olduğu bazı kararlarında *"disiplin cezası verilmesine gerek bulunmadığına dair işlem"*

⁵² DİDDK, E. 2023/22, K. 2023/27, 01.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

⁵³ DİDDK, E. 2023/22, K. 2023/27, 01.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

⁵⁴ DİDDK, E. 2023/22, K. 2023/27, 01.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

⁵⁵ DİDDK, E. 2023/22, K. 2023/27, 01.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

aleyhine şikayetçinin de dava açma ehliyetinin bulunduğunu kabul etmiştir.⁵⁶ DİDDK başka bir kararında davacının “*davacının, tutuklu olarak bulunduğu ceza infaz kurumu görevlilerinin, sağlık durumuyla ilgili ihmalde bulunduğunu ileri sürerek ilgililer hakkında disiplin soruşturması yapılması istemiyle başvuruda bulunduğu; başvurunun akıbeti hakkında bilgi almak amacıyla yaptığı başvurunun ise iptali istenen düzenleme gerekçe gösterilerek reddedildiği göz önüne alındığında; düzenleme, davacının hukukunu etkileyebilecek nitelikte olduğundan, bu davayı açmada meşru, kişisel ve güncel menfaatinin bulunduğu sonucuna varılmıştır*” şeklinde karar vermiştir.⁵⁷

Menfaat ilişkisinin sınırları ve varlığı, her somut olayda olayın niteliğine göre yargı organları tarafından belirlenmektedir.⁵⁸ Davacının idari faaliyet karşısındaki statüsü, tutumu ve sıfatı dikkate alınarak her somut olaya göre saptanması gereklidir. Yargı organları bu tespiti yaparken sadece davacı lehine yorum getirmemeli, idari işlevi de dikkate almalıdır. Nitekim idari her işleme karşı herkesçe iptal davası açılması istikrarsızlığa yol açabilir. İdari istikrarsızlığa bağlı olarak idarenin işleyişinin olumsuz etkilenmemesi için de menfaat ihlali kıstasının hem davacı hem de idari işlev açısından dengeli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir.⁵⁹

Danıştaya göre iptal davalarındaki subjektif ehliyet şartı, hukuk devletinin oluşturulup sürdürülmesi ile doğrudan doğruya ilgilidir. Kişisel menfaat ihlali kavramı, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesini engellemeyecek şekilde anlaşılmalıdır.⁶⁰ Disiplin soruşturmalarında verilen kararlar, kamusal alana ilişkin olmayıp bireysel karar niteliği taşımaktadır. Yukarıda örneklendirilen konularda olduğu gibi kamu yararıyla yakından/doğrudan ilişkili olmamakla birlikte, tüm idari işlemlerde olduğu gibi kamu yararı amacıyla tesis edilmektedir. Bu nedenle makul düşen durumlarda, menfaat kavramının burada da geniş yorumlanması yoluna gidilebilir.

⁵⁶ D. 8. Da., E. 2014/9911, K. 2014/9748, 05.12.2014; D. 8. Da., E. 2013/6566, K. 2014/86, aktaran **SANCAKDAR**, Oğuz vd.: Disiplin Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2024, s. 40.

⁵⁷ DİDDK, E. 2021/3725, K. 2022/348, 07.02.2022, Lexpera İçtihat Bankası, 13.03.2025.

⁵⁸ **KAPLAN**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Bursa 2022, s. 207.

⁵⁹ D. 6. Da., E. 2015/7800, K. 2016/231, 27.01.2016, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

⁶⁰ D. 6. Da., E. 2020/3007, K. 2020/9225, 13.10.2020, Legalbank İçtihat Bankası, 10.11.2024.

Müşteki ile disiplin soruşturması sonucunda verilen karar arasında hukuken dinlenebilir, kabul edilebilir ve korunmaya değer bir ilginin varlığı aranacaktır. Bu ilginin her durumda varlığını iddia etmek mümkün değildir. Fakat bu koşulu sağlayan disiplin işlemlerinin de bulunması mümkündür. Bu hususun da her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Disiplin soruşturmasının müştekisi bakımından menfaat ihlali şartının kişisellik kriteri dūřünüldüęünde, verilen kararın tarafı müşteki olmasa da ortaya çıkan hukuki durumdan mağdur olan, faydalanan ya da etkilenen kiři konumunda olabilir. Adalet duygusunun geręekleřmesi noktasında bu durumda müşteki menfaati etkilenen konumunda kabul edilmelidir.

Menfaatin güncellik şartı bakımından incelendiğinde; disiplin soruşturmasında müşteki sıfatını taşıyan kişi ile soruşturma neticesinde verilen karar arasında halihazırda doğmuş bir menfaat ilişkisinin/ilginin bulunması gerekmektedir. Henüz doğmamış ya da ileride doğma ihtimali bulunan menfaatler bakımından iptal davası açma imkanı bulunmamaktadır. Menfaat ihlalinin meşruluğu bakımından değerlendirildiğinde, disiplin soruşturması bakımından müştekinin menfaatinin meşru olup olmadığı ayrıca incelenmelidir.

Bu durumda DİDDK kararında belirtildiği üzere; dava konusu olayların, şikayetçinin maddi ya da manevi haklarının tazminiyle ilgili sonuçlar doğurabilmesi yahut kişilik hakları ile ilgili olması durumunda müştekinin menfaatinin ihlal edildiği kabul edilebilir. Örneğin müştekinin hakarete, mobbinge ya da fiili saldırıya uğraması gibi haller üzerine başlatılacak disiplin soruşturmaları bakımından verilen karar, müştekinin de menfaatini ya da hakkını ihlal edecek nitelik taşıyabilir. Böyle bir durumda idare tarafından verilecek karar, müştekinin başvuracağı diğer hukuki yollarda, iddiasını ispatlamada kullanılabilecek vasıtalardan birisidir. Bu nedenle disiplin soruşturmasının hukuka uygun yürütülmesi ve sonuçlandırılması yalnızca soruşturulan bakımından önem arz etmeyip, aynı zamanda müşteki bakımından da önem taşımaktadır. Menfaat ya da hak ihlali şartının geręekleřmesi halinde, disiplin soruşturmasında soruşturulana disiplin cezası verilmemesi ya da az ceza verilmesi durumları bakımından da müştekinin bu kararı dava etme hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Danıştay vermiş olduğu bir kararda ise bunun aksi kanaat belirtmiştir. Söz konusu davada Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliğinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Duyurunun “C- Disiplin Soruşturmasının Sonuçlandırılması” başlıklı bölümünün 6. maddesinin son fıkrasında yer alan “Disiplin kararları müşteki, ihbarcı ve mağdura tebliğ edilmez. Zira bu kişilerin disiplin kararına karşı herhangi bir itiraz veya dava hakkı bulunmamaktadır” hükmünün iptali için dava açılmıştır. Davada, soruşturulan memurlara Anayasa’nın 40. maddesinin 2. fıkrası ile disiplin soruşturmasının sonucunun tebliği hakkı tanınır iken, şikayet hakkını kullanan kişi yönünden itiraz merci ve suçlarının iptale konu duyuru ile yasaklanmasının Anayasa’nın 40. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Danıştay ise müştekinin disiplin soruşturması sonucunda verilen kararın hak veya çıkarını etkilemediği gerekçesiyle bu hükmün hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.⁶¹

Danıştayın bu kararına katılmamaktayız. Danıştay kararında müştekinin disiplin soruşturması sonucunda verilen kararın hak veya çıkarını etkilemediği varsayımı gerçeği yansıtmamaktadır. Örneğin işyerinde çalışan bir kişinin olumsuz davranışlara maruz kalması neticesinde şikayetçi olması, bunun sonucunda soruşturulanın ceza almaması ihtimalinde, soruşturulanın aynı davranışları daha rahat yapabilme imkanı ortaya çıkacaktır. Bunun gibi durumlarda müşteki, maddi ya da manevi kayıpları ile disiplin soruşturmasının sonucundan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenen kişi konumundadır.

⁶¹ D. 12. Da., E. 2021/1696, K. 2024/3247, 03.07.2024, “Kamu görevlisinin disiplin suçu işlediğine dair ciddi bir suç duyurusu veya şikayet halinde ilgili hakkında inceleme, araştırma veya soruşturmanın yapılması zorunlu olmakla birlikte, yapılan inceleme, araştırma veya soruşturma sonucunda şikayete konu eylemin disipline ilişkin yapılacak herhangi bir durum olmadığında soruşturma açılmaması, açılan soruşturma sonucunda disiplin cezası verilmesine gerek görülmemesi veya disiplin cezası tesisinin şikayetçiyi doğrudan ilgilendirmeyen bir durum olduğu açıktır.

Bu itibarla, kamu görevlileri hakkında yapılan şikayetler, disiplin suçunun ihbarı niteliğinde olup, şikayetçinin hak ve çıkarlarını doğrudan ilgilendirmemektedir. Kamu görevlileri hakkında yapılan şikayetler işleme konuluncaya kadar şikayetçi ve kamuyu ilgilendirirken, soruşturma başlatılıp sonuçlanması ile ortaya çıkan durum itibarıyla bu aşamadan sonra soruşturulan kişi ve kamuyu ilgilendirir hale geldiği sonucuna varılmıştır.”, Konuya ilişkin güncel Danıştay kararları için bkz. D. 8. Da., E. 2021/2723, K. 2022/1597, 11.03.2022; DİDDK, E. 2021/2536, K. 2021/2817, 02.12.2021, Kazancı İçtihat Bankası, 13.03.2025.

Danıştay bir kararında vatandaşı döven bir polis memuruna aylıktan kesme cezası verilmesi işlemine karşı dövülen kişinin dava açması konusunda, “disiplin cezalarına ceza verilen memur ve yetkili amirin dava açabileceği disiplin hukukunun genel ilkelerindedir” gerekçesiyle, bu kişinin dava açmasında menfaatinin bulunmadığına karar vermiştir.⁶² Danıştayın bu kararına da katılmak mümkün değildir. Zira olayda dövülen kişinin kişisel hakları ihlal edilmiş olup, menfaat ihlali şartı gerçekleşmiştir.

Disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda, disiplin soruşturmasında müşteki sıfatını taşıyan kişinin, şartları varsa davaya idare yanında müdahale etmesi (katılması) mümkündür. İptal davası açabilmek için menfaati ihlali koşulu yeterli olduğu için, açılmış olan bir iptal davasına müdahil olabilmek için menfaat ihlalinin gerçekleşmesi yeterli görülmelidir. Zira müdahale konusunda, davanın tarafı olmaktan daha ağır koşulların aranmasının makul bir gerekçesi bulunmamaktadır.⁶³

B. Dava Açma Süresinin Başlangıcı

Müştekiye disiplin soruşturması sonucunda verilen kararlara karşı iptal davası açma hakkının tanınması ile ortaya başka hukuki sorunların çıkması muhtemeldir. Bunlardan birisi müştekinin dava açma süresinin ne zaman ve nasıl başlayacağı sorunudur.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu açısından bakıldığında, bu Kanun’un 135. maddesinde disiplin soruşturmasına ilişkin kararın *ilgiliye* tebliği ve yedi günlük itiraz süresi düzenlenmiştir. Burada geçen *ilgili* ifadesi ile kimin/kimlerin kastedildiği açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Fakat şikayet üzerine başlatılan disiplin soruşturmalarına ilişkin kararın tebliği konusunda müştekiye tebliğe engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada genellikle disiplin soruşturması neticesinde verilen karar soruşturulanla birlikte aynı zamanda müştekiye de tebliğ edilmektedir. Diğer yandan 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁶⁴ kapsamında müştekinin, soruşturma neticesinde verilen kararı öğrenme hakkı bulunmaktadır. İdarenin, buna ilişkin kararı müştekiye

⁶² D. 8. Da., E. 1977/3494, K. 1977/2569, 16.05.1977, aktaran GÜR, s. 700.

⁶³ YASİN, Melikşah: “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 443.

⁶⁴ RG, 24.10.2003, S. 25269.

tebliğ etmemesi durumunda, müşteki 4982 sayılı Kanun çerçevesinde sürecin ya da sonucun kendisine bildirilmesini talep edebilir.

Müştekinin bu konudaki talebinin, 4982 sayılı Kanun'un istisnaları düzenleyen hükümlerinin ileri sürülerek reddedilmesi mümkün değildir. Zira 4982 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca soruşturma raporunun sonuç kısmının talep edilmesi halinde üçüncü kişilere ilişkin kişisel verilerin karartılarak ilgiliye verilmesi gerekir. Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu'nun 2021/757 sayılı 26.05.2021 tarihli kararında da, *"Başvuru sahibinin şikâyetçi sıfatını haiz olması durumunda ve söz konusu soruşturmalön inceleme raporunun tekemmül etmiş olması halinde, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun "İdarî soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler" başlıklı 19 uncu maddesinin (a) ve (d) bendi hükmü saklı kalmak kaydıyla, soruşturmalön inceleme dosyasının yalnızca "sonuç" bölümünün, şikâyetçi/ ihbarcı sıfatını haiz olması hasebiyle başvuru sahibinin erişimine açılması gerektiği"* belirtilmiştir.⁶⁵ Fakat burada soruşturmanın ana hedefinin kurum düzeninin korunması olduğu göz ardı edilmemelidir. Soruşturmada soruşturulan veya şikâyetçi konumunda olmayan üçüncü kişilerin belge, bilgi taleplerinin kişisel verilerin gizliliği kapsamında reddedilmesi gerekir.⁶⁶

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin⁶⁷ 35. maddesinde de disiplin soruşturmasına ilişkin kararın ilgiliye tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilebileceği, itiraz edilmeyen kararların kesinleşeceği belirtilmiştir. İtiraz sonucunda verilen karara karşı, kararın tebliğinden ya da zımni ret süresi olan otuz günün geçmesinden itibaren ilgili, dava açma süresi olan altmış gün içerisinde iptal davası açabilir.

Uygulamada çoğunlukla müştekiye de soruşturma sonucu verilen karar tebliğ edilse de bazı durumlarda müştekinin soruşturma sonucundan haberdar olmama ihtimali bulunmaktadır. Verilen karardan haberdar olmama halinde, karara karşı iptal davası açma süresinin başlaması söz konusu olmaz, çünkü birel işlemler bakımından, kural

⁶⁵ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 2017/2173, 21.12.2017, aktaran ÖNÜT, Lale Burcu: "Yükseköğretim Disiplin Soruşturmalarında Savunma Hakkına İlişkin Güncel Gelişmeler", TBB Dergisi, S. 173, 2024, s. 216.

⁶⁶ ÖNÜT, s. 217.

⁶⁷ RG, 30.04.2021, S. 1470.

olarak işlemin ilgisine tebliği ile dava açma süresi başlar.⁶⁸ Diğer taraftan karar tarihinin üzerinden uzunca bir zaman geçtikten sonra müştekinin verilen karardan, tebliğ haricinde haberdar olması, verilen kararı yargıya taşımak istemesi durumunda, hukuki güvenlik ilkesinin ve haklı beklentinin zedelenmesi gibi ihtimaller gündeme gelecektir.

Buna mahal vermemek için özellikle müştekinin kişisel haklarının ihlal edildiği iddiasının bulunduğu hallerde, disiplin soruşturması sonucunda verilen kararın müştekiye de tebliğinin ve müştekinin başvurabileceği hukuki yolların açıkça ilgili mevzuatta belirtilmesi yerinde olacaktır. Böylelikle her iki tarafın hakları da güvenceye alınmış olur.

SONUÇ

Subjektif dava ehliyeti olarak da ifade edilen menfaat ihlali bazı hallerde dar, bazı hallerde ise geniş yorumlanmaktadır. Menfaat ihlalinin dar yorumlandığı hallerde, ilgili ilgisiz herkesin davacı olamaması, kamu hizmetinin dava tehdidi altında kalarak aksamaması ve idari istikrar ilkesinin gerçekleşmesi amaçlanmaktadır. Bu bakımdan idari işlem hukuka aykırı olsa bile herkes tarafından değil, ondan menfaati ihlal edilenler tarafından idari işlemin dava edilebilmesine imkan tanınmıştır. Bununla idari işlerin olumsuz olarak etkilenmemesi ve yargı organlarının iş yükünün gereksiz bir şekilde artırılmaması da hedeflemektedir.⁶⁹ Menfaat ihlalinin geniş yorumlandığı haller ise genellikle kamu yararını yakından ilgilendiren hallerdir.

Disiplin soruşturması sonucunda verilen kararlar bakımından müştekinin dava hakkı olup olmadığı konusunda her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Disiplin soruşturmalarında, soruşturma müşteki şikayeti ile başlatılmış olsa bile iptal davaları bakımından aranan menfaat ihlali şartı müşteki açısından bazı hallerde gerçekleşmeyebilir. Müştekinin şikayeti ile başlatılan her disiplin soruşturmasında, verilen karara karşı dava açma hakkının olduğunu savunmak, iptal davasının varlık sebebi ve idari işlemlerin güvenliği ilkesi gereği yerinde bir uygulama olmayacaktır.

⁶⁸ Sınav sonuçlarının ilanında olduğu gibi bazı tür birel işlemler bakımından dava süresinin başlaması için işlemin öğrenilmiş olması yeterli sayılmakta, ayrıca tebliğ aranmamaktadır. ÇAĞLAYAN, s. 331-332.

⁶⁹ BOZ, s. 925.

Müştekinin kişisel haklarına dokunan, onları ihlal niteliği taşıyabilecek disiplin fiilleri bakımından ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Özellikle soruşturmanın müşteki şikayeti ile başlatıldığı bazı durumlarda, -kişisel haklarının ihlal edildiği iddiasının varlığında olduğu gibi- müştekinin de hak ya da menfaati ihlal edilmiş olabilir. Bu durumda soruşturma sonucu verilen karardan müştekinin de etkilenmesi gündeme gelebilir.

Bu halde disiplin soruşturması sonucunda verilen karara karşı müştekinin de menfaat ihlali nedeniyle iptal davası açma hakkı bulunmaktadır. Böylelikle açılan disiplin soruşturmasının haksız bir şekilde kapatılması ya da olması gereken cezadan daha az bir cezanın verilmesi halinde bu hukuksuz uygulamanın ortadan kalkması gündeme gelecektir. Bu aynı zamanda hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2024.
- ALTUNDİŞ**, Mehmet: "İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti", TBB Dergisi, S. 69, 2007, s. 339-376.
- ATAY**, Ender Ethem: Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2021.
- ATAY**, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2021.
- BOZ**, Selman Sacit: "İçtihat Temelinde Çevre Davalarında Menfaat İhlali", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 881-927.
- CANDAN**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 10. Baskı, Ankara 2023.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2024.
- DEMİRKOL**, Selami: "İdari Yargılama Usulü'nde Ehliyet Olgusu", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 15, S. 1, 2012, s. 11-32.
- ERDİNÇ**, Burcu: "İptal Davasında "Menfaat İhlali" Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2021, s. 1079-1125.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref ve **TAN**, Turgut: İdare Hukuku- İdari Yargılama Hukuku, Cilt II, 8. Bası, Ankara 2016.
- GÜMÜŞAY**, İpek Nur: "İptal Davasında Kişisel Menfaat Unsuru Açısından Barolar Üzerine Bir Değerlendirme", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2024, s. 175-207.
- GÜR**, Necip Taha: "İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna İlişkin Düşünceler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2: 685-705.
- GÜRBÜZ**, Raşit: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020.
- KALABALIK**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2022.
- KAPLAN**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Bursa 2022.

- KARAHANOĞULLARI**, Onur: “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 62, S. 3, 2007, s. 201-232.
- KAYA**, Cemil: “İptal davalarında menfaatin aktüel olması şartının anlamı ve kapsamı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2008, s. 117-141.
- ONAR**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, 3. Baskı, İstanbul 1966.
- ÖNÜT**, Lale Burcu: “Yükseköğretim Disiplin Soruşturmalarında Savunma Hakkına İlişkin Güncel Gelişmeler”, TBB Dergisi, S. 173, 2024, s. 187-228.
- ÖZAY**, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, İstanbul 2010.
- SANCAKDAR**, Oğuz / **ÖNÜT**, Lale Burcu: İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara 2024.
- SANCAKDAR**, Oğuz vd.: Disiplin Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2024.
- ULUSOY**, Ali D.: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020.
- YASİN**, Melikşah: “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1 -2, 2011, s. 439-452.
- YILDIRIM**, Turan vd.: İdare Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2018.
- YÜCESOY**, Ayşe Aslı: “İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 38, 2018, s. 173-203.

ARSA SAHİBİNE, YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN KİŞİLERE KARŞI DAVA AÇMA HAKKI TANIYAN VE AVANS TAPU UYGULAMALARI OLARAK BİLİNEREN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Şahin AKINCI *

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi bazen yüklenici eseri tamamlamadan arsayı yükleniciye devretmekte, o da üçüncü kişilere satış yapmaktadır. Böylece üçüncü kişiler satın aldıkları bağımsız bölümün maliki olmaktadır. Fakat yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi sözleşmeden dönerek üçüncü kişilere karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmakta, Yargıtay da bu davaları kabul etmektedir. Böylece üçüncü kişiler taşınmazlarını kaybetmektedir.

Yargıtay'ın bu kararları pek çok açıdan hatalıdır. İlk olarak, üçüncü kişiler yüklenicinin halefi değildir. İkinci olarak arsanın yükleniciye devrini avans olarak nitelendirmektedir. Fakat avans para borçlarında söz konusu olur. Üçüncü olarak Yargıtay, yükleniciden bağımsız bölüm alan kişinin hakkını bir şahsî hak olarak nitelendirmektedir. Fakat bu bir aynî haktır. Dördüncü olarak

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Prof., Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Istanbul, Turkey.

✉ sakinci@ticaret.edu.tr • ORCID 0000-0002-2894-3655.

✎ **Atf Şekli** | **Cite As:** AKINCI, Şahin: "Arsa Sahibine, Yükleniciden Bağımsız Bölüm Satın Alan Kişilere Karşı Dava Açma Hakkı Tanıyan ve Avans Tapu Uygulamaları Olarak Bilinen Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi" SÜHFD, C.33, S.1, 2025, s. 501-558.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Yargıtay, aynî etkili dönme görüşünü benimsemiştir. Beşincisi Yargıtay yükleniciden arsa payı alan kişileri peşinen kötü niyetli olarak kabul etmekte ve TMK m. 1023'ten yararlanamayacaklarına hükmetmektedir. Bu görüş de hem TMK m. 3'e hem de 1023'e aykırıdır.

Anahtar Kelimeler

• Avans Tapu • Halefiyet • Tapu Siciline Güven • Arsa Payı Karşılığı • Sözleşmeden Dönme

ANALYSIS OF COURT OF CASSATION RULINGS ON THE LANDOWNER'S RIGHT TO FILE LAWSUITS AGAINST BUYERS OF INDEPENDENT UNITS FROM THE CONTRACTOR, BASED ON THE SO-CALLED 'ADVANCE OWNERSHIP TRANSFER' PRACTICE

Abstract

In land share in exchange for construction agreements, the landowner sometimes transfers the land to the contractor before the construction is completed, allowing the contractor to sell units to third parties. As a result, these third parties become the owners of the independent units they purchase. However, when the contractor defaults, the landowner terminates the contract and files a lawsuit against these third parties for the rectification of the land registry. The Turkish Court of Cassation has consistently upheld such claims, leading to the loss of ownership rights for third-party buyers.

The Court of Cassation's rulings are flawed in several respects. First, third parties are not successors of the contractor. Second, the court characterizes the transfer of land to the contractor as an advance payment, even though advance payments typically apply to monetary debts. Third, the court classifies the right of third-party buyers as a personal right, whereas it is actually a real right. Fourth, the Court of Cassation has adopted the real-effect termination doctrine. Finally, the court assumes that individuals acquiring land shares from the contractor act in bad faith and denies them the protection of Article 1023 of the Turkish Civil Code (TMK). This approach contradicts both Article 3 and Article 1023 of the TMK.

Key words

• Advance Property Title Transfer • Legal Succession • Trust in the Land Registry • Construction Agreement in Return for Land Share • Rescission of Contract

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, kendisine devredilecek arsa payları karşılığında inşaat yapma ve bağımsız bölümlerin bir kısmını arsa sahibine teslim etme borcu altına girmektedir.

Bağımsız bölümlerin bir kısmı ise arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilmektedir. Yüklenici genellikle bu bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak kâr etmeyi hedeflemektedir. Çoğu zaman yüklenici, inşaat henüz proje aşamasındayken bu satışları gerçekleştirmektedir.

Uygulamada arsa payının yükleniciye devri farklı zamanlarda yapılabilmektedir. Genellikle bu tür sözleşmeler anahtar teslim sözleşme şeklinde yapılmakta ve yüklenici edimlerini eksiksiz olarak yerine getirdikten sonra arsa sahibi tarafından devir gerçekleştirilmektedir. Normal olan durum da budur. Zira TBK m. 97'ye göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça kendi edimini yerine getirmeyen yüklenici karşı edime hak kazanamaz. Böyle bir durumda yüklenici üçüncü kişilere satış yaparken, alacağın devri hükümlerine göre bağımsız bölümler üzerindeki alacak hakkını devretme yoluna gitmektedir. Bu ihtimalde alacağın devri (temliki) ile birlikte devralan kişi arsa sahibine karşı alacaklı olmaktadır. Böylece üçüncü kişi, arsa sahibine karşı tescile zorlama davası açma hakkına sahip olmaktadır. Fakat bu hak ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı olan tüm edimlerini ifa etmesiyle kullanılabilen bir haktır (TBK m. 188/I). Uygulama genelde bu yönde olmakla birlikte bazı sözleşmelerde inşaatın geldiği aşamaya göre kısmî devirler yapılacağı kararlaştırılmaktadır. Bu ihtimalde de arsa sahibi, bitirme oranına göre arsa paylarını yükleniciye devretmektedir. Bir kısım sözleşmelerde ise arsa sahibi daha sözleşme kurulur kurulmaz arsanın tamamını ya da yükleniciye kalacak bölümün mülkiyetini yükleniciye devretmektedir¹.

¹ **ARAT**, Ayşe, Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018, s. 143; **ARAT Ayşe/AKÇAAL Mehmet**, 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C, 26, S. 2, s. 373 vd. Yargıtay da bu konuda; “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin, yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) 364. maddesi hükmü doğrultusunda, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak taraflar yasa hükmünün aksine, arsa payının devrine ilişkin özel koşullar kararlaştırılabilir. Örneğin, üzerinde inşaat yapılacak arsanın müteahhide verilmesi öngörülen payının, peşinen devri kabul edilebileceği gibi, müteahhide isabet edecek bağımsız bölümlerin kat irtifaklı arsa paylarının, inşaatın belirli aşamalarında devri de kararlaştırılabilir.*” demektedir. Ancak aynı kararlarda Yargıtay, tapuda peşinen yapılan pay devrini avans olarak kabul etmektedir (Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K, pr. 36; HGK, 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 29; HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 17. www.kazanci.com). Aynı yönde bir başka karar: Yargıtay HGK,

Arsanın bir kısmının ya da tamamının mülkiyetine sahip olan yüklenici, tapu maliki olarak üçüncü kişilere satış yapabilmekte ve tapuda bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilere devredebilmektedir. Bu ihtimalde alacağın temlik değil gerçek bir satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır².

Arsanın mülkiyetinin yükleniciye devredildiği, onun da üçüncü kişilere devrettiği hâllerde bazen arsa sahibi, yüklenicinin edimini ifa etmediği gerekçesiyle sözleşmeden dönmekte ve arsanın iadesi için yolsuz tescilin düzeltilmesi (tapu sicilinin tashihi) davasını açmaktadır. Bu dava sadece yükleniciye değil, ondan bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilere hatta üçüncü kişilerden bağımsız bölüm satın alanlara³

15.12.2020 T, 2017/14-1765 E, 2020/1033 K, pr. 28. Anılan bu son karara göre, *“uygulamada en çok görülen devir şekli ise, arsa sahibinin devri gereken arsa paylarının satışını vaat etmesi, yüklenicinin de inşaat yapımını taahhüt etmesi şeklinde yapılan devirdir.”* (www.kazanci.com).

- 2 Aslında burada yükleniciden bağımsız bölüm satın alanları üçüncü kişi olarak kabul etmek de doğru değildir. Çünkü tapuda bir satış sözleşmesi yapılmıştır ve yükleniciden bağımsız bölümü satın alan kişi bu sözleşmenin tarafıdır. Ortada iki ayrı satış sözleşmesi bulunmaktadır: Birincisi, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsanın devrini konu alan satış sözleşmesi, ikincisi de yüklenici ile bağımsız bölüm satın alan kişi arasındaki satış sözleşmesi. Eğer alacağın devri hükümlerine göre bağımsız bölüm yüklenici tarafından devredilmiş olsaydı devralan üçüncü kişi olurdu. Oysa devralan bambaşka bir ilişkinin tarafıdır ve aşağıda açıklanmış olduğu üzere aslında bu ilişkide yüklenici adına yapılan tescil yolsuz tescil dahi değildir (Aynı düşünceler için bkz. **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem, Çalıştay, s. 111). Biz bundan sonraki açıklamalarımızda üçüncü kişi tabirini bu çekince ile kullanıyoruz.
- 3 *“Mahkemece yüklenici edimini yerine getirmediği için geriye etkili olarak feshine karar verilen sözleşme konusu inşaattan taşınmazı satın alan davalı, araya dava dışı üçüncü kişiler girse dahi, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, payın kat karşılığı verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümde hakkının doğmayacağını bilmekte veya bilebilecek durumda olduğundan, arsa sahibi tarafından yükleniciye avans olarak verilen bağımsız bölüm tapusunun iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmıştır. Davalının iyi niyet iddiası dinlenemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin uygulanma olanağı da bulunmadığından, mahkemece davalı üzerine kayıtlı bağımsız bölüm tapusunun iptali ile davacı arsa sahibi kooperatif adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi isabetli ve yerinde olmuştur”* (Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K. (www.kazanci.com); *“Mahkemece yüklenici edimini yerine getirmediği için geriye etkili olarak feshine karar verilen sözleşme konusu kaçak yapıdan ve henüz tamamlanmamış inşaattan hisse satın alan bu iki davalı, araya dava dışı üçüncü kişiler girse dahi, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, payın kat karşılığı verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendilerine bırakılan arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmekte veya bilebilecek durumda olduklarından arsa sahibi tarafından avans olarak verilen arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu*

dahi yöneltilebilmektedir. Yargıtay bu davaları kabul ederek hem yüklenici hem de üçüncü kişiler adına yapılan tescillerin iptaline ve arsa sahibi adına tescilin yapılmasına karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi de mülkiyet haklarının ihlâl edildiği iddiası ile üçüncü kişiler tarafından açılan davada 20.07.2017 tarihli kararıyla⁴ hak ihlâli olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay'ın avans tapu kararları olarak da bilinen bu istikametteki kararları pek çok bakımdan hatalıdır. Bu nedenle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır⁵. Ayrıca ciddi mağduriyetlere de yol açmaktadır.

devralmışlardır. Haklarında iyiniyet iddiası ileri sürülemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmadığından bu davalar üzerine kayıtlı hisselerin iptali ile davacı arsa sahibi mirasçılara adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi gerekir.” (Yargıtay HGK, 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 33. www.kazanci.com); “Yarım bırakılan bu inşaatla ilgili olarak çok basit bir incelemeyle dahi arsanın yükleniciye ait olmadığı anlaşılabilir durumdadır. Zira henüz tamamlanmamış inşaatla pay satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir. Eş söyleyişle bu iki davalı, araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve bilebilecek durumda olduklarından arsa maliki tarafından avans olarak verilen arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Hakkında iyiniyet iddiası ileri sürülemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Sözleşme yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle geriye etkili olarak feshedildiğinden, mahkemece davalar ... ve ...'e ait 4/120'er tapu paylarının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir (Yargıtay HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 20. www.kazanci.com).

⁴ Resmi Gazete, 27.9.2017 tarih, 30193 sayı.

⁵ Nitekim Adalet Bakanlığı tarafından 12-13 Ocak 2023 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen ve bizim de oturum başkanı olarak görev yaptığımız 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı'nda bu konu ele alınmış ve katılımcılar tarafından uygulamanın yanlışlığı dile getirilmiştir. Toplam kırk kişilik çalışma grubunda on dört akademisyenin yanı sıra Yargıtay üyeleri, tetkik hâkimleri, bazı bölge adliye mahkemelerinin daire başkanları, asliye ve ticaret mahkemesi hâkimleri, tüketici mahkemesi hâkimleri, çeşitli kamu kuruluşlarının baroların ve bazı özel kurumların temsilcileri yer almıştır. Toplantıya katılanlar tarafından Yargıtay'ın bu kararları çeşitli açılardan eleştirilmiş ve sonuçta iki katılımcının karşı oyu ile ve oyçokluğuyla Yargıtay'ın bu görüşünden dönmesinin doğru olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Toplantıya katılan akademisyenlerin tamamı uygulamanın hatalı olduğunu dile getirirken Yargıtay 6. Hukuk Dairesi adına toplantıya katılan tetkik hâkimi herhangi bir gerekçe zikretmeksizin, kararlarının arkasında olduklarını beyan etmiş ve bir istinaf mahkemesi başkanı da kararı doğru bulduğunu ifade etmiştir. (Alınan kararlar ve tartışmalar için bkz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 10. Yılında Borçlar Kanunu Çalıştayı, İstanbul 12-13 Ocak 2023, II. Grup Görüşmeleri, s.

Aşağıda Yargıtay'ın vermiş olduğu bu hatalı kararlar çeşitli açılardan ele alınarak değerlendirilmiştir. Değerlendirme yapılırken bazı kararlardan ilgili bölümler aktarılmış, aynı istikametteki tüm kararlar burada zikredilmemiştir. Öte yandan ne yazık ki Anayasa Mahkemesi de yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişinin açtığı davada Yargıtay kararlarını destekleyecek şekilde hak ihlâli olmadığına hükmetmiştir.

I. YARGITAY KARARLARINDA DAYANILAN GEREKÇELER

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında şöyle demektedir⁶:

“Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimler içerdiğinden, yüklenicinin peşinen kendisine devredilen tapuya hak kazanabilmesi için sözleşmede açık bir hüküm bulunmadıkça kendi edimini yüklediği özen borcu uyarınca kanuna, sözleşme hükümlerine fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmiş olması gerekmektedir. Eş söyleyişle yüklenici edimini tam olarak yerine getirdiğinde, kendi adına düşen bağımsız bölümlerin tescilini isteyebilecektir. Yükleniciden pay satın alan üçüncü kişiler de yüklenicinin halefi olduklarından ancak, yüklenici edimi tam olarak yerine getirip tapuyu almaya hak kazandığı takdirde hak sahibi olacaklardır. Nitekim yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ile devredilen tapunun iptalini isteme hakkı doğmaktadır. Zira ani edimli türden olan eser sözleşmeleri kural olarak geriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 25.01.1984 tarihli ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararında da kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak mülga BK'nın 106-108. maddeleri gereğince çözümlenmesi gerektiği, ancak olayın niteliği ve özelliği haklı gösteriyorsa TMK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar vermek gerektiği belirtilmiştir.

31. İnşaatın kısa sürede tamamlanması amacıyla inşaatın başında bu sözleşme uyarınca tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından

105 vd. (<https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/14072023125623tbk.pdf> ET, 25.01.2025).

⁶ Yargıtay HGK 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 30-31. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K, pr. 37-38; HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 18-19. (www.kazanci.com).

geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır. Bu durumda üçüncü kişiler için TMK'nın 1023. maddesi uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir. Bu sebeple TMK'nın 1023. maddesi hükmünün uygulanması için aranan iyi niyet şartı, üçüncü kişi açısından gerçekleşmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı ve 20.07.2017 tarihli kararında da, bu durumda yükleniciden tapuda devir suretiyle pay alan üçüncü kişilerin mülkiyet haklarının ihlâl edilmediğine karar vermiştir".

Yargıtay'ın bu kararlarını dayandırdığı belli başlı gerekçeler şunlardır:

1. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, üçüncü kişilerin yüklenicinin halefi olduğuna bu nedenle yükleniciye karşı ileri sürülebilecek taleplerin dolayısıyla def'ilerin, özellikle ödemezlik def'inin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğine hükmetmektedir.

2. Yargıtay, işin başında yapılan arsa devrinin avans niteliğinde olduğu ve bunun geri alınabileceği fikrindedir.

3. Yargıtay, böyle durumlarda üçüncü kişilerin iyi niyetli sayılamayacağı dolayısıyla TMK m. 1023'ün uygulanamayacağı kanaatindedir.

4. Yargıtay, dönme ile birlikte sözleşmenin baştan itibaren sona erdiğine ve tescilin de ilk andan itibaren yolsuz hâle geldiğine hükmetmektedir.

5. Yargıtay verdiği kararlara 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararını dayanak yapmaktadır.

II. YARGITAY'IN GEREKÇELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Konunun Ödemezlik Def'i Açısından Değerlendirilmesi

Yargıtay bu kararlarında öncelikle, yüklenicinin tapuya hak kazanabilmesi için kendi edimini sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi gerektiğini söylemektedir.

Yargıtay'a göre, "kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimler içerdiğinden, yüklenicinin peşinen kendisine devredilen tapuya hak kazanabilmesi için sözleşmede açık bir hüküm bulunmadıkça kendi edimini yüklediği özen borcu uyarınca kanuna, sözleşme hükümlerine fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmiş olması gerekmektedir. Eş söyleyişle yüklenici

edimini tam olarak yerine getirdiğinde, kendi adına düşen bağımsız bölümlerin tescilini isteyebilecektir. Yükleniciden pay satın alan üçüncü kişiler de yüklenicinin halefi olduklarından ancak, yüklenici edimi tam olarak yerine getirip tapuyu almaya hak kazandığı takdirde hak sahibi olacaklardır.”

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kendi edimini ifa etmeyen tarafın karşı edimin ifasını talep edemeyeceği TBK m. 97’de açıkça düzenlenmiştir. Aksi hâlde talepte bulunan taraf bir ödemezlik def’i ile karşı karşıya kalır. Diğer bir deyişle karşı taraf def’i ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınabilir. Arsa sahibinin edimi yükleniciye düşecek olan arsa paylarının devridir. Yüklenicinin de bu konuda bir alacak hakkı vardır. Yüklenicinin bu alacağı talep edebilmesi için kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir⁷. Fakat ödemezlik def’inin ileri sürülebilmesi için borçlunun önce ifa yükümlülüğünün bulunmaması ve edimini ifa etmemiş olması gerekir. Önce ifa yükümlülüğü bulunan veya kendi edimini önceden ifa eden taraf ödemezlik def’i ileri süremez⁸. Şu hâlde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de arsa sahibinin ödemezlik def’i ileri sürebilmesi için yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünün bulunması gerekir⁹. Önce ifa ile yükümlü olan arsa sahibi ödemezlik def’i ileri süremez. Kendi edimini ifa etmişse ödemezlik def’i ileri sürmesi zaten mümkün olmaz.

Eğer karşı edimi elde edememişse kendi edimini ifa eden tarafa sunulan imkân, karşı tarafı temerrüde düşürerek TBK m. 125’te tanınan

⁷ Yargıtay’ın bu istikamette pek çok kararı bulunmaktadır. Ayrıca yüklenici edimini önemli ölçüde ifa etmişse arsa sahibinin ödemezlik def’i ileri seremeyeceği dolayısıyla bağımsız bölümleri devretmek zorunda kalacağı yönünde de pek çok karar bulunmaktadır. (Örnek olarak bkz. Yargıtay 14. HD, 02.04.2010 T, 2010/1004 E, 2010/3646 K; 14. HD, 27.02.2012 T, 2012/2023 E, 2012/2663 K; 23. HD, 30.10.2013 T, 2013/4729 E, 2013/6638 K. Kararlar için bkz. <https://www.dejure.ai/dokuman/ ET, 10.02.2025>)

⁸ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Ankara 2023, s. 1123-1125; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1, Güncellenip Genişletilmiş 23. Bası, İstanbul 2023, s. 362-365; **AKINCI**, s. 346.

⁹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yükleniciye, inşaatı belirli bir seviyeye getirmesi şartıyla satış yetkisi vereceğini vaat etmişse o zaman yüklenicinin önce ifa yükümlülüğü söz konusu olur (**KILIÇOĞLU**, Ahmet, M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 25. Bası, Ankara 2021, s. 761). Bu durumda inşaat kararlaştırılan seviyeye gelmeden yüklenici veya ondan bağımsız bölüm satın alan kişiler tapunun devrini talep ederlerse arsa sahibinin ödemezlik def’i ileri sürme hakkı doğar.

haklardan birini kullanmaktır. İnceleme konumuz açısından üzerinde durulması gereken hak dönme hakkıdır. Sürekli borç ilişkilerinde ise fesih söz konusu olur (TBK m. 126). Şu hâlde tartışılması gereken husus ödemezlik def'i değil, dönme ve fesih kavramları ile bunların sonuçlarıdır. Zira sorun, arsa sahibinin kendi edimini ifa ettikten yani tapuyu yükleniciye devrettikten sonra yüklenici tarafından yapılan satışlardan kaynaklanan bir sorundur. Oysa Yargıtay, sanki ortada bir alacak devri varmış gibi, yükleniciden pay alan üçüncü kişilerin ancak yüklenicinin tapuyu almaya hak kazanmaları hâlinde hak sahibi olabileceğine hükmetmektedir. Şayet arsa, arsa sahibinin üzerinde kayıtlı iken yüklenici, alacağın devri hükümlerine göre arsa payı alacağını üçüncü kişilere devretmiş olsaydı Yargıtay'ın bu tespiti doğru olurdu. Zira TBK m. 188/1'e göre *"borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir"*. Bu savunmalardan bir tanesi de ödemezlik def'idir¹⁰. Demek ki alacağın devri hükümlerine göre yükleniciden arsa payına ilişkin alacak hakkını devralan üçüncü kişinin, yüklenici edimini yerine getirmeden arsa sahibi aleyhine tescile zorlama davası açması hâlinde bir ödemezlik def'i ile karşılaşması mümkündür. Bu durumda hâkimin, üçüncü kişinin tescil talebini reddetmesi gerekir¹¹. Öte yandan alacağın devri hâlinde tapu arsa sahibinin üzerinde kayıtlı olduğu için üçüncü kişinin tapu siciline güven ilkesinden, dolayısıyla TMK m. 1023'ün koruyucu etkisinden yararlanması da mümkün değildir.

¹⁰ EREN, s. 1403.

¹¹ Yargıtay da böyle durumlarda alacağın devri (temlik) hükümlerinin uygulanacağına ve arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı TBK m. 97'ye göre ifadan kaçınabileceğine hükmetmektedir ki kanaatimizce Yargıtay'ın bu yöndeki kararları doğrudur. *"Üçüncü kişinin, arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması hâlinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. TBK'nın 188. maddesi gereğince; 'Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir' Buna göre temlik öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür def'iler ileri sürebilecekse, aynı def'ileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden kazanmadığı hakkı üçüncü kişiye temlik etmesinin arsa sahibi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye (davacıya) temlik etmişse, üçüncü kişi (davacı) TBK'nın 97. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz."* (Yargıtay HGK, 21.12.2021 T, 2018/14-174 E, 2021/1712 K (www.kazanci.com)).

Ancak önemine binaen tekrar ifade edelim ki incelemeye konu yaptığımız kararlar alacak devri ile ilgili değildir. Tartışmalı olan husus, arsa sahibinin mülkiyeti yükleniciye devretmesinden sonra yükleniciden bağımsız bölüm satın alan ve adına tescil yapılan üçüncü kişilerin hukukî durumudur. Yargıtay, alacağın devrine ilişkin hükümleri alacak devri ile ilgili olmayan bir konuda uygulamış gibi görünmektedir¹². Bu nedenle Yargıtay'ın yukarıda alıntılanan görüşüne katılmıyoruz.

B. Halefîyet Kavramı ve Üçüncü Kişilerin Yükleniciye Halef Olup Olmadığı

Başkasına ait olan bir borcu ödeyen kişinin, bir kanun hükmüne dayanarak alacaklının yerine geçmesine halefîyet denir¹³. Bir başka tanıma göre halefîyet, borçlunun edimini ifa eden üçüncü kişinin, alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçerek onun aslî ve ferî haklarına halef olmasıdır¹⁴.

Halefîyet, akdî ve kanunî halefîyet olmak üzere iki türdür. Türk Borçlar Kanunu'nda sadece akdî halefîyet düzenlenmiştir. Bu nedenle eğer alacak bir sözleşme ile üçüncü kişiye devredilmişse halefîyet değil, alacağın devri söz konusu olur¹⁵. Üçüncü kişinin alacaklının yerine geçerek alacak hakkına sahip olması alacağın devri ile mümkündür. Alacağın devri, alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir. Oysa halefîyetin söz konusu olabilmesi için böyle bir sözleşmeye gerek yoktur. Alacak hakkı, taraflar bu sonucu öngörmese bile kanundan dolayı üçüncü kişiye geçer¹⁶.

Alacaklının yerine geçerek onun haklarına sahip olma anlamına gelen halefîyeti mirasta olduğu gibi bir malvarlığının hak ve borçları ile birlikte intikali anlamına gelen küllî halefîyet ile karıştırmamak gerekir. Halefîyet hâlinde borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkı üçüncü kişiye

¹² Kanaatimizce Yargıtay'ın, üçüncü kişinin hakkını şahsî hak olarak kabul etmesinin, halefîyetten ve avanstan söz etmesinin, yüklenicinin sahip olmadığı hakka üçüncü kişinin de sahip olamayacağına hükmetmesinin temelinde bu yanlış yatmaktadır.

¹³ **TEKİNAY**, Selâhaddin S./**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Halûk/**ALTOP**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 208; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 13. Baskıdan Genişletilmiş 14. Baskı, Konya 2021, s. 401; **OĞUZMAN/ÖZ**, C I, s. 275; Kılıçoğlu, s. 712.

¹⁴ **EREN**, s. 1057.

¹⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 208; **EREN**, s. 1057.

¹⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 275-276; **EREN**, s. 1057.

geçer. Fakat borç ilişkisi (külli halefiyet hariç) taraflar arasında devam eder. Diğer bir ifadeyle halefiyet, dar anlamda borç ilişkisinin alacaklı tarafını değiştirir. Borç ilişkisinin taraflarını değiştirmez. Fakat miras hukukundaki külli halefiyet, ölümle sona ermeyen sözleşmelerde borç ilişkisinin tarafını da değiştirmektedir¹⁷. Türk Borçlar Kanunu'na baktığımız zaman halefiyetin hem üçüncü kişinin alacaklının yerine geçmesi hem de mirasçılarının murise halef olması anlamında kullanıldığını görmekteyiz. Ancak inceleme konumuz açısından üzerinde durulması gereken halefiyet mirasçılarının halefiyeti değildir.

Verilen tanımlardan ve buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere halefiyet halinde (külli halefiyet hâric) sadece alacak hakkı üçüncü kişiye geçmektedir. Üçüncü kişinin borçlunun yerine geçerek onun borçlarını da üstlenmesi veya bir kısmî ifa varsa kalan borçlardan sorumlu olması söz konusu değildir. Alacağın devri hükümlerine göre alacak hakkının üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde dahi üçüncü kişi borçlardan sorumlu tutulamaz. O sadece alacak hakkının sahibi olur. Borçlunun TBK m. 188/I hükmüne göre alacağı devralan üçüncü kişiye karşı ödemezlik def'i ileri sürebilmesi, üçüncü kişinin borçlardan da sorumlu tutulabileceği anlamına gelmez. Esasen alacağın devrini düzenleyen TBK m. 183 ve devamında üçüncü kişiye karşı borçluya tanınan tek imkân, bazı savunma vasıtalarını ileri sürebilmesidir ki bunların başında da def'iler gelir. Belirtelim ki TBK m. 183 ve devamında kanun halefiyetten söz etmemektedir.

Üçüncü kişinin borçlunun yerine geçerek ödeme yaptığı her olayda halefiyet söz konusu olmaz. Halefiyet istisnai bir durum olup ya borçlunun iradesine ya da kanuna dayanır. Halefiyet ile ilgili genel düzenleme TBK m. 127'de yer almaktadır. Buna göre iki hâlde üçüncü kişi borçlunun halefi olur: Birincisi, ödemeyi yapan üçüncü kişinin, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtarması ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynî hakkının olmasıdır. İkincisi ise borçlu tarafından alacaklıya, ifada bulunan üçüncü kişinin kendisine halef olacağıının ifadan önce bildirilmesidir. İlkinde halefiyet kanuna, ikincisinde ise borçlunun iradesine dayanmaktadır¹⁸.

Bu noktada belirtelim ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde TBK m. 127 anlamında bir halefiyet söz konusu değildir.

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 275 ve dn. 48.

¹⁸ EREN, s. 1058.

Halefiyet istisnai bir durum olup ya borçlunun irade beyanına veya kanuna dayanır¹⁹. Bazen kanun alacaklıya ödeme yapan üçüncü kişinin ona halef olacağını özel hükümlerle düzenler. Mesela müteselsil sorumlulukta TBK m. 62, müteselsil borçlulukta TBK m. 168/I, kefalette TBK m. 596, sigortacının halefiyetini düzenleyen TTK m. 1472 gibi. Eğer kanunda halefiyete ilişkin özel bir düzenleme yoksa halefiyetten söz edilemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de üçüncü kişinin yüklenicinin halefi olacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Sonuç olarak Yargıtay'ın, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin yükleniciye halef olacağı yönündeki görüşüne iki sebepten ötürü katılmıyoruz: Birincisi borçlar hukuku anlamında halefiyet sadece haklarda olur ve böyle bir halefiyet borçlunun borcunu ödeyen üçüncü kişiye tanınmıştır. Halefiyet halinde üçüncü kişiye sadece alacak hakkı fer'ileriyle birlikte geçer. Borç ve sorumluluk intikal etmez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde üçüncü kişi arsa sahibine bir ödeme yapmamaktadır. Hatta yüklenici ile aralarındaki işlem bir alacak devri bile değildir. Bu nedenle halefiyet ilişkisinden söz edilemez. Kaldı ki bir an için halefiyetten söz edilse bile halefiyet sadece hak tanır, borç yüklemes. Haklarla birlikte borçların da intikal ettiği halefiyet türü küllî halefiyet olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir küllî halefiyetin varlığından söz edilemez. İkincisi ise halefiyetin kanundan doğması ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin yükleniciye halef olacağına kanunda düzenlenmemesidir.

C. Arsa Sahibi Tarafından Finansman Kolaylığı Sağlama Amacıyla Yükleniciye Avans Verildiği Düşüncesi

Yargıtay konuya ilişkin kararlarında, yükleniciye yapılan devirleri finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapılmış avans niteliğinde devirler saymakta ve eğer yüklenici edimini ifa edemediği için arsa sahibi sözleşmeden dönmüşse üçüncü kişinin bağımsız bölümü iade etmesi gerektiğine hükmetmektedir²⁰.

¹⁹ EREN, s. 1058.

²⁰ "38. İnşaatın kısa sürede tamamlanması amacıyla inşaatın başında bu sözleşme uyarınca tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden döndüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde

Öncelikle belirtmek isteriz ki arsa sahibi tarafından başlangıçta yapılan devirlerin finans kolaylığı sağlama amacıyla yapıldığı görüşüne katılamıyoruz. Çünkü yüklenici arsanın mülkiyetini devralmasa bile alacağın temlik hükümlerine göre bağımsız bölümleri üçüncü kişilere hem de adi yazılı bir sözleşme ile devretme ve arzu ettiği finansmanı sağlama imkânına sahiptir. Uygulamada da genellikle bu yola gidilmektedir. Bunun dışında yükleniciler, yaptıkları projeden bağımsız bölüm satın almak isteyen müşterilerini anlaşmalı bankalara yönlendirmektedirler. Banka ile müşteri arasında bir kredi sözleşmesi imzalanmaktadır. Fakat banka ile yüklenici ve müşteri arasında yapılan anlaşma gereğince tahsis edilen kredi doğrudan doğruya yüklenicinin hesabına aktarılmaktadır. Müşteri ise taksitler hâlinde kredi borcunu ödemektedir. Böylece müşteri satın almak istediği bağımsız bölüm için nispeten ucuz bir kredi temin ederken yüklenici de toplu para alarak finansman ihtiyacını gidermektedir. Sonuç olarak yüklenicinin finansman sağlayabilmek için arsa paylarını devralmaya ihtiyacı olmadığı gibi arsa sahiplerinin de çoğu zaman böyle bir niyet ve arzusu bulunmamaktadır. Öte yandan her sözleşmede tarafların farklı saiklerle hareket etmesi mümkündür. Arsa sahibinin yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için devri önceden yaptığını söyleyebilmek için tarafların açık ya da hiç değilse örtülü iradesinin bu yönde olması gerekir. Bu da

arsa sahibi tarafından geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır. Bu durumda üçüncü kişiler için TMK'nın 1023. maddesi uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir.” (Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K. www.kazanci.com). “İnşaatın tamamlanmasından önce müteahhide pay devri yapılması, inşaat yapımı sırasında müteahhide gerekli olan sermayenin sağlanarak işin bir an önce bitirilmesi amacını gütmektedir. Peşinen tapuda yapılan bu pay devri bir nevi avans niteliğindedir.” (Yargıtay HGK, 23.12.2021 T, 2018/1057 E, 2021/1756 K. www.kazanci.com). “30.Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen “avans” niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda “şahsi hak” elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, TMK'nın 1024. maddesi ve aynı Kanun'un 1023. maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir. Hukuki teslim ise yapılan inşaatın yasal mevzuata uygun olarak bitirilmesi (iskan izninin alınması) halinde gerçekleşmiş sayılır.” (Yargıtay HGK, 15.12.2020 T, 2017/14-1765 E, 2020/1033 K. www.kazanci.com).

sözleşmenin yorumu ile anlaşılabilir bir husustur. Bazı sözleşmelerde arsa sahiplerinin finansman kolaylığı sağlama niyeti olsa bile bunun geliştirilmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce arsanın başlangıçta veya inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli olarak devredilmesinin sebebi yüklenicinin karşı edim alacağını garanti altına almak istemesidir. Peşin ya da kademeli devir, arsa sahibinin bağımsız bölüm tapularını devretmek istememesine veya devir için ilave şartlar koşmasına engel olmak için yükleniciler tarafından alınmış bir tedbirden ibarettir. Arsa sahipleri tarafından bu tür tekliflerin kabul edilmesinin sebebi ise arsa payının başlangıçta kendisine devrini talep eden yüklenicinin arsa sahibine diğerlerine göre biraz daha fazla bağımsız bölüm ya da para vermeyi teklif etmesidir.

Arsa sahibinin başlangıçta veya inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli olarak yaptığı devirlerin avans niteliğinde olduğu yönündeki Yargıtay görüşüne de katılma imkânı bulamıyoruz. Şöyle ki;

Avans, bir malın belirli bir zamanda satışı amacıyla satım bedeline mahsuben alıcı tarafından satıcıya veya iş görme edimlerinde işin görülmesinden önce iş sahibi tarafından işi görecek olana verilen ön ödeme niteliğindeki bir miktar paradır²¹. Şu hâlde avans para borçlarında olur ve para borcunun borçlusunun yaptığı ön ödemeyi ifade eder. Türk Borçlar Kanunu'nda avans ifadesinin geçtiği hükümler incelendiğinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira TBK'de bu tabir; 406, 416, 425, 443, 510, 604, 627 ve 643. maddelerde geçmekte olup, 406, 416, 425 ve 443. maddelerde avans kurumu hizmet sözleşmesi bakımından düzenlenmiştir. Zikredilen ilk üç madde işverenin çeşitli vesilelerle işçiye ödemek durumunda olduğu avansı düzenlerken 443. maddede sözleşmenin sona ermesi durumunda alınan avansların işçi tarafından iade edileceği hükme bağlanmıştır. TBK m. 510'da vekâlet sözleşmesinde müvekkilin, vekâletin gereği gibi ifası için vekil tarafından yapılan giderler ve verilen avansları ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. 604. madde kumar ve bahisler için bilerek verilen avanslara, 627. madde ortaklığa avans olarak para veren ortağın faiz isteyebileceğine, 643. madde ise kâr ya da zararın, ortakların verdiği avanslar iade edildikten sonra paylaşılacağına ilişkindir. Görüldüğü üzere TBK'de yer alan avans,

²¹ SONSUZOĞLU, Elif, Bir Vergi Hukuku Sorunu: Ücret Avansları ve Personele Verilen Borçlar, İ.Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 43.-44. Seri/Yıl 2003, s. 40.

tamamen para borçlarına ilişkin bir ön ödemedir. Bu nedenle avans kavramı para borçları dışındaki verme borçları için kullanılacak bir kavram değildir. Öte yandan bu hükümlerle avansın ne zaman ve ne şekilde iade edileceği (TBK m. 443, m. 643) de düzenlenmiştir. Kumar ve bahis borçları için bilerek verilen avansların ise geri istenemeyeceği hükme bağlanmıştır (TBK m. 604) Şu hâlde avansı iade borcu kanundan doğmaktadır.

Sonuç olarak, avans sadece para borçlarında söz konusu olabileceği ve kanunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde başlangıçta devredilen arsa payının avans niteliğinde olduğu yönünde bir hüküm bulunmadığı için Yargıtay'ın avans görüşüne katılamıyoruz. Bu görüşün kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır²².

Bu noktadan sonra başlangıçta yapılan arsa devrinin hukukî niteliğinin ne olduğunu ortaya koymak gerekir.

Türk Borçlar Kanunu m. 90'a göre taraflar aksini kararlaştırmamışsa veya hukukî ilişkinin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça her borç doğduğu anda muaccel olur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de aynı kural geçerlidir. Sözleşme kurulur kurulmaz her iki tarafın da edimi muaccel olur. Fakat sözleşmede aksi kararlaştırılmasa bile işin özelliği gereği taraflardan biri bir vadeden istifade edebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi niteliği gereği derhal ifa edilebilecek bir edim değildir. Çünkü bu edimin ifası bir takım hazırlık çalışmalarını gerektirir. Bu da yüklenicinin zorunlu olarak bir vadeden istifade etmesi demektir. Vade çoğu zaman sözleşme ile belirlenir. Fakat sözleşmede hüküm yoksa tedbirli ve tecrübeli bir yüklenicinin böyle bir işi hangi süre içinde bitirebileceğine bakılarak vade tespit edilir²³. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 97 gereğince taraflardan biri kendi edimini ifa etmeden karşı tarafın edimini talep edemeyeceği için arsa sahibinin edimi de ancak yüklenicinin edimi ile birlikte muaccel olur. Bu konuda TBK m. 479'da özel bir düzenleme yer almaktadır. Hükme göre "*iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur*". Demek ki arsa sahibinin borcunun

²² "Keza, arsa sahibinin tapuyu yükleniciye devretmesinin 'avans' niteliğinde olduğu, mülkiyetin ancak yüklenicinin tüm borcunu ifa ettikten sonra geçeceğini kabul edilmesi de hukuki dayanağı olan bir kabul değildir. Zira hukukumuzda 'yolsuz tescil' terimi mevcut olmasına rağmen 'avans tapu' terimi mevcut değildir". Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

²³ SEÇER, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2023, s. 290-291.

muaccel olacağı an yüklenicinin bağımsız bölümleri bitirip arsa sahibine teslim ettiği andır²⁴.

Her ne kadar arsa sahibinin borcu yüklenicinin borcundan önce muaccel olmasa da sözleşme ile arsa sahibinin daha işin başında ya da inşaatın geldiği aşamaya göre belli zamanlarda edimini kısım kısım ifa edeceği kararlaştırılabilir²⁵. Böyle bir durumda arsa sahibi açısından bir önce (peşin) ifa söz konusu olur²⁶. Sözleşme ile arsa sahibinin ediminin daha önce muaccel olacağı belirlenmiştir ve belirlenen tarihte edim ifa edilmiştir. Bunu bir çeşit avans olarak kabul etmek mümkün değildir. Aksi hâlde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini daha önce ifa ettiği her durumda bir avanstan söz etmek gerekir. Mesela taşınır satımında özellikle ticari satımlarda satıcı edimini daha önce ifa ettiğinde bunu bir avans saymak ve önce ifa edene her hâl ve şartta edimini geri alma hakkı tanımak gerekir. Böyle bir yorumun isabetli olmayacağı açıktır. Bir taşınır satımında satıcı malı hemen teslim edecek alıcı parayı üç ay sonra ödeyecekse bunu avans olarak mı kabul etmek gerekir? Bunun gibi taksitli satışlarda satıcının, ön ödemeli satışlarda alıcının edimini avans olarak mı kabul edeceğiz? Böyle bir kabul Yargıtay'ın bakış açısına göre, önce ifa ile yükümlü olana karşı taraf edimini ifa etmediği takdirde sözleşmeden dönme ve verdiği geri isteme hakkı tanımak anlamına gelir. Oysa TBK m. 235/III'de, "*satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.*" denilmektedir. Taşınır satımında bile sözleşmede açıkça saklı tutulmamışsa satıcıya dönme hakkı dahi tanınmazken taşınmaz devrinde, devreden arsa sahibine hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın dönme hakkının tanınması ve bununla da yetinilmeyerek eşya hukuku kurallarını alt üst etme pahasına avans verilen arsanın mülkiyetinin geçmeyeceğinin, bu nedenle geri istenebileceğinin kabul edilmesi ne kadar doğrudur?

²⁴ **ERMAN**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul 2010, s. 52; **SEÇER**, s. 599.

²⁵ **ERMAN**, s. 52; **SEÇER**, s. 599.

²⁶ **KAHRAMAN**, Zafer, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan "Avans Tapu" Kavramının Değerlendirilmesi, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 783.

Açıkladığımız nedenlerden ötürü Yargıtay'ın arsa payının devrini avans olarak kabul eden görüşüne katılmıyoruz. Bu yorum, hiçbir kanunî dayanağı olmayan son derece zorlama bir yorumdur.

D. Üçüncü Kişinin İyi Niyetli Sayılıp Sayılmayacağı

1. İyi Niyetin Düzenleniş Biçimi Yargıtay'ın Konuya Bakışı

Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesine göre;

“Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.

Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz”.

Aynı Kanun'un 1023. maddesine göre ise *“tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur”.*

Bu düzenlemeler karşısında yükleniciden arsa payını (bağımsız bölümü) devralan üçüncü kişi iyi niyetli ise yüklenici adına yapılan tescil başlangıçtan itibaren yolsuz olsa veya sonradan dönme ile yolsuz hâle gelse bile devrin geçerli olacağını kabul etmek gerekir. Ancak Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olunca TMK m. 1023'ün uygulanamayacağına hükmetmekte, adeta bu hükmü yok saymaktadır.

Yargıtay'ın, üçüncü kişinin TMK m. 1023 hükmünden yararlanamayacağı yönündeki görüşüne katılma imkânı bulamıyoruz. Zira TMK m. 992'ye göre tapu kütüğüne tescil edilmiş bir aynî hakkın mevcut ve geçerli olduğu karine olarak kabul edilir. Böyle bir tescile dayanarak iyi niyetli üçüncü kişiler TMK m. 1023'e göre aynî hak iktisap edebilirler. Ancak bu hükme göre bir aynî hakkın kazanılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Şu hâlde tartışılması gereken en önemli husus, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciden bağımsız bölüm tapusunu devralan üçüncü kişi açısından TMK m. 1023'ün şartlarının oluşup oluşmadığıdır. Yargıtay ilginç gerekçelerle aşağıda açıklamış olduğumuz şartların pek çoğunun gerçekleşmeyeceğine hükmetmektedir.

2. Türk Medenî Kanunu M. 1023'e Göre İyi Niyetle İktisabın Şartları ve Yargıtay Uygulaması

a. Bir yolsuz tescilin bulunması

Tapu siciline güvenerek TMK. m. 1023'e göre bir aynî hak iktisap edebilmek için gerekli olan ilk şart yolsuz tescildir. Arsa sahibinin

sözleşmeden dönmesi ile birlikte yüklenici adına yapılan tescil artık yolsuz tescil hâline gelir²⁷ ve bu ilk şart gerçekleşir. Tescilin baştan itibaren yolsuz hâle gelip gelmediği ayrı bir tartışma konusudur. Bu konu aşağıda incelenmiştir. Ancak katılmamakla birlikte dönmenin tescili baştan itibaren yolsuz hâle getireceği kabul edilse bile böyle bir tescil öteki şartların da oluşması durumunda iyi niyetli üçüncü kişiye aynî hakkı kazandırır²⁸ ve bu hakka artık itiraz edilemez.

Türk Medenî Kanunu m. 1024/II'ye göre, *“bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur”*. Bağlayıcı olmayan dolayısıyla yolsuz olan tescil hiçbir hukukî sebebi olmayan tescil olabileceği gibi butlan, şekil eksikliği, ehliyetsizlik gibi sebeplerle geçersiz sayılan tescil de olabilir. Demek ki yolsuz tescil baştan itibaren mevcut olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir²⁹. Bir başka ifadeyle bir aynî hakkın kurulabilmesi için yeterli olmayan ve gerçek hak sahipliği durumunu yansıtmayan her tescil yolsuzdur. Böyle bir yolsuzluk tescilin kurucu unsurlarındaki sakatlık sebebiyle ortaya çıkabileceği gibi sakat bir terkin veya tadil yüzünden de olabilir. Mesela malik veya yetkili temsilcisinin talebi olmaksızın yapılan tescil yolsuz tescildir. Bunun gibi başlangıçta hak durumuna uygun olduğu hâlde hakta meydana gelen değişiklik veya hakkın sahibinin değişmesi yahut sona ermesi sebebiyle daha sonra gerçeğe uymayan tescil de yolsuz tescildir³⁰. Şu hâlde eğer Yargıtay'ın kabul ettiği üzere dönme ile birlikte sözleşmenin ve tasarruf işleminin baştan itibaren ortadan kalkacağı söylenecek olursa TMK m. 1023'e göre iyi niyetle iktisabın ilk şartı gerçekleşmiş olmaktadır.

Tescil yapıldığı zaman geçerli bir hukukî sebep olmadığında bu tescil yolsuz tescil sayılıp diğer şartların da oluşması hâlinde müktesibin TMK m. 1023'ten yararlanabilmektedir. Tescilin hiçbir hukukî sebebi yokken iyi niyetli müktesip TMK m. 1023'ten yararlanabiliyorsa, tescil

²⁷ **ÖZYİĞİT**, M. Hulusi, Türk Hukukunda Yolsuz Tescil, Ankara 2019, s. 120-121.

²⁸ **ÖZ**, Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1985, C. 13, S. 16, s. 150.

²⁹ **CANSEL**, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 26 vd.; **ÜNAL**, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel, Şekî Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara 2018, s. 399.

³⁰ **ŞENGÜL**, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, Ankara 2013, s. 488.

dönme ile sonradan yolsuz hâle gelmişse –dönmenin geçmişe etkili olduğu kabul edilse bile- evleviyetle yararlanabilmesi gerekir.

b. Tapu Siciline Güvenerek Hak İktisap Eden Kişinin Üçüncü Kişi Olması

Bir aynî hakkı TMK m. 1023'e göre kazabilmek için gerekli olan ikinci şart, tapu siciline güvenen kişinin üçüncü kişi olmasıdır. Üçüncü kişi gerçek hak sahibi olmadığı gibi tapuda adına yolsuz tescil bulunan kişi de değildir. Diğer bir ifadeyle, yolsuz tescile yol açan işlemlere taraf olarak katılmamış olan kişiler üçüncü kişidir³¹. Yüklenici adına yapılan tescilin tarafları arsa sahibi ve yüklenici olduğuna göre üçüncü kişi bunların dışında kalan kişidir. Bununla beraber adına yolsuz tescil bulunan kişinin külli halefleri üçüncü kişi sayılmazlar ve TMK m. 1023'ten yararlanamazlar³². Mesela ölmüş olan A adına kayıtlı bir taşınmazı B, sahte bir veraset ilamı ile kendi adına kaydettirse ve daha sonra ölse, B'nin mirasçuları iyi niyetli bile olsalar mülkiyeti kazanamazlar. Çünkü onlar üçüncü kişi değildir³³. Bu durumda TMK m. 1023 uygulanmaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken şey üçüncü kişinin küllî halef olmamasıdır. Yargıtay kararları incelendiği zaman yükleniciden bağımsız bölümü devralan kişilerin yüklenicinin halefi olması sebebiyle TMK m. 1023'ten yararlanamayacağına hükmettiği anlaşılmaktadır. Halefiyet konusundaki düşüncelerimiz yukarıda açıklanmıştır. Üçüncü kişi yüklenicinin halefi değildir. Külli halefi hiç değildir. Ancak öyle anlaşılıyor ki Yargıtay üçüncü kişiyi sanki küllî halef gibi değerlendirerek hüküm tesis etmiştir.

İnceleme konumuz açısından baktığımızda yükleniciden arsa payı devralan kişilerin arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin tarafı olmadığı noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Eğer yüklenici tapu devrini gerçekleştirdiği anda tescil yolsuzsa o vakit devralan kişinin üçüncü kişi olduğu konusunda tereddüt olmaması gerekir.

c. İktisap Edilen Hakkın Aynî Hak Olması

İyi niyetle iktisabın üçüncü şartı, iktisap edilen hakkın bir aynî hak olmasıdır. TMK m. 1023'e dayanarak şahsî hak iktisap edilemez. Mesela

³¹ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 403.

³² CANSEL, s. 11, 55; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 403; ŞENGÜL, s. 489; ÖZYİĞİT, s. 181.

³³ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 403.

adına yolsuz tescil bulunan kişi ile yapılan bir kira sözleşmesi gerçek maliki bağlamaz³⁴.

Arsa sahibinden işin başında arsanın mülkiyetini devralan yüklenicinin hakkının bir aynî hak olduğu konusunda tereddüt olmaması gerekir. Fakat bazı kararlarında Yargıtay, arsa sahibinden arsayı devralan ve adına da tapuda tescil ettiren yüklenicinin ve dolayısıyla ondan devralan üçüncü kişinin hakkını ilginç bir şekilde aynî hak olarak dahi kabul etmemiş, bunun bir şahsî hak olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay'a göre bu şahsî hak ancak yüklenicinin edimini ifa etmesiyle birlikte aynî hakka dönüşmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu açıkça, yüklenicinin hakkının şahsî hak olduğuna ve ondan iktisapta bulunan üçüncü kişilerin, TMK'nin 1023 ve 1024. maddelerinden yararlanamayacağına hükmetmektedir. Konuya ilişkin kararlardan bir tanesinin ilgili bölümü şu şekildedir:

“Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen ‘avans’ niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda ‘şahsi hak’ elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, TMK’nin 1024. maddesi ve aynı Kanun’un 1023. maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir”³⁵.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hangi sözleşmeyle olursa olsun bir taşınmaz tapuda devredilmişse devralanın hakkı aynî haktır. Şahsî hak olamaz. Tabiatıyla ondan devralan üçüncü kişinin hakkı da şahsî hak olamaz³⁶. Burada tartışılması gereken husus aynî hakkın yüklenici ve ondan devralan üçüncü kişiler tarafından usulüne uygun ve geçerli bir biçimde kazanılıp kazanılmadığıdır. Yüklenicinin hakkını şahsî hak olarak kabul eden anlayış eşya hukuku sistemimize tamamen aykırıdır. Bu anlayış bizi, karşı edim ifa edilmediği müddetçe devralanın

³⁴ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 402.

³⁵ Yargıtay HGK, 15.12.2020 T, 2017/14-1765 E, 2020/1033 K. pr. 30. (www.kazanci.com).

³⁶ Aynı görüşler için bkz. AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Çalıştay, s. 111.

hakkının (devredilen ister taşınır ister taşınmaz olsun) şahsî hak olduğu sonucuna götürür. Diğer bir deyişle mülkiyetin devrini karşı edimin ifası şartına bağlı hâle getirir. Oysa mülkiyetin intikali için taşınırlarda zilyetliğin devri taşınmazlarda ise tescil gerekli ve yeterlidir. Ücret ödemededen mülkiyetin geçmemesi ancak mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılması hâlinde mümkündür ki bu da istisnai bir durumdur. Bununla beraber şayet arsa yükleniciye tapuda devredilmemiş olsaydı onun hakkı bir şahsî hak olurdu. Yüklenici bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürerek tescil talebinde bulunabilirdi. Böyle bir durumda yüklenicinin satış yaptığı kişilerin hakkı da bir şahsî hak olurdu. Zira bu ihtimalde bir alacağın devri söz konusu olmaktadır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere Yargıtay, alacağın devri ile yüklenicinin malik sıfatıyla yaptığı devirleri birbirine karıştırmış görünmektedir.

Sonuç olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin hakkı da ondan bağımsız bölüm satın alan kişinin hakkı da aynî hak olduğu için iyi niyetle iktisabın bu şartı da gerçekleştirmiş olmaktadır.

3. Müktesibin İyi Niyetli Olması

Dördüncü şart müktesibin iyi niyetli olmasıdır. Buradaki iyi niyet TMK m. 3'te düzenlenen iyi niyettir. Buna göre, üçüncü kişi aynî hakkı iktisap ederken tapudaki kaydın yolsuz olduğunu bilmemeli, bilebilecek durumda olmamalıdır.

Müktesip, tescilin yapıldığı daha doğrusu tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği anda iyi niyetli olmalıdır. Tescilin yolsuz olduğunun yevmiye defterine kayıt yapıldıktan sonra öğrenilmesi iyi niyeti ortadan kaldırmaz³⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesine göre bir hakkın kazanılabilmesi için iyi niyetin arandığı hâllerde hakkı kazananın iyi niyetli olduğu karine olarak kabul edilir. Bu nedenle iyi niyetli olduğunu iddia eden kişi bunu ispat etmek zorunda değildir. Bilakis müktesibin kötü niyetli olduğunu iddia eden kişi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Şu hâlde üçüncü kişi iyi niyetli olduğunu değil, arsa sahibi üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunu ispat etmek durumundadır³⁸.

³⁷ CANSEL, s. 84; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 405; ŞENGÜL, s. 494-495. Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

³⁸ EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 282; BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet, Medenî Hukuk Dersleri –

Kural böyle olmakla birlikte Yargıtay bu kuralı da tersine çevirmiş ve adeta bir kötü niyet karanesi yaratmıştır³⁹. Yargıtay kararları incelendiğinde yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin peşinen kötü niyetli olarak kabul edildikleri, iyi niyet iddialarının dinlenmeyeceğine hükmedildiği görülmektedir. Mesela Yargıtay bir kararında⁴⁰ “...zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir. Bu sebeple TMK’nın 1023 hükmünün uygulanması için aranan iyiniyet şartı, üçüncü kişi açısından gerçekleşmez.” demektedir.

Bir başka kararda ise Yargıtay⁴¹ “olayların açıklanan bu gelişim sürecinden davalının inşaat aşamasındaki binadan bağımsız bölüm satın aldığı açıkça anlaşılmaktadır. Mahkemece yüklenici edimini yerine getirmediği için geriye etkili olarak feshine karar verilen sözleşme konusu inşaatın taşınmazı satın alan davalı, araya dava dışı üçüncü kişiler girse dahi, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, payın kat karşılığı verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümde hakkının doğmayacağını bilmekte veya bilebilecek durumda olduğundan, arsa sahibi tarafından yükleniciye avans olarak verilen bağımsız bölüm tapusunun iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmıştır. Davalının iyi niyet iddiası dinlenemeyeceği gibi TMK’nın 1023. maddesinin uygulanma olanağı da bulunmadığından, mahkemece davalı üzerine kayıtlı bağımsız bölüm tapusunun iptali ile davacı arsa sahibi kooperatif adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi isabetli ve yerinde olmuştur.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Bu kararlardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, bir kimsenin kötü niyetli sayılması için tapu dışındaki bir kısım unsurları bilmesini veya bilebilecek durumda olmasını yeterli görmektedir⁴². Bu durumda yükleniciden bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin hangi hususlarda

I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 229; ŞENGÜL, s. 494.

³⁹ KAHRAMAN, s. 789. Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

⁴⁰ Yargıtay HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 19. (www.kazanci.com)

⁴¹ Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K, pr. 43. (www.kazanci.com)

⁴² KIRCA, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2007, s. 91.

inceleme yükümlülüğünün bulunduğu konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Peşinen belirtelim ki müktesibin inceleme yükümlülüğü kural olarak sicildeki kayıtlarla sınırlıdır. Sicil dışında meydana gelen ve borç ilişkisinden kaynaklanan iddialar veya gerçekliği bizzat müşahade edilen hukukî ilişkiler iyi niyete engel olmaz. Mesela malikin aynı taşınmazı daha önce noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile bir başkasına sattığını bilen bir kimse bu taşınmazı satın alırsa iktisabı geçerli olur. Çünkü borçlandırıcı işlem hakta bir değişiklik yapmadığı gibi sicildeki kaydı yolsuz hâle de getirmez⁴³.

Demek ki önemli olan tescilin yolsuz olduğunun bilinip bilinmemesidir. Nitekim TMK m. 1020/III'te, *"kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez"* denilmektedir. Bununla beraber bazı hâllerde doğal aleniyetin de yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten de bazen sicilde açıkça yazılı olmayan hususlar ya tapudaki kaydın bir gereği veya taşınmazın niteliğine bağlı olarak mevcut ve bilinir farz edilir. Böyle bir durumda mevcut hukukî veya fiilî durumun bilinmediği, dolayısıyla buna bağlı olan statü ya da yüküle bağlı olunmadığı ileri sürülemez. Mesela mülkiyetin paylı mülkiyet olması durumunda kanunun buna bağladığı ön alım hakkı gibi bir sonucun bilinmediği ileri sürülemez. Bunun gibi, inşaat hâlinde olan veya yapımı yeni bitmiş bir bina üzerinde kendi lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilenler, TMK m. 893/I-3'te sayılan kişilerin taşınmaz üzerinde yapı ipotegi adı verilen bir kanunî ipotek haklarının bulunduğunu bilmediklerini ileri süremezler⁴⁴. Fakat her iki örnekte de kanundan doğan bir hak söz konusudur ve hiç kimse kanunu bilmediğini iddia edemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise durum tamamen farklıdır. Yargıtay'a göre yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların, günün birinde arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğini ve kendileri aleyhine dava açabileceğini bilmeleri gerekir.

Bu noktada belirtelim ki doğal aleniyet bizim hukukumuzda sadece açıktan geçirilen mecra irtifakı için kabul edilmiştir (TMK m. 727/III). Hükme göre eğer mecra dışarıdan görülebiliyorsa noterde düzenlenen senetle birlikte bu hak doğar. Tescile gerek yoktur. Taşınmazı iktisap eden kişi mecra irtifakı tescil edilmese bile irtifakla yüklü olarak iktisap etmiş

⁴³ ŞENGÜL, s. 495; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 406-407. Aynı görüşte KIRCA, s. 91.

⁴⁴ ŞENGÜL, s. 477.

olur. Mecra irtifakının sicilde kayıtlı olmadığını bu nedenle kendisini bağlamadığını ileri süremez⁴⁵.

Doktrinde mecra irtifakı dışında da bazı hâllerde doğal aleniyete üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak konu son derece tartışmalıdır ve hukukî güvenlik ilkesini ihlâl edeceği için bu fikre ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Ayrıca doğal aleniyeti kabul edenler bile son derece istisnai hallerde bu yola gidilebileceği fikrindedirler⁴⁶.

Kanaatimizce mecra irtifakı dışında bizim hukukumuzda doğal aleniyetin kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır. Bununla beraber tapu dışındaki bazı hususlar müktesibin iyi niyetli olup olmadığını belirlemede rol oynayabilir. Mesela tescilin yolsuz olduğunu üçüncü kişilerden duyarak öğrenen müktesip artık iyi niyetli sayılamaz.

Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesinin I. fıkrasında her ne kadar bir iyi niyet karinesi konulmuş olsa da II. fıkrada, "...durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen..." kimsenin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre hukukî sakatlığı bilebilecek durumda olduğu hâlde gerekli dikkat ve özeni göstermediği için öğrenemeyen kimse iyi niyetli olduğunu ileri süremez. Mesela bir taşınmaz üzerinde aynı hak edinirken tapu siciline bakılmamış olması, kanunen bilinmesi gereken bir hususun araştırılmaması anlamına gelir ve artık kural olarak iyi niyet öne sürülemez⁴⁷.

İyi niyet iddiasında bulunan kişiden beklenen özenin ölçüsü objektiftir. Bu nedenle ortalama zekâyâ sahip, dürüst, güvenilir ve makul bir kişinin aynı durum ve şartlar içinde göstereceği özen esas alınır⁴⁸. Söz konusu olan tapu sicili ise böyle bir özen yükümlülüğünün her durumda aranması gerektiği ileri sürülemez. Tapu sicilindeki verilerle çelişse bile fizikî yapısı itibariyle kolayca anlaşılamayan, ayrı bir emek veya uzmanlık gerektiren durumlarda üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğünden söz edilemez. Bu konudaki genel eğilim, tapu siciline duyulan güven konusunda ciddi şüphe uyandıracak durumların varlığı

⁴⁵ ŞENGÜL, s. 499-500; ZENGİN, Hüseyin Kağan, Mecra Hakkı, Ankara 2022, s. 286.

⁴⁶ ŞENGÜL, 501 vd.

⁴⁷ EDİS, s. 284-286; CANSEL, s. 80. Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

⁴⁸ BAYGIN/NAR, s. 229.

hâlinde üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğünün bulunduğu yönündedir⁴⁹.

Yargıtay, üçüncü kişinin inşaatın fizikî durumuna bakarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını bilmesinin gerektiğinden hareketle üçüncü kişiyi iyi niyetli kabul etmemektedir. Oysa her şeyden önce üçüncü kişinin inşaatı incelemek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yurt dışında yaşayan ve yatırım amacıyla konut ya da iş yeri satın alan kişi bir kampanyaya katılmış olabilir. Öte yandan uygulamada yap-sat usulü denilen sistem de çok gelişmiştir. Bu usulde proje sahibi kendi arsası üzerine inşaat yapıp henüz proje aşamasında satışa başlamaktadır. Lansman satışları olarak bilinen satışlarda müşterilere cazip fiyatlar sunulmakta ve çoğu zaman hafriyata dahi başlanmadan satışlar yapılmaktadır. Yap-sat usulünde de proje sahibi satıcı, arsayı bir başkasından satın almaktadır. Böyle bir durumda acaba arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile mi yoksa yap-sat usulü ile mi inşaat yapılmaktadır? Bunu üçüncü kişiler bilemez, bilmeleri kendilerinden beklenemez. Dahası bilmeleri de gerekmemektedir. Onların araştırması gereken tek şey satıcının arsanın maliki olup olmadığıdır. Tapuyu incelediklerinde malik olarak satıcıyı görmüşlerse devletin tuttuğu tapu siciline güvenmekte haklıdırlar.

Son zamanlarda giderek yaygınlaşan bir başka sözleşme tipi gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesidir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi de aslında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile aynı amaca hizmet etmektedir. Aradaki en önemli fark arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibine bağımsız bölüm verilirken, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin satılarak paranın paylaşılmasıdır. Hatta Yargıtay, bu sözleşme tipinde de aynî paylaşımın olabileceğini kabul etmektedir⁵⁰. Fakat Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat

⁴⁹ ŞENGÜL, s. 504.

⁵⁰ "7. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında arsa sahipleri davalılar ile yüklenici A...A.Ş. arasında 14.10.2005 tarihinde akdedilen "Satış Vaadi Şeklinde Düzenlenen Hasılat Paylaşımlı Konut Yapım Sözleşmesi" hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; sözleşme gereğince arsa sahiplerinin sadece arsalarını vermeyi, yüklenici şirketler ise bu arsa üzerinde konut yapmayı, bilahare konutların reklam finansman ve tüm tanıtım giderleri ile pazarlama giderlerini karşılamayı, konutları satmayı, satış bedelini tahsil ettikten sonra bir hafta içinde arsa sahibine ödemeyi yüklenmiştir. Sözleşmenin (16/7) maddesinde yüklenicinin bir hafta içinde ödemeyi yapmazsa %10 cezai şart ödeyeceği ve yine sözleşmenin (17/4) maddesinde de inşaatın süresinde bitirilmemesi halinde "arsa maliklerine düşecek konut sayısınının 500 YTL ile çarpımı kadar bedeli" aylık cezai şart olarak ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Bunun

sözleşmelerinde üçüncü kişileri peşinen kötü niyetli kabul ederken, aynı amaca hizmet eden gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde farklı bir yaklaşım sergilemekte arsa sahibini üçüncü kişiye karşı yüklenici ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutmaktadır⁵¹. Mesela gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin söz konusu olduğu bir olayda davacı arsa sahibi, yüklenici ortaklık ile “gelir paylaşımli kat karşılığı inşaat sözleşmesi” imzalamıştır. Daha sonra kredi temin edebilmek amacıyla arsa yüklenici adi ortaklığın ortaklarından R’ye devredilmiş, R de çektiği kredi karşılığında bir banka lehine ipotek tesis ettirmiştir. Yüklenici ortaklığın edimini zamanında ifa edememesi üzerine arsa sahibi sözleşmeden dönmüş ve arsanın iadesi ile birlikte ipoteğin de kaldırılmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından “yüklenicilerin sözleşmedeki hususları yerine getirmemeleri sebebiyle sözleşme geriye yönelik olarak feshedildiğinden, yüklenicinin henüz haketmediği taşınmazın tapu kaydına ipotek konulduğundan, bu ipoteğe dayanılarak davalı banka tarafından hak talebinde bulunulamayacağı, konulan ipoteğin tescilinin yolsuz olmasından dolayı davalı bankanın TMK’nın 1023. maddesinin korumasından yararlanamayacağı, iyiniyet savunmasının dinlenemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne, davaya konu taşınmazların kaydına davalı banka lehine konulan ipoteklerin terkinine” karar verilmiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, “gelir paylaşımli kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi” geçersiz sayılsa ve hüküm kesinleşse de, “tapuya güven ilkesi gereği tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak aynı

yanında, sözleşmenin (17/5) maddesinde ekonomik kriz vb. sebeplerle reklam kampanyalarına rağmen satılan konut sayısı toplam konut sayısının %25’ine ulaşmadığı takdirde yüklenicinin arsa sahibine %23 hissesini karşılayacak konut vereceği veya bir kısmını konut, bir kısmını para veya senet olarak vereceği ve böylelikle edimini yerine getirmiş olacağı, tüm ek süreler sonunda arsa maliklerinin hissesine düşen %23’lük pay konut veya para olarak arsa maliklerine teslim edilmediği takdirde yapımcinun, inşaatı mevcut haliyle arsa sahibine iade edeceği kabul edilmiştir. Sözleşme, özetlenen bu hükümleriyle birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde adi ortaklık sözleşmesi olmayıp, hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesidir. Bu nedenle, davada eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği açıktır.” (Yargıtay 3. HD, 06.03.2024 T, 2023/2788 E, 2024/1044 K. www.kazanci.com).

⁵¹ Örnek karar olarak bkz. Yargıtay 6. HD, 04.06.2024 T, 2023/1129 E, 2024/1935 K. (<https://www.dejure.ai/dokuman/f397e5c6-7958-44ba-949e-994a71ea5e23> ET, 11.02.2025; Yargıtay 6. HD, 30.01.2024 T, 2023/1518 E, 2024/394 K. <https://www.dejure.ai/dokuman/8d510065-145b-4fff-a237-bb71ec44a799> ET, 11.02.2025; Yargıtay 7. HD, 14.02.2023 T, 2021/6951 E, 2023/851 K. <https://www.dejure.ai/dokuman/829767d6-93d7-4a10-a54e-086d61eb3bf3> ET, 11.02.2025)

hak kazanan iyi niyetli kişinin korunması gerektiği, davalı banka lehine ipotek tesis edilirken sözleşme taraflarınca tapu siciline şerh verilmemiş veya beyanlar hanesine işlenmemiş adi yazılı ve bila tarihli, gelir paylaşımli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arasındaki sonuçları ile davalı bankanın kazanılmış aynı hakkının bertaraf edilemeyeceği, T.M.K.'nın 1023. maddesi gereğince iyiniyetli bankanın aynı hak kazanımının korunması gerektiği, davacı tarafça davalı bankanın tapu sicilinde şerh olmasa bile taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkileri bildiği ve kötü niyetle dava konusu taşınmazlar üzerinde ipotek tesis ettirdiğinin ispatlanamadığı” gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına hükmedilmiştir. Bu karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır⁵².

Görüldüğü üzere gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde iyi niyetli üçüncü kişi korunmaktadır. Yap-sat usulünde de tescil yolsuz olsa dahi korunacağı açıktır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğunda üçüncü kişi korunmamakta, üçüncü kişiden, yapılan sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğunu ve arsa sahibinin günün birinde sözleşmeden dönebileceğini bilmesi beklenmektedir. Oysa gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde de dönme tehlikesi bulunmaktadır ki yukarıda zikrettiğimiz olayda verilen karar dönme üzerine verilmiştir. Yargıtay farklı sözleşme tiplerinde farklı uygulamalar benimsemektedir. Oysa üçüncü kişiden tapuda malik olarak görünen satıcının hangi sözleşme ile arsayı temin ettiğini araştırması beklenemez, böyle bir özen yükümlülüğü üçüncü kişiye yüklenemez. Kaldı ki üçüncü kişi araştırırsa bile çoğu zaman sağlıklı bir bilgiye ulaşamaz. Zira satıcı, arsayı devralırken yaptığı sözleşmeyi üçüncü kişilere genellikle göstermez. Öte yandan bir sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemek hâkimin görevidir. Taraflar sözleşmeye başka bir isim verseler mesela gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi olarak adlandırsalar ve üçüncü kişi de bu ifadeye bakarak bağımsız bölüm satın alsa bile hâkim bu sözleşmeyi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirebilir.

Sonuç olarak, aynı amaca yönelik olan diğer sözleşmelerde iyi niyetli üçüncü kişiler korunurken arsa yapı karşılığı inşaat sözleşmesinde korunmamasının haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

⁵² Yargıtay 11. HD, 01.12.2020 T, 2020/2692 E, 2020/5571 K. (<https://www.dejure.ai/dokuman/5fabbb4cd-bc5d-4266-ad12-40b7e7899873> ET, 11.02.2025).

Yargıtay kararlarında iyi niyet bakımından eleştiriye açık olan bir diğer husus da şudur: Yargıtay, üçüncü kişinin yolsuz tescili değil, ileride tescilin yolsuz olabileceğini bilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yani aslında devir anında ortada bir yolsuz tescil bulunmamaktadır. Ancak mesela yirmi yıl sonra arsa sahibi sözleşmeden dönebilir ve tescilin hukukî sebebi ortadan kalkabilir. Nitekim yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi 26.11.1985 tarihinde imzalanmış, davaya konu olan bağımsız bölümlerden biri 06.02.1992, diğeri ise 09.03.1998 tarihinde davalı üçüncü kişilere yüklenici tarafından devredilmiştir. Arsa sahipleri sözleşmeden döndüklerini beyan ederek 2009 yılında dava açmışlardır⁵³. Şu hâlde dönme, ilk devirden on yedi, ikinci devirden on bir sene sonra gerçekleşmiş ve Yargıtay'a göre dönme ile birlikte tescil baştan itibaren yolsuz hâle gelmiştir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi bu olayda yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilerin iyi niyetli olmadığına hükmetmiştir. Belirtmek gerekir ki bir projeden bağımsız bölüm satın alan hiç kimseden on beş yirmi yıl sonra sözleşmeden dönülebileceğini ve kendisine karşı dava açılabilceğini bilmesini/öngörmesini beklemek ve sırf bu yüzden onu kötü niyetli kabul etmek adalet duygularını incitir, hukukî güvenlik ilkesini ihlâl eder ve yargıya olan güveni zedeler. Bitmemiş bir inşaattan bağımsız bölüm satın alan bir kimsenin günün birinde sözleşmeden dönülebileceğini bilmesini beklemek ve bu yüzden onu kötü niyetli saymak TMK m. 3'e ve m. 1023'e de aykırı düşer. Çünkü bilme yükümlülüğü tescilin yolsuz olup olmadığına ilişkindir. Günün birinde yolsuz olabileceğine ilişkin bir bilme yükümlülüğü değildir. Önemli olan devir anında tescilin yolsuz olup olmadığı ve eğer yolsuz ise o anda bunun müktesip tarafından bilinip bilinmediğidir. Bizim de katıldığımız bir fikre⁵⁴ göre yükleniciden bağımsız bölüm devralan üçüncü kişinin iyi niyeti, devir esnasında arsa sahibinin yüklenici ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndüğünü bilmemesi şeklindedir. Şayet üçüncü kişi dönmeyi bilerek bağımsız bölümü devralmışsa bu ihtimalde zaten bir muvazaa iddiası da gündeme gelecektir.

⁵³ ARAT/AKÇAAL, s. 369.

⁵⁴ YAKAN, Burak/DOĞAN, Murat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi ve Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Aynen İfadan Vazgeçilerek Müspet Zararın İstendiği Hâllerde Sözleşmenin Şerhinin Hukuki Akıbeti, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2024, C. 14, S. 2, s. 1316. Ayrıca bkz. KIRCA, s. 93 vd.

Bu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olmasının üçüncü kişinin iyi niyetini etkileyip etkilemeyeceği konusuna da kısaca temas etmekte yarar görüyoruz.

Hâkim fikre göre kanunun, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhine imkân tanınmasının sebebi yükleniciyi korumaktır. Çünkü arsa sahibi yüklenici ile sözleşme yaptıktan sonra arsayı bir üçüncü kişiye devredebilir. İşte şerh, yüklenicinin şahsî hakkını, bu üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilmesini sağlar⁵⁵.

Şerhin arsa sahibini de koruyup korumadığı, özellikle arsanın işin başında yükleniciye devredilmiş olması ve yüklenicinin edimini ifa edememesi durumunda sözleşmeden dönen arsa sahibinin, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilere karşı şerhe dayanarak bir aynî talep ileri sürüp süremeyeceği son derece tartışmalıdır⁵⁶. Bizim de katıldığımız bir fikre göre edimin gereği gibi ifa edilmemesi riskine rağmen hiç de mecbur olmadığı hâlde arsa payını daha başlangıçta yükleniciye devreden arsa sahibinin korunması için bir sebep yoktur. Kaldı ki o kendisini daha başka yollarla koruma imkânına da sahiptir. Kanun koyucunun şerhe imkân tanınmasının sebebi yüklenicinin korunmasıdır⁵⁷. Fakat şerhin arsa sahibini de koruyacağı kabul edilecekse bu koruma son derece sınırlı bir koruma olmalıdır. Şöyle ki; arsa sahibi sözleşmeden döndükten sonra üçüncü kişi yükleniciden bağımsız bölümü devralmışsa o zaman şerhin üçüncü kişinin iyi niyetini ortadan kaldırma noktasında bir etkisi olabilir. Çünkü dönmeden sonra tescil yolsuz hâle gelir ve bu yolsuz tescile dayanılarak hak kazanılabilmesi için iyi niyetli olmak gerekir. İşte böyle bir durumda şerh sayesinde, üçüncü kişinin, dönmeyi bildiği veya bilebilecek durumda olduğu, dolayısıyla iyiniyetli olmadığı ileri sürülebilir⁵⁸. Fakat bu ihtimalde dahi üçüncü kişinin dönmeyi bildiği veya bilmesi gerektiği ayrıca ispat edilmelidir. Şerhin varlığı tek başına dönmenin bilindiği anlamına gelmez.

Yargıtay, üçüncü kişinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığını bilmesi gerektiğinden hareketle iyi niyetli olamayacağına

⁵⁵ **ARAT**, Ayşe, Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018, s. 202; **YAKAN/DOĞAN**, s. 1306 vd.; **KOÇAK DİKER**, Duygu, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72 (3) 2023, s. 1440 vd.

⁵⁶ Farklı görüşler için bkz. **KOÇAK DİKER**, s. 1444 vd.; **YAKAN/DOĞAN**, s. 1310 vd.

⁵⁷ **KOÇAK DİKER**, s. 1446.; **AKİPEK ÖCAL**, Çalıştay, s. 117.

⁵⁸ **YAKAN/DOĞAN**, s. 1316.

hükmetmektedir. Oysa yüklenici tapuda mali olarak görünüyorsa hangi sözleşme ile taşınmazı devraldığının hiçbir önemi yoktur. Bu nedenle, bizim de katıldığımız bir fikre göre üçüncü kişinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsanın yükleniciye devredilmiş olmasını bilmesi bile onun iyi niyetini ortadan kaldırmaz⁵⁹.

Sonuç olarak Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde üçüncü kişiyi peşinen kötü niyetli olarak kabul eden yaklaşımının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

4. Üçüncü Kişinin İktisabının Diğer Şartlar Bakımından da Geçerli Olması

İyi niyetle iktisabın son şartı, bu iktisabın diğer şartlar bakımından da geçerli olmasıdır. Buna göre eğer üçüncü kişi ile yapılan işlem, ehliyet, şekil, irade bozukluğu gibi bir sebeple sakatsa üçüncü kişinin iktisabı da geçersiz olur⁶⁰. İnceleme konumuz bakımından Yargıtay uygulamalarında bu açıdan üzerinde durulması gereken bir husus bulunmamaktadır.

E. Dönmenin Sözleşmeyi Baştan İtibaren Ortadan Kaldıracağı ve Tescilin İlk Andan İtibaren Yolsuz Hâle Geleceği Görüşü

Yargıtay'a göre, “, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır.”⁶¹

Yargıtay bu görüşüyle aynî etkili dönme teorisini benimsemiş bulunmaktadır.

Sözleşmeden dönüldüğünde dönmenin hukukî niteliğini açıklayan başlıca dört görüş bulunmaktadır: Bunlar, klasik dönme görüşü, kanunî borç ilişkisi görüşü, aynî etkili dönme görüşü ve yeni dönme görüşüdür.

Klasik dönme görüşüne göre dönme ile birlikte sözleşme yani borçlandırıcı işlem baştan itibaren ortadan kalkar. Borçlandırıcı işlem ortadan kalktığı için tarafların henüz ifa edilmemiş olan edimleri ifa yükümlülükleri sona erer. Fakat dönme tasarruf işlemini geçersiz

⁵⁹ ERMAN, s. 178.

⁶⁰ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 407-408; ŞENGÜL, s. 493.

⁶¹ Yargıtay HGK 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 31.

kılmayacağından dolayı dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı haklar kendiliğinden hakkı devredene dönmez. Bununla beraber tasarruf işleminin sebebi ortadan kalktığı için devredilen hakkın bir sebepsiz zenginleşme davası ile iade edilmesi gerekir. Açılacak dava sebepsiz zenginleşme davası olduğuna göre zamanaşımı süresi de sebepsiz zenginleşmenin tâbi olduğu zamanaşımı süresidir⁶².

Doktrinde hâkim olan görüş hâli hazırda klasik dönme görüşüdür. Bu görüş kabul edildiğinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi arsasını geri alabilmek için yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşme davası açmak durumundadır. Fakat sebepsiz zenginleşme davası şahsî bir dava olduğu için üçüncü kişilere karşı açılmaz. Böyle bir durumda yükleniciden bağımsız bölüm devralanlar dönmeden etkilenmezler. Hatta üçüncü kişi bağımsız bölümü devralırken arsa sahibinin dönme hakkının olduğunu bilse bile sonuç değişmez. Ancak muvazaalı devirler bundan müstesnadır. Muvazaa hâlinde her zaman tapu sicilinin düzeltilmesi davası üçüncü kişilere karşı açılabilir⁶³. Bu görüşe göre dönmeden önce tapuda yapılan tescil, dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak yolsuz tescil hâline gelmez⁶⁴.

Klasik dönme görüşüne göre borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalksa bile tasarruf işlemi bundan etkilenmez. Dolayısıyla dönme aynı hakka etki etmez, devredilen hakkın kendiliğinden devredene dönmesini sağlamaz⁶⁵. Yüklenici adına yapılan tescil, geçerli bir tescil olup yolsuz tescil değildir⁶⁶. Taşınmazı devreden kişi sebepsiz

⁶² ÖZ, s. 138-139; ÖZ, M., Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, İstanbul 1990, s. 102-103; ARAT, s. 139; ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024, s. 675; GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, İstanbul, 2024, s. 397; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014; SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016, s. 153; SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s. 60; KAHRAMAN, s. 788. s. 143- 144

⁶³ ARAT, s. 141; KAHRAMAN, s. 788.

⁶⁴ ARAT, s. 141.

⁶⁵ GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 397; ÖZ, s. 130-141; ERMAN, s. 177; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 145-146; KAHRAMAN, s. 788.

⁶⁶ ERMAN, s. 177; KAHRAMAN, s. 788.

zenginleşmeye dayanan bir tescile zorlama davası açmak durumundadır⁶⁷.

Sebepsiz zenginleşme görüşü de denilen kanunî borç ilişkisi görüşüne göre de dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Fakat dönmenin tasarruf işlemine bir etkisi yoktur. Dönme ile birlikte devredilmiş olan hak kendiliğinden devredene geri dönmez⁶⁸. İfa edilen edimler sebepten yoksun olmadığı için ortada gerçek bir sebepsiz zenginleşme bulunmamaktadır. Dönme ile birlikte taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanundan doğan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Bu nedenle zamanaşımı süresi on yıldır. İade borcunun kapsamını belirleme noktasında sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır⁶⁹. Bu görüşe göre de dönmenin tasarruf işlemine bir etkisi olmaz⁷⁰.

Son zamanlarda giderek daha çok taraftar toplayan⁷¹ ve bizim de katıldığımız yeni dönme görüşüne göre ise dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz. Dönme, ifa edilmemiş edimleri geleceğe etkili olarak ortadan kaldırır. Taraflar ifa etmiş oldukları edimleri geri isteme hakkını kazanırlar. İade borcu sözleşmeye dayanır. Dönme beyanı ile borç ilişkisinin içeriği değişir ve taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulur⁷².

⁶⁷ **ERMAN**, s. 177; **ÖZ**, s. 130-141; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 145-146.

⁶⁸ **KOLLER**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Bern 2017, pr. 55.134; **ÖZMEN**, E. Saba/**ÜREM**, Müge, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s. 6; **SEÇER**, Eser, s. 153.

⁶⁹ **TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Halûk/**ALTOP**, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 968; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul 2023, s. 549; **SEROZAN**, s. 61 vd.; **ÇETİNER**, s. 676; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 145; **SEÇER**, İnşaat, s. 153.

⁷⁰ **KOLLER**, pr. 55.134; **SEÇER**, s. 713; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 145.

⁷¹ **FIKENTSCHE**R, Wolfgang/**HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston 2017, s. 321; **EREN**, s. 1427; **GÜNERGÖK/KAYIHAN**, s. 398; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 156.

⁷² **FIKENTSCHE**R/**HEINEMANN**, s. 322; **STURNER**, Michael, Prütting-Wegen-Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Hrsg: Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd), 13. Auflage, Hürth 2020, s. 655, (**PWW/Stürner**); **BROX/WALKER**, Besonderes Schuldrecht, 29. Auflage, München 2004, s. 270 vd; **LOOSCHELDERS**, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2021,

Dönüşüm teorisi⁷³ de denilen yeni dönme görüşünün Türk Hukuku'ndaki en önemli temsilcisi olan Serozan'a göre dönme ile aynî hak devredene kendiliğinden geri dönmez⁷⁴. Onun verdiği geri almaya yönelik bir nispi hakkı vardır ve bu hakkını sadece sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürebilir. Kötü niyetli bile olsa üçüncü kişiye karşı ileri süremez. Fakat üçüncü işi sadece kötü niyetli değil aynı zamanda bozuk niyetliyse onun bu davranışı TBK m. 49/II (eBK m. 41/II)'ye aykırı olacağı için tazminat talep edebilir⁷⁵.

Yeni dönme görüşüne göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şöyle bir sonuç ortaya çıkar: Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda ifa edilmemiş edimler bakımından sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmadığı için dönmeden önce tescil yolsuz tescil hâline gelmez. Böyle bir tescile güvenerek bir aynî hak iktisap eden üçüncü kişinin bu iktisabı korunur. İktisap anında tescil yolsuz olmadığı için TMK m. 1023'e gitmeye dahi gerek yoktur. Ancak müktesip iyi niyetli değilse kanaatimizce TBK m. 49/II'den önce muvazaa ihtimali gündeme gelebilir.

Aynî etkili dönme görüşüne göre ise dönme sözleşmeyi baştan itibaren ortadan kaldırır. Aynî hakkın geçirildiği andan itibaren sözleşmeyi yok saymak gerekir. Bunun mantıkî sonucu dönme gerçekleşmişse aynî hakkın hiç kurulmamış sayılmasıdır. Şu hâlde dönme ile birlikte sadece borçlandırıcı işlem değil tasarruf işlemi de geçersiz olur ve mülkiyet hakkı kendiliğinden devredene döner⁷⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu görüşün sonucu şudur: Mademki dönme ile sözleşme hiç kurulmamış gibi ortadan kalkmakta ve tasarruf işlemi de baştan itibaren geçersiz olmaktadır, o zaman yüklenici lehine yapılan tescil de baştan itibaren yolsuz hâlde gelmiştir. Yükleniciden

s. 306; SEROZAN, s. 68-70; EREN, s. 1427; ÇETİNER, s. 676-677; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 399; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 149-150.

⁷³ ÇETİNER, s. 676; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 398; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 148.

⁷⁴ Ayrıca bkz. PWW/Stürner, s. 655 vd.

⁷⁵ SEROZAN, s. 94-95, 568-569.

⁷⁶ ÖZ, s. 141. Öz'e göre sadece soyutluk görüşü benimsenirse dönmenin geçmişe yürürlü etkisi daha önceden yapılmış olan iktisabın geçerli olmasına izin verir. Öz'e göre bu görüş, (eserin yayınlandığı tarih itibarıyla) sadece kendisi tarafından savunulmaktadır (ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 218). Görüş hakkında ayrıca bkz. KOLLER, pr. 55.134.

bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin iktisabı da bu sebeple geçerli değildir. Bununla beraber üçüncü kişi iyi niyetli ise bu iktisabın TMK m. 1023'e göre korunması gerekir⁷⁷.

Görüldüğü üzere dönmeyi izah eden teorilerden üç tanesi dönme hâlinde üçüncü kişinin iktisabını geçerli sayarken sadece aynî etkili dönme teorisi bu iktisabın geçersiz olduğunu savunmaktadır. Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediği anlaşılmaktadır. Bununla beraber Yargıtay aynî etkili dönme görüşü taraftarlarının da bir adım önüne geçmiştir. Zira bu görüşü savunanlar bile iyi niyetli üçüncü kişinin iktisabının TMK m. 1023'e göre korunacağını kabul ederken Yargıtay, yükleniciden arsa payını devralan üçüncü kişinin m. 1023'ten yararlanamayacağı görüşündedir. Yargıtay'a göre üçüncü kişi tarafından "... iyiniyet iddiası ileri sürülemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmamaktadır"⁷⁸. Görüldüğü üzere Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğunda TMK m. 1023'ü adeta yok saymaktadır.

Yukarıda kısaca açıklanmış olduğu üzere dönmeyi açıklayan başlıca dört teori bulunmaktadır ve Yargıtay bu görüşlerden aynî etkili dönme görüşünü tercih etmiştir. Bu görüşlerin hangisinin daha isabetli olduğu yönündeki bir tartışma bu makalenin boyutlarını da amacını da aşmaktadır. Bu nedenle dönme teorilerini uzun uzadıya tartışmadan aynî etkili dönme teorisinin bazı sakıncalarından söz etmek istiyoruz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki dönme kanunda tanımlanmamıştır. Bu nedenle söz konusu görüşlerden hangisinin kabul edileceği bir tercih meselesidir. Her görüşün savunulabilecek yönleri kadar eleştiriye açık yönleri de bulunmaktadır⁷⁹. Bir görüş ya da yorum tarzı diğerlerine tercih edilirken teorik dayanağı kadar uygulamada ortaya çıkaracağı sonuçlar da önemlidir. Daha açık bir ifadeyle, hukukçu yorum yaparken teorik tartışmalar arasında boğulmamalı, savunduğu görüşün pratik sonuçlarını da hesap etmelidir. Unutmamak gerekir ki hukukun amacı adalettir. Hâkim karar verirken çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmak zorundadır. Bu nedenle teorik olarak daha doğru gibi görünen bir görüş uygulamada haksızlıklara yol açıyorsa kabul edilmemelidir.

⁷⁷ ÖZ, s. 149-150; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 103, dn. 95. Ayrıca bkz. ÇETİNER, s. 675-676.

⁷⁸ Yargıtay HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 20. (www.kazanci.com)

⁷⁹ GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 399.

Hukukumuzda bunun örnekleri de vardır. Mesela hukukî işlemin en temel kurucu unsuru irade beyanıdır. İrade beyanı yoksa hukukî işlem de yok hükmündedir. Ayırt etme gücü olmayanın iradesinden söz edilemeyeceğine göre geçerli bir irade beyanının varlığından da söz edilemez. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin yaptığı sözleşmenin yok hükmünde olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat doktrindeki hâkim kanaate ve Yargıtay'a göre ayırt etme gücü olmayanın yaptığı işlem kesin hükümsüz, eski tabiriyle bâtıldır. Yokluk yerine kesin hükümsüzlüğün kabul edilmesinin sebebi ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiyi korumak ve onu yokluğun ağır sonuçlarından kurtarmaktır⁸⁰.

Türk Medenî Kanunu m. 1'e göre kanun sözüyle ve özüyle birlikte uygulanır. Bir hükmün anlamı ortaya konulurken kanunun lâfzının yanı sıra kanun koyucunun amacına da bakılır. O hâlde sadece lâfza bağlı kalmamak ve kavram içtihatçılığı yapmamak gerekir.

Kanun bazen kamu düzeni, genel ahlâk gibi sebeplerle bir kısım sözleşmeleri geçerli olarak kabul etmez. Bazen de sözleşmenin korunmaya lâyık tarafını diğer taraf karşısında himaye etme amacı güder. Korunmaya lâyık olan taraf kesin hükümsüzlükte zayıf olan, iptal hâlinde ise iradesi sakatlanmış taraftır. Dönmede de bu hak kendisine tanınan taraf korunmaya lâyık olan taraftır. Borçlunun mütemerrit olması durumunda korunmaya lâyık olan tarafın alacaklı olduğu açıktır. Bu nedenle temerrüt durumunda alacaklıya dönmenin yanı sıra daha başka haklar da tanınmıştır (TBK m. 125). Dönmede temerrüde düşen borçlunun alacaklıya karşı korunması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Fakat kusuru ile temerrüde düşen üçüncü kişi değil, yüklenicidir. Dolayısıyla üçüncü kişinin korunmaması için bir sebep yoktur. Bu ilişkide arsa sahibi ne kadar masumsa iyi niyetli üçüncü kişi de o kadar masumdur. Bu durumda masum olan iki taraftan hangisi tercih edilecektir?

Kanaatimize, aşağıdaki sebeplerle arsa sahibi karşısında iyi niyetli üçüncü kişinin tercih edilmesi ve korunması gerekir:

Birincisi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için arsanın peşinen devri zorunlu değildir. Arsa sahibinin, sözleşmede hüküm yoksa inşaatın geldiği aşamaya göre devir

⁸⁰ Ayırt etme gücü olmayanın yaptığı işlemler hakkında bkz. **ERKAN**, Vehbi Umut/**YÜCER**, İpek, Ayırt Etme Gücü, AÜHFD, 60 (3) 2011, s. 499 vd.

mecburiyeti de bulunmamaktadır. Devrin, yüklenicinin işi eksiksiz bir biçimde tamamlaması şartıyla yapılacağı sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Bu ihtimalde bağımsız bölümleri daha işin başında satarak kredi temin etmek isteyen yüklenici, alacağın temliki yoluyla amacına ulaşabilir. Böyle bir durumda yüklenici edimini ifa etmediğinde arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği ödemezlik def'i üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği için arsa sahibi korunmuş olur. Şu hâlde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsanın peşinen devri bir zorunluluk olmadığı gibi yüklenicinin kredi temin edebilmesi için de olmazsa olmaz bir şart değildir. O zaman, hiçbir zorunluluğu olmadığı hâlde arsayı devreden ve yükleniciyi tapuda malik hâline getiren arsa sahibi ortaya çıkardığı bu durumun sonucuna katlanmalıdır.

Ortada inşaat yokken bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin korunmaması gerektiği yönündeki fikre de katılmıyoruz. Çünkü aynı eleştirinin arsa sahibine karşı yöneltilmesi de mümkündür. O da henüz ortada bina yokken hiçbir karşılık almaksızın arsasını devretmiştir. Arsa sahibinin, mülkiyet hakkını devrettikten sonra yüklenicinin mülkiyet hakkından kaynaklanan bütün yetkileri kullanabileceğini bilmesi gerekir⁸¹.

İkincisi, iyi niyetli üçüncü kişiler kanun (TMK m. 1023) tarafından da korunmaktadır. Bu korumanın sebebi tapu siciline güven ilkesidir. Şayet tapu siciline güven korunmazsa hukukî işlem güvenliği, dolayısıyla hukukun en temel ilkelerinden olan hukukî güvenlik ilkesi de ihlâl edilmiş olur.

Üçüncüsü, bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden iyi niyetle mülkiyet ya da sınırlı aynî hak iktisap eden kişinin bu iktisabı korunur (TMK m. 988). Müktesibin korunmasının tek sebebi iyi niyetli olması değil aynı zamanda malikin yanaltıcı bir görünüş yaratmasıdır. Malik, güvenilmeyecek bir kişiye eşyasını emanet ederek onun malik olduğu noktasında yanaltıcı bir görünüş yaratmıştır. O hâlde bunun sonuçlarına katlanmalıdır⁸². Gerçi TMK m. 1023 görüntüye güveni değil tapu siciline güveni korumaktadır. Fakat yüklenicinin tapu sicilinde malik olarak görünmesini sağlayan arsa sahibi olduğuna göre, meydana getirdiği bu görüntünün olumsuz sonuçlarına katlanması gereken de arsa sahibidir.

⁸¹ EROL, Mustafa, Çalıştay, s. 126.

⁸² BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet, Medenî Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 215- 216.

Arsa sahibi sadece tapuyu devretmekle kalmamış arsayı da teslim ederek bir nevi emin sıfatıyla zilyetlik de meydana getirmiştir. Böylece üçüncü kişinin yanılmasına yol açmıştır. O hâlde arsa sahibi bu davranışının sonuçlarına katlanmalıdır.

Dördüncüsü, yüklenicinin işi yarım bırakıp arsayı üçüncü kişilere devrederek ortadan kaybolması ihtimaline karşı arsa sahibinin kendisini koruyabileceği bazı yollar bulunmaktadır. Mesela arsayı devrederken kendi lehine bir geri alım hakkı tesis edebilir. Bu durumda arsa kimin eline geçerse geçsin arsa sahibi ona karşı dava açarak arsasını geri alabilir. Geri alım hakkı tapuya şerh edileceğinden üçüncü kişilerin bunu bilmiyordum deme imkânları da kalmaz. Dilerse arsa sahibi devir esnasında kendi lehine bir ipotek tesis ettirerek de hakkını güvence altına alabilir. Dahası, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilmesi de mümkündür. Arsa sahibi bunların hiçbirini yapmamaktadır. Bunun sebebi masraftan kaçınmaktır. Kendini koruyabileceği çok farklı yollar varken bunların hiçbirini yapmayan, kendi küçük menfaati (tapu harcı ödememek) için üçüncü kişilerin menfaatlerini hiçe sayan arsa sahibinin korunmaya lâyık bir tarafı bulunmamaktadır.

Beşincisi, yükleniciyi bulan üçüncü kişi değil, arsa sahibidir. Yüklenicinin ekonomik durumunu, dürüstlüğü, güvenilirliğini yeterince araştırmadan sözleşme yapan arsa sahibi bu tercihinin sonuçlarına katlanmalıdır. Uygulamada arsa sahipleri yüklenicilerden birini diğerine tercih ederken alacağı bağımsız bölüm sayısını hesap etmekte ve kim daha yüksek bir oran teklif ederse onunla sözleşme yapmaktadır. Küçük hesaplar bazen büyük sorunlara yol açmaktadır. Mesela sırf noter harcı ödememek için resmî şekilde yapılması gereken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapılmakta ve arsa sahibi işi tamamlayamadığında geçersizlik müeyyidesi ile karşı karşıya kalınmaktadır. O hâlde oran olarak biraz daha fazla arsa payına sahip olma düşüncesiyle güvenilir olmayan bir yüklenici ile sözleşme yapan arsa sahibinin iyi niyetli üçüncü kişi karşısında korunmaması gerekir.

Altıncısı, arsa sahibinin her halükârda korunması, yüklenici ile arsa sahibinin anlaşarak piyasayı dolandırmalarına da zemin hazırlayabilir.

Yedincisi, arsa sahibi bu ilişkide zayıf olan taraf değildir. Yüklenici ile yaptığı sözleşmenin şartlarını belirleme imkânına sahiptir. Oysa yükleniciden bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişi çoğu zaman tüketicidir ve kural olarak tüketici korunur.

Sekizincisi, arsa sahibi korunduğu takdirde, arsasını, arsa üzerinde yapılan ve üçüncü kişilere devredilen bağımsız bölümlerle birlikte geri almaktadır. Bu durumda üçüncü kişinin yapabileceği tek şey yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava açmaktır. Bu ihtimalde yüklenici çoğu zaman borca batık olacağından üçüncü kişinin eline hiçbir şey geçmeyecek, başını sokacak bir ev almak hayaliyle dışından tırnağından arttırdığı paraları kaybedecektir. Dahası, aynı etkili dönme görüşüne göre arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı açacağı dava zamanaşımına uğramazken, üçüncü kişinin yükleniciye karşı açacağı sebepsiz zenginleşme davası zamanaşımına uğramış olabilecektir. Başta da belirttiğimiz üzere hukukun amacı adalettir. Kanun koyucunun amacı böylesine haksız bir sonucun ortaya çıkması olamaz.

Dokuzuncusu, alacağını alamayan arsa sahipleri çok sayıda bağımsız bölümün üzerine tedbir koydurarak dava açmaktadır. Bazen bağımsız bölümlerin toplam değeri arsa sahibinin alacağının üzerinde de olabilmektedir. Konulan tedbirler sebebiyle bağımsız bölüm malikleri yıllarca bağımsız bölümlerini satamamakta, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini istediği gibi kullanamamaktadır. Mesela bağımsız bölümünü ipotek ettirip kredi çekmek istediğinde bunu yapamamaktadır. Bu ise mülkiyet hakkının dolaylı olarak ihlali anlamına gelir. Ayrıca sonuçta davayı kazansalar bile kat malikleri yıllarca tedirgin edilmektedir. Hiç mecbur olmadığı hâlde arsanın mülkiyetini başta devreden arsa sahibini korumak adına üçüncü kişilerin yıllarca huzursuz edilmesi ve mülkiyet haklarının kısıtlanması doğru değildir. Bu nedenle korunması gereken taraf üçüncü kişidir.

Onuncusu, bu uygulama devam ederse, her ne kadar bazı sıkıntılar yaşansa da ülkemizde başarılı bir şekilde uygulanan ve pek çok kişinin konut sahibi olmasını sağlayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine güven kalmayacak, bu sözleşme önemini kaybedecektir.

Nihayet, arsa sahibi korunurken asıl malik olduğu düşüncesiyle korunmaktadır⁸³. Oysa üçüncü kişinin iktisap ettiği hak da bir mülkiyet hakkıdır ve bu hakkı iktisap ederken bedelini de ödemiştir.

⁸³ “Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır” (Yargıtay 1. HD, 14.02.2022 T, 2021/2279 E, 2022/1114 K; 1. HD. 14.11.2022 T, 2022/10913 E, 2022/12914 K. www.kazanci.com).

Görüldüğü üzere bu ilişkide arsa sahibinin değil, üçüncü kişinin korunması gerekmektedir⁸⁴. Fakat aynı etkili dönme görüşü arsa sahibini korumaktadır. Artık azınlıkta kalan⁸⁵ bu görüş terk edilmelidir.

Bu görüşün haksız sonuçları kadar hukuken eleştiriye açık pek çok yönü de bulunmaktadır.

İlk olarak bu görüş, dönme ile birlikte sözleşmenin adeta hiç kurulmamış sayılacağını yani yok hükmünde olacağını savunmaktadır. Aslında klâsik dönme görüşünün taraftarları da aynı düşüncededir. Fakat aradaki en önemli fark, aynı etkili dönme görüşüne göre tasarruf işleminin de geçersiz sayılmasıdır. Klâsik dönme görüşü hiç değilse tasarruf işlemine dokunmamakta, verilenlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁶.

Kanaatimizce dönme ile birlikte sözleşmenin yok hükmünde olacağını geçerli bir hukukî temeli bulunmamaktadır. Çünkü yokluk hukukî işlemin kurucu unsurlarının eksikliği hâlinde söz konusu olur⁸⁷. Borç sözleşmelerinde kural olarak bir tek kurucu unsur vardır, o da irade beyanıdır. Bu kuralın istisnası malın teslimini de şart kılan real sözleşmelerdir⁸⁸ ki Roma Hukukunda bir zamanlar yaygın olan real sözleşmeler bugünkü hukukumuzda istisnadır. Dönme hâlinde ise kurucu unsurları tamam olan, geçerli bir şekilde kurulan hatta yıllarca geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuran bir sözleşme bulunmaktadır. Böyle bir sözleşmeyi kurucu unsurları bulunmayan bir sözleşmeyle (aslında buna sözleşme bile denemez) aynı sonuçlara tâbi tutmak mümkün değildir.

⁸⁴ Yüklenici seçiminde gerekli özeni göstermeyen, edimini peşinen ifa eden ve yükleniciden alabileceği teminatları almayan arsa sahibinin üçüncü kişi karşısında korunmaması gerektiği yönünde bkz. **KAHRAMAN**, s. 792.

⁸⁵ **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 194.

⁸⁶ **ÖZ**, s. 138-139.

⁸⁷ **KOCAYUSUFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası, İstanbul 2008, s. 579. **EREN**, s. 383; **AKINCI**, s. 193; **DEMİRSATAN**, Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 18; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2016, s. 127-128.

⁸⁸ **EREN**, s. 383.

Dönme hâlinde sözleşmenin baştan itibaren ortadan kalkacağı fikrinin temel dayanaklarından biri, TBK m. 125/III'te (eBK m. 108/II) geçen "sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle" ifadesidir⁸⁹. Oysa Serozan'ın da haklı olarak belirttiği gibi dönme, ne dönmeyi haklı kılacak olgular ne de sonuçları yönünden hükümsüzlükle bir tutulamaz. Çünkü dönmeyi haklı kılacak maddî olgular geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkan ve her zaman sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırılık bile taşıyabilen ifa engelleridir. Bu nedenle dönme ile sözleşmenin hükümsüz hale geldiği söylenemez. Öte yandan TBK m. 125/III'ten dönme ile sözleşmenin baştan itibaren ortadan kalktığı yönünde bir sonuç da çıkarılamaz⁹⁰.

Klasik dönme görüşü ve onun en aşırı şekli olan aynî etkili dönme görüşü dönmeyi hükümsüzlükle bir tuttuğuna göre hükümsüzlük kavramına kısaca bir göz atmak ve dönme ile mukayese etmekte yarar görüyoruz.

Borçlar hukukunda hükümsüzlük (geçersizlik), klasik ayırma göre, kesin hükümsüzlüğü (butlanı), iptali ve eksikliği içine alan bir üst kavramdır. Bu ayırmda en ağır müeyyide kesin hükümsüzlük (butlan) olup sözleşmenin baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaması demektir. Kesin hükümsüzlük kural olarak kamu yararı düşüncesiyle öngörölmüş bir müeyyidedir. Bu nedenle def'i değil, itiraz olarak ileri sürölür ve hâkim kesin hükümsüzlüğü resen dikkate alır. Ayrıca kesin hükümsüzlüğü, işlemin geçersiz sayılmasında menfaati bulunan herkes ileri sürebilir. Kesin hükümsüzlük kural olarak sözleşmeyi (borçlandırıcı işlemi) baştan itibaren geçersiz kıldığı için sebebe bağıllığın benimsendiği bir hukuk sisteminde tasarruf işleminin de geçersiz olacağı açıktır. Bu durumda devredilen aynî haklar istihkak veya taşınmazlarda tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla geri alınırlar⁹¹. Fakat kesin hükümsüzlük durumunda bile çoğu kez tapudaki yolsuz tescile güvenen üçüncü kişilerin iktibası korunur⁹². Mesela muvazaa hâlinde hâkim fikre göre sözleşme kesin hükümsüzdür. Bazı yazarlar ise yok hükmünde olduğu fikrindedir⁹³. Ancak her iki durumda da muvazaalı olarak adına yolsuz

⁸⁹ ÖZ, s. 163; OĞUZMAN/ÖZ, s. 546; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 397.

⁹⁰ SEROZAN, s. 68, 74.

⁹¹ EREN, s. 387-388.

⁹² CANSEL, s. 26 vd.

⁹³ ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017, s. 113-115.

tescil yapılan iyi niyetli üçüncü kişiler TMK m. 1023'e göre korunurlar⁹⁴. Hile⁹⁵ ile veya sahte vekâletle⁹⁶ yapılan kayıtlarda bile üçüncü kişi korunmaktadır. Şu hâlde sahte vekâletle yapılan tescillerde ve kesin hükümsüzlük (butlan) hâlinde bile yolsuz tescile güvenerek iyi niyetle aynî hak iktisap edenin bu iktisabı korunurken dönme hâlinde aynî etkiden söz ederek müktesibi korumamak açık bir çelişkidir.

Bu noktada dikkat çekmek istediğimiz bir diğer husus da şudur: En ağır geçersizlik türü olan kesin hükümsüzlükte bile sözleşmenin ölü

⁹⁴ EREN, s. 416; AKINCI, s. 150; ATAMULU, s. 152 vd.

⁹⁵ CANCEL, s. 87-88.

⁹⁶ Vekil vekâlet görevini kötüye kullanmışsa fakat vekil ile sözleşme yapan kişi iyi niyetliyse vekilin yaptığı sözleşme müvekkili bağlar (ÜNAL/BAŞPINAR, s. 404-405). Yargıtay da sahte vekâletle yapılan devirlerde bile tapudaki kayda iyi niyetle güvenen kişinin korunması gerektiğine hükmetmektedir. Sahte vekâletle yapılan devirler kanaatimizce yok hükmündedir. Çünkü gerçek malikin irade beyanı bulunmamaktadır. Bir an için şeklen de olsa bir irade beyanının olduğu ancak tasarruf yetkisinin bulunmadığı ileri sürülse bile en azından böyle bir devri kesin hükümsüz saymak gerekir. Fakat ister yok hükmünde ister kesin hükümsüz sayılsın, Yargıtay bu tür devirlerde TMK m. 1023'ün şartlarının oluşup oluşmadığının araştırılması ve üçüncü kişi iyi niyetli ise tapudan kazandığı hakkın korunması gerektiğine hükmetmektedir. Bir kararında Yargıtay sahte vekâletle yapılan devri bâtil addetmiş ancak davalının TMK'nin 1023. maddesinden yararlanabileceğine hükmetmiştir. Karara konu olan olayda dava konusu taşınmaz davacı adına kayıtlı iken sahte vekâletname ile S tarafından davalılardan M'ye temlik edilmiş, ondan da Halit devralmıştır. İlk derece mahkemesi ilk devrin yok hükmünde olduğuna karar vermiş ve H aleyhine açılan davayı kabul etmiştir. Yargıtay, "*ne var ki, davalı Halit 2.el durumunda olup iyiniyet savunmasında bulunmuştur. Gerek öğretide gerekse uygulamada ilk elden sonraki malikler bakımından M.K nun 1023.maddesinin uygulama yeri bulacağı kabul edilen bir olgudur. Bu kabule ters düşen mahkeme gerekçesinin yasal olduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır*" diyerek karar bozmuştur (Yargıtay 1. HD, 19.06.2022 T, 2022/6828 E, 2002/7823 K. www.kazanci.com). Başka bir olayda ise şu şekilde hüküm tesis etmiştir: "*...açılan davada ileri sürülen sahtecilik olgusunun davanın taraflarınca kabul edildiği, çekişmeli taşınmazın davacı Mustafa'nın iradesi dışında, davalı Mehmet'e ondan da Murat'a temlik edildiği anlaşılmaktadır. Esasen bu husus mahkemenin de kabulündedir. İlk el Mehmet yönünden sahteciliğe dayalı olarak yapılan temlik ve tescilin geçersiz ve yolsuz olduğu tartışmasızdır. Ne var ki, ikinci el konumundaki Murat'ın, koşulları oluşması halinde Medeni Kanununun 1023. maddesinde öngörülen koruyuculuktan yararlanacağı da kuşkusuzdur*" (Yargıtay 1. HD, 14.11.2020 T, 2002/10913 E, 2002/12914 K. www.kazanci.com). Sahte vekâlet ya da ehliyetsizlik gibi daha ağır durumlarda bile üçüncü kişi TMK m. 1023'e göre tapuya güven ilkesi gereği korunurken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şerh de yoksa malikten devralanların da korunması gerektiği yönünde bkz. MEYDAN, Ahmet, Çalıştay, s. 116. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZYİĞİT, s. 47 vd.

doğduğu, baştan itibaren geçersiz sayılacağı ve bir daha asla geçerli olamayacağı fikri giderek terk edilmeye başlanmıştır. Son zamanlarda daha çok taraftar bulan esnek hükümsüzlük teorisine göre hükümsüzlüğün sonuçlarını doğurduğu an değişken olup, her zaman geçmişe etkili değildir. Hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuç doğurduğunu kabul edebilmek için bu sonucun ihlâl edilen kanun hükmünde açıkça düzenlemiş olması gerekir⁹⁷. En ağır hükümsüzlük türünde bile hükümsüzlüğün geçmişe etkisi tartışılırken dönmenin geçmişe etkili olacağını,-üstelik açık bir kanunî dayanağı bile yokken-peşinen kabul etmek dogmatik bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

Hükümsüzlüğün bir diğer türü iptaldir. İptal hâlinde sözleşmenin kural olarak baştan itibaren geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁹⁸. Bunun mantıklı bir sebebi vardır: Eğer iptal sebepleri varsa sözleşme daha doğarken sakat doğmuştur. Çünkü sözleşmeyi kuran irade sağlıklı bir irade değildir. Ya hile veya korkutma ile sakatlanmıştır. Bazen de irade ile beyan arasında uygunsuzluk vardır. Aşırı yararlanma (gabin) durumunda da karşı taraf, zor durumda olanın bu durumundan yararlanarak onu sömürme kastıyla hareket etmiştir. Bütün bu durumlarda iradesi sakatlanan veya iradesi ile beyanı arasında uygunsuzluk bulunan yahut gabine maruz kalan kişinin korunması gerekir. Baştan itibaren sözleşmeyi geçersiz kılmak hem bu kişilerin korunabilmesi bakımından hem de zaten sözleşme doğuştan sakat olduğu için anlamlıdır. Öte yandan iptal hâlinde korunmaya lâyık taraf, aldatan, korkutan, sömüren taraf değil, işleminden zarar gören taraftır.

İptal sadece borçlandırıcı işlemi değil, tasarruf işlemi de baştan itibaren geçersiz hâle getirir⁹⁹. Bununla beraber iptalin geçmişe etkisi mutlak değildir. Sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde iptal geleceğe etkilidir. Ayrıca iptal bir hak düşürücü süre ile sınırlanmıştır. Bu süre içinde sözleşme iptal edilmezse geçerli bir biçimde varlığını sürdürür. Dahası, tıpkı kesin hükümsüzlükte olduğu gibi iptalde de, sözleşme iptal edilmeden önce tapudan iyi niyetle bir aynî hak kazanan kişinin bu kazanımı korunur¹⁰⁰.

⁹⁷ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 588 vd.; EREN, s. 388-389; ANTALYA, s. 125-126.

⁹⁸ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 586; GÜL, s. 143.

⁹⁹ GÜL, s. 96.

¹⁰⁰ CANSEL, 31.

Görüldüğü üzere gerek kesin hükümsüzlükte gerekse iptalde hem sözleşmenin (borçlandırıcı işlemin) hem de tasarruf işleminin baştan itibaren geçersiz sayılmasının son derece mantıklı ve tutarlı sebepleri bulunmaktadır. Fakat aynı şey dönme için söylenemez. Zira dönme bir geçersizlik sebebi değildir. Bu nedenle dönmeyi, yokluk, butlan ve iptal gibi ağır geçersizlik türleri ile aynı sonuçlara tâbi tutmanın doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. Dönme borç ilişkisini ortadan kaldırır. Sebebe bağlılığın kabul edildiği bir hukuk sisteminde borç ilişkisi ile birlikte bu ilişkiye dayanılarak gerçekleştirilen tasarruf işleminin de ortadan kalkması gayet doğal ve mantıklı bir sonuçtur. Fakat problem tasarruf işleminin dönme ile birlikte, geleceğe etkili olarak mı yoksa baştan itibaren mi ortadan kalkacağı noktasında toplanmaktadır. Yeni dönme görüşünün dışındaki tüm görüşler dönme ile borçlandırıcı işlemin baştan itibaren ortadan kalkacağını ancak tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceğini kabul etmektedirler. Sadece aynı etkili dönme görüşü tasarruf işleminin de baştan itibaren geçersiz olacağını savunmaktadır. Ancak bu görüş pek çok sakıncayı bünyesinde barındırmaktadır.

Her şeyden önce ifasına başlanmış bir sözleşmeyi özellikle bu sözleşme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise yıllar sonra ortadan kaldırmak ve sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle yapılan her şeyi yok saymak, hiç olmamış farz etmek adil olmadığı gibi somut gerçekliğe de uygun düşmez. Özellikle sözleşmenin geçerli olduğuna güvenilerek yapılan tasarruf işlemlerini yapılmamış saymak hukukî güvenlik ilkesini de ihlâl eder¹⁰¹.

Bizim hukukumuzda borç ilişkisini sona erdiren sebepler; fesih, geri alma, bozma sözleşmesi ve dönmedir. Bunlardan fesih sürekli borç ilişkilerini geleceğe etkili olarak sona erdirir¹⁰². Geri alma ise kısmen fesih kısmen dönmeye benzetilmektedir. Sürekli borç ilişkilerinde geleceğe etkilidir. Bazı ani edimli borç ilişkilerinde ise geçmişe etkili olacağı kabul edilmektedir¹⁰³.

Bozma sözleşmesi (ikale), tarafların daha önceden yaptıkları bir sözleşmeyi, bu sözleşmeden doğan alacak ve borçlarından vazgeçmek

¹⁰¹ Bu noktada Öz'ün felsefik açıklamalarına katılmadığımızı belirtmekle yetiniyoruz (ÖZ, s. 171).

¹⁰² EREN, s. 1424.

¹⁰³ EREN, 1428; AKINCI, Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s. 54-56.

suretiyle sona erdirmeleridir. Bunun için her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına ihtiyaç vardır. Bozma sözleşmesi ilke olarak geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Taraflar bunun aksini de kararlaştırabilirler. Özellikle sürekli borç ilişkilerinin ifasına başlandıktan sonra bozma sözleşmesinin geleceğe etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir¹⁰⁴. Buna göre, taraflardan sadece birinin edimi sürekli nitelikte olsa ve ifasına başlansa artık bozma sözleşmesi geleceğe etkili hüküm ve sonuç doğurur¹⁰⁵.

Görüldüğü üzere sadece ani edimli borç ilişkilerinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilceği kabul edilmektedir. Ancak bu kabul, tasarruf işleminin de mutlaka baştan itibaren ortadan kalkacağı anlamına gelmemektedir. Fakat bir an için ani edimli borç ilişkilerinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkarken tasarruf işleminin de baştan itibaren geçersiz olacağı kabul edilse bile varılan bu sonuç arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için geçerli olmaz. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi satış ve eser sözleşmesinin bazı unsurlarının bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulan bir karma sözleşmedir. Doktrinde¹⁰⁶ eser sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalı olup ani edimli olmadığı yönünde görüşler de vardır. Bir kısım yazarlarla birlikte Yargıtay da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini “geçici-sürekli karmaşığı” bir sözleşme olarak kabul etmektedir. Bu nedenle mesela satım gibi ani edimli bir sözleşmeye uygulanan kuralların bir yönüyle ani, bir yönüyle sürekli edimli sözleşme olarak kabul edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması doğru olmayacağı gibi adil olmayan sonuçlara da yol açar. Nitekim Yargıtay 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında¹⁰⁷ bu gerçeği ifade etmiştir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararına göre “iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ‘ani edimli’ sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise

¹⁰⁴ EREN, s. 1422-1423; SEROZAN, s. 77-78.

¹⁰⁵ SAVAŞ, Abdurrahman, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, (2016), Sayı 26, s. 130-134; BUYRUKÇU, Ömer, Türk Borçlar Hukuku’nda Bozma Sözleşmesi (İkale), Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2020, s. 72. Serozan’a göre ikalede (bozma sözleşmesinde) geri verme edimleri sözleşmeye dayanır. İki yanlı bir işlem olan ikalede benimsenen akdî çözümler çözümünün tek yanlı bir işlem olan dönmede kabul edilmemesinin haklı bir sebebi olamaz. Çünkü her ikisinde de menfaat durumu aynıdır (SEROZAN, s. 78).

¹⁰⁶ Farklı görüşler için bkz. SEÇER, 77 vd.

¹⁰⁷ Yargıtay İBK, 25.01.1984 T, 1983/3 E, 1984/1 K (www.kazanci.com).

de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri 'geçici- sürekli karmaşığı' bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir."

...

"Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde 'hakkı şekle mahkûm edecek derecede' adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir".

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmesine rağmen, kanunda bu sözleşme düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara da yer verildiğine vurgu yapılmıştır. İnşaat sözleşmelerinin ise genellikle uzun bir zaman dilimine yayılması sebebiyle sürekli borç ilişkilerine uygulanan kuralların dikkate alınması gerektiğine işaret edilmiş ve inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Kararda ayrıca, ani edimli borç ilişkileri için öngörülen Borçlar Kanunu'nun 106-108. (TBK m. 125) hükümlerinin "geçici - sürekli karmaşığı" olan inşaat sözleşmelerine uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Bize göre de bu görüş doğru bir görüştür ve aynî etkili dönme görüşü hatta klâsik dönme görüşü, bir an için ani edimli borç ilişkileri bakımından doğru kabul edilse bile anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'na açıkça aykırıdır.

Aynî etkili dönme görüşünü savunanlar diğer görüşlerin kabul edilmesi durumunda asıl malikin yeterince korunamadığını ifade etmektedirler. Bu fikre göre özellikle üçüncü kişinin kötü niyetli olması durumunda tasarruf işlemine dokunulmadığı için asıl malik taşınmazını geri alamayacak, tazminatla yetinmek zorunda kalacaktır. Bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Çünkü yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere arsa sahibi (asıl malik) her ne kadar temerrüde düşen yüklenici karşısında korunması gereken taraf olsa da üçüncü kişi bakımından korunmaya lâyık olan taraf değildir. Öte yandan üçüncü kişiyi en az

koruyan yeni dönme görüşüne göre bile eğer dönmeden sonra üçüncü kişiye devir yapılmışsa devredenin tasarruf yetkisi artık kalmadığı için yapılan devir geçerli olmayacaktır. Bu ihtimalde üçüncü kişi sadece iyi niyetli olması hâlinde korunur. Dönmeden önceki devirlerde de arsa sahibi büsbütün çaresiz değildir. Çünkü eğer üçüncü kişi kötü niyetli ise bu devir çoğu zaman muvazaalı olacaktır. Zira üçüncü kişi kötü niyetli iken devreden yüklenicinin iyi niyetli olma ihtimali yok denecek kadar azdır. Ayrıca arsa sahibinin İİK 277 vd. hükümlerine göre korunması da mümkündür. Gerçi bu hükümlere göre dava açabilmek için bazı şartların oluşması gerekir ve çoğu zaman davacı davayı kazansa bile elde edeceği şey devrettiği taşınmaz değil, bir miktar paradır. Fakat sonuçta büsbütün çaresiz değildir. Fakat aynî etkili dönme görüşü kabul edildiği takdirde üçüncü kişi büsbütün çaresiz kalmaktadır. Yargıtay'a göre üçüncü kişinin iyi niyetli olması bile sonucu değiştirmemektedir. Taşınmazını kaybeden üçüncü kişi ya alacağı zamanaşımına uğradığı için ya da yüklenici borca batık olduğundan dolayı verdiği parayı dahi geri alamamaktadır. Öte yandan eski malik (arsa sahibi) mutlaka taşınmazına kavuşacak diye bir kural da bulunmamaktadır. Unutmamak gerekir ki arsa sahibi zorunlu olmadığı hâlde arsayı daha işin başında devretmiş ve dönme ihtimaline karşı hiçbir tedbir almamıştır. O hâlde bu tedbirsizliğinin sonucuna katlanması gereken taraf arsa sahibidir. TMK m. 23 gibi bazı istisnalara bir kenara bırakılırsa özel hukuk ilişkilerinde, özellikle borçlar hukuku alanında kendini korumayanı kanun korumaz. Arsa sahiplerini ne pahasına olursa olsun korumak için hukukçular gayret etmemeli, arsa sahipleri kendilerini korumak için gayret etmelidir.

Sonuç olarak, aynî etkili dönme görüşünün dışındaki bütün görüşlere göre dönme tasarruf işlemine etki etmez. Dönmeden önceki tasarruf işlemleri geçerli kalmaya devam ederler. Bu nedenle dönmeden önce tapudaki tescil yolsuz tescil değildir. Böyle bir tescile dayanarak aynî hak iktisap eden kişinin iyi niyetli olması bile gerekmez¹⁰⁸. Dönmeden sonra devir yapılmışsa, tescil artık yolsuz hâle geleceği için ancak o vakit müktesibin iyi niyetli olması gerekir. Bize göre de dönmeden önce bir yolsuz tescil bulunmamaktadır. Tescilin yolsuz hâle gelmediği bir dönemde yapılan devirler geçerli olup TMK m. 1023'e gitmeye lüzum yoktur. Bu nedenle yükleniciden bağımsız bölüm devralan kişilerin iyi niyetli olup olmadığını dahi araştırmaya lüzum yoktur. Aynı durum

¹⁰⁸ **ERMAN**, s. 177. Aynı görüşte, **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem, Çalıştay, s. 111; **YILDIRIM**, Abdülkerim, Çalıştay, s. 113.

ipoteke gibi sınırlı aynî haklar edinenler için de geçerlidir. Fakat arsa sahibinin sözleşmeden döneceğini fark eden yüklenici elini çabuk tutup üçüncü kişilere devir yapmışsa o zaman üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmaması önem taşır. İyi niyetli değilse ve şartları oluşmuşsa muvazaa hükümlerine göre yolsuz tescilin düzeltilmesi talep edilebilir.

F. Konunun 25.01.1984 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Açısından Değerlendirilmesi

Yargıtay, eleştiriye konu olan kararlarında sık sık 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapmaktadır. Fakat yukarıda kısaca değerlendirdiğimiz bu karar Yargıtay'ın avans tapu kararlarına dayanak olamaz. Bilakis avans tapu kararlarının anılan İçtihadı Birleştirme Kararı ile çeliştiği kanaatindeyiz. Çünkü avans tapu kararları ancak ani edimli borç ilişkileri için kabul edilebilecek olan aynî etkili dönme teorisini kabul etmektedir. Oysa İçtihadı Birleştirme Kararında eser sözleşmesi "geçici-süreklî karmaşığı" bir sözleşme olarak kabul edilmiştir. Ayrıca söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında üçüncü kişilerin TMK m. 1023'ten yararlanamayacağına ilişkin en ufak bir ibare yoktur. Karar feshin ne zaman ileriye etkili ne zaman geçmişe dönük sonuç doğuracağına dair olup yüklenicinin hangi şartlarda olumlu zararını isteyebileceğini açıklamaya yöneliktir.

III. YARGITAY KARARLARINDAKİ ELEŞTİRİYE AÇIK OLAN DİĞER HUSUSLAR

Yargıtay'ın avans tapu kararları olarak bilinen bu kararları pek çok bakımdan eleştiriye açık kararlardır.

A. Nispidilik İlkesi Bakımından

Bilindiği üzere borç ilişkileri nispidir. Nispidilik ilkesi gereğince üçüncü kişilerin borç ilişkisine dâhil olarak haklar elde etmeleri mümkün olmadığı gibi borç ilişkisinden doğan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi de mümkün değildir¹⁰⁹. Yargıtay'ın avans tapu kararları borçlar hukukunun en temel ilkelerinden biri olan nispidilik ilkesini ihlâl etmektedir¹¹⁰. Öyle ki arsa sahibini korumak uğruna (ki bu ilişkide üçüncü kişi karşısında korunmaya lâyık taraf değildir) arsa sahibinin elinin sadece yükleniciye değil, üçüncü hatta dördüncü, beşinci kişilere

¹⁰⁹ EREN, s. 52 vd.; AKINCI, s. 22.

¹¹⁰ ÖZMEN/ÜREM, s. 27.

kadar uzanabileceği, yükleniciye karşı ileri sürebileceği hakları bunlara karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir.

B. İyiniyet Bakımından

Yukarıda bu konu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ancak şu kadarını belirtelim ki Yargıtay'ın üçüncü kişiyi peşinen kötü niyetli kabul ederek adeta bir kötü niyet karanesi yaratması¹¹¹ hatta iyi niyet araştırmasına dahi lüzum görmemesi kabul edilemez. Öte yandan TMK m. 3'e göre bir hakkın kazanılabilmesi için kanun iyi niyeti şart kılmuşsa iyi niyet araştırması yapılır. Bir hakkın kazanılması iyi niyete bağlı değilse hakkı kazananın iyi niyetli olup olmadığı önemli değildir. TMK m. 1023'e göre bir taşınmazı iktisap edebilmek için öncelikle tapuda devreden adına bir yolsuz tescil olmalıdır. Tescil yolsuz değilse iyi niyet araştırmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü müktesip taşınmazı malikten devralmıştır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulan aynî etkili dönme görüşünün dışındaki tüm görüşlere göre üçüncü kişinin taşınmazı iktisap ettiği anda henüz dönme gerçekleşmemişse tapuda bir yolsuz tescil bulunmamaktadır. Devir tarihinde devreden maliktir. Dönme tasarruf işlemini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmadığı için devreden devir anında tasarruf yetkisi de vardır ve bu nedenle devralan malik olur. Devir anında tescil yolsuz olmadığı için iyi niyet araştırmasına da lüzum yoktur¹¹². Bunun istisnası ancak muvazaalı devirlerde olabilir.

C. Yargıtay'ın Devri Şarta Bağlı Devir Gibi Görmesi

Bizim de katıldığımız bir fikre göre Yargıtay bu kararlarıyla arsa sahibi tarafından yükleniciye yapılan devri bir şartlı devir hâline getirmiştir. Bu şart karşı edimin ifası şartıdır. Karşı edim ifa edilirse devir geçerlilik kazanacak, ifa edilmezse bozucu şart gerçekleşecek ve taşınmaz arsa sahibine geri dönecektir. Bu suretle adeta bir askıda mülkiyet durumu yaratılmıştır. Askı hâli ifa ile sona ermektedir¹¹³.

Oysa böyle bir uygulama taşınmaz hukukuna özellikle tapu sicili sistemine yabancıdır. Çünkü tapu sicilinde devir şarta bağlı olarak yapılamaz. Tescilin geciktirici şarta bağlanamayacağı konusunda tereddüt yoktur. Bozucu şarta bağlı olarak da yapılamaz. Bunun istisnası bağışlayana dönme koşullu bağışlama (TBK m. 292/II) ve art mirasçı atamanın bu kuralın istisnaları olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu iki

¹¹¹ KAHRAMAN, s. 789.

¹¹² ÖZMEN/ÜREM, s. 28.

¹¹³ ÖZMEN/ÜREM, s. 25.

hâlde dahi bozucu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte tasarruf işleminin sona erip aynî hakkın devredene geri dönüp dönmediği tartışmalıdır.¹¹⁴ Özellikle iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından tescilin hükmünün kesin olması gerekir¹¹⁵. Öte yandan bu yaklaşım, tasarruf işleminin geçerliliğini bedelin (karşı edimin) ödenmesi şartına bağlamaktadır. Bizim hukukumuzda mülkiyetin geçişi (mülkiyeti saklı tutma anlaşmaları dışında) bedelin ödenmesi şartına bağlı değildir.

Gerçekten de TBK m. 243 hükmü gereğince bir taşınmaz şarta bağlı olarak satılmışsa şart gerçekleşmeden tapu siciline kaydedilemez. Aynı maddenin II. fıkrasına göre mülkiyeti saklı tutma şartı da tescil edilemez. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 16/II. maddesine göre de tescil talebi "*tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz*". Taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemini bozucu şarta bağlayıp şerh yoluyla üçüncü kişilere karşı ileri sürme imkânı da yoktur. Çünkü bu konuda *numerus clausus* ilkesi geçerli olup şerh edilebilecek hususlar kanunda sınırlı olarak sayılmıştır¹¹⁶.

Mülkiyetin şartlı olarak üçüncü kişiye geçtiği yönündeki bir kabul mülkiyet hakkı kavramı ve bu hakkın sahibine tanıdığı yetkilerle de bağdaşmamaktadır. Çünkü mülkiyet hakkı tasarruf yetkisini de sağlar. Yargıtay, tapuda malik olan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını adeta askıya almakta, tasarruf yetkisini ise büsbütün ortadan kaldırmaktadır. Sadece üçüncü kişinin yaptığı satışlar değil, tesis ettiği sınırlı aynî haklar mesele ipotekler dahi geçersiz sayılmakta, lehine ipotek tesis edilenin iyi niyetli olmasının bir önemi kalmamaktadır. Böyle bir sonuç yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin belirsiz bir süre boyunca taşınmazı üzerinde tasarruf işlemleri yapamamalarına neden olur. Zira bağımsız bölümün yükleniciden satın alındığını ve günün birinde arsa sahibinin sözleşmeden dönerek kendisi aleyhine dava açabileceği ihtimalini bilen hiç kimse üçüncü kişiden mülkiyet ya da sınırlı aynî hak kazanmak istemez. Sonuçta üçüncü kişi açısından içi boşaltılmış bir mülkiyet kavramı ile karşı karşıya kalırız.

D. Yargıtay'ın Bu Kararı Benzer Konularda Verdiği Diğer Kararlarla Çelişmektedir.

¹¹⁴ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 191 vd.

¹¹⁵ CANSEL, s. 7.

¹¹⁶ SEROZAN, s. 571; ÖZMEN/ÜREM, s. 26.

Yargıtay'ın avans tapu kararları sadece 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile değil, benzer konularda vermiş olduğu pek çok kararlar da çelişmektedir. Zira Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin dışında hemen hiçbir sözleşmede üçüncü kişinin TMK m. 1023'e göre aynî hakkı kazanamayacağını söylememekte, bilakis şartları oluşmuşsa kazanacağına hükmetmektedir. Mesela yukarıda da ifade edildiği üzere gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaktadır. Sahte vekâlet ile yapılan devirler ile inançlı devirlerde de üçüncü kişi iyi niyetliyse mülkiyeti kazanacağına hükmedilmektedir. Öte yandan Yargıtay yakın zamana kadar üçüncü kişi lehine ipotek tesis edilmişse bu ipoteğin de geçersiz olduğuna hükmederken¹¹⁷ bu konudaki görüşünü değiştirmiş ve isabetli bir biçimde iyi niyetli üçüncü kişinin korunması gerektiğine hükmetmeye başlamıştır¹¹⁸. Fakat Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz

¹¹⁷ Bölge İdare Mahkemesi'nin "Satıcı Şirketin şeklen malik görüldüğü tapu kaydına, satış sözleşmesinin yapıldığı 01.04.2011 tarihinden ve 31.12.2012 tarihindeki teslimden sonra, 25.06.2014 tarihinde ipotek koyan davalı bankanın teminata konu edilen taşınmazın mevcut durumunu bilmediği, kat irtifaklı yer üzerindeki binalardan habersiz olduğu ve bu binaların mesken olarak kullanıldığından bilgisi olmadığını savunması için davalı bankanın satıcı şirkete kredi verirken ipotek kurulacak taşınmazı araştırma ve değerlendirme, risk analizi oluşturma, değer tespiti yapma ve bu taşınmazlar üzerinde eksper incelemesi yaptırmayı yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasının gerektiği, davalı bankaların teminat karşılığı kredi vermek için sadece tapu kayıtları ile yetinmesinin mümkün olmadığı, teminatın tapu dışı unsurlar bakımından da ayrıntılı eksper raporları ile desteklediğinin bilinen bir gerçek olduğu, harici satışla taşınmazın başkasına satılması uygulamada sıkça rastlanılan bir durum olması karşısında, satış nedeni ile yapılan ödemeleri basit bir araştırma ile tespit edebilecekken araştırmadan veya beklenen haklarının olup olmadığını sorgulamadan kredi vererek ipotek kurmak basiretli bir tüccarın niteliklerinden olan, Bankacılık Kanunu'nda da özenle araştırma yükümlülüğününün davalı kredi veren bankaya yüklenmesine karşın bu araştırmanın yapılmadığı, davacının sözleşme tarihi itibarı ile, yani ipotekten evvel ödemelerinin şirket hesaplarında kayıtlı bulunduğu, bankanın inşaat yapıp satış yapan şirkete kredi verirken bu dairelerin tüketicilere satılması gerçeği üzerinde hiç durulmadığı ve TMK'nın 1024. maddesi kapsamında durumu bilebilecek durumda olan bankanın gerekli özeni göstermediği..." gerekçesiyle ipoteğin kaldırılması yönünde verdiği karar Yargıtay tarafından onanmıştır. (Yargıtay 7. HD, 27.3.2024 T, 2023/802 E, 2024/1789 K. www.kazanci.com).

¹¹⁸ "Davalı bankanın, kanun hükümlerine aykırı davrandığı mahkemece belirlenmemiş olup, şekle aykırı yapıldığı için geçersiz olan ve tapu siciline şerh verilmeyen bir sözleşmeden dolayı, bu sözleşmenin ifasıyla ilgili konuları kredi vermeden ve ipotek koydurmadan önce araştırmadığı, özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle sorumlu tutmanın haklı gerekçesi bulunmamaktadır.

Emredici kanun hükümlerine aykırı davranan davacının kusurlu halleri bir tarafa bırakılarak, kanun hükümlerine aykırı bir davranışı ispatlanamayan, tapu kaydına güvenerek

konusu olduğunda üçüncü kişilerin ileriye etkili fesih dışında TMK m. 1023 hükmünden yararlanamayacağına hükmetmektedir. İleriye etkili feshi ise ancak inşaatın önemli bir kısmı tamamlanmışsa kabul etmektedir.

E.Yargıtay Kararları İnsanların Adalet Duygularını İncitmektedir.

Ülkemizde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yaygın bir uygulaması bulunmakta ve on binlerce belki de yüzbinlerde insan yüklenicilerden bağımsız bölüm satın almaktadır. Arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde üçüncü kişiler aleyhine dava açmakta ve Yargıtay da bu davaları kabul etmektedir. Sonuçta dışından tırnağından arttırdığı paralarla başını sokacak bir ev alabilen kişilerin evleri ellerinden alınmaktadır. Davanın sonunda bağımsız bölümünü kaybeden üçüncü kişiler yükleniciden tazminat da alamamakta ve mağduriyetleri ikiye katlanmakta, haklı olarak isyan etmekte, adalete olan güvenleri sarsılmaktadır. Eğer Yargıtay görüşünü değiştirmezse mağdurların sayısı artacak ve belki de bu mağduriyetler bir sosyal patlamaya yol açacaktır¹¹⁹.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin işin başında arsayı yükleniciye devretmesi ve yüklenici tarafından arsa paylarının üçüncü kişilere satılması durumunda, yüklenicinin temerrüde düştüğü gerekçesiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda Yargıtay, arsa sahibinin üçüncü kişilere karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'a göre arsa sahibi tarafından yapılan bu devirler yükleniciye verilmiş bir avans niteliğindedir ve arsa sahibi verdiği avansı geri alabilir. Üçüncü kişi yüklenicinin halefi olduğu için yükleniciye karşı açılacak davalar üçüncü kişiye karşı da açılabilir. Böyle bir durumda üçüncü kişi TMK m.

diğer davalıya genel kredi sözleşmesiyle kredi kullandıran davalı bankayı, kredinin teminatı bağımsız bölümü adı yazılı sözleşmeyle tapu dışı yolla üçüncü bir kişinin alıp almadığını araştırmadığı için basiretli davranmadığından sorumlu tutmak ve 4721 Sayılı Kanun'un 1023. maddesinden yararlanmayacağını söyleyebilmek adil ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme değildir." (Yargıtay 7. HD, 17.9.2024 T, 2023/2943 E, 2024/3886 K. www.kazanci.com)

¹¹⁹ **ÜRE**, Müge, Çalıştay, s. 108. Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü'ne bu konuda binlerce şikâyet geldiği yönündeki açıklama için bkz. **GÜNGÖR ÖZÇELEBİ**, Derya, Çalıştay, s. 119. Tapu kadastro Hukuk Müşavirliğine binlerce şikâyet ulaştığı yönündeki açıklama için bkz. **ÇELEBİ**, Ömer Sinan, Çalıştay, s. 122.

1023'ten yararlanamaz. Arsanın yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile devralındığını bilmesi gereken üçüncü kişinin iyi niyetinden söz edilemez.

Yargıtay'ın bu istikametteki kararları pek çok açıdan hukuka aykırı ve eleştiriye açıktır.

Her şeyden önce arsa sahibi tarafından yapılan devrin avans niteliğinde olduğu söylenemez. Avans para borçlarında söz konusu olur. Ayrıca bu görüşün kanunî bir dayanağı da bulunmamaktadır. Arsa sahibinin yaptığı devir olsa önce ifa yükümlülüğünün bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

Üçüncü kişinin yüklenicinin halefi olduğu gerekçesiyle ona karşı dava açılabileceğini söylemek de mümkün değildir. Sadece küllî halefiyet durumunda devredene karşı ileri sürülebilecek talepler devralana karşı da ileri sürülebilir. Ayrıca alacağın devri (temlik) hükümlerine göre yapılan devirlerde de arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği talepleri üçüncü kişilere karşı ileri sürmesi mümkündür. Ancak bu sonuç kanundan doğmaktadır. Oysa yüklenici tapu maliki sıfatıyla devir yapmışsa alacağın devri hükümleri uygulanmaz. Nihayet, halefiyet bazen borçlunun iradesinden ama çoğu zaman kanundan doğar. İnceleme konusu olan ilişkide ne borçlu iradesinden ne de kanundan doğan bir halefiyet vardır.

İki tarafa borç yükleyen, Yargıtay'ın ifadesiyle karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde taraflardan birinin karşı edimi iktisap edebilmesi için kendi edimini iktisap etmesi gerektiği yönündeki Yargıtay görüşü, sadece edimler ifa edilmeden önce kabul edilebilir. Zira edimler ifa edilmeden önce kendi edimini ifa etmeyen ya da ifaya hazır olduğunu fiilen göstermeyen, karşı taraftan olan alacağını talep edemez. Aksi hâlde bir ödemelik def'i ile karşılaşır. Fakat taraflardan biri edimini ifa etmişse diğer taraf geçerli bir biçimde hakkı iktisap eder. Bizim hukukumuzda hakkı iktisabı karşı edimin ifası şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle Yargıtay'ın, yüklenicinin ancak kendi edimini ifa ettiği takdirde mülkiyeti kazanacağı yönündeki gerekçesine katılmak mümkün değildir. Yüklenici tescil ile birlikte malik olur.

Yargıtay, üçüncü kişiye peşinen kötü niyetli saymakta ve üçüncü kişinin inşaaata bakarak yüklenicinin arsayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden devraldığını, arsa sahibinin günün birinde sözleşmeden dönebileceğini ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini bilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe de katılma

imkânı bulamıyoruz. Çünkü tapu siciline güven ilkesi bakımından üçüncü kişinin bakmak zorunda olduğu şey sadece tapu sicilidir. İnşaatın fizikî durumuna bakmak zorunda değildir. Bununla beraber yolsuz tescili tapu dışı yollarla öğrenmişse kötü niyetli sayılabilir. O hâlde TMK m. 1023'ün şartlarının oluşup oluşmadığını tespit edebilmek için üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığı araştırılmalı, kötü niyeti TMK m. 3 gereğince davacı ispat etmelidir. Öte yandan üçüncü kişinin iktisabı esnasında henüz dönme gerçekleşmemişse üçüncü kişiyi sadece muvazaa varsa kötü niyetli saymak mümkün olabilir. Bu ihtimalde de zaten muvazaa hükümlerine göre tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir. Üçüncü kişi günün birinde arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğini hesap etmek zorunda değildir.

Üçüncü kişinin TMK m. 1023'e göre mülkiyeti kazanabilmesi için iyi niyetin dışında daha başka şartlara da ihtiyaç vardır. Bunlardan birincisi tapuda bir yolsuz tescilin olmasıdır. Eğer aynî sonuçlu dönme görüşü benimsenir ve dönme ile birlikte tescilin baştan itibaren yolsuz olduğu kabul edilirse bu şart gerçekleşmiş olur. TMK m. 1023'ün öteki şartlarının da gerçekleşmesi durumunda üçüncü kişi mülkiyet hakkını kazanır. Diğer görüşlerin benimsenmesi durumunda ise dönmeden önce yapılan devirlerde yolsuz tescilden söz edilemeyeceği için devir geçerli olur. Bu durumda iyi niyete gerek kalmaksızın devir anında üçüncü kişi malik olur. Dönmeden sonra yapılan devirlerde ise üçüncü kişinin mülkiyeti kazanabilmesi için TMK m. 1023'ün diğer şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Çünkü dönme anından itibaren tescil yolsuz hâle gelmiştir.

İkinci şart ise tapuda bir aynî hakkın kazanılmış olmasıdır. Şahsî haklar m. 1023'e göre iktisap edilemezler. Yargıtay üçüncü kişinin iktisabını şahsî hak olarak kabul etmektedir. Bu görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü üçüncü kişi tapuda malik olan yükleniciden mülkiyet hakkı kazanmıştır. Alacağın devri hükümlerine göre alacak hakkını devralmamıştır. Şu hâlde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payını devralan üçüncü kişi açısından bu şart da gerçekleşmiş olmaktadır.

İyi niyet dışındaki üçüncü şart, arsa payını devralanın üçüncü kişi olmasıdır. Üçüncü kişi, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmeye taraf olmayan kişidir. Yüklenicinin küllî halefleri üçüncü kişi değildir. Yükleniciden arsa payı devralanlar hem sözleşmenin tarafı hem de küllî halef olmadıkları için üçüncü kişi sayılırlar.

Nihayet iktisabın ehliyet, şekil gibi sebeplerle geçersiz olmaması gerekir.

Bütün bu şartlar gerçekleşmişse TMK m. 1023'e göre üçüncü kişi mülkiyet hakkını kazanır. Bu durumda yapılması gereken şartların oluşup oluşmadığını çok iyi tetkik etmek, özellikle üçüncü kişinin kötü niyetli olup olmadığına bakmaktır.

Yargıtay kararları incelendiğinde aynî etkili dönme teorisine göre karar verdiği görülmektedir. Ancak bu teori özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde son derece adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Bu teori kabul edildiğinde arsa sahipleri korunmakta ama asıl korunması gereken iyi niyetli üçüncü kişi korunmamaktadır. Oysa bu ilişkide arsa sahibi üçüncü kişi karşısında korunmaya lâyık taraf değildir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu avans tapu kararları borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan nispiyet ilkesine de aykırıdır. Çünkü arsa sahibine üçüncü, hatta dördüncü beşinci kişilere karşı bile yüklenicinin borcundan dolayı dava açma imkânı verilmektedir. Öte yandan Yargıtay, yüklenici edimini tam olarak yerine getirmediği sürece üçüncü kişiye malik olarak görmemekte ve devri şartlı devir gibi kabul etmektedir. Yıllar sonra beklenmedik bir anda tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile karşılaşan üçüncü kişiler, tedbir kararları sebebiyle mülkiyet haklarını diledikleri gibi kullanamamakta, yıllarca tedirgin ve huzursuz olmakta, taşınmazlarını kaybettiklerinde ya zamanaşımı sebebiyle yükleniciye karşı dava açamamakta veya dava açıp kazansalar bile yüklenici borca batık olduğu için hiçbir şey elde edememektedirler.

Yargıtay kararları benzer konularda verilmiş başka kararlarla da çelişmektedir. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde, sahte vekâlet ile yapılan devirlerde, inançlı temliklerde TMK m. 1023'ün uygulanabileceğini kabul eden Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu hükmün uygulanamayacağını söylemektedir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı, İstanbul 12-13 Ocak 2023 (Kısaltılmış Çalıştay).
(<https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/14072023125623tbk.pdf> ET, 25.01.2025).
- AKINCI**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 13. Baskıdan Genişletilmiş 14. Baskı, Konya 2021.
- AKINCI**, Şahin: Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004 (AKINCI, Vekâlet).
- ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2016.
- ARAT**, Ayşe: Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018.
- ARAT**, Ayşe/**AKÇAAL**, Mehmet, "20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 26, S. 2, s. 367-396.
- ATAMULU**, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017.
- BAYGIN**, Cem/**NAR**, Ahmet: Medenî Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024.
- BROX/Walker**, Besonderes Schuldrecht, 29. Auflage, München 2004.
- BUYRUKÇU**, Ömer: Türk Borçlar Hukuku'nda Bozma Sözleşmesi (İkale), Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2020.
(<http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/bitstream/handle/123456789/6230/T06862.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- CANSEL**, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.
- ÇETİNER**, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024.
- DEMİRSATAN**, Barış: Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, İstanbul 2021.
- EDİS**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Ankara 2023.

- ERKAN**, Vehbi Umut/**YÜCER**, İpek, “*Ayırt Etme Gücü*”, AÜHFD, 60 (3) 2011, s. 485-522.
- ERMAN**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul 2010.
- FIKENTSCHER**, Wolfgang/**HEINEMANN**, Andreas: Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston 2017.
- GÜL**, İbrahim: İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Ankara 2020.
- GÜNERGÖK**, Özcan/**KAYIHAN**, Şaban: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, İstanbul, 2024.
- KAHRAMAN**, Zafer, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi*”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.781-797.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 25. Bası, Ankara 2021.
- KIRCA**, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2007, s. 77-109 (<https://www.lexpera.com.tr/literatur/sempozyum-makaleler/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmelerinde-sozlesmeden-donmenin-ucuncu-kisilere-etkisi-ii-tapu-1/1>).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008.
- KOÇAK DİKER**, Duygu, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72 (3) 2023, s. 1427-1467.
- KOLLER**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Bern 2017.
- LOOSCHELDERS**, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2021.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul 2023.

- ÖZ, M. Turgut**, “*Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi*”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 1985, C. 13, S. 16, s. 131-172.
- ÖZ, M., Turgut**: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, İstanbul 1990 (ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme).
- ÖZMEN, E. Saba/ÜREM, Müge**, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler*”, *T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, s. 13-30.
- ÖZYİĞİT, M. Hulusi**: Türk Hukukunda Yolsuz Tescil, Ankara 2019.
- SAVAŞ, Abdurrahman**, “*Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, (2016), Sayı 26, s. 105-141.
- SEÇER, Öz**: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2023.
- SEÇER, Öz**: Eser Sözleşmesinin İş Sahibi tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016 (SEÇER, Eser).
- SONSUZOĞLU, Elif**, “*Bir Vergi Hukuku Sorunu: Ücret Avansları ve Personele Verilen Borçlar*”, *İ.Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 43.-44. Seri/Yıl 2003, s. 37-51.
- ŞENGÜL, Mehmet**: Tapu Sicilinin Aleniyeti, Ankara 2013.
- STURNER, Michael**: Prütting-Wegen-Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Hrsg: Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd), 13. Auflage, Hürth 2020 (PWW/Stürner).
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel**: Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara 2018.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah**: Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.
- YAKAN, Burak/DOĞAN, Murat**, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi ve Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Aynen İfadadan Vazgeçilerek*

Müspet Zararın İstendiği Hâllerde Sözleşmenin Şerhinin Hukuki Akıbeti'', Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2024, C. 14, S. 2, s. 1299-1344.

ZENGİN, Hüseyin Kağan: Mecra Hakkı, Ankara 2022.

ULUSLARARASI HUKUKUN KARA DELİĞİ*: İSRAİL VE “KÜRESEL VİCDANIN UMUT IŞIĞI”: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Doç. Dr. Selcen ERDAL*

Öz

8 Ekim 2023 tarihinden itibaren Filistin’de yaşananlar, uluslararası toplumu ağır bir felaket ile yüzleştirmiş; İsrail’in Filistin halkını hedef aldığı askeri operasyonları ile “soykırım suçunun”, “insanlığa karşı suçların” ve “savaş suçlarının” işlendiği büyük bir trajedi gözler önüne serilmiştir. Uzman kuruluşların güncel raporları; İsrail’in operasyonları sonucunda, çoğunluğu kadın ve çocuk olmak üzere 40 binin üzerinde Filistinlinin yaşamını yitirdiğini, 90 binin üzerinde Filistinlinin yaralandığını ve Gazze’deki nüfusun neredeyse tamamının yerinden edildiğini ortaya koymuştur. Sağ kalan Filistinlilerin ise -insani yardım akışının da İsrail tarafından engellenmesi nedeniyle- açlığa, susuzluğa ve benzeri görülmemiş bir yoksunluğa terk edildiği aktarılmıştır. Bu duruma ilişkin olarak, uluslararası hukukun sağladığı araç ve yöntemler çerçevesinde çözümler aranmışsa da İsrail durdurulamamıştır. Bununla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi, Roma Statüsü hükümlerine dayanarak, İsrail

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı Konya, Türkiye | Assoc. Prof., Selcuk University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Konya, Türkiye. [✉ selcenkocaman@hotmail.com](mailto:selcenkocaman@hotmail.com), • ORCID 0000-0002-1294-3247

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ERDAL, Selcen: “Uluslararası Hukukun Kara Deliği”: İsrail ve “Küresel Vicdanın Umud Işığı”: Uluslararası Ceza Mahkemesi”, SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 559-576.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Başbakanı Netanyahu ile dönemin Savunma Bakanı Gallant hakkında “tutuklama emri” çıkarılmasına karar vermiş ve böylelikle, Gazze’de süren insani felaketin başlıca sorumlularına hesap verecekleri mesajını iletmiştir.

Anahtar Kelimeler

• Filistin • İsrail • Uluslararası Ceza Mahkemesi • Tutuklama Emri • Binyamin Netanyahu • Yoav Gallant

“THE BLACK HOLE OF INTERNATIONAL LAW”: ISRAEL AND “GLIMMER OF HOPE FOR GLOBAL CONSCIENCE”: THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Abstract

Since October 8, 2023, events in Palestine have confronted the international community with a great catastrophe; a great tragedy in which “crimes of genocide”, “crimes against humanity” and “war crimes” have been committed by Israel's military operations targeting the Palestinian people. Recent reports by expert organizations have revealed that Israel's operations have killed over 40,000 Palestinians, mostly women and children, injured over 90,000 Palestinians and displaced almost the entire population of Gaza. Although solutions were sought within the framework of the tools and methods provided by international law, Israel could not be stopped. However, the Pre-Trial Chamber No. 1 of the International Criminal Court, based on the provisions of the Rome Statute, decided to issue an “arrest warrant” against Israeli Prime Minister Netanyahu and former Defense Minister Gallant, sending a message that those primarily responsible for the ongoing humanitarian catastrophe in Gaza will be held accountable.

Keywords

• Palestine • Israel • International Criminal Court • Arrest Warrant • Binyamin Netanyahu • Yoav Gallant.

GİRİŞ

7 Ekim 2023 tarihinde Hamas (El Kassam Tugayları) tarafından gerçekleştirilen ve “Aksa Tufanı Operasyonu” olarak adlandırılan eylemlerin ardından, uluslararası toplum Gazze Şeridi’nde somutlaşan ağır bir felaket ile yüzleşmiştir. Nitekim İsrail’in, Hamas’ın sözü edilen eylemine karşılık olarak başlattığı, Filistin halkını hedef aldığı ve herhangi bir kural tanımaksızın gerçekleştirdiği askeri operasyonları; “soykırım suçunun”, “insanlığa karşı suçların” ve “savaş suçlarının” işlendiği büyük bir trajedi gözler önüne sermiştir.

Güncel veriler; İsrail'in operasyonları sonucunda, çoğunluğu kadın ve çocuk olmak üzere 40 binin üzerinde Filistinlinin yaşamını yitirdiğini, uzuvlarının kesilmesi gereken çocuklar da dahil olmak üzere 90 binin üzerinde Filistinlinin yaralandığını ve Gazze'deki nüfusun neredeyse tamamının yerinden edildiğini ortaya koymaktadır¹. Evsiz, okulsuz ve hastanesiz bırakılan sağ kalan Filistinlilerin ise -insani yardım akışının da İsrail tarafından engellenmesi nedeniyle- açlığa, susuzluğa ve benzeri görülmemiş bir yoksunluğa terk edildiği aktarılmaktadır².

İsrail'in bu operasyonlarına ilişkin olarak Güney Afrika; "1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme" kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiasıyla ve operasyonların derhal durdurulmasını da içeren talepler ile 29 Aralık 2023 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmuştur. Divan, 26 Ocak 2024 ve 24 Mayıs 2024 tarihlerinde geçici tedbir kararları almıştır³. Sözü edilen kararlarda "ateşkes" ifadesi açık bir biçimde kullanılmamakla birlikte, "sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yapılan saldırıların tamamen durdurulmasının sağlanması ile bölgeye insani yardım akışına izin verilmesini" beraberinde getirecek tedbirler öngörülmüş ve fakat bağlayıcı nitelikte

¹ Ayrıntılı veriler için bkz. United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (UNOCHA), "Occupied Palestinian Territory" (Erişim 26 Eylül 2024).

² Birleşmiş Milletler Batı Asya Ekonomik ve Sosyal Komisyonu'nun raporunda şu ifadeler yer verilmiştir: "Gazze'deki mevcut savaş ve İsrail'in tam kuşatması, Gazze halkını benzeri görülmemiş bir yoksunluğa ve çok boyutlu yoksulluğa sürükleyerek tam teşekküllü bir insani felakete yol açtı. Ateşkes kabul edilse ve insani yardımın Gazze'ye girmesine izin verilse bile yoksulluk ve yoksunluk; özellikle insan yaşamının ve uzuvlarının kaybı, insan sermayesi ve yetenek kaybının boyutu nedeniyle, önümüzdeki yıllarda nüfusun önemli bir bölümünü etkileyecek." Bkz. United Nations Economic and Social Commission for Western Asia (UNESCWA), "War on Gaza 2023: an Unprecedented and Devastating Impact" (Erişim 5 Mayıs 2024). Bunun yanında, UNICEF'in Filistin Devleti'nde Tırmanan İnsani Durum Raporu'nda (25 Ocak-7 Şubat Dönemi, No. 17) şu tespitler yer almıştır: "Gazze'de kıtlık riski her geçen gün artıyor. Özellikle Gazze Şeridi'nin kuzeyindeki 300 bin kişi için durum daha da vahim bir hal almış durumda. Tahminlere göre Gazze Şeridi'nde en az 17 bin çocuk refakatsiz veya ailelerinden ayrı düşmüş durumdadır. Gıda üretemeyen veya ithal edemeyen Gazze nüfusunun tamamı hayatta kalabilmek için yardıma muhtaçtır." Aynı raporda; "7 Şubat itibarıyla Gazze'de tam olarak çalışan hastane bulunmadığı, hastanelerin yüzde 36'sının ve birinci basamak sağlık merkezlerinin yüzde 17'sinin kısmen işlevsel olduğu" da bildirilmiştir. Bkz. United Nations Children's Fund (UNICEF), "UNICEF in the State of Palestine Escalation Humanitarian Situation Report No.17" (Erişim 5 Mayıs 2024).

³ International Court of Justice (ICJ), South Africa v. Israel, (26 January 2024); International Court of Justice ICJ, South Africa v. Israel, (24 May 2024).

olan bu kararların gerekleri İsrail tarafından yerine getirilmemiştir. Kararların gereklerini yerine getirmek bir yana, İsrail operasyon alanını genişletmiş; 24 Mayıs 2024 tarihli geçici tedbir kararının hemen ardından (26 Mayıs 2024), Refah'ta bir çadır kente sığınan Filistinlileri hedef almıştır. Çoğunluğu kadın ve çocuk olmak üzere 45 kişinin yanarak yaşamını yitirdiği ve çok sayıda yaralının bulunduğu açıklanmıştır⁴.

Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi bünyesinde de çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Fakat bu girişimler, -bir taraftan Güvenlik Konseyi'nin daimî üyelerinin sorunu çözümsüzlüğe sürükleyen yaklaşımı, bir diğer taraftan İsrail'in hukuk tanımaz tavrı nedeniyle- sonuçsuz kalmıştır. Nitekim BM Genel Kurulu tarafından; ateşkesin ve bölgeye insani yardım akışının sağlanmasını öngören kararlar⁵ alınmışsa da İsrail bu kararlar karşısında kayıtsız kalmıştır. BM Güvenlik Konseyi'nde de konuya ilişkin tasarılar görüşülmüş; bu tasarıların çoğu Amerika Birleşik Devletleri tarafından veto edilmiştir. Uluslararası hukuku sistematik bir biçimde ihlal eden İsrail, alınabilen birkaç Güvenlik Konseyi kararı⁶ karşısında da aynı tutumu sürdürmüştür. 15 Ocak 2025 tarihinde İsrail ile Hamas arasında uzlaşma sağlanmış ve ateşkes 19 Ocak 2025 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olsa da İsrail yönetiminin ateşkesin geçici olduğu yönündeki açıklamaları⁷, eylemlerinde herhangi bir değişiklik olmayacağını sinyallerini vermiştir.

Bütün bunların yanında, 2015 yılı itibarıyla Filistin Devleti'ndeki duruma ilişkin ön inceleme yapan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Savcısı; 3 Mart 2021 tarihinde başlayan soruşturmanın, 8 Ekim 2023 tarihinden itibaren artan şiddet olaylarını da içerdiğini duyurmuştur. Savcı; yürüttüğü soruşturmanın bir gereği olarak, Hamas'ın kimi üyeleri ile İsrail Başbakanı Binyamin Netanyahu ve dönemin Savunma Bakanı Yoav

⁴ Dünya Sağlık Örgütü; yaralananların çoğunun korkunç yanıklardan muzdarip olduğunu ve bu durumun, (yaklaşık 8 aylık savaştan sonra yetersiz kalan) yoğun tedavi ve üst düzey tıbbi hizmet gerektireceğini bildirmektedir. Bkz. United Nations News (UN News), "Gaza: Rafah camp attack heightens focus on dwindling health resources" (Erişim 24 Eylül 2024).

⁵ Bkz. General Assembly of the United Nations A/RES/78/78 (11 December 2023); A/RES/78/121 (13 December 2023); A/RES/78/170 (21 December 2023); A/RES/78/192 (22 December 2023); A/RES/78/251 (28 December 2023).

⁶ Bkz. United Nations Security Council S/RES/2712 (15 November 2023); S/RES/2720 (22 December 2023); S/RES/2728 (25 March 2024); S/RES/2735 (10 June 2024).

⁷ Bkz. Simon Tisdall, "The Israel-Gaza ceasefire deal hangs by a thread. This is what must happen for peace to last", The Guardian (23 January 2025).

Gallant hakkında "tutuklama emri" çıkarılması için 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi'ne başvurmuştur (20 Mayıs 2024). İsrail yönetimi, UCM Savcısı'nın Roma Statüsü hükümlerine dayanarak yaptığı bu başvuruyu "ahlaki bir rezalet", "çirkin bir çaba" ve "Mahkemeye vurulan bir utanç damgası" olarak nitelendirmiştir.

21 Kasım 2024 tarihine gelindiğinde, 1 numaralı Ön yargılama Dairesi kararını açıklamış; Netanyahu ve Gallant hakkında tutuklama emri çıkarmıştır. Başbakan Netanyahu'nun şu açıklamaları⁸ ise İsrail'in uluslararası hukukun gereklerine yönelik yaklaşımını bir kez daha ortaya koymuştur: "İsrail karşıtı hiçbir çirkin karar, ülkemizi savunmaya devam etmemizi ve **beni engellemeyecek...**"

Bu noktadan hareketle çalışmada, UCM'nin Filistin Devleti'ndeki duruma ilişkin faaliyetleri, Roma Statüsü'nün ilgili hükümleri çerçevesinde ve İsraili yetkililer ile sınırlı tutularak incelenecektir. Suçların unsurlarına ayrıca değinilmeyecek/ispata çalışılmayacak ve fakat uzman kuruluşların raporları ile BM kararlarında yapılan tespitlere yer verilecektir.

I. Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Genel Bir Bakış

Daimî nitelikte olan ve yargı yetkisi de genel nitelik gösteren ilk uluslararası ceza mahkemesi⁹, 17 Temmuz 1998 tarihinde imzalanan ve 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Roma Statüsü ile kurulmuştur¹⁰.

⁸ Bkz. Keshet Neev and Joanie Margulies, "No 'outrageous' decision will stop me, says Netanyahu about ICC arrest warrant" The Jerusalem Post (23 January 2025).

⁹ Tarihsel süreç incelendiğinde; insan haklarının sistematik olarak ağır biçimde ihlal edildiği İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, "Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri"nin, Soğuk Savaş dönemi sonrasında da "Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri"nin kurulduğu görülmektedir. Sözü edilen Mahkemeler, geçici/özel/ad hoc nitelikli olup; yer, zaman ve kişi bakımından sınırlı bir yargı yetkisiyle donatılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKSAR**, Yusuf: "Nüremberg'den Günümüz Uluslararası Ceza Yargısı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne...", Hukuk ve Adalet Dergisi, C. 1, S. 1, 2004, s. 83-96; **AZARKAN** Ezeli: Nüremberg'ten La Haye'e: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayıncılık, 2003; **BASSIOUNI**, M. Cherif: "Establishing an International Criminal Court: Historical Survey", Military Law Review, Vol. 149, 1995, s. 49-63.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ALİBABA**, Arzu: "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 181-207; **DUGARD**, John: "Obstacles in the Way of an International Criminal Court", Cambridge Law Journal Vol. 66, 1997, s. 329-342; **ATEŞ EKŞİ**, Canan: Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Roma Statüsü'nün Önsözünde; "milyonlarca çocuğun, kadının ve erkeğin, insanlığın vicdanını derinden sarsan, hayal edilemez gaddarlıkların kurbanı olduğu", "uluslararası toplumun bundan böyle bu tür ihlallere göz yummayacağı" ve "potansiyel suçlular üzerinde caydırıcılık yaratılmasının amaçlandığı" ifade edilmiştir¹¹.

Roma Statüsü'nde; Mahkemenin yargı yetkisinin, "ülkesellik" ve "uyrukluk" önkoşulları gerçekleştiğinde devreye girebileceği kabul edilmiştir (m. 12/2). Başka bir deyişle, UCM'nin yargı yetkisini kullanması, belirlenen suçların Roma Statüsü'ne taraf bir devletin ülkesinde ve/veya taraf bir devlet vatandaşı tarafından işlenmesi halinde mümkün kılınmıştır¹². Statüye taraf olmayan devletlerin durumu ise 12/3. maddede düzenlenmiştir. Sözü edilen düzenlemede; taraf olmayan devletin, kabulünün gerekli olduğu durumlarda, sunacağı yazılı bildirimle Mahkemenin yargı yetkisine işlerlik kazandırabileceği hükme bağlanmıştır.

UCM, "gerçek kişiler" üzerinde yargı yetkisine sahiptir (m. 25/1). Nitekim bir devletin fiili olarak görülebilse de uluslararası suçların asli faileri gerçek kişilerdir. Bununla birlikte, ulusal organlar tarafından soruşturulan ve yargılanan kişiler, fiili veya hukuki bir cezasızlık ayrıcalığından yararlanabilmektedir¹³. Bu noktadan hareketle Roma Statüsü'nde, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işleyen gerçek kişilerin bireysel olarak sorumlu olacağı ve Statüye uygun bir biçimde cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır (m. 25/2). Şunu da belirtmek gerekir ki; failin resmi

¹¹ Rome Statute of the International Criminal Court (Erişim 30 Eylül 2024). Statüye ilişkin ayrıntılı analizler için bkz. **ARSANJANI**, Mahnoush H.: "The Rome Statute of International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, s. 22-43; **RUDOLF**, Beate: "Statute of the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, s. 391-396; **SAROOSHI**, Danesh: "The Statute of International Criminal Court", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 2, 1999, s. 387-404.

¹² Bunun yanında BM Güvenlik Konseyi; belirlenen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmiş görüldüğü bir durumu, BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde hareket ederek, Mahkeme Savcısı'na gönderme yetkisine sahip bulunmaktadır (m. 13/b). Belirtmek gerekir ki; Güvenlik Konseyi'nin Mahkemeye sunduğu durumlarda, "ülkesellik" ve "uyrukluk" önkoşulları aranmamaktadır.

¹³ **CHARNEY**, I. Jonathan: "International Criminal Law and the Role of Domestic Courts", *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 1, 2001, s. 120 vd.; **GOLDSTONE**, J. Richard / **FRITZ**, Nicole: "'In the Interests of Justice' and Independent Referral: The ICC Prosecutor's Unprecedented Powers", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, No. 3, 2000, s. 666; **LUC**, Côté: "International Criminal Justice: Tightening up the Rules of the Games", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, 2006, s. 137.

görev veya sıfatı, Mahkemenin yargı yetkisini etkilemeyecektir (m. 27/1). Dolayısıyla "devlet başkanı", "hükümet başkanı", "hükümet üyesi", "parlamento üyesi", "diplomasi temsilcisi" vb. herhangi bir resmî unvana sahip olmak, cezai sorumluluğun ortadan kalkmasına veya cezanın indirilmesine neden olmayacak; belirtilen kişilerin dokunulmazlıklarına ilişkin kurallar, yargı yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecektir¹⁴.

UCM'nin konu bakımından yargı yetkisinin kapsamı ise Statünün 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Mahkeme, "soykırım suçu", "insanlığa karşı suçlar", "savaş suçları" ve "saldırı suçu" üzerinde yargı yetkisine sahip kılınmıştır.

Roma Statüsü'nün 5. maddesinde belirlenen bu suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmiş görüldüğü bir durumda, taraf bir devlet (m. 13/a) veya Güvenlik Konseyi tarafından (m. 13/b) Mahkemeye başvurulabilmekte ve Savcı bu duruma ilişkin olarak soruşturma başlatabilmektedir (m. 53/1)¹⁵. Bunun yanında Statüde, Savcı'nın re'sen (proprio motu) soruşturma başlatabileceği de düzenlenmektedir (m. 15/1).

II. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Filistin Devleti'ndeki Duruma İlişkin Faaliyetleri

1. Süreç

Filistin Devleti 1 Ocak 2015 tarihinde UCM'ye başvurmuş; 13 Haziran 2014 tarihinden başlayarak ve herhangi bir bitiş tarihi öngörülmemektedir, "işgal altındaki Filistin topraklarında işlenen suçlar da dahil olmak üzere", Filistin Devleti ülkesinde suç işleyenlerin soruşturulmasını ve

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. LANGER, Maximo: "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", The American Journal of International Law, Vol. 105, No. 1, 2011, s. 1-49.

¹⁵ Bu süreçte devletlerin, BM organlarının, hükümetler arası/hükümet dışı örgütlerin veya uygun gördüğü diğer güvenilir kaynakların bilgisine başvurma yetkisine de sahip olan Savcı, soruşturmanın derinleştirilmesi için makul verilerin var olduğuna karar verirse, elindeki destekleyici materyallerle birlikte Ön Yargılama Dairesi'ne başvurmaktadır (m. 15/3). Başvuruyu inceleyen Ön Yargılama Dairesi, soruşturmayı sürdürmek için makul nedenlerin bulunduğu ve davanın Mahkemenin yetki alanına girdiği kanaatine ulaşırsa, Savcı'ya soruşturma için yetki verilmesini içeren bir karar almaktadır (m. 15/4). Ön Yargılama Dairesi'nin görüşünün aksi yönde olması halinde, Savcı'nın talebini reddeden bir karar alınmakta (m. 15/5) ve fakat bu karar, Savcı'nın yeni gerekçelere veya delillere dayanarak yeniden talepte bulunmasına engel teşkil etmemektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki; devlet başvurusu ve Savcı'nın re'sen harekete geçmesine (proprio motu) ilişkin prosedür, saldırı suçuna ilişkin olarak, Statüde ayrıca düzenlenmektedir (m. 15 bis/6-7-8-9-10).

yargılanmasını talep etmiştir¹⁶. Başvuru tarihinde Roma Statüsü'ne taraf olmayan Filistin Devleti, m. 12/3'te yer alan düzenlemeye dayanmış; UCM Savcısı, Filistin Devleti'ndeki duruma ilişkin bir ön inceleme başlattığını, 16 Ocak 2015 tarihinde duyurmuştur¹⁷.

1 Nisan 2015 tarihine gelindiğinde, Filistin Devleti Roma Statüsü'ne taraf olmuş ve böylelikle "ülkesellik" önkoşulu oluşmuştur. Başka bir deyişle, UCM hem Filistin topraklarında işlenen/işlenecek suçlar (herhangi bir devletin vatandaşı tarafından) hem de Filistin Devleti vatandaşlarının (herhangi bir başka devletin ülkesinde) işlediği/işleyeceği suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip hale gelmiştir. Dolayısıyla İsrail Roma Statüsü'ne taraf olmamakla birlikte; vatandaşları, Filistin devleti ülkesinde işledikleri/işleyecekleri suçlar bakımından, Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamına otomatik olarak dahil olmuştur.

UCM Savcısı; 22 Ocak 2020 tarihinde, soruşturma yetkisinin yer bakımından kapsamının belirlenmesine ilişkin olarak, 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi'nden görüş talep etmiştir¹⁸. Daire, 5 Şubat 2021 tarihinde, Mahkemenin yargı yetkisinin; "Doğu Kudüs, Batı Şeria ve Gazze de dahil olmak üzere, Filistin'in işgal altındaki topraklarını da kapsadığına" karar

¹⁶ Bkz. International Criminal Court (ICC), "Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court" (31 December 2014).

¹⁷ Bkz. International Criminal Court (ICC), "State of Palestine" (Erişim 3 Ekim 2024).

¹⁸ UCM Savcısı, talebine ilişkin olarak, şu ifadeleri kullanmıştır: "Bugün, Ofisimin erişebildiği tüm güvenilir bilgilerin kapsamlı, bağımsız ve objektif bir değerlendirmesi sonucunda, Filistin'deki duruma ilişkin ön incelemenin, Roma Statüsü'nde bir soruşturmanın açılması için öngörülen tüm yasal kriterlerin karşılandığına dair tespitle sonuçlandığını duyuruyorum. Statünün 53/1. maddesi uyarınca Filistin'deki durumla ilgili bir soruşturmaya devam etmek için makul bir temel olduğuna ikna oldum. Özetle, (i) Batı Şeria'da, Doğu Kudüs dâhil ve Gazze Şeridi'nde savaş suçlarının işlendiğine veya işlenmekte olduğuna ikna oldum; (ii) durumdan kaynaklanan olası davaların kabul edilebilir olacağı ve (iii) bir soruşturmanın adaletin çıkarlarına hizmet etmeyeceğine inanmak için önemli bir neden bulunmadığına ikna oldum. Filistin Devleti'nden bir sevk söz konusu olduğundan, soruşturma açmadan önce Ön Yargılama Dairesi'nin iznini alma zorunluluğu yoktur ve ben de böyle bir girişimde bulunmuyorum. Fakat bu duruma ilişkin benzersiz ve oldukça tartışmalı hukuki ve olgusal sorunlar, yani soruşturmanın yürütülebileceği bölge göz önüne alındığında, bu özel sorunu çözmek için Sözleşmenin 19/3. maddesine dayanmanın gerekli olduğunu düşündüm. Bu nedenle bugün erken saatlerde 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi'nden, Roma Statüsü'nün 12/2-a maddesi uyarınca UCM'nin bölgesel yargı yetkisinin kapsamı hakkında bir yargı yetkisi kararı talep ettim." Bkz. International Criminal Court (ICC), "Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court's territorial jurisdiction" (Erişim 14 Ekim 2024).

vermiş¹⁹; Savcı, 3 Mart 2021 tarihinde Filistin Devleti'ndeki duruma ilişkin soruşturma açıldığını duyurmuştur²⁰.

2. Ön Yargılama Dairesi'nin "Tutuklama Emri" Çıkarma Yetkisi ve Savcı'nın 20 Mayıs 2024 Tarihli Başvurusu

UCM'nin yargı yetkisini kullanmasının önkoşulları; Statüde belirlenen suçlardan en az birinin taraf devletin ülkesinde ve/veya taraf devlet vatandaşları tarafından işlenmesidir (m. 12/2). Taraf olmayan devletlerin yazılı bir bildirimle Mahkemenin yargı yetkisine işlerlik kazandırması da mümkün kılınmaktadır (m. 12/3). Ayrıca, suç işlediği ileri sürülen kişinin Mahkemede hazır bulunması gerekmektedir (m. 63/1). Bu sebeple UCM Savcısı, soruşturmanın herhangi bir aşamasında, Ön Yargılama Dairesi'nden "tutuklama emri" çıkarmasını talep edebilmekte²¹; konuya ilişkin düzenleme Statünün 58. maddesinde yer almaktadır. Buna göre;

"1. Ön Yargılama Dairesi, bir soruşturmanın başlatılmasını takiben herhangi bir aşamada Savcı'nın müracaatı üzerine, müracaatı, delilleri ve Savcı tarafından sunulan diğer bilgileri inceledikten sonra, aşağıdaki hususlarda kanaat getirdiği takdirde, bir şahıs hakkında tutuklama emri çıkarabilir:

(a) Şahsın, Mahkemenin görev alanına giren bir suçu işlediğine inanılması için makul nedenler olması,

(b) Şahsın tutuklanmasının,

i) Mahkeme huzuruna gelmesini sağlamak için,

ii) Şahsın soruşturmayı veya Mahkemenin gidişatını engellememesi veya tehlikeye düşürmemesini sağlamak için,

iii) Duruma göre, şahsın suçu işlemeye devam etmesinin engellenmesi veya aynı şartlardan doğan ve Mahkemenin yetkisindeki bir suçla

¹⁹ Bkz. International Criminal Court (ICC), No: 01/18 Situation in the State of Palestine (5 February 2021).

²⁰ Bkz. International Criminal Court (ICC), "Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, respecting an investigation of the Situation in Palestine" (Erişim 03 Ekim 2024).

²¹ UCM, bugüne kadar yürüttüğü ve yürütmekte olduğu soruşturma ve yargılama-larda pek çok "tutuklama emri" çıkarmıştır. Libya lideri Muammer Kaddafi (2011), Sudan Cumhurbaşkanı Ömer El Beşir (2009 ve 2010), Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin (2023) ve Rusya Çocuk Hakları Komiseri Maria Lvova-Belova (2023) hakkında çıkarılan tutuklama emirleri verilebilecek örneklerdendir. Bkz. ACER, Yücel: "Netanyahu'nun Tutuklanması Talebinin Hukuki Yansımaları", Seta/Perspektif, 399, 2024, s. 3.

ilgili diğer bir suçu işlemekten alıkonulmasını sağlamak için gerekli görülmesi.”

Yukarıda yer verilen düzenleme gereğince UCM Savcısı, 20 Mayıs 2024 tarihinde 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi’ne başvurmuş; İsrail Başbakanı Binyamin Netanyahu ve dönemin Savunma Bakanı Yoav Gallant hakkında “tutuklama emri” çıkarılmasını talep etmiştir²². Sözü edilen başvuruda, Netanyahu ve Gallant’a yöneltilen suçlamalar şunlardır²³:

“- Bir savaş yöntemi olarak sivillerin aç bırakılması (savaş suçu) (m. 8/2-b(xxv));

- Kasten büyük acıya veya vücut veya sağlığa ciddi zarar verilmesine (m. 8/2-a(iii)) veya savaş suçu olarak zalimce muameleye neden olunması (m. 8/2-c(i));

- Kasten öldürme (m. 8/2-a(i)) veya savaş suçu olarak cinayet (m. 8/2-c(i));

- Savaş suçu olarak saldırıları kasıtlı olarak sivil nüfusa yönlendirme (m. 8/2-b(i) ve m. 8/2-e(i));

- İnsanlığa karşı suç olarak, açlıktan kaynaklanan ölümler de dahil olmak üzere, imha ve/veya cinayet (m. 7/1-a ve m. 7/1-b);

- İnsanlığa karşı suç olarak zulüm (m. 7/1-h);

- İnsanlığa karşı suç olarak kabul edilebilecek diğer insanlık dışı eylemler (m. 7/1-k).”

Savcı, talebine ilişkin açıklamasında; “ülkesellik” önkoşulunun oluştuğuna işaret ederek, UCM’nin Filistin Devleti ülkesinde (taraf olan ve olmayan devletlerin vatandaşları tarafından) işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Açıklamada ayrıca, soruşturma yetkisinin 8 Ekim 2023 tarihinden itibaren artan şiddet olaylarını da içerdiği ifade edilmiş; İsrail’e, itiraz yolunun açık olduğu da hatırlatıl-

²² Bunun yanında, cinayet, rehin alma, işkence, zalimane muamele ve kişisel onuru hedef alan eylemler gibi savaş suçlarıyla; esaret, cinsel şiddet eylemleri ve diğer insanlık dışı eylemlerden oluşan insanlığa karşı işlenen suçlar nedeniyle; Hamas’ın Gazze’deki lideri Yahya Sinvar, Hamas’ın El Kassam Tugayları olarak bilinen askeri kanadının komutanı Muhammed Diab, Hamas Siyasi Büro lideri İsmail Haniye hakkında tutuklama emri çıkarılması da talep edilmiştir. Bununla birlikte, Haniye ve Sinvar’a ilişkin süreç, ölümleri nedeniyle sonlandırılmıştır.

²³ Bkz. International Criminal Court (ICC), “Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine” (Erişim 15 Haziran 2024).

mıştır. Birincil kaynaklardan, bağımsız ve tarafsız bir araştırmanın sonucunda elde ettiği delillerin kaynağını, "hayatta kalanlarla ve görgü tanıklarıyla yapılan görüşmelerin, doğrulanmış video, fotoğraf ve ses materyallerinin, uydu görüntülerinin ve fail olduğu iddia edilen grubun ifadelerinin" oluşturduğunu belirten Savcı, suçlayıcı ve aklayıcı verilerin titizlikle analiz edildiğini savunmuştur²⁴.

Savcı'nın talebinde; İsrail'in Filistin halkını kısmen veya tamamen yok etme kastıyla gerçekleştirdiği eylemlerine ve yetkililerinin delil niteliğindeki söylemlerine rağmen "soykırım suçu"na ilişkin bir belirleme yapılmaması, önemli bir eksikliktir. Bununla birlikte bu talep, Gazze'de süren insani felaketin başlıca sorumlularına hesap verecekleri mesajını iletmesi ve hiç kimsenin (seçilmiş veya atanmış, sivil veya asker) uluslararası hukukun üzerinde olmadığını işaret etmesi bakımından tarihi bir adımdır.

21 Kasım 2024 tarihinde, bu tarihi adıma ilişkin oldukça önemli bir gelişme yaşanmış; 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi, Netanyahu ve Gallant hakkında tutuklama emri çıkarılmasına karar vermiştir²⁵. Belirtmek gerekir ki; Roma Statüsü hükümleri gereğince, sözü edilen tutuklama

²⁴ Bütün bunların yanında, UCM Savcısı tarafından, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku alanında uzmanlaşmış kişilerin oluşturduğu bir heyetin görüşüne de başvurulmuştur. Heyette; eski Temyiz Yargıcı ve eski UCM Hâkimi Adrian Fulford, Uluslararası Barolar Birliği İnsan Hakları Enstitüsü Başkanı Helena Kennedy, Birleşik Krallık Dışişleri ve eski Milletler Topluluğu Ofisi Hukuk Danışmanı Yardımcısı Elizabeth Wilmshurst, Danny Friedman (hukuki sorumluluk ve insan hakları hukuku alanında uzman) ve iki özel danışman (Amal Clooney ve Yargıç Theodor Meron) yer almıştır. Sözü edilen heyet konuyu; UCM Savcılığı'nın bölgede yaptığı incelemelere istinaden derlediği deliller, kurban yakınları ile görgü tanıklarının ifadeleri ve Gazze'deki durumu takip eden kuruluşların raporlarını esas alarak değerlendirmiş ve talebin hukuka uygun, tutarlı ve adil olduğuna dair sonuç raporunu oy birliğiyle kabul ederek, 20 Mayıs 2024 tarihinde UCM Savcılığı'na sunmuştur.

²⁵ Bkz. International Criminal Court (ICC), "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant" (Erişim 23 Kasım 2024). Netanyahu ve Gallant'ın yanı sıra, Hamas'ın El Kassam Tugayları olarak bilinen askeri kanadının komutanı Muhammed Diab için de tutuklama emri çıkarılmıştır. Her ne kadar İsrail Diab'ı öldürdüğünü duyurmuşsa da UCM kararın, bu bilginin doğrulanamaması sonucunda alındığını bildirmiştir. Bkz. International Criminal Court (ICC), "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I issues warrant of arrest for Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif)" (Erişim 26 Kasım 2024).

emirlerini uygulama yükümlülüğü taraf devletlere aittir²⁶ (m. 59, m. 86, m. 87).

SONUÇ

İsrail'in 8 Ekim 2023 tarihinden itibaren herhangi bir kural tanımaksızın sürdürdüğü ve Filistin halkını hedef aldığı askeri operasyonları; uluslararası toplumu "soykırım suçunun", "savaş suçlarının" ve "insanlığa karşı suçların" işlendiği büyük bir trajedi ile karşı karşıya bırakmıştır. Filistin Devleti'ndeki bu duruma ilişkin olarak, uluslararası hukukun sağladığı araç ve yöntemler çerçevesinde çözümler aranmış; bu çerçevede Uluslararası Adalet Divanı, BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi (en azından belirli üyeleri); operasyonların durdurulmasını ve insani yardım akışının kesintisiz olarak sağlanmasını amaçladıkları faaliyetler gerçekleştirmiştir. İsrail'in bu faaliyetlerin gereklerine ilişkin tavrı ise uluslararası hukuku ihlal etme kararlılığını koruduğunu ortaya koymuştur. Bununla birlikte UCM'de gelişen süreç; uluslararası suçların işlenmesinin önlenmesi ve gerçek sorumluların yargılanıp cezalandırılması ihtimalini yaratarak, uluslararası toplumun vicdanında bir "umut ışığının" belirmesine neden olmuştur.

Nitekim UCM Savcılığı tarafından 2021 yılında başlatılmış bulunan soruşturmanın kapsamına, 8 Ekim 2023 tarihi itibarıyla artan şiddet olayları da dahil edilmiştir. Belirtmek gerekir ki; Filistin Devleti'nin Roma Statüsü'ne taraf olması nedeniyle "ülkesellik" önkoşulu oluşmuş ve UCM hem Filistin topraklarında (herhangi bir devletin vatandaşı tarafından) hem de Filistin Devleti vatandaşları tarafından (herhangi bir başka devletin ülkesinde) işlenen/işlenecek suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip hale

²⁶ İrlanda, Belçika, Fransa, Slovenya, Danimarka, Hollanda, Finlandiya, İsveç, Portekiz, İspanya, Norveç gibi devletler, UCM'nin kararına saygı duyulması gerektiğini belirterek, tutuklama emrine uyacaklarını duyurmuşlardır. Bazı devletler ise kararı eleştirmiş ve belirsiz bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bunun üzerine Avrupa Birliği (AB) Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi Josep Borrell, tutuklama emrine destek vermeyen devletlere tepki göstererek, karara uymaları için çağrı yapmıştır. Borrell, "Bu siyasi bir karar değil, bir Mahkeme kararıdır. AB'ye üye devletlerin güçlü desteğiyle oluşturulmuş uluslararası bir Mahkemenin kararı. Kararları da yasal ve bağlayıcıdır. Seç ve uygula diye bir durum olamaz. Yapılan tehditler de kabul edilemez..." ifadelerini kullanmıştır. Bkz. Michele Kambas, "ICC warrants are binding, EU cannot pick and choose, EU's Borrell says", Reuters (26 November 2024).

gelmiştir. Başka bir deyişle, Roma Statüsü'ne taraf olmayan İsrail Devleti'nin vatandaşları (statüsü, görevi veya unvanı ne olursa olsun), Filistin Devleti ülkesinde işledikleri/işleyecekleri suçlar bakımından, Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamına otomatik olarak dahil olmuştur.

20 Mayıs 2024 tarihine gelindiğinde, UCM Savcısı, Statünün 58. maddesinde kendisine verilen yetkiye dayanarak, 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi'ne başvurmuş; İsrail Başbakanı Binyamin Netanyahu ve dönemin Savunma Bakanı Yoav Gallant hakkında "tutuklama emri" çıkarılmasını talep etmiştir. Talepte; delillerin birincil kaynaklardan, bağımsız ve tarafsız bir araştırmanın sonucunda elde edildiği belirtilmiş, suçlayıcı ve aklayıcı verilerin titizlikle analiz edildiği vurgulanmış, "savaş suçları" ve "insanlığa karşı suçlar" temelinde isnatlarda bulunulmuştur. 1 numaralı Ön Yargılama Dairesi ise 21 Kasım 2024 tarihinde, Netanyahu ve Gallant hakkında tutuklama emri çıkarılmasına karar vermiştir.

Belirtmek gerekir ki; UCM Savcılığı'nın elde ettiği deliller yanında, bağımsız ve tarafsız uluslararası kuruluşların raporları da İsrail'in Filistin halkını hedef aldığı eylemlerini ve bu eylemlerin sonuçlarını açıkça ortaya koymuş ve uluslararası toplumu bir bütün olarak tehdit eden suçların işlendiğini göstermiştir. Ayrıca, yöneltilen suçlamalar, İsraili yetkililer tarafından yapılan açıklamalarla da bir bakıma teyit edilmiştir. Örneğin, Cumhurbaşkanı Herzog, Filistinli sivillerin hedef alınmasına ilişkin olarak, "Sorumlu olan, orada yaşayan bütün bir ulustur. Sivillerin haberdar olmadığı, olaya dahil olmadığı söylemi doğru değil. Kesinlikle doğru değil. Ayaklanabilirlerdi. Bir darbeye Gazze'yi ele geçiren o şeytani rejime karşı savaşılabılırlerdi" ifadelerini kullanmıştır²⁷. Mossad'ın eski üst düzey yetkililerinden Rami Igra da "Gazze Şeridi'nde 4 yaşın üzerindeki tüm Filistinlilerin, İsrail'in insani yardımları engelleyen toplu cezalandırma politikasına maruz kalmayı hak ettiklerini" savunmuştur²⁸. "Elektrik yok, yiyecek yok, yakıt yok!" sözleriyle, Gazze'ye "tam bir abluka" emri veren İsrail Savunma Bakanı Yoav Gallant ise tarihe geçecek şu açıklamayı yapmıştır: **"İnsansı hayvanlarla savaşıyoruz ve ona göre hareket edeceğiz"**²⁹.

²⁷ Bkz. Chris McGreal, "The Language Being Used to Describe Palestinians is Genocidal", The Guardian (16 October 2023).

²⁸ Bkz. Middle East Monitor, "Former Mossad official: 'Children in Gaza over 4 deserve to be starved'" (17 February 2024).

²⁹ Bkz. Fontbonne University, "Information Literacy and the Israel-Hamas War" (Erişim 26 Eylül 2024).

Sonuç olarak; belirlenen suçları işleyen, iştirak eden, işlenmesini emreden veya azmettiren gerçek kişilerin bireysel olarak sorumlu tutulması, Roma Statüsü ile kodifiye edilen uluslararası hukuk kurallarının gereğidir. Fakat, sözü edilen suçların emredicisi/azmettiricisi Netanyahu, bu apaçık gerçeği “ahlaki bir rezalet”³⁰ ve “tiksintiyle reddettiği absürt ve asılsız eylemler”³¹ olarak nitelendirebilmekte; Cumhurbaşkanı Herzog ise “vatandaşlarını savunma ve koruma görevini yaptıklarını ve bunu **tamamen uluslararası hukuk ilkelerine bağlı kalarak** yerine getirmeye çalıştıklarını” iddia edebilmektedir³². Dolayısıyla, uluslararası hukuk kurallarını sistematik bir biçimde ihlal eden ve yetkili organların kararlarını görmezden gelen İsrail’in, UCM’nin uluslararası hukukun öngördüğü yetkileri karşısında da aynı tavrı sergilemeye devam ettiği anlaşılmaktadır. Bütün bu veriler, İsrail’in “uluslararası hukukun kara deliği” olarak nitelendirilmesine gerekçe oluşturmakta; bu kara deliğin UCM ile beliren cansız “umut ışığını” da yutmaması umulmaktadır.

³⁰ Bkz. Lazar Berman, “‘Moral disgrace of the first order’: Prime Minister’s Office slams ICC prosecutor’s call for arrest warrants” The Times of Israel (10 September 2024).

³¹ Bkz. “‘Reward for terrorism’: Israeli politicians unite to condemn ICC arrest warrant for Netanyahu”, The Gurdian (26 November 2024).

³² Bkz. Al Jazeera, “World reacts to ICC prosecutor seeking Israel, Hamas arrest warrants” (20 May 2024).

KAYNAKÇA

-Kitaplar ve Makaleler

ACER, Yücel: "Netanyahu'nun Tutuklanması Talebinin Hukuki Yansımaları", Seta/Perspektif, 399, 2024, ss. 1-6.

AKSAR, Yusuf: "Nüremberg'den Günümüz Uluslararası Ceza Yargısı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne...", Hukuk ve Adalet Dergisi C. 1, S. 1, 2004, ss. 83-96.

ARSANJANI, Mahnoush H.: "The Rome Statute of International Criminal Court", American Journal of International Law, Vol. 93, No. 1, 1999, ss. 22-43.

AZARKAN, Ezeli: Nüremberg'ten La Haye'e: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayıncılık, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif: "Establishing an International Criminal Court: Historical Survey", Military Law Review, Vol. 149, 1995, ss. 49-63.

CHARNEY, I. Jonathan: "International Criminal Law and the Role of Domestic Courts", American Journal of International Law, Vol. 95, No. 1, 2001, ss. 120-124.

DUGARD, John: "Obstacles in the Way of an International Criminal Court", Cambridge Law Journal, Vol. 66, 1997, ss. 329-342.

EKŞİ ATEŞ, Canan: Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Seçkin Yayıncılık, 2004.

GOLDSTONE, J. Richard / **NICOLE**, Fritz: "In the Interests of Justice' and Independent Referral: The ICC Prosecutor's Unprecedented Powers", Leiden Journal of International Law, Vol. 13, No. 3, 2000, ss. 655-667.

LANGER, Maximo: "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", The American Journal of International Law, Vol. 105, No. 1, 2011, ss. 1-49.

LUC, Coté: "International Criminal Justice: Tightening up the Rules of the Games", International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 861, 2006, ss. 133-144.

RUDOLF, Beate: "Statute of the International Criminal Court", American Journal of International Law, Vol. 94, No. 2, 2000, ss. 391-396.

SAROOSHI, Danesh: "The Statute of International Criminal Court", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, No. 2, 1999, ss. 387-404.

- Sözleşme ve Kararlar

Rome Statute of the International Criminal Court. (17 July 1998).

ICJ, International Court of Justice. South Africa v. Israel (26 January 2024).

ICJ, International Court of Justice. South Africa v. Israel (24 May 2024).

General Assembly of the United Nations. A/RES/78/78 (7 December 2023).

General Assembly of the United Nations. A/RES/78/121 (8 December 2023).

General Assembly of the United Nations. A/RES/78/170 (19 December 2023).

General Assembly of the United Nations. A/RES/78/192 (19 December 2023).

General Assembly of the United Nations. A/RES/78/251 (22 December 2023).

United Nations Security Council. S/RES/2712 (15 November 2023).

United Nations Security Council. S/RES/2720 (22 December 2023).

United Nations Security Council. S/RES/2728 (25 March 2024).

United Nations Security Council. S/RES/2735 (10 June 2024).

- Elektronik Kaynaklar

UNOCHA, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. "Occupied Palestinian Territory". <https://www.unocha.org/occupied-palestinian-territory> (Erişim 26 Eylül 2024.)

UNESCWA, United Nations Economic and Social Commission for Western Asia. "War on Gaza 2023: an Unprecedented and Devastating Impact". <https://www.unescwa.org/publications/war-gaza-unprecedented-devastating-impact> (Erişim 5 Mayıs 2024.)

UNICEF, United Nations Children's Fund. "UNICEF in the State of Palestine Escalation Humanitarian Situation Report No. 17".

<https://www.unicef.org/sop/reports/unicef-state-palestine-escalation-humanitarian-situation-report-no17> (Erişim 5 Mayıs 2024.)

UN News, United Nations News. "Gaza: Rafah camp attack heightens focus on dwindling health resources". <https://news.un.org/en/story/2024/05/1150301> (Erişim 24 Eylül 2024.)

ICC, International Criminal Court. "Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court". https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf (Erişim 3 Ekim 2024.)

ICC, International Criminal Court. "State of Palestine". <https://www.icc-cpi.int/palestine> (Erişim 3 Ekim 2024.)

ICC, International Criminal Court. "Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court's territorial jurisdiction". <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-palestine> (Erişim 14 Ekim 2024.)

ICC, International Criminal Court. "Situation in the State of Palestine". https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01165.PDF (Erişim 20 Haziran 2024.)

ICC, International Criminal Court. "Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine". <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state> (Erişim 15 Haziran 2024.)

McGreal, Chris. "The Language Being Used to Describe Palestinians is Genocidal", *The Guardian* <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/oct/16/the-language-being-used-to-describe-palestinians-is-genocidal> (Erişim 16 Kasım 2023.)

Middle East Monitor. "Former Mossad official: 'Children in Gaza over 4 deserve to be starved'" <https://www.middleeastmonitor.com/20240217-former-mossad-official-children-in-gaza-over-4-deserve-to-be-starved/> (17 Şubat 2024.)

Fontbonne University. "Information Literacy and the Israel-Hamas War". <https://library.fontbonne.edu/c.php?g=1360452&p=10048202> (Erişim 26 Eylül 2024.)

Berman, Lazar. "'Moral disgrace of the first order': Prime Minister's Office slams ICC prosecutor's call for arrest warrants" The Times of Israel https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/moral-disgrace-of-the-first-order-prime-ministers-office-slams-icc-prosecutors-call-for-arrest-warrants/ (Erişim 10 Eylül 2024.)

Al Jazeera. "World reacts to ICC prosecutor seeking Israel, Hamas arrest warrants". <https://www.aljazeera.com/news/2024/5/20/world-reacts-to-icc-prosecutor-seeking-israel-hamas-arrest-warrants> (Erişim 20 Mayıs 2024.)

Michele Kambas, "ICC warrants are binding, EU cannot pick and choose, EU's Borrell says", Reuters. <https://www.reuters.com/world/icc-warrants-are-binding-eu-cannot-pick-choose-eus-borrell-says-2024-11-23/> (Erişim 26 Kasım 2024.)

Simon Tisdall, "The Israel-Gaza ceasefire deal hangs by a thread. This is what must happen for peace to last", The Guardian. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2025/jan/20/israel-gaza-ceasefire-deal-peace-benjamin-netanyahu-hamas> (Erişim 23 Ocak 2025.)

The Guardian "'Reward for terrorism': Israeli politicians unite to condemn ICC arrest warrant for Netanyahu". <https://www.theguardian.com/law/2024/nov/21/israel-politicians-condemn-icc-arrest-warrants-netanyahu-gallant> (Erişim 26 Kasım 2024.)

Keshet Neev, Joanie Margulies, "No 'outrageous' decision will stop me, says Netanyahu about ICC arrest warrant" The Jerusalem Post. <https://www.jpost.com/breaking-news/article-830202> (Erişim 23 Ocak 2025.)

DİJİTAL HAKLARIN HAKLAR SİSTEMATİĞİ İÇİNDEKİ KONUMU VE DEVLETİN SORUMLULUK ALANI

Arş. Gör. Dr. Onur HAMURCU *

Öz

Zamanın ve teknolojinin ilerlemesi, temel haklara yönelik kuşak sınıflandırmasına yeni yaklaşımları da beraberinde getirmektedir. İnternete erişim hakkı, unutulma hakkı, anonim olma hakkı gibi bazı haklar doğrudan dijital hak olarak ifade edilebilirken ifade hürriyeti, çocuk haklarının dijital ortamda korunması gibi haklar dijital alana taşınan haklardır. Bu hakların tanınması, korunması ve kullanılması farklı uygulamalara ve yaklaşımlara gereksinim duymaktadır. Bu açıdan dijital haklara ilişkin anayasal ilkeler getirilmesi, kanuni düzenlemelerle bu hakların çerçevesi, devletin bu haklara ilişkin koruma alanının netleşmesi ve öngörülebilir olması ile son kertede dijital okur-yazarlığın artırılarak, dijital haklara erişim imkanının, toplumun her kademesine yayılması son derece önemlidir.

* Arş. Gör. Dr. Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Rize, Türkiye | Res. Ass. Dr., Recep Tayyip Erdoğan University, Faculty of Law, Department of Public Law, Constitutional Law Department, Rize, Türkiye.

✉ onur.hamurcu@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0002-0433-0184.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: HAMURCU, Onur: "Dijital Hakların Haklar Sistematiği İçindeki Konumu ve Devletin Sorumluluk Alanı", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 577-614.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

- İnsan Hakları • Dijital Haklar • Hakların Sınıflandırılması • İnternete Erişim
- Anayasa Hukuku

POSITION OF DIGITAL RIGHTS IN THE RIGHTS SYSTEM AND THE AREA OF RESPONSIBILITY OF THE STATE

Abstract

The advancement of time and technology brings new solutions to generational indicators of fundamental rights. While some rights such as the right to access the internet, the right to be forgotten, the right to anonymity can be used directly as digital rights, rights such as freedom of expression and digital protection of children's rights are among the rights transferred to the digital domain. The protection, protection and use of these rights vary according to different practices and approaches. In this respect, it is extremely important to present the constitutional principles regarding digital rights, to frame these rights with legal regulations, to make the management filing of the protection of these rights clear and predictable, and ultimately to increase digital literacy and to provide access to digital rights to all levels of the system.

Keywords

- Human Rights • Digital Rights • Classification of Rights • Access to Internet
- Constitutional Law

GİRİŞ

Teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte yeni haklar ortaya çıkmıştır ve çıkmaya da devam etmektedir. Bu haklar, önceleri bir ideal ya da öngörü seviyesinde kalsa da özellikle Covid-19 salgını sonrasında teknolojinin günlük hayatımızdaki önemi bariz şekilde ortaya çıkmıştır.¹

Dijital dönüşümü zorlayıcı bir etkiyle hızlandıran bu dönem sonrasında kamu politikalarının dijital merkezli olmasına ilişkin hem bir beklenti hem de bir zorunluluk doğduğu ifade edilmektedir.² Salgınla birlikte teknolojik gelişmeler bir ihtiyaç halini almıştır. Günümüzde çevrimiçi şekilde alışveriş ve ticaret yapılabilen, kişiler dava açabilmekte ve dava

¹ Öyle ki bu dönemdeki teknolojik atılım “devrimsel” olarak nitelendirilmektedir. VOLODENKOV, Sergey / FEDORCHENKO, Sergey, “Digital Human Rights: risks, challenges and threats of global socio-political transformations”, *Cuestiones Constitucionales*, 46, 2022, s. 291.

² TUNÇER, Azize Serap, “Coronavirüs Döneminde Dijital Devlet Uygulamaları”, *Kamu Yönetimi ve Teknoloji Dergisi*, 2/2, 2020, s. 23.

dosyalarını takip edebilmekte, borçlarını ödeyebilmekte, sağlık raporlarına ve tahlil sonuçlarına erişebilmektedir.³

İnsan haklarının sınıflandırılması bu hakların kullanımı ve sorumluluğun belirlenmesi açısından önemlidir. Bu şekilde hakkın öznesi ile yükümlüsü arasındaki fark ortaya konabilmekte aynı zamanda kavrama ilişkin daha sistematik bir inceleme ve düzenleme imkanı doğmaktadır.

Çalışmada dijitalleşen ya da dijitale ilişkin olan hakların insan hakları sistematiği içindeki konumuna değinildikten sonra yargı kararları ve doktrin görüşleri ışığında problemleri bazı alanlara çözüm önerileri üretilmeye çalışılacaktır.

I. HAKLARIN SINIFLANDIRILMASINDA KLASİK YAKLAŞIMLAR

İnsan hakları, kökeni antik çağlara kadar uzatılabilen ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında tüm dünyada yaygınlaşan bir kavramdır. Savaş sonrası dönemde hazırlanan protokoller ve sözleşmelerle birlikte kavramın içeriği günümüze dek son derece genişlemiştir. Doktrinel yaklaşımların ve gündelik pratiğin değişime ve gelişime uğraması ile birlikte de bu hakların sınıflandırılması zaruri bir hal almıştır.⁴

A. Kuşaklara Göre Sınıflandırma

Temel hak ve hürriyetler, ortaya çıkış kronolojisine göre Karel Vasak tarafından sınıflandırılmıştır. Bu ayrıma göre haklar birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklardır.⁵

Birinci kuşak haklar, tabii hukuk doktrininin etkisiyle, insana sadece insan olması sebebiyle tanınan haklardır.⁶ Bu haklar 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve 1770'li yıllarda kabul edilen Amerikan insan hakları bildireleriyle tanınmıştır.⁷ 1776 tarihli Virginia Bildirisi, ilk maddesinde bütün insanların özgür ve eşit haklarla doğduğunu ve daima

³ ÇATLI, Mehmet / KESKİN, Salih, "İnsan Haklarının Değişime Açık Konusu: Dijital Vatandaşlık Kavramı Üzerine Bir İnceleme", Ombudsman Akademik, 7/14, 2021, s. 200.

⁴ AYBAY, Rona, İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 57,58.

⁵ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, 2. Baskı, Bursa 2020, s. 511.

⁶ Birinci kuşak haklar, her ne kadar sadece insan olmakla ilgili olsa da altyapısı itibarıyla burjuva – soylu savaşımına dayandırılmaktadır. Bu bakımdan burjuva için özgürlük, eşitlik, mülkiyet gibi kavramlar "ideolojik cephaneye" görevi görmüştür. AYBAY, s. 60.

⁷ GÖZLER, Genel Teori C.II, s. 511,512.

da öyle kalacaklarını düzenlemiştir.⁸ Yaşam hakkı, kişi güvenliği, mülkiyet hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, dilekçe hakkı gibi haklar ve eşitlik ilkesi birinci kuşak hakların içerisinde yer almaktadır.⁹ Klasik haklar olarak da ifade edilen bu hak kuşağı, işkence yasağı, adil yargılanma gibi artık evrensel düzeyde kabul görmüş hakları da barındırmaktadır.¹⁰

Birinci kuşak hakların ortaya çıkışı eşitlik üzerinden ilerlese de aslında sonuç burjuvanın baskın olduğu yeni ama yine eşitsiz bir yapı olmuştur. Sanayi devrimi ile gelen ağır koşullar, işçi sınıfının siyasal hareketler geliştirmesi ve sonucunda örgütlenerek yeni haklar talep etmesine yol açmıştır. Bunun sonucu ise sosyal haklar olarak da ifade edilen ikinci kuşak hakların doğuşudur.¹¹ Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmasına rağmen, İkinci Dünya Savaşından sonra uygulanmaya başlayan¹² bu haklar sağlık hakkı, konut hakkı, eğitim hakkı, sendika kurma hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı, dinlenme hakkı, çalışma hakkı, eşit ve adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi haklardır.¹³

Esasında sosyal hakları ile kişilik hakları arasında yapılan ayrımın temeli, sosyal haklara ilişkin devletin pozitif anlamda bir edim borcu altında olması iken kişilik hakları bakımından devletin negatif nitelikte yükümlülüğü olmasıdır.¹⁴ Yani devlet bu alanda "sessiz" kalacaktır.

Üçüncü kuşak haklar, özellikle sömürge devletlerin egemenliklerini kazanmaları süreçlerinin etkili olduğu ve 'yeni haklar' olarak da adlandırılan, esasında ise pozitif hukuk tarafından ilk iki kuşak gibi yoğunlukla tanınmayan haklardır.¹⁵ Bu hak sınıfının ortaya çıkmasındaki bir diğer etken de İkinci Dünya Savaşı sonrasında, sosyal hakların yetersiz kaldığına

⁸ HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan, "İnsan Haklarının Tarihsel Perspektif İçerisindeki Gelişimi", Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 1/1, 2003, s. 82.

⁹ AYBAY, s. 59,60.

¹⁰ DİRDİMAN, Ramazan Cengiz, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 186. AYBAY, s. 60.

¹¹ AYBAY, s. 61,62.

¹² GÖZLER, Genel Teori C.II, s. 512. HEKİMOĞLU, s. 85.

¹³ HEKİMOĞLU, s. 87. AYBAY, s. 61.

¹⁴ YÜCEL DERİCİLER, Özge, Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 57.

¹⁵ GÖZLER, Genel Teori C.II, s. 512,513.

ilişkin yaklaşımlardır. Bunun neticesinde türetilen kalkınma hakkı, barış hakkı, çevre hakkı gibi haklar, üçüncü kuşak haklardan sayılmaktadır.¹⁶

Üç kuşak arasında hakların tanınması bakımından esaslı bir ayırım bulunmaktadır. Birinci ve ikinci kuşak haklar çoğunlukla kabul gören ve ülkelerin iç hukuk sistemlerince tanınmış olan haklardır. Bununla birlikte üçüncü kuşak haklar aynı oranda tanınmamış olan ve daha çok idealler düzeyinde kalan haklar olarak ifade edilmektedir.¹⁷ Bir başka deyişle üçüncü kuşak haklar, ulus devlet sorumluluğunun ötesinde içerikleri olan ve kolektif hareket edilmesini gerektiren haklardır. Bu nedenle “dayanışma hakları”¹⁸ olarak da ifade edilmektedir.¹⁹

Kaynağını liberalizmden alan birinci kuşak haklar²⁰ ve sonrasında gelen sosyo-ekonomik değişimle birlikte ikinci kuşak haklar en nihayetinde grupların aktivizmi öncülüğünde üçüncü kuşak haklar ile devam etmiştir. Bugün gelinen nokta ise internetsiz, dijital gelişime kapalı bir insanın, toplumsal hayatın dışında kalmasına sebep olmaktadır. Bu durum doktrinde, dördüncü kuşak haklardan bahsedilmesine yol açmaktadır.²¹

Dördüncü kuşak haklar²² evrensel bir çalışmaya gerek duyulan ve teknolojik gelişimle paralel şekilde genişlemeye devam eden bir haklar

¹⁶ AYBAY, s. 63.

¹⁷ GÖZLER, Genel Teori C.II, s. 513.

¹⁸ HEKİMOĞLU, s. 87.

¹⁹ DOMARADZKÍ, Spasimir / KKVOSTOVA, Margaryta / PUPOVAC, David, “Karel Vasak’s Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse”, *Human Rights Review*, 20, 2019, s. 415. Üçüncü kuşak haklar için *evrensel vatandaşlık* vurgusu da yapılmaktadır. SARANÍ, Mohammad Reza / SADEGHÍ, Seyed Hossein / RAVANDEH, Hossein, “The Concept of ‘Right’ and its Three Generations”, *International Journal of Scientific Study*, 5/4, 2017, s. 38.

²⁰ SARANÍ / SADEGHÍ / RAVANDEH, s. 38.

²¹ VOLODENKOV / FEDORCHENKO, s. 282.

²² Biz çalışmamızda özellikle ‘dijital haklar’ kavramını kullanmayı tercih ettik. Bunun sebebi her ne kadar artık yeni bir kuşak hak sınıfının doğmuş olduğu dile getiriliyor olsa da dördüncü kuşak hakların içeriksel anlamda bir bütünlük arz etmemesidir. Söz gelimi doktrinde dördüncü kuşak hakları, genetik mühendisliğindeki gelişmeler ile ele alan yazarlar da bulunmaktadır. İnsan genomu üzerinde yapılan deneyler, üreme teknolojileri, insan embriyosuna ilişkin deneyler gibi alanlar dördüncü kuşak haklar olarak ifade edilirken “gelecek kuşak hakları” olarak da zikredilebilmektedir. CORNESCU, Adrian Vasile, “The Generations of Human Rights”, In *Days of Law: the Conference Proceedings (1st Edition)*. Brno: Masaryk University, 2009.

BARABASH, Olha O. / DOBKÍNA, Kateryna R. / KLYUYEVA, Yevgeniya M. / MARTIUK, Alina S. / POVALENA, Mariana V., “The Fourt Generation of Human

kuşağıdır. İçeriği, kendine has özelliği sebebiyle tam anlamıyla netleşme de dijitalleşmeye ve insan bedenine ilişkin bazı tanımlar içermektedir.²³

İnsan bedeni üzerine yapılan çalışmalardan hayvan klonlanmasına, genetik mühendisliğine ilişkin çalışmalardan yerli halkların haklarına kadar pek çok hak, bu kategoride değerlendirilmektedir. Ortak olan yaklaşım ise hangi içeriğe sahip olursa olsun dördüncü kuşak hakların bireyleri değil, tüm insanlığı ilgilendiren haklar olduğu yaklaşımıdır.²⁴ Bu yaklaşımın doğal bir sonucu olarak, bu haklara erişimin eşitlik temelinde dizayn edilmesi gerekir.²⁵

Dördüncü kuşak hakların kabul edilmesine ilişkin olarak doktrinde, henüz üçüncü kuşak haklara dair bir netleşme ya da evrensel ve ulusal hukuklarda yer edinmeleri problemi yaşanırken, yeni bir kuşağın kabul edilmesinin pratikte ne gibi bir fayda sağlayacağı, sorusu sorulmaktadır.²⁶ Kanaatimizce bu sorunun yanıtı, hakların ele alınış biçiminin değişmesi ile anlam kazanabilir. Çalışma, eğitim, sağlık gibi hakların internet erişimi olmadan anlamını yitirebileceği, demokratik katılım açısından günümüz sosyal medya araçlarına erişimin son derece önemli olması gibi konuların ilerde daha çok çalışılması ve hukuk sisteminde yer alması olası hak ihlallerini de bertaraf edebilecektir. Buna ek olarak bu hakların çalışılması ve irdelenmesi, hukuki süreçlere sadece katılımı sınırlı kalmadan, bu süreçleri başlatmak için de fırsat olabilecektir.

Rights: European Standards and National Experience”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 167, 2023, s. 5,6.

Gözler de dördüncü kuşak hakların içerisine hem bilişim alanındaki gelişmelere ilişkin hakları hem de genetik mühendisliğine ilişkin hakları dahil eder. **GÖZLER**, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayıncılık, 3. Baskı., Bursa 2020, s. 161. Biz bu ayırım içerisinde kaybolmadan çalışmanın da özünü teşkil etmesi sebebiyle ‘dijital haklar’ kavramını kullanmayı tercih ettik.

²³ **PEREPOLKIN**, Serhii M. / **PEREPOLKIN**, Danylo S. / **AVERIANOVA**, Milena V., “Typology of The Fourth Generation of Human Rights”, JILC (Journal of International Legal Communication), 1/1, 2021, s. 100.

²⁴ **ALGAN**, s. 99,100.

²⁵ **KARAKUŞ YILMAZ**, Türkan, Dijital Haklar ve Sorumluluklar s.128, Sağıroğlu Ş. / Bülbül H.İ. / Kılıç A./ Küçükali M. (Editörler), Dijital Okuryazarlık: Araçlar, Metodolojiler, Uygulamalar ve Öneriler, Ankara 2020.

²⁶ **ALGAN**, s. 102.

B. Hakların Negatif, Pozitif ve Aktif Statü Hakları Olarak Sınıflandırılması

1961 ve 1982 Anayasalarında da temel alınan Jellinek'in sınıflandırması hakları negatif statü, pozitif statü ve aktif statü hakları olarak üçlü bir ayrıma tabi tutar.²⁷

Bu ayrıma göre negatif statü hakları bireylerin yararlanması bakımından devletin karışmama, gölge etmeme yükümlülüğü olan haklardır. Klasik haklar olarak da adlandırılan bu haklar, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin hakları, din ve vicdan özgürlüğü, ifade hürriyeti gibi haklardır.²⁸ Pozitif statü hakları ise negatif statü haklarının tersi şekilde, gerçekleşebilmesi için devletin faaliyette bulunması gereken haklar iken aktif statü hakları da seçme – seçilme hakkı, siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi bireylerin sosyo-politik haklarını ifade eder.²⁹

Aybay da bu ayrımı koruyucu haklar, katılma hakları ve isteme hakları olarak yapar. Yazara göre koruyucu haklar konut dokunulmazlığı, zorla çalıştırma yasağı gibi devlet tarafından dokunulamaz nitelikteki haklardır. Çalışma, grev, konut hakkı gibi haklar ise devlete karışmama değil, aksine hakların gerçekleştirilmesi amacıyla pozitif bir faaliyette bulunma ödevi yükleyen isteme haklarındandır. Katılma hakları ise belirttiğimiz gibi siyasi karar alım mekanizmalarına, bireylerin katılabilmesine ilişkin haklardır.³⁰

Hakların bu sınıflandırmaya tabi tutulmasının önemi, özellikle negatif statü hakları özelinde, kişinin haklarını bir devletin ya da kuruluşun sağlayıcı pozisyonunda yaklaşmaması içindir. Bu yaklaşım hakkı sağlarken bir yandan da bu hakka sahip olma ve bireylerin bu haklarına yabancılaşması sonucunu doğurabilme potansiyeline sahiptir. O nedenle doktrinde bu ayrıma dikkatle yaklaşılması gerektiği hususu ifade edilmektedir.³¹

²⁷ **KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 233. **GÖREN**, Zafer, *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2019, s.500 vd. **DERDİMAN**, s. 186.

²⁸ **ALGAN**, Bülent, *İnsan Hakları (Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve)*, 1. Baskı, Ankara 2023, s. 71,73.

²⁹ **ALGAN**, s. 75,77.

³⁰ **AYBAY**, s. 58.

³¹ **PARKAN**, Barış, "Negatif Haklar, Pozitif Haklar ve Mülkiyet Hakkı Üzerine", *Felsefe Dünyası*, 44/2, 2006, s. 166.

C. Dijital Hakların Konumu

Dijitalleşme sürecinin kaçınılmazlığı hukuku da bu alana doğal olarak uyum sağlamaya itmiştir. Hakların, dijital ortamın varlığı ile kullanılır olmasının yanı sıra, doğrudan doğruya robotik ve yapay zeka³² teknolojisi ile de hukuk birbiri içine geçen bir yapı halini almaktadır. Buna ek olarak klasik toplum anlayışının dijital bir topluma dönüşmesi de buna özgü bir hukukun varlığına ihtiyacı beraberinde getirmiştir.³³

İnsan haklarının dijitalleşmesi kavramı yalnızca dijitale ilişkin haklar anlamına gelmemektedir. Dijital haklar kavramı bundan çok daha geniş olup, mevcut hakların dijital mecralara da uyum sağlaması sonucu klasik kullanım alanlarından, dijital kullanım alanlarına geçmesi ile de ilgilidir.³⁴ Öyle ki bu dönüşüm teknoloji ilerledikçe yeni hakların doğmasına ve mevcut hakların da dijitalleşmesine yol açacaktır. Bu durum insan gelişiminin doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir.³⁵

Günümüzde ise yapılan ayrımların tam anlamıyla sınırlar çizdiğini söylemek mümkün değildir. Öncelikle artık sosyal ile kişisel birbirine girmiş haldedir. Buna ek olarak devletin hem sosyal hakları hem de kişilik

³² Yapay zeka doktrinde, “insanın doğal olarak sahip olduğu zeka ile problemleri çözme, veriler üzerinden anlam çıkarma, çıkardığı anlam doğrultusunda karar verme ve gerektiğinde harekete geçebilme, öğrenme... gibi zihinsel süreçleri bir donanuma gerek duymaksızın gerçekleştirebilen... yazılımlardır”, şeklinde tanımlanmaktadır. **EKİCİ**, Şerafettin, Bilişim ve Teknoloji Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 226. Yapay zeka teknolojisi her ne kadar insan hakimlerin yerini almaya uzak görünse de davanın teknik detayları analiz etme, benzer kararları tarama, hafızada tutma gibi özellikleri sayesinde bir hakim yardımcısı konumuna gelebilecektir. Yargılama süreçleri ve iş yükü hesaba katıldığında bu durumun söz gelimi makul sürede yargılama, adil kararlara ulaşma gibi hakka doğrudan etki edeceği de ortadadır. **ŞENSOY**, Pirali Çağrı, “Hukuk Felsefesinin Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zeka Hakimler İnsan Hakimlerin Yerini Alabilir Mi?”, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1, 2024, s. 122,123.

³³ **ÇATLI / KESKİN**, s. 220.

³⁴ Söz gelimi özel hayata saygı hakkının dijital mecrada bir tür “*anonim kalma hakkına*” dönüştüğü kabul edilebilir. <https://www.iberdrola.com/innovation/what-are-digital-rights#:~:text=Digital%20rights%2C%20closely%20linked%20to,electronic%20devices%20and%20communications%20networks.> (Erişim Tarihi: 04.10.2024.)

³⁵ **BİELIAKOV**, Kostyantyn / **TYKHOMYROV**, Oleksandr / **RADOVETSKA**, Lidumyle / **KOSTENKO**, Oleksii, “Digital Rights In The Human Rights System”, *Interlaweast*, X/1, 2023, s. 186.

haklarını gerçekleştirmek, kimi zaman da bu haklar karşısında hareket etmemek gibi yükümlülükleri doğabilmektedir.

İnsan haklarının bütünselliği olarak ifade edilen yaklaşım bir hakkın, başka bir hak olmadan anlamını yitireceğini ifade eder. Derdiman'ın ifade ettiği gibi, ekonomik anlamda destek olunmayan bir kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı olmasının da bir anlamı yoktur.³⁶ Başka bir ifadeyle devletin, negatif alanda kalması gereken bir durumun oluşması için pozitif bir edimde bulunması gerekebilmektedir.

Eren'in ifadesiyle doğal haklara herkesin saygı gösterme yükümlülüğü varken, pozitif hakların genel anlamda yükümlüsü devlettir.³⁷ Haliyle gerek gerçek kişi gerek devlet kurumları hangi sınıfta olursa olsun haklara saygı göstermek zorundadır. Önemli olan husus, yükümlülüğün türüne ilişkindir. Kimsenin bir başkasının evine internet altyapısı kurma yükümlülüğü yoktur. Bu yükümlülük sadece devlete aittir. Fakat bu internetin kullanımı bakımından söz gelimi kaçak yollardan bağlantı kurmamak, kişisel verilere ulaşmama sorumluluğu ve yükümlülüğü de gerçek kişilere aittir.

Sosyal hayatın ve dijital ilerlemenin öngörülemez derecede karmaşık ve her ihtimale açık doğası gereği, artık herhangi bir hakkın katı sınırlar içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan dijital haklar kapsamında devletin hem bir alan oluşturması hem de bu alana ilişkin haklar kullanılırken varlığını olabildiğince hissettirmemesi gerekir. Başka bir deyişle dijital hakları devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri olan bir alana yerleştirebiliriz. Kuşak sınıflandırması bakımından ise dijital hakların üçüncü kuşaktan itibaren ortaya çıkan haklar olduğu ifade edilebilir.

II. DİJİTAL HAKLARIN KENDİ İÇİNDE SINIFLANDIRILMASI

Dijital haklara ilişkin olarak kapsamlı bir sınıflandırma yapılması mümkün değildir. Zira günümüzde hemen her alan, dijitalleşme yolunda hızla ilerlemekte hatta bir süre sonra hemen her hakkın, dijital dünyada bir kullanım alanı bulması muhtemel görünmektedir. Dijital hakların neler olduğu ile ilgili yapılan çalışmalar, akademik camianın haricinde, konuyla ilgili sivil toplum kuruluşları ve uluslararası kuruluşlardan gelmektedir.

³⁶ DİRDİMAN, s. 198.

³⁷ EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 469.

Kırktan fazla sivil toplum örgütü ve ülkenin katılımı ile kurulan ve dijital hakların savunuculuğunu yapan European Digital Rights (EDRi) isimli organizasyon dijital haklar arasında, şeffaflık, bilgiye erişim ve yurttaş katılımı, internete erişim, veri güvenliği ve korunması, telif hakları, anonim olma hakkı gibi hakları saymaktadır.³⁸ Bir diğer sınıflandırma dijital haklar olarak internete eşit erişim, özel hayatın gizliliği ve veri güvenliği, veri, içerik ve algoritma ayrımcılığına uğramama, demokratik katılım ve çeşitlilik ve dijital etik servislere erişim hakkını sayarken, internet ortamındaki her türlü hak yansımalarını da dijital şehirlerde yaşayan vatandaş hakları olarak sınıflandır ve unutulma hakkı, dijital ekonomiden eşit yararlanma hakkı, dijital mecrada ifade hürriyeti ve hatta kişiliğin teknolojiye uzak tutulması hakkı gibi hakları bu sınıf içerisinde zikretmiştir.³⁹

Dijital haklara ilişkin sınıflandırma çabası bu çalışmanın konusunu aşar niteliktedir. Bizim de amacımız dijitalleşme sürecinde ilk etapta üzerinde durulması gereken ve daha kapsayıcı olduğunu düşündüğümüz haklara ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktır. Bu nedenle çalışmanın sistematliğini, dijital haklar ve dijitalle ilişkili haklar şeklinde ikili bir ayırma tabii tutmayı uygun görmekteyiz.

Dijital haklar başlığı altında, doğrudan teknolojik gelişmelerin sonucu olarak, dijital dünyanın kendisi ile var olan internete erişim hakkı, anonim olma hakkı, unutulma hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı incelenecektir. Ardından dijital dünyaya entegre olan en önemli haklardan ifade hürriyeti, siyasi katılım hakkı, çocuk hakları ile diğer bazı haklar üzerinde durulacaktır.

A. Dijital Haklar

1. İnternete Erişim Hakkı

2011 yılında Avrupa Konseyi, internet erişiminin temel bir insan hakkı olduğunu kabul etmiştir. İnternete erişim hakkı üçüncü kuşak hakları arasında kabul edilmektedir.⁴⁰ Bu hakkın kabul edilmesinde ifade hürriyeti, toplantı hürriyeti ve özel yaşam gibi internet dışında insanların en

³⁸ FIEDLER, Kirsten / MCNAMEE, Joe, "The Charter of Digital Rights", <https://edri.org/our-work/charter-digital-rights/> (Erişim Tarihi: 04.02.2025).

³⁹ CALZADA, Igor, "Digital Rights", https://www.researchgate.net/publication/356109773_Digital_Rights, (Erişim Tarihi: 04.02.2025).

⁴⁰ AVŞAR, Zakir, "İnternete Erişim Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri", İletişim ve Demokrasi, 9, 2022, s. 150,151.

temel hakları olan kavramların internet ortamında da var olabilmesi ve varlığını devam ettirebilmesi yatmaktadır.⁴¹ Üçüncü kuşak haklar içerisinde kabul edilen internete erişim hakkını, dördüncü kuşak hakların adeta bir çatı hakkı niteliğinde olduğu kabul edebilir. Zira internet erişiminin olmaması ya da engellenmesi, aynı anda birden fazla hakkın da ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

İnternet erişiminin bir hak olup olmadığına ilişkin farklı görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerden biri, internetin bir hak olmadığını bir hizmet türü olduğunu ifade ederken bir diğeri insan hakları kavramının temel olarak yalnızca negatif haklardan ibaret olduğunu, çünkü insan hakkı kavramının ortak bir payda teşkil etmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴² Bununla birlikte internet erişiminin bir temel hak olarak kabul edilmediği durumlarda dahi devletlere bazı yükümlülükler yüklediği kabul edilmektedir. Bunlardan en önemlileri, internet altyapısının oluşturulması, veri güvenliğine ilişkin tedbirler ve ceza kanunları uyarınca alınabilecek önlemlerdir.⁴³

Yunanistan Anayasası herkesin bilgi toplumuna katılma hakkına sahip olduğunu ifade ederken elektronik erişim sağlanmasını devletin bir yükümlülüğü olarak düzenlemektedir. Bunun dışında anayasal düzeyde internetin erişiminin hak olarak tanınmadığı görülmekle birlikte, kanunlar ve ilkeler düzeyinde internet bir hak olarak tanınmakta ve anayasal düzeyde olması için de çalışmalar yapılmaktadır.⁴⁴

Özellikle salgın dönemi göstermiştir ki günümüzde internet yalnızca bir hizmet olarak ele alınamaz. İnternet erişimine sahip olmamak artık neredeyse hayattan kopuk yaşamak anlamına gelmektedir. Hem başlı başına bir hak oluşu hem de diğer hakların kullanım alanı olması sebebiyle internet erişiminin artık bir temel olarak ele alınması elzemdir.

2. Anonim Olma Hakkı

Anonim olmak bir kişinin kimliğine ilişkin, söz konusu kişiyi tanımlamaya yarayacak yaş, cinsiyet, ırk gibi bilgilerin başkaları tarafından bilinmemesi durumu olarak ifade edilmektedir. Bu şekilde kişiler sosyal

⁴¹ <https://tr.euronews.com/2016/07/05/bm-interneti-temel-insan-hakki-olarak-kabul-etti> (Erişim Tarihi: 27.11.2023).

⁴² Ayrıntı için bkz. **YÜKSEL**, İsmail, "İnternete Erişim Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 80/3, 2022, s. 152,153.

⁴³ **AVŞAR**, s. 159.

⁴⁴ **YÜKSEL**, s. 163,164.

ağ ve diğer internet platformlarında, kendi isimleri ve görsellerinden tamamen farklı, anonim bir profil aracılığı ile kendisini daha güvende hissederek paylaşımlar yapabilmektedir.⁴⁵

Sosyal medya kullanıcılarına, anonim olma imkanı ve bunun sonucunda daha özgür paylaşımlar yapmalarına olanak sağlamaktadır. Öyle ki gerçek hayatta ifade edilemeyecek söylemler, anonim bir profil arkasından rahatça ifade edilebilmektedir. Bununla birlikte anonim olma halinin internet ortamında suç niteliğindeki ifade ve uygulamaları da kolaylaştırdığı bir gerçektir.⁴⁶ Kısaca kişiler anonim olmayı, bir hak olarak kullanırken bir yandan başkaca haklarını rahatça kullanabilmekte bir yandan da çevrimiçi hak ihlalleri için kendilerine uygun zemini yaratabilmektedir.

Anayasa mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, ilk derece mahkemesince tarafların gizlilik isteği taleplerine, somut bir red gerekçesi sunmamasını özel hayatın gizliliği hakkının ihlali kapsamında değerlendirmişdir.⁴⁷ Bu karardan hareketle şu sonuca varılabilir ki bireyler, belirli sebeplerle anonim kalma, bilgilerinin bilinmesini istememe hakkına sahiptir. Hatta öyle ki yargılamanın aleniliğinin anayasal düzeyde kabul edildiği bir sistemde dahi, tanınmama/bilinmeme isteğine mahkemelerce gerekçesiz red verilmesi, hak ihlali sonucunu doğurmaktadır.

3. Unutulma Hakkı

Dijitalleşmenin geldiği seviyeye birlikte bireylerin unutulması ve hatırlanması arasındaki denge bozulmuştur. Geçmişte yapılan hatalar, yanlışlar ya da işlenen suçlar, bunun neticesine katlanan bireylerin yıllar sonra bile karşısına çıkabilmektedir. İşte unutulma hakkı da kişinin aleni hale gelen geçmiş yaşantısının dijital ortamdan kaldırılması bir başka değişle artık hatırlanmamasını isteme hakkıdır.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi de

⁴⁵ KAYA, Sertaç, "Sosyal Medyada Anonim Olmanın Söylemler Üzerindeki Etkisinin Haber Yorumları Üzerinden İncelenmesi", İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, 60/2022, s. 170.

⁴⁶ KAYA, s. 182.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2020/25643, K. T.: 21.11.2023, p. 14. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).

⁴⁸ USTA, Oğuz, Kişilik Hakkı Bağlamında Unutulma Hakkı, 1. Baskı, Ankara 2023, s. 269.

N.B.B. başvurusunda⁴⁹ unutulma hakkının gerekçesini, "...internet ortamında bir haberin uzun süredir kolayca ulaşılabilir olması nedeniyle kişinin şeref ve itibarını zedeleyen bir hâle dönüşmesi", şeklinde ifade etmektedir.

Aynı başvuruda mahkeme unutulma hakkına ilişkin olarak şunlara yer vermektedir, "...Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, internet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişiminin engellenmesi için Anayasa'nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır... unutulma hakkının kabul edilmemesi, internet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığın müdahaleyi sürekli kılmaktadır."

Bununla birlikte Mahkeme, haber değeri devam eden durumlar açısından unutulma hakkının ihlal edilmediğini ifade etmiştir.⁵⁰ Yine vermiş olduğu başka bir kararında internet ortamındaki haberin güncelliğini koruduğunu ifade etmiş ve bu hakkı ifade ve basın özgürlüğü ile adil bir dengenin kurulması perspektifinden ele almıştır.⁵¹

Unutulma hakkı kamu hukuku açısından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkıyla bütünleşirken, özel hukuk alanında ise kişilik hakları arasındadır. Unutulma hakkı aynı zamanda kişisel veri kavramıyla da doğrudan ilintili olup, hakkın konusunun kamuya açık kişisel veriler olduğu ifade edilmektedir.⁵²

Unutulma hakkının korunması açısından başlı başına bir mevzuat bulunmamaktadır. Hakkın kullanılması ve korunması açısından mevcut düzenlemelerden faydalanılmaktadır. KVKK m. 4,7 ve 11, İYHK m. 9 ve Türk Medeni ve Borçlar Kanunlarının kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümleri yasal dayanak olarak kullanılabilir.⁵³

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2013/5653, K. T.: 03.03.2016. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024)

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2014/17943, K. T.: 05.10.2017, p. 29. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2014/4141, K. T.: 04.10.2017, p. 27,28. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).

⁵² USTA, s. 269.

⁵³ USTA, s. 273,274.

4. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Doktrinde “bireyin şahsi, mesleki ve ailesine ilişkin özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmayı ve niteliklerini ortaya koymayı sağlayan her türlü bilgi”, şeklinde tanımlanan kişisel veri, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) uyarınca *kimliği belirli yahut belirlenebilir olan bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*, olarak ifade edilmektedir.⁵⁴ Anayasa mahkemesi vermiş olduğu kararlar çerçevesinde kişinin yalnızca adının ve soyadının değil, kimliği belli edecek düzeyde olması koşuluyla telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgiler, IP adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi tüm verileri kişisel veri olarak kabul etmektedir.⁵⁵

Kişisel veri kavramı temel olarak özel hukuka ilişkin bir konudur. Kişisel verinin korunması her ne kadar temel bir insan hakkı olsa da mülkiyet ve fikri mülkiyet hakları ile yakından ilişkilidir. Bununla birlikte her iki görüşün de kişisel veriyi açıklamada yetersiz kaldığı ifade edilerek “*insan haklarının özel hukuktaki görünüşü olan bir kişilik hakkı*” olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁶

1982 Anayasası m. 20/3 uyarınca herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Anayasa uyarınca bu hak sadece korumayı değil aynı zamanda hak sahibinin isteği doğrultusunda da düzeltilmesini, silinmesini ya da kullanılıp kullanılmadığının öğrenilmesini kapsamaktadır.

Anayasadaki düzenlemeye paralel şekilde KVKK m. 4/2 uyarınca, kişisel veriler belirli, meşru ve açık amaçlar için ve bu amaçla bağlantılı olarak sınırlı bir süreliğine, ölçülü bir şekilde hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde işlenmek zorundadır. KVKK m. 5 kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenemeyeceğini hüküm altına alırken 2. fıkra bu durumun istisnalarını öngörmektedir.

⁵⁴ **AKKURT**, Sinan Sami, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt:2, Sayı:1, 2020, s.21.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2017/16849, K. T.: 19.10.2023, 50.pgrgf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

⁵⁶ **AKKURT**, s. 29,30.

Buna göre, kanunlarda açıkça öngörülmesi, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması ve ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması, durumlarında açık rıza aranmaksızın da kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.

Söz konusu düzenlemeye göre kişisel verilerin işlenmesi, hukuka ve dürüstlük kuralına uygun, meşru amaçlar kapsamında, sınırlı ve ölçülü olmalıdır. Bu ilkeler kişisel verilerin korunması, uygulanması ve düzenlenmesinde dikkate alınmak zorunda olan genel ilkelerdir.⁵⁷

Kanunun 6. maddesi uyarınca kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri kapsamında olup, ilgilinin açık rızası olmadan işlenmesi mümkün değildir. Yalnızca aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

Anayasa Mahkemesi 2020/25583 numaralı bireysel başvuruda *“açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan özel hayata saygı hakkı*

⁵⁷ YÜCEDAĞ, Nafiye, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1/1, 2019, s. 61.

*kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi*⁵⁸ gerektiğine ilişkin ifadeyle, kişisel verilerin korunması hakkının özel hayata saygı kapsamında talep edilebileceğini ifade eder.

Mahkeme kişisel verilere ilişkin düzenlemelerin olduğu bir diğer kanun olan 4045 sayılı kanunda yer alan, “*kişisel verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ve özellikle, süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği, bütünlüğü ve imhası konusundaki usullere ilişkin, muhataplarının yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak açık ve detaylı kuralları içermediği*”⁵⁹ tespitinde bulunmaktadır.

Kişisel veri kavramı günümüz dijital çağında son derece önemli bir yer işgal etmektedir. Bu durum haksız da sayılmaz. Özellikle elektronik ticaret ve hizmet alımlarında kredi kartı bilgilerinin ya da kişilerin adres ve nüfus bilgilerinin varlığı devlete ve ilgili kuruluşlara son derece önemli bir yükümlülük getirmektedir.⁶⁰ Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi kapsayıcı bir mevzuatın hazırlanması yanında güvenli ve ileri bir bilişim altyapısının oluşturulması ile mümkündür.

B. Dijitalleşen Haklar

1. İfade Hürriyeti Hakkı

İfade hürriyeti tek bir başlık altında incelenmesi mümkün olmayan, hukukun en kendine has kavramlarından biridir. Bizim amacımız da ifade hürriyetinin kapsamlı şekilde ele alınması olmayıp, dijital haklar kapsamında incelenmesidir.

İfade hürriyeti rönesans ve reform hareketleri neticesinde insanın sadece insan olarak değer kazanma süreci sonunda temel hak ve hürriyetlerin en önemli dallarından biri haline gelmiştir. Son derece eski bir kavram olan ifade hürriyeti insanın kendini ifade edebilmesi, her türlü

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2020/25583, K. T.: 04.10.2023, 16.prgrf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2014/7256, K. T.: 27.02.2019, 90.prgrf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

⁶⁰ Dijital ortamda toplanan, saklanan ve analiz edilen verilerin güvenliği, veri sorumluları açısından bir haliyle bir sorumluluk doğurmaktadır. Zira hakkaniyet ilkesi gereği verileri toplama ve depolama işini üstlenenlerin, bunları sağlıklı şekilde muhafaza da etmesi gerekir. GÜRPINAR, Damla, “Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19/Özel Sayı, 2017, s. 694.

düşüncesini ve fikirlerini özgür bir şekilde ifade edebilmesi anlamına gelmektedir. İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliğin kendini ifade edebilmesi olduğu düşünüldüğünde ifade hürriyetinin önemi de ortaya çıkmaktadır.⁶¹ Bu bakımdan ifade hürriyetini pek çok hak ve hürriyetin temeli saymak yanlış olmayacaktır.

AİHS m. 10 uyarınca, herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası bu hürriyetin hangi şartlar altında sınırlandırılabilirliğini hüküm altına almaktadır. Buna göre ifade hürriyeti, *yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.* 1982 Anayasası da m. 25 ve 26 uyarınca, ifade hürriyetini koruma altına almaktadır.

İfade hürriyetinin kapsamı ise geniş bir hukuksal tartışma konusudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi meşhur kararında ifade hürriyetinin sadece toplumun onayladığı alanlarda değil, devletin ya da toplumun herhangi bir kesiminin onaylamayacağı, rahatsız ve hatta şoke olacağı durumlarda da geçerli olduğunu belirtir.⁶² Bu bağlamda ifade hürriyeti kişinin düşüncelerini serbestçe oluşturmasından, bunları özgürce ifade etmesi ya da etmemesi arasındaki tüm alanı kapsayan genişliktedir.⁶³ Bu kapsam topluma mal olmuş siyasetçi ya da sanatçılar için daha da genişletilebilmektedir.

Günümüzde son derece önemli bir yer edinen sosyal medyanın kullanımını, ifade hürriyetine ilişkin önemli olayların yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Söz gelimi bir internet sitesine ilişkin yapılan bant daraltması tedbiri, siteyi kullanan binlerce kişinin ifade hürriyetinin de sınırlandırılması

⁶¹ ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 313.

⁶² AİHM, Handyside v. the United Kingdom, App. No. 5493/72, p.49. (Hudoc.echr., Erişim Tarihi: 15.11.2023)

⁶³ SUNAY, Reyhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1-2, 2000, s. 528.

anlamına gelmektedir. Bu tip hak kayıplarının önlenmesi için alınacak tedbirlerin suçun şahsiliği, hakkın ancak kanunla sınırlanabilmesi gibi ilkeler dikkatli şekilde bütünleştirilerek uygulanması son derece önemlidir.

İnternetin varlığı bireylerin yönetime ilişkin tartışma alana oluşturabildiği bir kamusal alanın da doğmasına sebebiyet vermiştir. Demokratik bir devlet açısından bu alanın özgür, açık ve doğası gereği heterojen olması gerekir. Aksi takdirde bu ortam, yalnızca izin verilenlerin yer alabildiği fakat demokrasinin özü ile uyumlu olmayan bir yapıya bürünecektir.⁶⁴

AYM'nin 2016/1430 başvuru numaralı bireysel başvuru kararında başvuru sahipleri, internet erişimi kısıtlamasının ifade özgürlüğü ile etkili başvuru haklarını ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme kararında, internet sitelerine yapılan her türlü kısıtlamanın bilgi alma ve verme özgürlüğüne, bundan dolayı da ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu ifade etmektedir.⁶⁵

Önemli bir diğer konu ise yer sağlayıcılara verilen bant daraltma cezalarıdır. Kanunlar çerçevesinde bazı yayınlar sonucunda bant daraltılmasına gidilmesi mümkündür. Bununla birlikte bu tedbirin kullanılması ifade hürriyetini tamamen kullanılmaz bir hale getiriyorsa bunun için de gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Bu değerlendirme yapılırken kullanımı kısıtlanan mecranın, hürriyet kapsamında ne oranda önemli olduğu da değerlendirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sansür olarak ifade edilebilecek durumların demokrasiler açısından kaygı verici düzeyde olduğu ifade etmiştir. Bu nedenle yayın incelemesi, durdurması ya da bir şekilde sınırlandırılmasına ilişkin her durumun özenle ele alınması gerekmektedir.⁶⁶

Az katılımcının olduğu yer sağlayıcıları açısından bu durumlar haber değeri dahi taşımazken, Youtube, X (eski ismiyle Twitter), Instagram gibi platformlarda yaşanan erişim problemleri ile birlikte toplumsal reaksiyon da gelişmektedir.

⁶⁴ SUNAY, Reyhan, Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları, 1. Baskı, 2013, s. 241.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2016/1430, K. T.: 22.11.2023, 9.pgrf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.07.2023).

⁶⁶ TANJU, Erhan, AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 367.

Mahkemenin bu konuya ilişkin belki de en önemli kararlarından biri *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğçerleri*, davasıdır.⁶⁷ Diken, isimli internet haber sitesine erişimin engellenmesi konulu davada, 5651 sayılı yasanın 9. Maddesi kapsamında, erişimin engellenmesi talebinde bulunan kişinin kişilik haklarının ihlal edilmesinden dolayı Ankara 2. Sulh Ceza Hakimliği tarafından erişimin engellenmesine karar verilmiştir.⁶⁸

Anayasa mahkemesi yapmış olduğu incelemede, şayet internet yayını kişilik hakkını *ilk bakışta* ihlal ettiği anlaşılabilirse, istisnai olarak, erişimin engellenmesi kararı verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme devamında, dayanak madde olan 9. maddeye ilişkin olarak şu tespitlerde bulunmuştur, “...başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olarak düzenlenen 9. maddedeki kural her ne kadar meşru bir sınırlandırma sebebi sunsa da sulh ceza hâkimliklerinin bu yetkiyi nasıl kullanacaklarını tarif etmemekte, sınırlandırma yaparken sulh ceza hâkimliklerine demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı karar vermelerine yardımcı olacak araçları sunmamaktadır... Her ne kadar 9. maddenin (4)

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2018/14884, K. T.: 27.10.2021, (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.07.2023).

⁶⁸ 5651 sayılı **internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkında kanunun 9. maddesi, erişimin engellenmesini şu şekilde düzenlemektedir;**

“(1) internet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) internet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) internet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayının, kısım, bölüm ile ilgili olarak (url, vb. Şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim url adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir...”

numaralı fıkrası ile bu yolun yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile sınırlı olarak kullanılabilceği, zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemeyeceği belirtilmiş olsa da bu kural tek başına ifade özgürlüğüne yapılabilecek keyfi ve orantısız müdahaleleri önlemeye elverişli değildir. Kısıtlamanın belirli bir içeriğe ilişkin olduğu ve sınırlı etkileri bulunduğu iddia edilse bile internet ortamında bulunan bir içeriğe erişimin engellenmesi, o içeriğin belirli bir ülke sınırları içinden ulaşılmasına kararın verildiği tarihten itibaren süresiz olarak engel olduğundan ağır bir müdahale aracıdır ve internet ortamında bulunan zararlı içeriklerle diğer başka usullerle mücadele edilebildiği sürece başvurulmaması gereken bir yöntemdir. Dolayısıyla mevcut hâliyle 9. madde kamusal makamların takdir yetkisini daraltarak keyfi davranışların önüne geçebilmek için yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerinin yanında demokratik toplum düzenininin gereklerine uygun ve orantılı karar verilmesini sağlayacak güvenceleri de içermemektedir.”

2. Siyasi Katılım Hakkı

Siyasi katılım, demokratik sistemler açısından vatandaşların siyasi iktidardan, basit bir istek ya da talepten kapsamlı bir faaliyete kadar, geniş bir alanda yer almalarıdır. Demokratik olmayan toplumlar ise politikadan uzaklaştırılır. Böylece çoğulcu ve özgürlükçü yapı yerini otoriter ve baskın bir iktidar gücüne bırakmaktadır.⁶⁹

Seçimler, demokratik sistemler açısından vazgeçilmez unsurlardır. Her ne kadar seçim eşittir demokrasi önermesi doğru olmasa da seçimsiz bir demokrasiden bahsedilebilmesi de mümkün değildir.⁷⁰ Seçimler siyasi katılımın en önemli aracı olsa da çoğulcu demokrasiler açısından siyasi katılım, seçimlerden çok daha fazlasıdır. Vatandaşların bir siyasi parti ya da sosyal grup içerisinde yürüttüğü ve siyasi iktidarı etkilemeye yönelik her türlü faaliyet siyasi katılıma ilişkindir.⁷¹

Dahl, demokratik sürecin kriterlerinden birini *etkin katılım* olarak ifade eder. Siyasetin üretilmesinde üyeler görüşlerini diğer üyelere sunabilme açısından eşit imkanlara sahip olmalıdır. Yine bu sürecin kistaslarından biri de *bilgi edinebilmedir*. Yani üyeler alternatif siyaset seçenekleri

⁶⁹ FEDAYİ, Cemal, Siyaset Bilimi, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 135,138.

⁷⁰ KIŞLALI, Ahmet Taner, Siyaset Bilimi, 14. Baskı, Ankara 2010, s. 289.

⁷¹ KAPANİ, Münci, Politika Bilimine Giriş, 35. Basım, Ankara 2014, s. 153.

ve bunların muhtemel sonuçları hakkında eşit bilgi edinebilme imkanına sahip olmalıdır.⁷²

Doktrinde yönetim olarak ifade edilen kavram, devlet ve toplumların bir arada, meşru bir karar alma amacıyla oluşturdukları ulusal ya da uluslararası bir ortam oluşturma, olarak ifade edilmektedir. Teknolojik gelişmelerin vatandaşların hizmetine sunulmasıyla yerel ve küresel ölçekte bireylerin ve toplumların da bu karar alma dinamiğine dahil edilmesi gerekmektedir. Bu yönetim aynı zamanda siyasi ve hukuki açıdan refah toplumlarının oluşmasıyla da doğrudan ilgilidir.⁷³

Klasik medya araçları olan gazete ve televizyondan çok daha fazlasını vadeden sosyal medya araçları, geri bildirim çok daha hızlı olması, daha özgür ve anonim bir alan olması, mevcut imkanlar dahilinde erişimin daha çeşitli, kolay ve hızlı olması gibi özellikleri⁷⁴ bakımından siyasi katılımın önemli bir aracı haline gelmiştir. Bu platformların varlığı ile siyasi olayların tabana yayılması, kamuoyu oluşması son derece hızlı olurken vatandaşların da hızlı bir şekilde reaksiyon vermesi mümkün hale gelmektedir. Bunun paralelinde siyasi hesapverirlik de artmaktadır.⁷⁵

İnternetin dönüştürücü etkisi ve interaktif yapısı, doğrudan demokrasinin de uygulanabilirliği sonucunu doğurmaktadır. Siyasi faaliyetlere çevrimiçi yollarla katılabilme imkanı, hem demokratik meşruiyetin hem de bilinçli vatandaşların artmasına yol açabilir. Bu durum elektronik oy verme işlemlerinden, kamu politikalarının belirlenmesine ve kanunlaştırma çalışmalarına kadar geniş bir alanı içermektedir.⁷⁶ Söz gelimi bazı Avrupa ülkelerinde belediyelerin katılım bütçelerinin oluşturulmasından gönüllü çalışma faaliyetlerine kadar, belediye sakinleri doğrudan

⁷² DAHL, Robert A. (Çeviren: Kadioğlu, Betül), *Demokrasi Üzerine*, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 47,48.

⁷³ ÇELİKSOY, Emine / AKÇA, Ali, "Türkiye'de Kamu Yönetiminde Yaşanan Dijital Dönüşüm Süreci", *ÇAKÜ Sosyal Bilimler enstitüsü Dergisi*, 15/2, 2024, s. 452,453.

⁷⁴ EKİCİ, s. 102,103.

⁷⁵ MERTEK, Sefa, "Dijitalleşme ve Demokrasinin Krizi", *Muhafazakâr Düşünce Dergisi*, 20/67, 2024, s. 40.

⁷⁶ ZENGİN, Mehmet Ali, "Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasi İçerisinde Kullanımı ve Dijital Demokrasiye Geçiş", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/4, 2013, s. 298.

katılım sağlayabilmektedir.⁷⁷ Önemli olan husus yine bu teknolojinin ulaşılabilir ve güvenli olmasıdır.

3. Çocuk Haklarının Dijital Boyutu

Çocuk kavramı hukukta iki türlü kullanılmakta olup birincisi yetişkin olmayan küçük, diğeri ise altsoy yani anne-babaya dair soy bağıını ifade etmektedir. Bu bakımdan çocuğa hangi hukuki statü kapsamında yaklaşılacağı somut olaya göre belirlenmektedir.⁷⁸ Konumuz kapsamında korunmaya muhtaç birey olmasından hareketle çocuktan anlaşılması gereken de yetişkin olmayan küçüklerdir.

İnternet erişiminin yaygınlaşması ve hatta bir hak haline dönüşmesi ile birlikte kullanıcıların nitelikleri de önem kazanmıştır. Yetişkin bireyler hukuki sınırlar çerçevesinde dilediğince hareket edebilirken çocuklar açısından durum çok daha farklıdır. Fiziksel ve duygusal anlamda kendilerini tehlikelerden koruyamayacak düzeyde olan çocukların internete erişimleri sonucunda pek çok hak ihlali yaşanabilmektedir.⁷⁹

Çocuklara ilişkin riskler teknik riskler, fiziksel, sosyal ve psikolojik riskler, pedofili, pornografi ya da zararlı ve yasaklı maddelere maruz kalma gibi olasılıklar, kişisel güvenliğin ve özel hayata ilişkin kişisel bilgilerin üçüncü ve kötü niyetli şahısların eline geçmesi, suç örgütleri ya da bunlarla irtibatlı kişilerce kandırılabilme gibi son derece geniş bir yelpazeye sahiptir.⁸⁰ Zira potansiyel failerin kurbanlarını bulması, yalnızca "bir tık uzaklıktadır." Doktrinde ceza hukukuna ilişkin hükümlerin dijital ortamlarda gerçekleştirilen çocuk istismarları için yetersiz kaldığı ifade edilmektedir.⁸¹ Bu durum dijital haklara ilişkin yeni bakış açıları geliştirmenin, özellikle devletin sorumluluğu açısından, zorunlu olduğunu göstermektedir.

⁷⁷ YILDIZ, Mehmet / GÜMÜŞ, Erhan, "Yerel Yönetimlerde Dijital Dönüşüm: E-Belediye Uygulamaları", Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi, 9/2-1, 2023, s. 207.

⁷⁸ BALO, Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 33.

⁷⁹ TARI CÖMERT, İtr / KAYIRAN, Sinan Mahir, "Çocuk ve Ergenlerde İnternet Kullanımı", Çocuk Dergisi, 10/4, 2010, s.168.

⁸⁰ CANBEK, Gürol / SAĞIROĞLU Şeref, "Çocukların ve Gençlerin Bilgisayar ve İnternet Güvenliği", Politeknik Dergisi, 10/1, 2007, s. 35.

⁸¹ CAN YAVUZ, Neslihan, "Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13/50, 2022, s. 134.

Anayasa mahkemesi İ.A. başvurusunda⁸² çocukların korunması açısından önemli ifadelere yer vermişti. Beş yaşındayken uğradığı cinsel istismar ve eziyet görüntüleri haber yapılan başvuruçunun, internet ortamındaki hızlı yayılmayla birlikte küçüğün tanınır olmasını engelleme çabasının anlamını yitirdiğini ve sürekli olarak aynı travmayı tekrar tekrar yaşayacağını ifade etmiştir. Mahkeme böyle bir konunun diğer çocukların da korunmasına ilişkin hukuk bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederken, haber alma ve basın hürriyeti ile bir teraziye konduğunda tercih edilmesi gerekenin çocuğun üstün yararı olduğunu belirtmiştir.

İnternet erişimi ve bununla ilintili diğer durumların bir hak koluna dönüşmesi ile çocukların korunması arasında dikkatli bir sınır çizilmelidir. Bu sınırın aşılması çocukların internet kaynaklarından yeterince yararlanamaması, kendi jenerasyonundan geri kalması ve buna bağlı uyum problemleri yaşaması ve hatta belirli düzeyde risk faktörleri ile mücadele edebilme yeteneklerini geliştirememeleri neticesini doğurabilir.⁸³

Çocukların gelişimden birincil derecede sorumlu olanlar ailelerdir. Bu nedenle ebeveynlerin gerek kendilerinin gerekse de çocuklarının dijital tehlikelere karşı farkındalıklarını artırmaları, çocukları ile konuşmalar yapmaları önemlidir. İşin devlet sorumluluğu kısmında ise çocukların erişim faaliyetlerinin aileleri gözetiminde takip edilebilmesinin altyapısının oluşturulması, buna ilişkin toplumsal düzeyde dijital okuryazarlık düzeyinin artırılmasına ilişkin adımlar atılması son derece önemlidir.⁸⁴ Çocuklara ilkokuldan itibaren, dijital dünya tehlikelerinin, hukuksal haklarının, faydalı ve alternatif içeriklere nasıl ulaşılacağı anlatıldığı sistematik ve bilimsel bir eğitim modeli kurgulanmalıdır.

4. Diğer Bazı Haklar

Yukarıda belirtildiği üzere hemen her hak dijitalleşmeye müsaittir. Hayatın her alanının dijital ortama taşınması, mülkiyet hakkından çalışma hakkına, eğitim hakkından sağlık hakkına kadar pek çok hakkın yeni bir yaklaşımla ele alınması ve hukuksal olarak sınırlarının ve içeriğinin yeniden belirlenmesi gerekliliği doğurmaktadır. Sosyal ve teknolojik

⁸² Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2017/16849, K. T.: 19.10.2023, p. 63,65. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).

⁸³ ÇELEN Fatma Kübra / ÇELİK Aygül / SEFEROĞLU Süleyman Sadi, "Çocukların İnternet Kullanımları ve Onları Bekleyen Çevrim-İçi Riskler", Akademik Bilişim '11 – XIII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 2011, s. 650.

⁸⁴ TARI CÖMERT/KAYIRAN, s. 169.

gelişime paralel olarak bunlardan bazıları, fikri mülkiyet hakları, eğitim hakkı ve çalışma hakkı olarak ön plana çıkmaktadır.

Fikri mülkiyet kavramı, “*bir eser üzerinde sahip olunabilecek maddi ve manevi hakların tamamını ve komşu haklarını*” ifade eden kavramdır. Fikri mülkiyet bir kişi ya da kuruluşa ait olan, kişi ya da kurumun bu fikrin, serbest ya da belirli kısıtlamalar içinde kullanılmasını kontrol edebildiği bir fikir ürünüdür.⁸⁵ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSK) 1/B uyarınca eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri anlamına gelmektedir. Aynı kanun m. 8 uyarınca eser sahibi ise eseri meydana getiren kişidir. Özel durumlar bakımından da kanun şu ayrıntıları vermektedir; *bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir. Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.*

Fikri mülkiyet konusu sadece dijital alanda değil kendi alanında da tartışmalar olan bir konudur. Özellikle dijital dünya açısından fikri mülkiyetin varlığı ve bunun sınırları tartışmalı alanlardır. Kişilerin internet ortamındaki üretimlerinin ve emeklerinin korunması açısından bu korumanın nerede başlayıp nerede biteceği önemli bir sorundur.⁸⁶

Doktrinde ülkemiz açısından görülen en yaygın telif sorunlarından bazıları eserin dijitalleşmesi, dijital ortamda görünümü, iletimi ve paylaşımı olarak ifade edilmektedir. Türkiye dijital hakların yönetimine ilişkin WIPO sözleşmelerine (Telif Hakları Anlaşması) taraf olsa da bazı spesifik alanlarda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda İşlemeler ve Derlemeler maddesi gibi, yeterli korumanın sağlanmadığı ifade edilmektedir.⁸⁷

Covid-19 pandemisi döneminde dijital dönüşüm sürecinden etkilenen en önemli haklardan birisi de şüphesiz eğitim hakkıdır. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m. 26 uyarınca herkes eğitim hakkına sahiptir.

⁸⁵ <https://ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan-sorular/ticari/fikri-mulkiyet-haklari>. (Erişim Tarihi: 02.09.2023.)

⁸⁶ **MEDİN**, Burak, “Dijitalleşen Dünyada Fikri Haklar Sorunu”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7/2, 2017, s. 66.

⁸⁷ **TURHAN**, Metin, “Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Bilgi Dünyası, 17/1, 2016, s. 82,83.

1982 Anayasası da 42. maddesinde kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme ışığında devletin eğitim hakkının gerçekleşmesi bakımından bir eşitlik sağlama görevi olduğundan bahsedilmesi mümkündür.

Pandemi döneminde çevrimiçi eğitime dair yaşanan sıkıntılar açıkça ortaya çıkmıştır. Özellikle Dünya Bankası'nın hazırlamış olduğu raporda dijital eğitim sürecinin, yüz yüze eğitimden çok daha eşitsiz bir ortam yaratacağı öngörüsü dikkat çekicidir.⁸⁸ Bu bakımdan devletlerin pandemi benzeri bir olağanüstü durum karşısında, eğitim hakkının sürdürülebilir olması için dijital dönüşüm süreçlerini ciddiyetle ele almaları gerekmektedir. Zira teknoloji yalnızca eğitime ulaşma değil aynı zamanda eğitimin içeriği, zamanı ve yeri bakımından da son derece önemli katkıları beraberinde getirmiştir.⁸⁹

Dijitalleşmenin getiri olan bir diğer dönüşüm de çalışma hakkına ilişkindir. Öyle ki bu dönüşüm kendine ait bir *"toplumsal tip"* üretmiştir. Dijital içerik üreticisi olan YouTuber, Instagram Fenomeni, Influencer, gibi kişiler dijital dünyada tamamen kendine has, ekonomik ve sosyal özgünlüğü olan bir yaşam alanı kurmuşlardır.⁹⁰

III. DİJİTAL HAKLAR ÖZELİNDE DEVLETİN DÜZENLEME SORUMLULUĞU

Teziç, siyasi anlamda demokrasinin dinamik bir kavram olup sürekli değişim içinde olduğundan bahseder. Toplumların gelişmişlik düzeyi ile demokratik gelişmişlik arasında doğrudan bağlantı bulunmaktadır.⁹¹ Dijital imkanların artması ve teknolojik gelişimle birlikte siyasi katılım sistemlerinin dijital ortamlara taşınması hak ve hürriyetlerin kullanım alanı ve içeriklerinin de dönüşüme uğramasına sebebiyet vermişti. Demokrasinin dijital dünya ile yorumlanması bahsine dijital gelişmişlik ve bu dijital imkanlara erişilebilirlik yönünden bakmak gerekmektedir.

Dijital araçların kullanılmasıyla siyasi katılımın şekil değiştirmesi hem nicelik hem de nitelik bakımından ele alınmalıdır. Vatandaşların ne

⁸⁸ KILIÇ, Muharrem, "Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları", Yükseköğretim Dergisi, 1/1, 2021, s. 29.

⁸⁹ KILIÇ, s. 35.

⁹⁰ KULLUK, Reyhan, "Dijital Toplumun Tipleri: Dijital İçerik Üreticilerinin Sosyolojik Bir Analizi", Sosyoloji araştırmaları Dergisi, 26/2, 2023, s. 74.

⁹¹ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2013, s. 107.

oranda dijital katılıma erişebildiği ve bu erişim neticesinde hak ve hürriyetlerin ne oranda kullanılabilirdiğinin belirlenmesi gerekir. Özellikle temsili demokrasi hareketleri kapsamında kamu kurumlarına katılım aynı zamanda bu kurumların şeffaflığı ve sağlanan katılımın hizmete dönüşebilmesi beklentisini ortaya çıkarmaktadır.⁹² Bununla birlikte demokrasi yalnızca siyasi katılım anlamına gelmemektedir. Demokrasi aynı zamanda demokratik kurallara uyma zorunluluğunu içermektedir. Burada önemli olan husus siyasi otoritenin keyfi kararları karşısında toplumun demokratik bir refleks ile hareket edebilme alanı ve anlayışı olmasıdır.⁹³

Devletin sorumluluğu kapsamında dikkate değer bir diğer konu da mali yükümlülüklerin anlamlı kullanılmasıdır. Bu bakımdan dijitalleşme kamunun tasarrufu ve kaynakların verimli kullanılması anlamına da gelmektedir. Geleneksel sarf malzemelerinin kullanımından kaynaklı mali ve çevresel etkiler ile tekrar eden harcamaların, sanal ortama yapılacak uzun vadeli yatırımlarla en aza indirgenmesi mümkün olup, kaynak fazlası ile farklı yatırımlar gündeme gelebilecektir.⁹⁴

Devletin özellikle çocuklar bakımından toplumu koruma amacıyla dijital alanın sınırlandırılması gibi önlemler alabilmesi son derece olağandır. Burada önemli olan mesele söz konusu “koruma” refleksinin bir çeşit “sansür” olmamasıdır. Bu nedenle makalenin başında ifade edilen siyasi katılım süreçlerine halkın katılımı önem arz eder. Dijital ortamların kullanılmasına ilişkin olarak alınacak kararların açık ve şeffaf bir şekilde ele alınması, demokratiklik açısından hayati bir öneme sahiptir.⁹⁵

Çocukların dijital ortamlarda korunması için bazı hukuksal düzenlemeler olsa da dijital erginliğe ilişkin düzenlemeler kısıtlıdır. Özellikle KVKK’de dijital anlamda erginliğin ne olacağı hususlarının düzenlenmesi ve çocukların korunması için özel bazı veri gizliliği düzenlemeleri yapılması gerekliliği de doktrinde ifade edilmektedir.⁹⁶

⁹² YEL, Nurhan, “Dijital Demokrasinin Değerlendirilmesi: Demokrasinin Sorunlarına Bir Çare mi Yoksa Bir Mit mi?”, The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication, 13-(3), 2023, s. 773.

⁹³ AKTAŞ, Murat, “Demokrasi Kavramına Eleştirel Bir Bakış”, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2015, s. 103.

⁹⁴ ÇELİKSOY / AKÇA, s. 483.

⁹⁵ HENKOĞLU, Türkey/ YILMAZ, Bülent, “İnternet Erişim Özgürlüğünün Kısıtlanması: Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme”, Bilgi Dünyası, 14/2, 2013, s. 231,232.

⁹⁶ AKTAŞ AVCI, Pınar, “Yeni Bir Erginlik Türü: ‘Dijital Erginlik’”, Adalet Dergisi, 73/2, 2024, s. 871,872.

Dijital alanın genişlemesi ile birlikte hak ve hürriyetlerin kullanım alanı ve imkanı artsa da gerekli düzenlemelerin yapılmaması durumunda bu durum bir *geriye gitme haline* de sebep olabilecektir. Toplumsal sınıf ayrımının derinlemesine yaşandığı toplumlarda, fırsat eşitsizliği ile birlikte dijital anlamda demokratik hak ve hürriyetlerden yararlanabilme imkanı yalnızca belirli bir tabakaya ait olabilecektir. Bu da doktrinde “*elitler hakimiyeti*” modeli endişesi doğurmaktadır.⁹⁷ Söz gelimi 2019 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı tarafından yayınlanan, Dijital Ekonomi Raporuna göre *en az gelişmiş ülkelerde* dijital ürünlerden yararlanabilen nüfus toplam nüfusun %5’inden daha azdır.⁹⁸ Bu endişeye ek olarak internet kullanımının, hak ve hürriyetlere beklendiği düzeyde katkı sağlamama ihtimali de mevcuttur. Fakat bunun tam tersi olarak engelli bireylerin, dezavantajlı grupların hak ve hürriyetlere erişimi açısından ise olumlu katkıları olacağı da hesap edilmelidir.⁹⁹

Bütün bu ayrımlara ek olarak internete ve dijital dünyaya eşitsiz ulaşım modeli, bir diğer ayrım olan dijital bölünmeyi de beraberinde getirebilecektir. Bu durumun yaşanmaması adına, temel eğitim seviyelerinde bilgisayar sınıfı oluşturmaktan, erişim altyapısının bütün topluma yayılması, personel ihtiyacının karşılanması ve toplumun her kademesine dijital eğitim sağlanması, demokrasi bilinci ve internet kültürünün aşılması gibi kapsamlı bir süreç modellenmelidir.¹⁰⁰

IV. DİJİTAL HAKLARA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Dijital dönüşümle birlikte vatandaşlık da baştan tanımlanmaktadır. Eğitim, ticaret, sağlık sosyal haklar ve hemen her türlü siyasi katılım hakkının dijital ortama aktarılması vatandaşlığın da dijitalleşmesine yol açmaktadır. CİMER, UYAP, e-Nabız gibi uygulamalar bir yandan erişim hakkının önemini ortaya koyarken bir yandan da haklara erişimde kolaylık ve demokratik katılım bakımından da bilinçlenmeye destek olmaktadır.¹⁰¹

⁹⁷ YEL, s. 774.

⁹⁸ TUNÇER, s. 17.

⁹⁹ ZENGİN, s. 299.

¹⁰⁰ GÜLER, Tahsin/ŞAHNAGİL, Sinem, “Dijital Demokrasi ve Yönetim İlişkisi Çerçevesinde E-Demokrasi/E-Devlet Uygulamaları”, Journal of Emerging Economies and Policy, Vol.2, Iss.2, 2017, s.26,27.

¹⁰¹ DEDE, Ayşegül, “Dijital Vatandaşlığın Dokuz Boyutu ve E-Devlet Uygulamaları”, Ekev Akademi Dergisi, 97, 2024, s. 25.

Dijitalleşmenin olumsuz kanadında ise özellikle gençlerin, yüzeyselleşmesi ve hızlı bir yozlaşma sürecine girmesi yer almaktadır. Buna ek olarak bireylerin dijital ortamda yargılama yapılmadan suçlu ilan edilerek masumiyet karinesinin ihlal edilmesi, sosyal medya platformlarının bir mahkeme işlevi görmesi ve yargısal reaksiyonların neredeyse buralardaki toplumsal tepkiye göre rol alması, olumsuz etkiler olarak ifade edilmektedir.¹⁰²

Her yenilik ve dönüşümün kendine has problemleri olmaktadır. Hukuki açıdan dijital dönüşüme ilişkin temel problemler bireylerin bu sürece ilişkin haklarını bilmemesi ya da ulaşamaması ve hukuki düzenlemelere ilişkin eksiklikler ve yanlış uygulamalar olarak göze çarpmaktadır. Sosyal problemler ise farklı bilim dallarının konusuna girmekle birlikte elbette çözümleri, yine devletin hareket alanı içerisinde kalmakta olup, özgürlük ve güvenlik dengesi sağlanarak hareket edilmesi gerekmektedir.

A. Hak Bilincinin Yerleşmesi

Dijital haklar, her ne kadar hızlıca yol alınsa da halen düzenlenmesi gereken ve ilerlemenin sürekliliği bakımından da düzenleme ihtiyacının süregeldiği bir alandır. Haliyle kimi zaman bir hakkın ortaya çıkışı dahi gözden kaçabilmektedir. Modern toplumlarda her ne kadar okur yazarlık, bilgiye erişim imkanları artsa da özellikle ülkemiz açısından temel haklarının dahi farkında olmayan kişiler olması normaldir. Yeni hakların ortaya çıkışı ve bu hakların kapsamlarının belirlenmesi, özneler açısından da bu hakların anlaşılması ve kullanılmasında önemli rol oynamaktadır.

Avrupa Komisyonunca 2021 yılında hazırlanan Dijital Haklar ve İlkeler Raporu dijital okur-yazarlık bakımından önemli veriler içermektedir.¹⁰³ Raporun hazırlandığı tarih itibariyle, katılımcı ülke vatandaşlarından yaklaşık %50'si haklarının dijital ortamlarda korunabildiğini yeterince ya da tamamen bilmemektedir. Öğrencilerin %28'i, emeklilerin %54'ü, çalışmayan ev insanların %59'u fiziken yapabildikleri hak başvurularını dijital ortamda yapabileceklerini bilmemektedir. Yine aynı rapora göre, gelir grupları açısından üst gruptan orta ve alt sınıflara doğru da dijital farkındalık ve bilgi azalmaktadır. Teknolojik gelişmeler

¹⁰² MERTEK, s. 55.

¹⁰³ <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2270>, Digital Rights and Principles, Special Eurobarometer 518 Report, September-October 2021, (Erişim Tarihi: 04.10.2024)

açısından AB düzeyinde dahi kat edilmesi gereken uzun bir yol olduğu ortadayken, teknolojik gelişmeler ve bu gelişmelerin tabana yayılmasının biraz daha vakit aldığı ülkelerde ciddi iyileştirmeler ve uygulamalar yapılmalıdır.

Elbette yeni hakların doğması ya da bazı hakların dönüşmesi, sancılı bir kabul sürecine sahip olabilir. Bu durum dijital hakların ortaya çıkmasından önce, birinci kuşak haklardan sonra ikinci kuşak hakların ortaya çıkması dönemlerinde de yaşanmıştır. Burada önemli olan mevcut hakların yitirmeyeceğinin altı çizilerek, haklar arasında bir çatışma ortamını körüklemek yerine, yeni imkanların bu hakları pekiştireceğinin ve kullanımını kolaylaştıracağıın anlatılmasıdır.¹⁰⁴

B. Hukuki ve İktisadi Sorunlar

Dijital haklara ilişkin en temel hukuki sorunlar, hukuk kurallarının dönemin şartlarına uyumlu olmaması ve uygulanmalarına ilişkin sorunlardır.

İlk olarak hukukun düzenleme alanı dijital dünyanın gelişme hızına paralel ilerleyememektedir.¹⁰⁵ Bu hem teknolojik gelişmelerin hızı hem de yasa koyma süreciyle ilgilidir. İnternet dünyasına ilişkin yürürlüğe giren bir uygulama, bir yasaklama ya da düzenleme, yine bu alanın taşıdığı imkanlarla bertaraf edilebilmekte ya da anlamsız kalabilmektedir. Yasaklanan bir sitenin yerine yenisi açılabilen ve kullanıcılar birkaç gün içerisinde burayı kullanabilmekte ya da buna gerek dahi kalmadan çeşitli VPN¹⁰⁶ uygulamaları ile ilgili siteler kullanılabilir.

İkinci olarak ise dijital haklara ilişkin hukukun, ilk mesele paralelinde uygulama sıkıntısı olmasıdır. Kuralı uygulayacak idare mensuplarının yeterliliğinden, ilgili düzenlemelerin muğlaklığı ve haliyle hangi

¹⁰⁴ KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 78.

¹⁰⁵ Söz gelimi dijital ortama ilişkin suçlar ilk etapta “siber suçlar” kavramıyla ifade edilmektedir. Bununla birlikte siber suçlar gelişen ve ilerleyen teknoloji karşısında yetersiz kalmaktadır. Zira hem siber teknolojinin kolaylaştırdığı hem de siberle ilgili olan yeni suç tipleri türemektedir. YAĞCI, Burak, “Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin Gelişmesiyle Değişen Siber Suç Tanımı ve Yaklaşımlar”, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Dergisi, 1/1, 2023, s. 173. Bu durum da haliyle yapılacak hukuki düzenlemelerin daha kapsamlı ve dönüştürülebilir olması gerektiğini göstermektedir.

¹⁰⁶ “VPN, ‘Sanal Özel Ağ’ anlamına gelir ve genel ağlar kullanılırken korumalı bir şebeke bağlantısı oluşturmaya olanak verir. VPN programları internet trafiğinizi şifreler ve çevrimiçi kimliğinizi gizler. Böylece üçüncü kişilerin çevrimiçi hareketlerinizi takip etmesi ve veri çalması zorlaşır.” <https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-is-a-vpn>. (Erişim Tarihi: 06.10.2024).

durumlarda uygulanma alanı bulunabileceği gibi sorunlarla karşılaşılabilir. Çocukların korunması için yasaklanabilen bir içerik yetişkinlerin ifade ya da haber alma hakkına hâlel getirebilmektedir. Bu da dijital haklara ilişkin daha kapsamlı ve daha ayrıntılı düzenlemelerin varlığına ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

Dijital hakların spesifik olarak hukuki alanda yarattığı bir endişe ise, gelecek teknolojisinin hukukçuların yerini alabilme ihtimalidir. Günümüzde hukuksal sözleşmeler hazırlayabilen programlardan, icra takip uygulamalarına, e-duruşma hizmetinden bireylerin avukata ihtiyaç duymaksızın hukuki danışmanlık alabildiği yapay zeka programlarına kadar teknolojiye atılım düzeyinde gelişmeler yaşanmaktadır. Bu gelişmelere sade vatandaşın ayak uydurabilmesi kadar hukuk meslek gruplarının da ayak uydurması önem arz eder. Burada amaç hukukçunun işini teknolojiye devretmek değil; teknolojiden faydalanarak işlerin daha kolay, akıcı ve ekonomik olmasının sağlanmasıdır.¹⁰⁷

Dijital haklara ilişkin olarak bir diğer problemlili alan iktisadi olanaklardır. Dijital teknoloji son derece külfetli olabilmektedir. Devlet dünyadaki mevcut teknolojilerin tamamını getirmeye zorlanamaz. Kaldı ki 1982 Anayasası m. 65 uyarınca, devlet görevlerini yerine getirirken önce amaca uygunluk sonra da mali kaynakların yeterliliği kapsamında hareket etmelidir.

Verimsiz yatırımlarda bulunmak ya da devleti mali anlamda sıkıntıya sokacak harcamalardan kaçınmak da devletin sorumluluğu kapsamındadır. Zira böyle bir durumda yine vatandaşın beslenme, barınma gibi çok daha öncelikli ihtiyaçlarını karşılama açısından sıkıntıya düşme riski doğacaktır.¹⁰⁸ Haliyle altyapı çalışmalarından, kişilerin gerekli cihazları edinmesine kadar devlete pek çok sorumluluk alanı açılmaktadır. Burada önemli olan devletin her türlü kaynak ve imkanını tek bir işe ayırması değildir. Fakat bir haktan yararlanılabilmesi için öncelikle o haktan yararlanabilmenin asgari şartları sağlanmalıdır.¹⁰⁹

¹⁰⁷ **ABANOZ**, Buket, "Hukuki Bilgiye Dijital Erişim", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26/1, 2020, s. 201.

¹⁰⁸ **DİNLER**, Veysel, "Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu," Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 1-1, 2008, s. 5

¹⁰⁹ **ELTİMUR**, Dilara, "Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu", İzmir Barosu Dergisi, 87/2, 2022, s. 384. Dijital dönüşüme ayak uydurabilmenin en önemli gereksinimlerinden biri de kurumsal bir teknolojik yeniden yapılandırma modelinin benimsenmesidir. **ÖZBİLGİR**, Halil İbrahim / **SARIYAR**,

SONUÇ

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınıflandırmalar insanlık tarihindeki önemli atılımlar sonucunda gerçekleşmiş ve genişlemiştir. Günümüzde bu atılım insanlığın gelişimine paralel olarak, teknoloji merkezlidir. Özellikle Covid-19 Pandemisi ile birlikte teknolojik atılım bir nevi ihtiyaç halini almış ve artık internet erişimi, çevrimiçi işlemler, insanlar için lüks olmaktan çıkarak hayatın olağan akışında bir zorunluluk halini almıştır.

2023 yılında yayınlanan Dijital On Yıl İçin Dijital Haklar ve İlkeler Avrupa Deklarasyonu, dijital dönüşüme ilişkin beklentilerin yer aldığı ve ülkeler arası ilişkilerde Avrupa Birliği tarafından gözetileceği belirtilen önemli düzenlemeler getirmektedir. Deklarasyon dijital dönüşümün merkezine insanı koyarak, adil erişim, bağlanabilirlik, çevrimiçi kamu hizmetleri, dijital alanda eğitim, mahremiyet, çocukların korunması ve sürdürülebilirlik gibi temel konuları ele almaktadır.¹¹⁰

Temel ihtiyaçların karşılanması için özellikle internete erişim hayati bir konumdur. Bu açıdan internet erişimi, dijital hakların kullanımında bir çatı hak olarak kabul edilebilir. İnternet erişiminin sağlanması sonrasında ifade hürriyeti, kişisel verilerin korunması, savunmasız grupların korunması, bilgiye erişim ve bilgiyi yayma gibi haklar temel dijital haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette bu hakların çoğu aslında çağa ayak uydurarak “dijitalleşen” haklardır.

Siyasi iktidarların teknolojik gelişmeleri takip etmesi ve desteklemesi gerekmektedir. Bu haklara ilişkin hareket ve hedef analizinin doğru şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde hem uluslararası anlamda günceli yakalayamayarak geride kalma durumu hem de dijitalleşen dünyada vatandaşların haklarına ulaşamaması söz konusu olacaktır. Elbette dijital erişim ve hak kullanımına ilişkin okur-yazarlığın teşvik edilmesi de devletin sorumluluğundadır. Bu sorumluluk teknik imkanlar çerçevesinde

Birsen / ERTÜRK, Ahmet, “Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberinin Uygulanması ve Denetimlerine Yönelik İyileştirme Önerileri”, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Dergisi, 1/1, 2023, s. 9. Böylece sadece bireyler değil idari kurumlar da dijital haklardan ve imkanlardan faydalanabilecek ve bu hakların toplum nezdinde benimsenmesi bir istekten, zorunluluğa dönüşecektir. Bu durum E-Devlet uygulamasının ilk çıktığı dönemle günümüzdeki önemi düşünüldüğünde açıkça görülebilmektedir.

¹¹⁰ KAYA, Mehmet Bedii, Avrupa Birliği Dijital On Yıl İçin Dijital Hak ve İlkeler Deklarasyonu (Resmi Olmayan Çeviri), www.mbkaya.com, (Erişim Tarihi: 03.02.2025).

yapılabilecek olsa da bu durumun bir “bahane” haline dönüşmemesi, alternatif ve yerel teknoloji üretiminin teşvik edilmesi ve desteklenmesi gerekmektedir.

Diğer bir konu ise elbette hukuki düzenlemeler ve uygulamalar ile ilgilidir. Dijital haklara ya da hakların dijital ortamda kullanımına ilişkin düzenlemelerin açık ve anlaşılabilir olması son derece önemlidir. Aynı zamanda bu düzenlemeler, yaşanacak gelişmeleri öngörür şekilde, idari makamları keyfiyetle harekette bulunma alanı tanımaksızın hazırlanmalı, sadece kısa vadeli uygulamalar tercih edilmemelidir. Bu bakımdan öncelikli olarak dijital veri güvenliğini artırmaya yönelik çalışmalar ve özellikle internet erişimine ilişkin kanunlaştırmalar ivedilikle yapılmalı, muğlak alanlar netleştirilmelidir.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte siyasi katılım da artık dijital mecra da çok daha fazla gerçekleşmektedir. Siyasi anketler, vatandaşların talepleri, E-Devlet, CİMER gibi yönetime katılım araçları siyasi katılım hakkının dijital tabanlar üzerinden gerçekleşmesini sağlamaktadır. Oy verme işleminin dahi elektronik şekilde yapıldığı günümüzde, en basit siyasi haklarımız dijital yollardan gerçekleşmektedir. Bu da devlete dijital erişimi eşitçe tabana yayma sorumluluğu yüklemektedir.

Uygulayıcılara da önemli görevler düşmektedir. Hürriyetlerin geniş yasakların ise dar yorumlanması genel ilkesinden hareketle, özgürlük alanı geniş tutulmalıdır. Aksi takdirde sözcülemi, internet erişiminin kısıtlanması gibi bir uygulama pek çok başka hakkın da kısıtlanması ve kullanılamaması anlamına gelmektedir. Bu durum artık dijital teknoloji ile iç içe yaşayan toplumlarda telafisi mümkün olmayan hak ihlalleri doğurabilmektedir.

Belirttiğimiz hususlar kapsamında son önerimiz, özellikle çatı hak olarak değerlendirilmesi mümkün olan internete erişim hakkının yeni anayasa yapımı ya da anayasa değişikliği süreçlerinde dikkate alınarak anayasal düzeyde düzenlenmesidir.

KAYNAKÇA

- ABANOZ**, Buket: “Hukuki Bilgiye Dijital Erişim”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26/1, 2020, s. 190-203.
- AKKURT**, Sinan Sami: “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2020, s. 20-32.
- AKTAŞ**, Murat: “Demokrasi Kavramına Eleştirel Bir Bakış”, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2015, s. 87-105.
- AKTAŞ AVCI**, Pınar: “Yeni Bir Erginlik Türü: ‘Dijital Erginlik’”, Adalet Dergisi, 73/2, 2024, s. 855-885.
- ALGAN**, Bülent: İnsan Hakları (Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve), 1. Baskı, Ankara 2023.
- AİHM, Handyside v. the United Kingdom, App. No. 5493/72, p.49. (Hudoc.echr., Erişim Tarihi: 15.11.2023)
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2016/1430, K. T.: 22.11.2023, 9.pgrgf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.07.2023).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2018/14884, K. T.: 27.10.2021, (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.07.2023).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2017/16849, K. T.: 19.10.2023, 50.pgrgf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.12.2023).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2020/25583, K. T.: 04.10.2023, 16.pgrgf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.12.2023).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2014/7256, K. T.: 27.02.2019, 90.pgrgf. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.12.2023).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2013/5653, K. T.: 03.03.2016. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2014/17943, K. T.: 05.10.2017, p. 29. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2014/4141, K. T.: 04.10.2017, p. 27,28. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).
- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2020/25643, K. T.: 21.11.2023, p. 14. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).

- Anayasa Mahkemesi, B.N.: 2017/16849, K. T.: 19.10.2023, p. 63,65. (AYM, Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2024).
- AVŞAR**, Zakir: "İnternete Erişim Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri", İletişim ve Demokrasi, 9, 2022, s. 147-161.
- AYBAY**, Rona: İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- BALO**, Yusuf Solmaz: Çocuk Koruma Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013.
- BARABASH**, Olha O. / **DOBKINA**, Kateryna R. / **KLYUYEVA**, Yevgeniya M. / **MARTIUK**, Alina S. / **POVALENA**, Mariana V.: "The Fourt Generation of Human Rights: European Standards and National Experince", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 167, 2023, s. 3-32.
- BIELIAKOV**, Kostyantyn / **TYKHOMYROV**, Oleksandr / **RADOVETSKA**, Liudmyle / **KOSTENKO**, Oleksii: "Digital Rights In The Human Rights System", Intereulaweast, X/1, 2023, s. 183-207.
- CALZADA**, Igor: "Digital Rights", https://www.researchgate.net/publication/356109773_Digital_Rights, (Erişim Tarihi: 04.02.2025).
- CAN YAVUZ**, Neslihan, "Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13/50, 2022, s. 115-138.
- CANBEK**, Gürol / **SAĞIROĞLU** Şeref: "Çocukların ve Gençlerin Bilgisayar ve İnternet Güvenliği", Politeknik Dergisi, 10/1, 2007, s. 33-39.
- CORNESCU**, Adrian Vasile: "The Generations of Human Rights", In Days of Law: the Conference Proceedings (1st Edition). Brno: Masaryk University, 2009.
- ÇATLI**, Mehmet / **KESKİN**, Salih: "İnsan Haklarının Değişime Açık Konusu: Dijital Vatandaşlık Kavramı Üzerine Bir İnceleme", Ombudsman Akademik, 7/14, 2021, s. 199-229.
- ÇEÇEN**, Anıl: İnsan Hakları, 4. Baskı, Ankara 2015.
- CELEN** Fatma Kübra / **ÇELİK** Aygül / **SEFEROĞLU** Süleyman Sadi: "Çocukların İnternet Kullanımları ve Onları Bekleyen Çevrim-İçi Riskler", Akademik Bilişim '11 – XIII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 2011, s. 645-652.
- ÇELİKSOY**, Emine / **Akça**, Ali: "Türkiye'de Kamu Yönetiminde Yaşanan Dijital Dönüşüm Süreci", ÇAKÜ Sosyal Bilimler enstitüsü Dergisi, 15/2, 2024.

- DAHL**, Robert A. (Çeviren: Kadioğlu, Betül): *Demokrasi Üzerine*, 5. Baskı, Ankara 2019.
- DEDE**, Ayşegül, “Dijital Vatandaşlığın Dokuz Boyutu ve E-Devlet Uygulamaları”, *Ekev Akademi Dergisi*, 97, 2024, s. 15-27.
- DERDİMAN**, Ramazan Cengiz: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni* 1. Baskı, İstanbul 2006.
- DİNLER**, Veysel: “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu”, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 1-1, 2008, s. 1-19.
- DOMARADZKİ**, Spasimir / **KKVOSTOVA**, Margaryta / **PUPOVAC**, David: “Karel Vasak’s Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse”, *Human Rights Review*, 20, 2019, s. 423-443.
- DÖNER**, Ayhan / **KELEK**, Mücahit: “Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı”, *EÜHFD*, XIX – 3/4, 2015, s. 3-21.
- EKİCİ**, Şerafettin: *Bilişim ve Teknoloji Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2023
- ELTİMUR**, Dilara: “Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu”, *İzmir Barosu Dergisi*, 87/2, 2022, s. 357-416.
- EREN**, Abdurrahman: *Anayasa Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Ankara 2022.
- FEDAYİ**, Cemal: *Siyaset Bilimi*, 8. Baskı, Ankara 2018.
- FIEDLER**, Kirsten / **MCNAMEE**, Joe: “The Charter of Digital Rights”, <https://edri.org/our-work/charter-digital-rights/> (Erişim Tarihi: 04.02.2025).
- GÖREN**, Zafer: *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2019.
- GÖZLER**, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, 2. Baskı, Bursa 2020.
- GÖZLER**, Kemal: *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayıncılık, 3. Baskı, Bursa 2020.
- GÜLER**, Tahsin/ŞAHNAGİL, Sinem: “Dijital Demokrasi ve Yönetim İlişkisi Çerçevesinde E-Demokrasi/E-Devlet Uygulamaları”, *Journal of Emerging Economies and Policy*, Vol.2, Iss.2, 2017, s. 16-29.
- GÜRPINAR**, Damla: “Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19/Özel Sayı, 2017, s. 679-694.

HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan: “İnsan Haklarının Tarihsel Perspektif İçerisindeki Gelişimi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 1/1, 2003, s. 73-92.

HENKOĞLU, Türkay/ **YILMAZ**, Bülent: “İnternet Erişim Özgürlüğünün Kısıtlanması: Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme”, *Bilgi Dünyası*, 14/2, 2013, s. 215-239.

<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2270>, Digital Rights and Principles, Special Eurobarometer 518 Report, September-October 2021, (Erişim Tarihi: 04.10.2024)

<https://www.iberdrola.com/innovation/what-are-digital-rights#:~:text=Digital%20rights%2C%20closely%20linked%20to,electronic%20devices%20and%20communications%20networks.> (Erişim Tarihi: 04.10.2024.)

<https://ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan-sorular/ticari/fikrimulkiyet-haklari>. (Erişim Tarihi: 02.09.2023.)

<https://tr.euronews.com/2016/07/05/bm-interneti-temel-insan-hakki-olarak-kabul-etti> (Erişim Tarihi: 27.11.2023).

<https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-is-a-vpn>. (Erişim Tarihi: 06.10.2024).

KABOĞLU, İbrahim Ö.: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 8. Baskı, İstanbul 2012.

KAPANİ, Münci: *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Ankara 2013.

KAPANİ, Münci: *Politika Bilimine Giriş*, 35. Basım, Ankara 2014.

KARAKUŞ YILMAZ, Türkan: *Dijital Haklar ve Sorumluluklar*. Sağiroğlu Ş. / Bülbül H.İ. / Kılıç A./ Küçükali M. (Editörler), *Dijital Okuryazarlık: Araçlar, Metodolojiler, Uygulamalar ve Öneriler*, Ankara 2020.

KAYA, Mehmet Bedii: *Avrupa Birliği Dijital On Yıl İçin Dijital Hak ve İlkeler Dekalarasyonu (Resmi Olmayan Çeviri)*, www.mbkaya.com, (Erişim Tarihi: 03.02.2025).

KAYA, Sertaç: “Sosyal Medyada Anonim Olmanın Söylemler Üzerindeki Etkisinin Haber Yorumları Üzerinden İncelenmesi”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, 60, 2022, s. 168-185.

KILIÇ, Muharrem: “Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları”, *Yükseköğretim Dergisi*, 1/1, 2021, s. 25-37.

- KIŞLALI**, Ahmet Taner: Siyaset Bilimi, 14. Baskı, Ankara 2010.
- KULLUK**, Reyhan: "Dijital Toplumun Tipleri: Dijital İçerik Üreticilerinin Sosyolojik Bir Analizi", Sosyoloji araştırmaları Dergisi, 26/2, 2023, s. 64-78.
- MEDİN**, Burak: "Dijitalleşen Dünyada Fikri Haklar Sorunu", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7/2, 2017, s. 51-68.
- MERTEK**, Sefa: "Dijitalleşme ve Demokrasinin Krizi", Muhafazakâr Düşünce Dergisi, 20/67, 2024, s. 38-58.
- ÖZBİLGİ**, Halil İbrahim / **SARIYAR**, Birsen / **ERTÜRK**, Ahmet: "Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberinin Uygulanması ve Denetimlerine Yönelik İyileştirme Önerileri", Bilgi Teknolojileri ve İletişim Dergisi, 1/1, 2023, s. 1-41.
- PARKAN**, Barış: "Negatif Haklar, Pozitif Haklar ve Mülkiyet Hakkı Üzerine", Felsefe Dünyası, 44/2, 2006, s. 159-167.
- PEREPOLKIN**, Serhii M. / **PEREPOLKIN**, Danylo S. / **AVERIANOVA**, Milena V.: "Typology of The Fourth Generation of Human Rights", JILC (Journal of International Legal Communication), 1/1, 2021, s. 91-101.
- SARANİ**, Mohammad Reza / **SADEGHİ**, Seyed Hossein / **RAVANDEH**, Hossein: "The Concept of 'Right' and its Three Generations", International Journal of Scientific Study, 5/4, 2017, s. 37-41.
- SUNAY**, Reyhan: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1-2, 2000, s. 527-544.
- SUNAY**, Reyhan: Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları, 1. Baskı, Konya 2013.
- ŞENSOY**, Piralı Çağrı: "Hukuk Felsefesinin Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zeka Hakimler İnsan Hakimlerin Yerini Alabilir Mi?", Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1, 2024, s. 87-127.
- TANJU**, Erhan: AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü, 2. Baskı, Ankara 2017.
- TARI CÖMERT**, İtir / **KAYIRAN**, Sinan Mahir: "Çocuk ve Ergenlerde İnternet Kullanımı", Çocuk Dergisi, 10/4, 2010, s. 166-170.
- TEZİÇ**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2013.

- TUNÇER**, Azize Serap: “Coronavirüs Döneminde Dijital Devlet Uygulamaları”, Kamu Yönetimi ve Teknoloji Dergisi, 2/2, 2020, s. 9-26.
- TURHAN**, Metin: “Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Bilgi Dünyası, 17/1, 2016, s. 57-86.
- USTA**, Oğuz: Kişilik Hakkı Bağlamında Unutulma Hakkı, 1. Baskı, Ankara 2023.
- VOLODENKOV**, Sergey / **FEDORCHENKO**, Sergey: “Digital Human Rights: risks, challenges and threats of global socio-political transformations”, Cuestiones Constitucionales, 46, 2022, s. 279-316.
- YAĞCI**, Burak: “Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin Gelişmesiyle Değişen Siber Suç Tanımı ve Yaklaşımlar”, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Dergisi, 1/1, 2023, s. 147-182.
- YEL**, Nurhan: “Dijital Demokrasinin Değerlendirilmesi: Demokrasinin Sorunlarına Bir Çare mi Yoksa Bir Mit mi?”, The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication, 13-(3), 2023, s. 759-776.
- YILDIZ**, Mehmet / **GÜMÜŞ**, Erhan: “Yerel Yönetimlerde Dijital Dönüşüm: E-Belediye Uygulamaları”, Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi, 9/2-1, 2023, s. 201-221.
- YÜCEDAĞ**, Nafiye: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 1/1, 2019, s. 47-63.
- YÜCEL DERİCİLER**, Özge: Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, 1. Baskı, İstanbul 2014.
- YÜKSEL**, İsmail: “İnternete Erişim Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 80/3, 2022, s. 141-173.
- ZENGİN**, Mehmet Ali: “Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasi İçerisinde Kullanımı ve Dijital Demokrasiye Geçiş”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/4, 2013, s. 271-304.

A PERSPECTIVE ON THE DEBATE ABOUT JUSTICE BETWEEN SOCRATES AND CALLICLES: IMPLICATIONS FROM AL-FARABI

Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU *

Abstract

The debate on justice between Socrates and Callicles in Plato's Gorgias presents a clash of perspectives. Callicles contends that justice arises naturally from the dominance of the stronger over the weaker, reflecting the primal order of nature. In contrast, Socrates advocates for a conception of justice grounded in virtue, emphasizing harmony and self-discipline as the foundation of a just society. Al-Farabi, a later interpreter of Plato's works, offers a synthesis of these seemingly opposing views in his Ideal State, where he defines justice in two distinct senses. The first, natural sense of justice, aligns with Callicles' perspective, while the second, civil sense of justice, corresponds to Socrates' vision of justice as a product of societal conventions. This paper explores whether Al-Farabi reconciles these dual definitions of justice and examines the implications of his interpretation for understanding Plato's evolving philosophical viewpoint.

Key words

• Plato • Socrates • Callicles • Al-Farabi • Justice

* Dr. Öğr. Üyesi. Kırklareli Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, Kırklareli, Türkiye | Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Public Law, Philosophy and Sociology of Law Department, Kırklareli, Türkiye.

✉ baydogdu@gmail.com • ORCID 0000-0002-5313-5676.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AYDOĞDU Burçin: "A Perspective on the Debate About Justice Between Socrates and Callicles: Implications From Al-Farabi" SÜHFD, C.33, S.1, 2025, s.615-629.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

SOKRATES İLE KALLİKLES ARASINDAKİ ADALET TARTIŞMASINA DAİR BİR PERSPEKTİF: FARABİ'DEN ÇIKARIMLAR

Öz

Platon'un Gorgias eserinde, Sokrates ve Kallikles arasında adalet üzerine yapılan tartışma, farklı bakış açılarının bir çatışmasını sunar. Kallikles, adaletin doğanın ilkel düzenini yansıtarak güçlülerin zayıflar üzerindeki hakimiyetinden doğal olarak ortaya çıktığını savunur. Buna karşılık, Sokrates, erdeme dayalı bir adalet anlayışını savunarak, uyum ve özdisiplini adil bir toplumun temeli olarak vurgular. Platon'un eserlerinin daha sonraki asırlarca yorumlayan Farabi, İdeal Devlet adlı eserinde, görünüşte zıt olan bu görüşleri uzlaştıran bir sentez sunar. Farabi, adaleti iki farklı anlamda tanımlar: Doğal anlamda adalet, Kallikles'in görüşüyle uyumlu iken; medeni anlamda adalet, Sokrates'in, adaletin toplumsal kurallardan kaynaklanan bir kavram olduğu yönündeki anlayışıyla örtüşür. Bu çalışma, Farabi'nin bu iki farklı adalet tanımını uzlaştırıp uzlaştırmadığını ve onun yorumunun, Platon'un değişen felsefi bakış açısını anlamak üzerindeki etkilerini incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

• Platon • Sokrates • Kallikles • Farabi • Adalet

INTRODUCTION

The concluding section of Plato's *Gorgias* features an extensive debate on justice between Socrates and Callicles. This dialogue is one of Plato's most detailed explorations of the concept of justice¹ and is comparable in significance to the discussion between Socrates and Thrasymachus in *The Republic*. However, there is a crucial difference between the two dialogues: while Thrasymachus in *The Republic* is known as a prominent sophist from Chalcedon (modern-day Kadıköy)², the identity of Callicles in *Gorgias* remains entirely mysterious.³ This enigma surrounding Callicles extends beyond the dialogue itself, as no historical records of a significant figure bearing this name exist from Plato's time or

¹ STAUFFER, Devin: "The Confrontation between Socrates and Callicles", *The Unity of Plato's "Gorgias": Rhetoric, Justice, and the Philosophic Life*, Cambridge 2006, p. 82-122.

² WHITE, Stephen A: "Thrasymachus the Diplomat", *Classical Philology*, Volume 90 Issue 4, 1995, p. 307-308.

³ HANSEN, Peter J: *Plato's Tough Guys and Their Attachment to Justice*, United States, 2019, p. xiv-xv.

earlier. Despite references to Callicles' social circle, status, and personal connections within the dialogue⁴, many scholars argue that Plato created this character solely to serve the rhetorical and philosophical needs of the dialogue.⁵

In *Gorgias*, Plato presents a clash of ideas about justice through a fictional dialogue purportedly held between Socrates and this enigmatic Callicles. Callicles begins the debate with bold claims, arguing that justice is rooted in the natural superiority of the strong.⁶ This perspective aligns with certain early natural philosophers' conceptions of power and dominance. Socrates, on the other hand, offers a contrasting view of justice, associating it with virtue, order, and the well-being of the soul.⁷ As the debate progresses, Callicles becomes increasingly evasive and eventually refrains from answering Socrates' questions, leaving the dialogue inconclusive.⁸ While Socrates presents counterarguments to Callicles' claims, Callicles refuses to concede that Socrates has prevailed. This dialogue highlights conflicting conceptions of justice while offering Plato an opportunity to examine the concept from different perspectives.

Al-Farabi, who studied Plato's works extensively⁹, offers two distinct definitions of justice in his *Ideal State*.¹⁰ The first corresponds to Callicles' nature-based understanding of justice, while the second aligns with Socrates' virtue-based perspective. This paper aims to examine how Al-Farabi engages with these conflicting views of justice and whether he successfully reconciles them. Additionally, it seeks to explore how Al-Farabi

⁴ **TARRANT**, Harold: "The Dramatic Background of the Arguments with Callicles, Euripides' Antiope, and an Athenian Anti-Intellectual Argument", *Journal of the Australian Society for Classical Studies*, *Antichthon* Volume 42, 2008, p. 22-24.

⁵ **KNOLL**, Manuel: "Sophistic Criticisms of the Rule of Law. A Comparison of Callicles and Thrasymachus", *Filosofickýčasopis Special Issue 2021/2*, p. 68-69.

⁶ **PLATO** (Translated by Mehmet Rifat, Sema Rifat): *Gorgias*, 11th Edition, Istanbul 2020, p. 61-66, 482b-486e.

⁷ **PLATO**, p. 66-72, 487-490d.

⁸ **STAUFFER**, Devin, "Socrates and Callicles: A Reading of Plato's *Gorgias*", *The Review of Politics*, 2002, Volume 64 Issue 4, p. 655.

⁹ **FAKHRY**, Majid: "Al-Farabi and the Reconciliation of Plato and Aristotle", *Journal of the History of Ideas*, 1965. 26(4): p. 470-471.

¹⁰ **AL-FARABI** (Translated by Ahmet Arslan): *İdeal Devlet*, 2nd Edition, Istanbul 2017, p. 137-139.

interprets Plato's conception of justice and to offer a new dimension to Plato's philosophy of justice as seen through Al-Farabi's viewpoint.

I. PLATO'S CONCEPTION OF JUSTICE AND HIS DIALOGUES

Plato's exploration of justice is a cornerstone of his philosophy, as he uses his dialogues to grapple with its nature, implications and relationship to power and morality. In *The Republic* and *Gorgias*, the concept of justice is presented through dynamic debates between Socrates and his interlocutors, Thrasymachus and Callicles. These figures articulate provocative, often contentious definitions of justice, each rooted in a specific worldview: Thrasymachus associates justice with the advantage of the stronger¹¹, while Callicles advocates for a naturalistic hierarchy in which the strong dominate the weak.¹² Across these dialogues, Socrates counters these positions by reframing justice as a harmonious force integral to individual and societal well-being. This section examines these debates, situating them within Plato's broader philosophical vision and exploring the possibility that Callicles reflects an earlier stage in Plato's own thinking about justice.

A. Justice as the Advantage of the Stronger: Thrasymachus in Plato's *The Republic*

In *The Republic* (Book I), Thrasymachus provocatively asserts that "justice is nothing other than the advantage of the stronger".¹³ His argument highlights the relativism of justice in political regimes, observing that rulers craft laws and moral codes to serve their own interests. For instance, monarchs, oligarchs, and democratic assemblies each establish definitions of justice designed to perpetuate their respective forms of rule. Thus, according to Thrasymachus, justice becomes synonymous with obedience to these self-serving laws, which ultimately sustain the regime's dominance.

Socrates' counterargument exposes a critical flaw in Thrasymachus' reasoning: the assumption that rulers, as "the stronger," are infallible in their pursuit of advantage. Socrates points out that rulers often err in crafting laws or issuing orders, which can lead to outcomes contrary to

¹¹ PLATO (Translated by Sabahattin Eyüboğlu and M. Ali Cimcoz): Devlet, 39th Edition, Istanbul 2019, p. 17, 338d.

¹² AL-FARABI, p. 137.

¹³ PLATO, Devlet, p. 17, 338d.

their intended interests. If justice entails obedience to such flawed laws, it might not always align with the advantage of the stronger. This creates a paradox in Thrasymachus' definition, undermining its coherence and challenging the reduction of justice to a mere tool of political power.

Moreover, Socrates introduces a broader critique by shifting the focus from power to the inherent harmony justice creates within individuals and society. He begins to build a vision of justice as a virtue that ensures the proper functioning of both the state and the soul, contrasting sharply with Thrasymachus' cynical pragmatism.¹⁴

B. Justice and Natural Superiority: Callicles in Gorgias

In Gorgias, the justice debate shifts focus as Callicles defends a naturalistic and hierarchical conception of justice. He argues that nature dictates the stronger should dominate the weaker, stating that "the more powerful control the less so by means of force and the better rule over the worse". For Callicles, societal conventions of equality and fairness are artificial constructs devised by the weak to restrain the strong. In his view, true justice aligns with the natural order, where the superior rightfully assert their dominance over the inferior.¹⁵

Socrates, however, critiques this perspective by highlighting the dangers of unchecked dominance. He compares the life of a person driven by uncontrolled desires to a "leaky jar", perpetually unfulfilled and dissatisfied. Socrates argues that true happiness and justice arise from self-discipline and the harmony of the soul, rather than the relentless pursuit of power. Justice, in this sense, becomes a force for balance and well-being, both within individuals and within society. For Socrates, Callicles' model of natural justice, where might makes right, ultimately leads to chaos and disharmony, undermining the very stability justice is supposed to secure.¹⁶

C. Comparing the Justice Debates in The Republic and Gorgias

While Thrasymachus and Callicles both associate justice with power, Callicles' argument in Gorgias takes on a more personal and provocative tone, reflecting his aristocratic values and disdain for societal norms. Thrasymachus frames justice as a political tool crafted by rulers to

¹⁴ PLATO, Devlet, p. 17-21, 338d-341c.

¹⁵ PLATO, Gorgias, p. 61-66, 482d-486d.

¹⁶ PLATO, Gorgias, p. 66-72, 486d-490d.

serve their interests, remaining largely theoretical in his approach. Callicles, however, passionately defends a naturalistic view, claiming that the strong should dominate the weak as a matter of natural justice. His rhetoric is charged with conviction, revealing a character, who not only theorizes about domination but also embodies the ethos of privilege and superiority.

Socrates' engagement with Callicles is correspondingly more personal than his critique of Thrasymachus. While he exposes logical inconsistencies in Thrasymachus' argument, his dialogue with Callicles targets the existential emptiness of a life driven by unchecked desires. Through the metaphor of the "leaky jar", Socrates critiques the endless pursuit of power as a path to dissatisfaction and discord, contrasting it with his vision of justice as inner harmony and balance.

Callicles' bold personality and aristocratic ideals make him a far more consequential figure than Thrasymachus in Plato's exploration of justice. Unlike Thrasymachus' abstract relativism, Callicles' stance brings to light the emotional and moral struggles of reconciling individual ambition with collective order. Socrates' refutation of Callicles thus not only challenges his ideas but also points to a broader conception of justice as a transcendent force that integrates virtue, harmony and the well-being of society.

D. Hypothesis: Callicles as a Reflection of Plato's Earlier Views on Justice

A compelling hypothesis suggests that Callicles in *Gorgias* may represent an earlier stage in Plato's own philosophical development, acting as a mouthpiece for ideas Plato himself might have entertained before evolving toward the mature views expressed in *The Republic*.¹⁷ This hypothesis can be grounded in both textual and historical clues, as well as a deeper analysis of the character's connections and the themes he addresses.

First, Socrates mentions that Callicles is deeply attached to Demos, the son of Pyrilampes, a notable figure in Athenian aristocracy.¹⁸ Intriguingly, Demos was Plato's maternal stepbrother, tying Callicles to

¹⁷ DODDS, E.R, *Plato Gorgias; A Revised Text with Introduction And Commentary*, London 1959, p. 14.

¹⁸ PLATO, *Gorgias*, p. 60, 481d.

Plato's own familial and social milieu.¹⁹ Moreover, Socrates lists Callicles as part of a circle of aristocratic companions, including Tisander of Aphidna, Andron, and Nausikydos, figures that resonate with Plato's aristocratic background.²⁰ These details suggest that Callicles' worldview could reflect the values of an elite Athenian upbringing, much like Plato's.²¹

Second, the names "Aristocles" (Plato's birth name) and "Callicles" share a symbolic resonance. While "Aristocles" means "best fame/glory"²², "Callicles" translates to "beautiful glory"²³. Given Plato's philosophical emphasis on to kalon (the beautiful) and to agathon (the good) as interconnected ideals²⁴, this shared etymological thread suggests a possible allegorical relationship between the two figures. Callicles' musings on the relationship between the good and the beautiful in *Gorgias* may reflect philosophical questions Plato grappled with during his formative years.

This hypothesis, if pursued further, raises intriguing questions about whether Plato used Callicles to explore and ultimately critique a youthful fascination with aristocratic power and natural justice. The exploration of these connections will be taken up in the next section, delving deeper into the philosophical and historical implications of this interpretation.

II. AL-FARABI'S INTERPRETATION OF JUSTICE AND DIALOGUE ANALYSIS

Al-Farabi's *Ideal State* is a seminal work in legal philosophy²⁵, offering a nuanced framework for understanding justice by proposing two distinct meanings of the term, each corresponding to different stages of human development and societal organization. This dual approach allows

¹⁹ NAILS, Debra, *The People of Plato: A Prosopography of Plato and Other Socratics*, Indianapolis 2002, p. 15.

²⁰ PLATO, *Gorgias*, p. 67, 487c.

²¹ TARRANT, p. 24-25.

²² SEDLEY, David, *Plato's Cratylus*, Cambridge 2003, p. 22.

²³ Kallos (κάλλος) means "beauty" or "beautiful" in ancient Greek and Kleos (κλέος) means "glory" or "fame" in ancient Greek. When combined, Καλλικλής (Callicles) can be interpreted as "beautiful glory".

²⁴ PLATO, *Gorgias*, p. 84-85, 497e.

²⁵ MAHDI, Muhsin: "Al-Fārābī's Imperfect State", *Journal of the American Oriental Society*, Volume 110 Issue 4, 1990, p.691-692.

him to reconcile the seemingly opposing views of Callicles and Socrates as presented in Plato's *Gorgias*, positioning them as complementary rather than contradictory perspectives on justice. Scholars have recognized Al-Farabi as the earliest Muslim philosopher to systematically outline his theories on state governance, emphasizing a virtuous state where justice and peace prevail among the populace.

A. The Two Meanings of Justice in Al-Farabi's Ideal State

According to Al-Farabi, the first meaning of justice aligns with what he describes as natural justice, where "might makes right". In this view, the stronger dominate the weaker because it is in their nature to do so. This concept of justice reflects the world as it exists in a state of nature, free from the constraints of societal or moral norms.²⁶ It resonates directly with Callicles' argument in *Gorgias*, where he asserts that natural superiority justifies the domination of the strong over the weak and critiques the egalitarian conventions of civil society as artificial constructs.

Al-Farabi's second meaning of justice, however, introduces a fundamentally different perspective. This is the concept of civil or conventional justice, which arises only within a civilization. Conventional justice, as Al-Farabi explains, is the collective adherence to societal conventions designed to ensure peace and harmony among individuals. Unlike natural justice, which is driven by power dynamics, conventional justice is rooted in mutual respect and the recognition of each person's rights within a social framework.²⁷ This understanding aligns with Socrates' arguments in *Gorgias*, where he critiques Callicles' naturalistic approach and emphasizes the role of self-discipline and virtue in achieving harmony within the soul and society.

B. Reconciling Callicles and Socrates: Al-Farabi's Synthesis

Al-Farabi's philosophical innovation lies in his ability to synthesize these two definitions of justice. By acknowledging natural justice, he validates Callicles' perspective that power and domination are fundamental to the natural order. At the same time, he upholds Socratic conventional justice as an ideal that transcends the natural state and serves as the foundation for a stable and virtuous society. This synthesis reflects Al-Farabi's broader philosophical project of harmonizing opposing viewpoints to

²⁶ AL-FARABI, p. 137-138.

²⁷ AL-FARABI, p. 138-139.

build a comprehensive framework for understanding the human condition.

For Al-Farabi, the stronger who refrain from dominating the weaker do so only because they have been influenced by the teachings of conventional justice. Civilization introduces norms and ethical principles that temper the raw instincts of natural justice. Those who adhere to these norms, even when they have the power to dominate, are, in Al-Farabi's view, shaped by societal education and the pursuit of a higher moral ideal.²⁸ This perspective allows Al-Farabi to justify both Callicles and Socrates: natural justice explains domination in the absence of societal constraints, while conventional justice provides the ethical framework necessary for coexistence within a community.

C. Aligning Al-Farabi's Synthesis with Plato's Philosophical Evolution

Al-Farabi's dual definitions of justice also provide a lens through which to revisit Plato's treatment of Callicles and Socrates. If, as hypothesized, Callicles represents an earlier stage in Plato's philosophical development, then Al-Farabi's framework bridges the gap between the youthful naturalism of Callicles and the mature ethical vision of Socrates. By accommodating both perspectives within a unified concept of justice, Al-Farabi's synthesis offers a philosophical reconciliation that mirrors Plato's own evolving views.

This reconciliation reinforces the idea that the justice debate in *Gorgias* is not merely a conflict between two opposing views but a dynamic exploration of justice as a concept that evolves with the progression from nature to civilization. Al-Farabi's insights suggest that Callicles' naturalistic justice and Socratic conventional justice are not mutually exclusive but instead represent complementary dimensions of justice that reflect different contexts and stages of human society.

D. The Broader Implications of Al-Farabi's Reconciliation

By synthesizing Callicles' and Socrates' views on justice, Al-Farabi deepens our understanding of the concept as both a natural and social phenomenon. His distinction between natural and conventional justice highlights the interplay between power and morality, suggesting that while domination may be natural, the ideal state requires the cultivation

²⁸ AL-FARABI, p. 139.

of virtue and mutual respect. This duality not only affirms the validity of Callicles' and Socrates' arguments but also emphasizes the transformative potential of civilization in shaping human behavior and ethics.

Al-Farabi's reconciliation ultimately serves as a bridge between ancient Greek and Islamic philosophical traditions, illustrating how universal concepts like justice can be interpreted and integrated across cultures and eras. By validating both natural and conventional justice, Al-Farabi's Ideal State offers a profound contribution to the ongoing dialogue on the nature of justice, power, and morality. This synthesis echoes the depth of Plato's exploration of justice in the Republic, where he delves into the economic, political, and social dimensions of an ideal polity. Plato emphasizes that the goal of the ideal state is the well-being of all its estates, advocating for moderation and balance to avoid the moral and practical pitfalls of extreme wealth and poverty. Justice, in Plato's vision, is the foundational principle that harmonizes these disparate elements into a cohesive whole, ensuring the state embodies wisdom, courage, moderation, and justice. For both philosophers, the realization of these virtues hinges on the presence of individuals capable of embodying and actualizing them. Thus, Al-Farabi's reconciliation aligns with and builds upon the Platonic ideal, demonstrating how the notion of justice transcends individual cultures and contributes to a shared philosophical heritage.²⁹

III. THE SOCRATIC-CALLICLEAN DEBATE REVISITED: AN ANALYTICAL PERSPECTIVE

The dialogue between Socrates and Callicles in Plato's Gorgias is not simply a clash of opposing ideas about justice but a pedagogical tool designed to illuminate the complexity of the concept. Plato's use of dialogue, rather than plain exposition, underscores his belief that learning is a process of recollection, akin to giving birth to knowledge through dialectical engagement. In this context, neither Socrates nor Callicles should be considered the definitive spokesperson for Plato's personal views. Instead, both characters serve as instruments for exploring different dimensions of justice, each valid within its own framework.

A. The Dialectical Method: Plato's Dual Exploration of Justice

²⁹ DOSKOZHANOVA, Aizhan/NURY SHEVA, Gulzhikhan/ TULEUBEKOV, Assyl: "State Policy As Virtue in Doctrines of Plato and Al-Farabi", Man India, Volume 96 Issue 7, 2016, p. 1989-1991.

Plato's dialogical method resists the notion of a single authoritative voice. Socrates, while a leading figure, does not necessarily represent Plato's final position. If Plato intended to present an unequivocal argument, he could have employed plain text rather than dramatized debates. The process of dialogue allows for the clash of perspectives, enabling readers to grapple with the tensions and nuances of complex ideas.³⁰ This is evident in the *Gorgias*, where Calicles passionately defends natural justice—rooted in the domination of the strong over the weak—while Socrates advances an ideal of conventional justice grounded in self-discipline and harmony.

Calicles' refusal to concede defeat in the face of Socrates' questioning is significant. Despite Socrates' incisive critiques, Calicles does not retract his stance, nor does Socrates conclusively dismantle it. This unresolved tension suggests that both perspectives hold validity in their own contexts. Natural justice, as articulated by Calicles, reflects the realities of power dynamics in the absence of societal conventions, while conventional justice, championed by Socrates, represents the aspirational ideals of a harmonious society.

B. Al-Farabi's Reconciliation: Justice as Duality

Al-Farabi's interpretation of justice in *The Ideal State* provides a framework that synthesizes the positions of Calicles and Socrates. By defining justice in two ways—natural justice and conventional justice—Al-Farabi bridges the divide between their arguments. Natural justice corresponds to Calicles' assertion that the strong dominate the weak, reflecting the primal order of nature. Conventional justice, on the other hand, aligns with Socrates' vision of a society governed by ethical norms and mutual respect, which Al-Farabi considers achievable only in a civilized state.³¹

This dual approach suggests that Al-Farabi understood the *Gorgias* not as a contest with a clear winner but as an exploration of two complementary dimensions of justice. He does not reject Plato's conception of conventional justice but situates it alongside natural justice, recognizing that both are valid depending on the context. Al-Farabi's stance lends

³⁰ BENSON, Hugh H, "Plato's Method of Dialectic", *A Companion to Plato*, Germany 2006, p. 98.

³¹ AL-FARABI, p. 138-139.

credibility to the hypothesis that Callicles, like Socrates, represents an aspect of Plato's philosophical exploration. In this reading, Callicles embodies an earlier, more naturalistic perspective on justice, while Socrates articulates a more mature and aspirational ideal.

C. Plato's Philosophical Evolution and Al-Farabi's Validation

If Callicles and Socrates both represent facets of Plato's thinking, then the dialogue in *Gorgias* becomes a microcosm of Plato's philosophical evolution. Callicles may reflect the young Plato grappling with the harsh realities of power and domination before Plato met Socrates, while the character Socrates embodies the older Plato's vision of justice as a unifying principle for society and the soul, the opinion that he obtained after being a student of Socrates. Al-Farabi's recognition of both natural and conventional justice aligns with this interpretation, as he refrains from privileging one over the other in his writings on Plato's works.³² His silence on rejecting either view suggests he saw them as part of a larger, integrated framework.

Al-Farabi's nuanced reading of Plato highlights the enduring relevance of the *Gorgias*. By validating both Callicles' and Socrates' positions, he reinforces the idea that justice is not a monolithic concept but a multifaceted one, encompassing both the realities of human nature and the aspirations of human society. This duality allows for a deeper understanding of Plato's work, one that acknowledges the coexistence of competing truths within his dialogues.³³

D. Implications for the Concept of Justice

The Socratic-Calliclean debate, as revisited through Al-Farabi's lens, challenges the notion of a single, definitive conception of justice. Instead, it reveals justice as a dynamic and context-dependent concept, one that evolves with the progression from nature to civilization. Al-Farabi's synthesis underscores the possibility that Plato, too, grappled with these dualities, using his characters to explore the tensions between power, morality, and societal harmony.

This perspective enriches our understanding of Plato's philosophy and its reception in later traditions. By recognizing the validity of both

³² AL-FARABI, *Philosophy of Plato and Aristotle*, New York 2001, p. 53-70.

³³ BENSON, p. 96-98.

natural and conventional justice, Al-Farabi not only bridges the gap between Callicles and Socrates but also offers a model for reconciling seemingly opposing views in philosophical inquiry.

CONCLUSION

Plato's exploration of justice in *The Republic* and *Gorgias* is a profound inquiry into the nature of morality, power, and human society. Through the debates between Socrates and his interlocutors—most notably Callicles and Thrasymachus—Plato constructs a dialectical framework that allows for the examination of conflicting perspectives. While Socrates champions conventional justice as an ideal of virtue and harmony, Callicles defends natural justice as the domination of the strong over the weak. Rather than resolving the debate in favor of one position, Plato employs these characters as instruments for teaching, presenting justice as a multifaceted concept that evolves with the progression from nature to civilization.

Al-Farabi's interpretation in *The Ideal State* enriches this discussion by offering a dual definition of justice, reconciling the views of both Socrates and Callicles. His concept of natural justice affirms the validity of Callicles' arguments, while his notion of conventional justice upholds Socrates' vision of a virtuous society. This synthesis reflects Al-Farabi's understanding of Plato's dialogues as philosophical exercises that embrace complexity and tension rather than impose a singular doctrine.

By situating Callicles as a potential representation of Plato's earlier thinking, this article has argued that both Callicles and Socrates can be seen as reflections of Plato's evolving views on justice. Al-Farabi's work further validates this interpretation, as he acknowledges the legitimacy of both natural and conventional justice in different contexts. This perspective highlights the depth of Plato's philosophical project and its capacity to address the dualities inherent in human life.

In conclusion, the dialogue between Socrates and Callicles, as interpreted through Al-Farabi's framework, transcends the boundaries of Plato's time and resonates with universal questions about power, morality, and societal order. It demonstrates that justice is not a fixed or monolithic concept but a dynamic interplay of competing truths, offering enduring lessons for philosophy and governance.

REFERENCES

- AL-FARABI** (Translated by Ahmet Arslan): *İdeal Devlet*, 2nd Edition, İstanbul 2017.
- AL-FARABI**: *Philosophy of Plato and Aristotle*, New York 2001.
- BENSON**, Hugh H, "Plato's Method of Dialectic", *A Companion to Plato*, Germany 2006, p. 85-99.
- DODDS**, E.R: *Plato Gorgias; A Revised Text with Introduction and Commentary*, London 1959.
- DOSKOZHANOVA**, Aizhan /**NURYSHEVA**, Gulzhikhan /**TULEUBEKOV**, Assyl: "State Policy as Virtue in Doctrines of Plato and Al-Farabi", *Man India*, Volume 96 Issue 7, 2016, p. 1979-1993.
- FAKHRY**, Majid: "Al-Farabi and the Reconciliation of Plato and Aristotle", *Journal of the History of Ideas*, 1965. 26(4): p. 469-478.
- HANSEN**, Peter J: *Plato's Tough Guys and Their Attachment to Justice*, United States 2019.
- KNOLL**, Manuel: "Sophistic Criticisms of the Rule of Law. A Comparison of Callicles and Thrasymachus", *Filosofický časopis Special Issue* 2021. 2: p. 65-87.
- MAHDI**, Muhsin: "Al-Fārābī's Imperfect State", *Journal of the American Oriental Society*, Volume 110 Issue 4, 1990, p. 691-726.
- NAILS**, Debra: *The People of Plato: A Prosopography of Plato and Other Socratics*, Indianapolis 2002.
- PLATO** (Translated by Sabahattin Eyüboğlu and M. Ali Cimcoz): *Devlet*, 39th Edition, İstanbul 2019.
- PLATO** (Translated by Mehmet Rifat and Sema Rifat): *Gorgias*, 11th Edition, İstanbul 2020.
- SEDLEY**, David, *Plato's Cratylus*, Cambridge 2003.
- STAUFFER**, Devin: "The Confrontation between Socrates and Callicles", *The Unity of Plato's "Gorgias": Rhetoric, Justice, and the Philosophic Life*, Cambridge 2006, p. 82-122.
- STAUFFER**, Devin, "Socrates and Callicles: A Reading of Plato's Gorgias", *The Review of Politics*, 2002, Volume 64 Issue 4, p. 627-658.

TARRANT, Harold: "The Dramatic Background of the Arguments with Callicles, Euripides' *Antiope*, and an Athenian Anti-Intellectual Argument", *Journal of the Australian Society for Classical Studies*, *Antichthon*, 2008. (42): p. 20-39.

WHITE, Stephen A: "Thrasymachus the Diplomat", *Classical Philology*, 1995. 90(4): p. 307-327.

İSKOÇ CEZA HUKUKUNDA ADLİ TEŞKİLAT

Doç. Dr. Rahime ERBAŞ*

Arş. Gör. Neslihan CAN YAVUZ*

Öz

Yargılama usul ve teşkilatıyla Kıta Avrupası'ndan ayrı bir ceza muhakemesi modeline sahip olan Anglo-Sakson hukuku medyanın etkisiyle kamuoyunda ilgiye mazhar olmuştur. Ancak bu ilginin Kıta Avrupası ve Türk hukuk literatürüne yansımaları sınırlı olmuştur. Anglo-Sakson hukukundan da farklı olan İskoç hukukunun adli teşkilatı ise Türk ceza hukuku literatüründe tamamen bakir kalmış alanlardandır ve bu nedenle ele alınmak istenmiştir. Bir ülkenin adli teşkilatı ortaya konulurken bunun ülkenin tarihi geçmişi ve realitesinden kopuk olması beklenemeyeceğinden, bu çalışma İskoç adli teşkilatını Anglo-Sakson hukukundan farklı ve "eşsiz" bir hale getiren özellikleriyle birlikte analiz etmeyi amaçlamaktadır. Çalışmada İskoç ceza muhakemesini özellikli bir hale getiren *solemn*

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Assoc. Prof., Istanbul University Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Istanbul, Türkiye.

✉ rerbas@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0002-6257-4312.

* Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Rize, Türkiye | Res. Asst., Recep Tayyip Erdoğan University, Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Rize, Türkiye.

✉ neslihan.can@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0002-6990-8274.

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: ERBAŞ, Rahime/ CAN YAVUZ, Neslihan : "İskoç Ceza Hukukunda Adli Teşkilat", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 631-660.

🔍 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

🔍 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ve *summary* yargılama usulleri ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır. Arından sulh mahkemesi, şerif mahkemesi ve ağır ceza mahkemesi görev alanları, yargılama usulleri, yargıçları ve denetim muhakemesi işlevleriyle ele alınacaktır. Bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olmamakla beraber çalışmada İskoç adli teşkilatının Anglo-Sakson modelinden ayrılan yönleri değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

• İskoç Ceza Mahkemeleri, • Şerif Mahkemesi • Sulh Mahkemesi • Hukukçu Olmayan Yargıç • Summary Usulü ve Solemn Usulü

JUDICIAL ORGANIZATION IN SCOTTISH CRIMINAL LAW

Abstract

Criminal procedure model of the Anglo-Saxons has attracted public opinion with the influence of the media. However, this attention could not be enough reflected on both Continental European and Turkish legal literature. Since Scottish judicial organization is also different than the Anglo-Saxon law, which remained untouched in Turkish legal literature, this study aimed at addressing this issue. While discussing a country's judicial organization, which cannot be taken into consideration independent of its historical background and reality, Scottish judicial organization that is different from Anglo-Saxon law and "unique" is aimed to be analyzed. The Scottish solemn and summary procedure, which make Scottish criminal proceedings distinctive, will be discussed. Then the justices of the peace court, sheriff court, and high court will be discoursed with their judicial fields, procedures, judges, and functions of appeal. Although it is not a comparative law study, the aspects of Scottish judicial organization that differ from Anglo-Saxon law will be evaluated.

Keywords

• Scottish Criminal Courts, • Sheriff Court • Justice of the Peace Court • Lay Justice • Summary Procedure and Solemn Procedure

GİRİŞ

"İskoç ceza muhakemesi, İngiliz hukukundan etkilenmeyen yerli bir gelişime sahiptir ve bu nedenle İskoç yargıçların ve yazarların çok gurur duyduğu, belki de biraz kayıtsızca gurur duyduğu bir şeydir"¹.

İskoç ceza ve ceza muhakemesinin duayenlerinden *Gerald H. Gordon*'a ait bu sözler, bu ülkedeki hukukun betimlenmesindeki İskoç ceza

¹ GORDON, Gerald H.: "Institution of Criminal Proceedings in Scotland", Northern Ireland Legal Quarterly, C. 19, S. 3, 1968, s. 249.

hukukçularının tipik bir yaklaşımını sergilemektedir. Nitekim İskoç ceza muhakemesi ile ilgili eserler incelenmeye başlandığında gerçekten ilk olarak İngilizce özgün halleriyle “genius”², “unique”³ veya “indigenous”⁴ sıfatlarıyla yapılan betimlemeler ile karşılaşılmaktadır. Buna göre ceza muhakemesi, “hususî”, “biricik”, “yerli” ve kısaca “özgün” olarak betimlenmektedir. Öğretide ifade edildiği üzere dünyada ceza muhakemesi sistemleri veya anlayışları arasında İngiltere ve Galler (İngiliz) hukukunun menşeyini oluşturduğu Anglo- Sakson ceza muhakemesi anlayışı, temel ceza muhakemesi anlayışlarından biridir. Zira İngiliz hukuku, ABD’nin yanı sıra İngiliz Milletler Topluluğu (*commonwealth*) içindeki bütün ülkelere sirayet etmiştir. Buna karşılık ilginç bir şekilde İngiltere ve Galler’in de bir parçası olduğu Birleşik Krallık’ın diğer bir üyesi İskoçya, bugün itibarıyla ceza muhakemesi alanında İngiltere ve Galler’den birçok yönden farklı bir hukuki yapı arz etmeyi başarmıştır⁵.

Birçok kıtada temel hukuk anlayışı olmayı başarmış bir hukuk anlayışının sahibi olarak İngiltere, bizatihi kendi coğrafyasında bu farklılaşmanın önüne geçememiştir⁶. Bu özellikle ceza hukuku için geçerlidir. Nitekim öğretide bu durum “İskoçya’da bilhassa hem maddî ceza hukukunun hem de ceza muhakemesi hukukunun hamuru, safi İskoç unuyla yoğrulmuştur”⁷ şeklinde belirtilmektedir. Bugün ise İskoç hukukunun temel hukuk kaynaklarının İngiliz hukukunun bileşenlerinin tesiri altında kalma tehdidi olduğundan bahsedilmektedir⁸. Meseleye İskoçya’dan bakan bir yazara

² **FARMER**, Lindsay: “‘The Genius of Our Law...’: Criminal Law and the Scottish Legal Tradition”, *The Modern Law Review*, C. 55, S. 1, 1992, s. 25-43; **FARMER**, Lindsay: *Criminal Law, Tradition and Legal Order- Crime and the Genius of Scots Law, 1747 to the Present*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

³ **MESTON**, M. C/ **SELLAR**, W.D.H/ **LORD COOPER**, *The Scottish Legal Tradition*, The Saltire Society ve The Stair Society, Edinburgh 1991, s. 29-30.

⁴ **GORDON**, s. 249. Ayrıca **MESTON/ SELLAR/ LORD COOPER**, s.84.

⁵ **Lord Mackay of Clashfern**, “Foreword”, in Meston, M. C/ Sellar, W.D.H/ Lord Cooper, *The Scottish Legal Tradition*, The Saltire Society ve The Stair Society, Edinburgh 1991, s.vii.

⁶ Bkz. **GORDON**, s.249.

⁷ **MESTON/ SELLAR/ LORD COOPER**, s. 25.

⁸ Milliyetçiliğin İskoç hukukunda tesiri olup olmadığı sorusuna ilişkin bkz.: **McDIARMID, Claire Robertson**, *Scots Law: How Can and Why Should It Survive?*, Yüksek Lisans Tezi, McGill University, Montreal 1995, s.98.

göre İskoç hukukunun kendi kültürel farklılıkları ve milliyetçiliği, İskoç hukukunu özgün kılmaktadır⁹.

İskoç ceza muhakemesi ile ilgili ikinci en sık karşımıza çıkan betimleme, bu hukukun İngilizce özgün ifadesiyle “*ambivalent*”, yani “*ikircikli*” oluşudur. Bunun nedeni ise İskoç ceza hukukunun hem İngiltere’nin domine ettiği Anglo-Sakson hukuk geleneğinden hem de Roma- Germen hukuk geleneğinden istifade etmiş olmasıdır¹⁰. Buna göre 18. yy’a kadar bağımsız bir devlet¹¹ olan İskoçya’ya 12. ve 13. yy’da İngiltere’deki Kralın Mahkemeleri (*King’s Court*) Anglo-Sakson hukuk geleneğini tesir ettirmiştir. Hatta bazı noktalarda İskoç ceza muhakemesinin İngiltere’deki *common law* (müşterek hukuk) anlayışından daha fazla *common law* özellikler gösterdiği belirtilir¹². Diğer taraftan 6. yy.’da meydana getirilen *Corpus Iuris Civilis*’in kısmi olarak İskandinavya’yı etkilemesi¹³ ile İskoçya’nın da etkilendiği ileri sürülmektedir¹⁴. Gerçekten “*adli teşkilatın bir kısmı İngiltere ve Galler’e benzerken; bir kısmı Kıta Avrupa’sından iktibas edilmiştir*”¹⁵.

Bazı görüşlere göre Kıta Avrupası hukukunun da tesiri olduğu bilgisi İskoç ceza muhakemesiyle ilgili bir mit¹⁶ olsa da İngiltere’den farklı olarak İskoçya’daki 16. yy’a dayanan köklü bir savcılık teşkilatının olması ve savcının bilhassa alternatif tedbirlere başvurarak soruşturma

⁹ Milliyetçiliğin İskoç hukukunda tesiri olup olmadığı sorusuna ilişkin açıklamaları için bkz.: **McDIARMID**, s.99.

¹⁰ **MESTON/ SELLAR/ LORD COOPER**, s. 29, ayrıca s.67-68, s.71

¹¹ **SHEEHAN**, A. V.: *Criminal Procedure in Scotland and France*, 1. Baskı, Her Majesty’s Stationery Office, Edinburgh, 1975, s.97. Ayrıca bkz.: **ERBAŞ**, Rahime: “İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri”, *SÜHFD*, C. 32, S. 1, 2024, s.283-287.

¹² **FARMER**, “‘The Genius of Our Law...’: Criminal Law and the Scottish Legal Tradition”, s. 25. Ayrıca bkz.: **ERBAŞ**, “İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri”, s.269.

¹³ İskandinavya’nın bilhassa Norveç ve Danimarka’nın İskoç hukuku üzerindeki etkisine yönelik detaylı açıklamalar için bkz.: **McDIARMID**, s.80.

¹⁴ **MESTON/ SELLAR/ LORD COOPER**, s. 29.

¹⁵ **WHITE**, Robin M. / **WILLOCK**, Ian D./ **MACQUEEN**, Hector L.: *The Scottish Legal System*, 5.bs., West Sussex 2013, s.16-17.

¹⁶ Prof. Lindsay Farmer ile Glasgow Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde gerçekleştirilen 14 Haziran 2024 tarihli bir sohbette Prof. Farmer’ın tespiti.

evresinde cezai uyuşmazlığı sonlandıran yetkileri, Kıta Avrupası savcılık anlayışına benzemektedir¹⁷. Keza İngiltere ve Galler'in aksine İskoçya'da şahsi kovuşturma, birkaç başarılı örneği dışında neredeyse hiç bilinmemektedir¹⁸. Ayrıca, İngiltere ve Galler'in aksine ceza muhakemesinde itham anlayışının temel ilkelerinde jürili yargılama hakkı (*the right to a jury trial*), İskoçya'da kabul edilmemiştir. Yine bugün ceza davalarının büyük bir kısmının görülmesinde hukukçu olmayan yargıçlardan oluşan mahkemelerin (*Magistrate court*) egemen olduğu İngiltere ve Galler'in aksine İskoçya'da hukukçu olmayan yargıçlardan oluşan mahkemeler oldukça sınırlıdır. Gerçekten İskoçya'da ceza mahkemelerinin tarihsel sürecinde halktan kişilerin yargıç olmasından mesleki yargıçlara doğru bir eğilim-profesyonelleşme (*professionalism*) eğilimi- egemen olmuştur¹⁹.

İskoç ceza muhakemesi ile ilgili bize göre en isabetli betimleme, *Lord Cooper*'ın şu ifadelerinde somutlaşmıştır: "*hususî manada* İskoç hukukunun, İskoçya'nın kendine özgü tarihinin ve geleneğinin bir yansıması olduğu söylenebilir";²⁰ ancak "*genel manada* İskoç hukukunun bir tarihi yoktur"²¹. Gerçekten İskoç ceza muhakemesi ile ilgili eserlerdeki incelemizde yukarıdaki tartışmalarla ilgili kesin olduğunu gördüğümüz husus, şudur: İskoç ceza muhakemesi, odağı Anglo- Sakson hukuku olan ancak aynı zamanda *sui generis* bir özellik gösteren bir yapıdır. Bu *sui generis* vasfı kazandıran ise İskoçya'nın 18. yy'a kadar bağımsız bir devlet olması ve başta aydınlanma dönemi olmak üzere kendine özgü tarihidir. Bilhassa İskoç aydınlanması ve *David Hume*, *Adam Smith* ve *Lord Kelvin* başta olmak üzere İskoçya'nın çok sayıda filozofu ve düşünürü olan güçlü tarihi geçmişine dikkat çekmek isteriz. Ancak bu tarihi gelişim tamamen geleneksel bir çizgide ilerlemeyip bazen sekteye uğramıştır.

¹⁷ ERBAŞ, "İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri", s.269 ve s.271.

¹⁸ MESTON/ SELLAR/ LORD COOPER, s. 85. Ayrıca bkz.: ERBAŞ, "İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri", s.291-294.

¹⁹ WHITE, Robin M., "Lay Criminal Courts in Scotland: the justifications for, and origins of, the new JP Court", *Edinburgh Law Review*, C. 16, S. 3, 2012, s.364-365.

²⁰ LORD COOPER, *The Scottish Legal Tradition*, Edinburgh 1948, s.5, aktaran: MESTON/ SELLAR/ LORD COOPER, s. 30.

²¹ LORD COOPER, *Select Scottish Cases of the 13th Century*, Edinburgh/Londra 1944, s.1xi, aktaran: MESTON/ SELLAR/ LORD COOPER, s. 30.

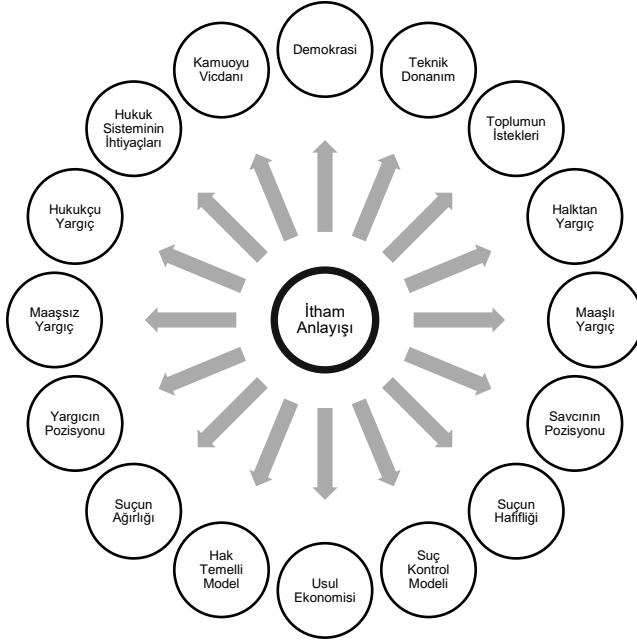
Nitekim bugün en hafif suçları yargılayan Sulh Mahkemesi'nin hukukçu olmayan halktan bir kişinin yargıç olabildiği bir mahkeme olmasının iza-hında dahi gelenek, en zayıf argüman olarak addedilmektedir²².

İskoçya ne Anglo-Sakson hukuk geleneğinin menşei ne de Roma-Germen hukuk geleneğinin menşeidir. Ancak bu ülke, *sui generis* bir hukuk geleneği meydana getirmeyi başarmıştır. Bu başarıyı Türk hukuku literatüründe de göstermek, önemliydi. Bu yüzden de ana dokusu ceza muhakemesinde Anglo- Sakson ve bu şekilde itham anlayışına ait olan, ancak Kıta Avrupası ve bu şekilde tahkik sistemiyle uyumlu mekanizma-lara sahip olan İskoçya ceza hukukunda adli teşkilatı incelemek faydalı görülmüştür.

Bundan başka, bu çalışmada itham sistemine daha yakın bir aksta olan İskoç ceza muhakemesi üzerinden cezai işlerde adli teşkilatı şekil-lendiren itham anlayışının kabulleri ile tahkik anlayışının kabullerini kar-şılaştırma imkânımız bulunmuştur. Bu karşılaştırmamız tahkik anlayışına daha yakın olan Türk ceza muhakemesi açısından hem itham anlayışın-daki bir adli teşkilatın kavranmasını hem de tahkik anlayışındaki kabuller üzerinde yeniden düşünülmesini sağlama potansiyeli itibarıyla yarar sağ-layacağı düşünülmüştür. Bu itham anlayışındaki ceza muhakemesinde yarışan konu veya kabuller (biri tutamak noktası olarak), Şema 1'de or-taya konulmuştur. Bunların birbirleriyle yarıştığını göstermek için “de-mokrazi” ve “usul ekonomisi” konuları ana aksa alındıktan sonra, her bir konunun yarışan karşılığı onun simetriğine yerleştirilmiştir. Bunu örne-ğin “hukukçu yargıç” karşısında “hukukçu olmayan” veya “hukuk siste-minin ihtiyaçları” karşısında “toplumun istekleri” yahut “maaşlı yargıç”

²² WHITE, s.385.

karşısında “maaşsız yargıç” gibi belirtmek mümkündür.



Şema 1: İskoç hukuku ekseninde itham anlayışındaki yarışan konular ve kabuller²³

(Şema, bizzat yazarlar tarafından meydana getirilmiştir).

Çalışmada ilk olarak tarihi gelişime ve genel çerçeveye (I) yer verilmiştir. Burada tarihi gelişim ekseninde İskoç ceza mahkemeleri ve İskoç ceza yargılamasını özelliikli bir hale getiren *solemn procedure* ve *summary procedure* şeklindeki iki yargılama usulü ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sonrasında Şema 1’de belirtildiği üzere yarışan veya öne çıkan tutamak noktalarından hareketle cezai işlerdeki adli teşkilat; öncelikle ilk derece mahkemeleri olarak Sulh (Ceza) Mahkemesi (*Justice of Peace Court*) (II), asıl mahkeme olması sebebiyle Asliye Ceza Mahkemesi’ne tekabül eden Şerif Mahkemesi (*Sheriff Court*) (III) ve öldürme ve cinsel saldırı gibi ağır suçları yargılaması sebebiyle Ağır Ceza Mahkemesi olarak

²³ Bu şemadaki söz konusu konular ve kabuller, *Robin M. White*’ın bu çalışmanın 19 numaralı dipnotunda zikrettiğimiz eserinden yararlanılarak birer tutamak noktası olarak çıkarılmıştır.

tercüme edilebilecek Yüksek Mahkeme (*High Court of the Judiciary/High Court*) (IV) sırasıyla ortaya konulacaktır. Buradaki mahkeme sıralamasının en hafif suçların yargılandığı mahkemeden en ağır suçların yargılandığı mahkemeye doğru ilerlediğini düşünmek mümkündür. Ancak kısıtımız, İskoçya'nın tarihinde mahkemelerin ilk var olanlarından başlamak. Bu ülkede mahkemeler tarihsel gelişimi itibarıyla halktan kişilerin yargıçlığından mesleki (hukuk eğitimi almış) yargıçlara doğru ilerlemiştir.

İstinaf veya temyiz için ise ilk derece mahkemelerinden ayrı bir mahkeme teşkilatı kurulmamıştır. Yukarıda zikredilen mahkemeler kendi içinde ayrıca temyiz mahkemesine dönüşmektedir. Yine de temyiz (V) ayrı bir başlık altında incelenerek bu çalışma tamamlanacaktır. Çalışmanın İskoçya düzeyindeki mahkemeleri konu alması sebebiyle temel hak ve özgürlüklerin ihlali değerlendirmesini yaparak bir nevi ulusal çapta anayasa mahkemesi görevi üstlenen Yüksek Mahkeme'nin (*Supreme Court*) yapısı veya işlevleri çalışma kapsamının dışında bırakılmıştır.

Savcılık teşkilatı, savcının yetkileri ve İskoçya ülke savcısı (*Lord Advocate*) daha önce etraflıca ele alındığı²⁴ için bu çalışmada ayrı bir başlıkta tekrar incelenmeyecektir. Bu nedenle bu hukuk sisteminde savcının İngilizce "*procurator fiscal*" olarak ifade edildiğini ve kanunda açıkça belirtilmeyen hallerde davanın hangi mahkemede ve hangi usulle- jürili yargılama (*solemn*) veya jürisiz yargılama (*summary*)- açılacağına takdir yetkisinin olduğu belirtmek kafidir²⁵.

Çalışmanın önemli bir sınırlılığı ise bu ülkede cezai işlerde adli teşkilatı anlatan az sayıda güncel akademik eserin var olmasıdır. Bu nedenle çalışmada görece eski tarihli eserlerden alınan bilgilerin resmi kurum ve kuruluşlardan yararlanmak suretiyle güncelliği araştırılmıştır. İkinci sınırlılık ise çalışmanın akademik düzeyden bakıldığında yer verilen mahkemelerin uygulaması ile anlam kazanan detaylarına hâkim olamayışımızdır. Son olarak belirtmek gerekir ki çalışma boyunca mahkemelerin

²⁴ ERBAŞ, "İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri", s.283-289; ERBAŞ, Rahime: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Muhakemesinin Soruşturma Evresinin Aleniyete Karşı Korunması, Ankara 2024, s.73-74, s.110-111, ayrıca s.183- 184. Ayrıca bkz.: GORDON, s.250-252.

²⁵ Bkz.: GORDON, s.253.

ve kavramların özgün İngilizce adları parantez içinde yazılmak suretiyle İskoç ceza hukukunu araştıracak gelecekteki araştırmacılara kolaylık sağlanması amaçlanmıştır.

I. TARİHİ GELİŞİM VE GENEL ÇERÇEVE

Maddi ceza hukuku, muhakeme kuralları, adli makamları ve usulleri ile İskoç ceza muhakemesi, üniter bir devletin parçası olmasına rağmen her zaman için Birleşik Krallık'ın geri kalanından ve Anglo-Sakson hukuk sisteminin geçerli olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nden (ABD) farklı olmuştur. Örneğin İskoçya'da ceza yargılamalarının büyük kısmı; İngiltere ve Galler'in aksine hukukçu olmayan yargıçlardan (*lay judges*) oluşan sulh mahkemelerinde (*magistrate's court*) değil²⁶, hukukçu arka plana sahip şerif (*sheriff*) olarak bilinen yargıçlar tarafından yapılmaktadır. Yahut önemli yargılamaların federal düzeyde mahkemeler tarafından, diğer yargılamaların ise eyalet düzeyindeki mahkemeler tarafından yapıldığı ABD ceza yargılamasının aksine, Birleşik Krallık'ın tamamı için geçerli bir ceza hukuku ve ceza muhakemesi sistemi kural olarak bulunmamaktadır²⁷. Bu farklılık İskoçya'nın İskoçya Krallığı adı altında bağımsız olduğu döneme kadar uzanmaktadır ve hatta 1707 tarihli Birleşme Kanunu (*Act of Union 1707*) ile İngiltere ve İskoçya'nın birleşmesine rağmen İskoçya'nın bu tarihten önce de mevcut olan kendi hukuk sistemini muhafaza etmesine izin verilmiştir. Bu nedenledir ki İskoçya; kendi polis gücü, yargılama teşkilatı ve cezaevleriyle İngiltere ve Galler ile Kuzey İrlanda'dan ayrı bir ceza adalet sistemine hala sahiptir.

Bu ayrılığın yasal dayanağı, Birleşik Krallık'ın İskoçya Parlamentosu'na birtakım yetkiler tanıdığı 1998 tarihli İskoçya Kanunu (*Scotland Act 1998*) ile ortaya konulmuştur. Bu kanuna göre terörizm, insan hakları bağlamında temel haklar gibi bazı alanlarda yasama erki Birleşik Krallık'ta kalmaya devam etse de yasama erki dahil çeşitli yetkiler İskoçya Parlamentosu'na devredilmiştir. Birleşik Krallık ve İskoçya arasında

²⁶ İngiltere ve Galler'de sulh mahkemelerine dair detaylı bilgi için bkz. MADEN, Mehmet: "İngiltere ve Galler Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılama Makam ve Süjeler", Sakarya Hukuk Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2020, s. 13 vd.

²⁷ TATA, Cyrus: Sentencing and Penal Decision-Making: Is Scotland Losing Its Distinctive Character?, Criminal Justice In Scotland, Hazel Croall/ Gerry Mooney/ Mary Munro (Editörler), Willan Publishing, 2010 s. 197.

yargı teşkilatı bakımından yegâne ortaklık ise 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu'nun (*Constitutional Reform Act 2005*) 3. bölümü uyarınca kurulan ve 2009 yılında faaliyete başlayan Yüksek Mahkeme'dir (*Supreme Court*). Yüksek Mahkeme, ülkedeki nüfusun tamamını ilgilendiren hukuk ve ceza yargılamalarında insan haklarının ihlal edildiğine ilişkin meseleler bakımından bir temyiz merci olarak ve İskoç Parlamentosu yahut İskoç Hükümeti Bakanları tarafından ihdas edilen bir kanun veya diğer hukuki düzenlemeler ile Birleşik Krallık Parlamentosu'nun hukuki düzenlemeleri arasında bir çatışma olduğunda, yani yetki devri (*devolution*) ile ilgili meselelerde görevlidir. Bu sınırlı görev alanı itibarıyla da esasında İskoç ceza mahkemelerinin çoğu hükmü bakımından temyiz merci yine İskoç mahkemeleri olmaya devam etmektedir²⁸.

Daha önceki çalışmalarda²⁹ tafsilatlı şekilde ortaya konulduğu üzere İskoçya'da ceza muhakemesi bir suçun işlendiğine dair şüphenin yakalamayla birlikte somut bir şüpheliye isnat edildiği anda başlamaktadır. Polis ve savcılığın (*The Crown Office and Procurator Fiscal Service/COPFS*) aktif olduğu soruşturma evresinde COPFS'nin meseleyi mahkemeye götürmeye karar vermesi ile ilk kez ceza mahkemeleri bu muhakeme sürecine dahil olmaktadır. İskoç Mahkemeler ve İhtisas Mahkemeleri Hizmeti (*Scottish Courts and Tribunals Service*) tarafından idare edilen İskoç mahkeme teşkilatı; ağır ceza mahkemesi (*High Court of the Judiciary/High Court*), şerif mahkemesi (*sheriff court*) ve sulh mahkemesi (*justice of the peace courts/JP courts*) olmak üzere üç katmanlı bir yapıdan oluşmaktadır.

Bu üç katmanlı yapıda mahkemeler tarafından yapılan yargılamalarda 1995 tarihli İskoçya Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (*The Criminal Procedure (Scotland) Act 1995/CPSA 1995*) ayrı bölümlerde düzenlenmiş

²⁸ CLARK, Bryan; KEEGAN, Gerard: *Scottish Legal System Essentials*, 3. Baskı, Edinburgh University Press, 2012, s. 59; JOYCE, Joyce, Peter: *Criminal Justice An Introduction*, 2. Baskı, Routledge, 2013, s. 181; İskoç ceza muhakemesinin kendine has karakterine İskoçya haricinde Birleşik Krallık'ta Lordlar Kamarası'nın ceza davalarında temyiz merci olmasına rağmen İskoçya'da olmaması da örnek gösterilebilir. Bkz. KEEDY, Edwin R.: "Criminal Procedure in Scotland", *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, C. 3, S. 5, 1913, s. 729.

²⁹ ERBAŞ, "İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri", s. 268 vd.

solemn ve *summary procedure* olmak üzere iki usul uygulanmaktadır. Ağır suçlarla ilgili olarak gündeme gelen *solemn* usulü, sanığın ağır ceza mahkemesi veya şerif mahkemesinde yargılandığı ve jürinin yer aldığı usuldür. *Summary* usulü ise ağır olmayan suçlar bakımından sanığın şerif veya sulh mahkemesinde bir ya da birden çok yargıçtan oluşan bir heyet tarafından yargılandığı ve jürinin bulunmadığı yargılama usulüdür³⁰. Jüri, İskoçya'daki ceza davalarında karar vermesi için mahkeme tarafından rastgele seçilen ve on beş kişiden oluşan heyettir^{31, 32}. Karar verme

³⁰ THE SCOTTISH CENTRE FOR CRIMINAL & JUSTICE RESEARCH: "Scottish Criminal Justice System", (çevrimiçi) <https://www.sccjr.ac.uk/wp-content/uploads/2016/07/SCCJR-Scottish-criminal-justice-system.pdf>. 8; İngiltere ve Galler'de sulh mahkemelerinde geçerli olan *summary* usulüyle yürütülen yargılamalar için *summary trial* ifadesini sulh mahkemesinde işlenen yargılama usulü olarak kullanan bkz. MADEN, s. 12 dn. 3.

³¹ WALKER, David M.: The Scottish Legal System, 8.bs., W. GREEN/Sweet & Maxwell Ltd., Edinburgh 2001, s.321. İskoç hukukundaki jüri ile ilgili olarak; 1966-1979 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı'nda görev yapmış, Glasgow Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk (Emerita) Profesörü *Esin Örüçü*'nün Türkçe literatüre kazandırmış olduğu çalışması için bkz.: ÖRÜCÜ, Esin: "Sevgili Füsün için Bir Anı ve İskoç Jürisinin Karar Seçenekleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Füsün Sokullu - Akıncı'ya Armağan), C. 71, S. 1, 2013, s. 920 vd.

³² İskoçya'da jüriyel yargılamanın ortaya çıkış tarihi tam olarak bilinemesi de on bir ve on ikinci yüzyılda Norman istilasının ardından Normanlardan türeyen bir usul olduğu tahmin edilmektedir. Başlangıçta jüri üyeleri yargılama konusu olayın şartlarıyla ilgili bilgi sahibi kimseler arasından seçilmekteyken on beş ve on altıncı yüzyılda jüri üyeleri ve tanıklar arasındaki ayrımın belirmesiyle bu usul zamanla değişmiştir. İstisnalar hariç olmak üzere on sekiz ile altmış beş yaş arasındaki belirli şartları haiz herkesin jüri üyesi olabilmesi mümkündür. Şerif mahkemesi kâtibi (*sheriff clerk*) tarafından, ağır ceza mahkemesinde de benzer şekilde seçmen listelerinden jüri üyeliğine uygun olanların listesi alınır ve bilgisayar ortamında rastgele jüri üyeleri belirlenir. Ancak örneğin yargı mensupları, mahkeme personeli, avukat, polis ve cezaevi personeli, savcı ve savcılık personeli, çocuk ceza adalet sisteminde çalışan sosyal hizmet personellerinden oluşan belirli kişi kategorilerinin meslekleri itibarıyla jüri üyesi olabilmesi mümkün değildir. Meslekleri haricinde bir suçtan kaynaklı hak mahrumiyeti olarak beş yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar veya üç ay hapis cezası almış ve 1974 tarihli Suçluların Rehabilitasyonu Kanunu (*Rehabilitation of Offenders Act 1974*) uyarınca henüz ıslah olmamış kimselerin yahut kefaletle salıverilenlerin de jüri üyesi olabilmesi mümkün değildir. Bunlar dışında hekim, diş hekimi, hemşire, askeriye mensubu ve parlamento üyelerinin de jüri üyeliği yapmaktan çekinmesi gibi meslekten kaynaklı olarak ya da uzun süreli hastalığa duçar olanlar gibi duruşmaya katılması mümkün olmayan kimselerin jüri üyeliğinden istisna tutulması gibi haller mevcuttur. Hatta istisnai hallerin çokluğu sebebiyle

usulünde nitelikli çoğunluğun aranmadığı jürili yargılamada jüri sekize yedi gibi herhangi bir çoğunlukla “suçlu (*guilty*)”, “suçlu değil (*not guilty*)” veya “ispatlanmadı (*not proven*)”^{33, 34} şeklinde karar verir³⁵.

Anglo- Sakson ceza muhakemesi düşünüldüğünde zihinlerde canlanan her ne kadar jürili yargılama ise de İngilizce konuşulan devletlerin ceza davaları üzerine yapılan bir araştırmada esasında ceza davalarının yüzde doksan yedisinde savcıların dosyayı *summary* usulünün tatbik edilmesi için mahkemeye sevk ettiği, sevk edilen bu dosyaların da onda birinden daha azının tamamıyla çelişmeli yargılamaya tabi olduğu ortaya konulmuştur³⁶. İskoç ceza muhakemesinde de yargılamanın *solemn* ya da *summary* usulünden hangisinde gerçekleşeceğine savcı karar vermektedir. Bu kararı verirken savcının nazara alacağı tek faktör suçun ağırlığı ve mahkemenin hangi usul uygulandığında yargılama yetkisinin daha

jürinin toplumu oluşturan herkesi temsil etmediğine dair endişeler söz konusudur. Bkz. DUFF, Peter: “The Scottish Criminal Jury: A Very Peculiar Institution”, *Law and Contemporary Problems*, C. 62, S. 2, 1999, s. 173 ve 179.

³³ Bu hüküm türüyle detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz.: ÖRÜCÜ, s.920, s.922-925.

³⁴ “İspatlanmadı (*not proven*)” şeklindeki hüküm türü, oldukça tartışmalıdır. Özellikle jürinin dahil olduğu yargılamalarda jürinin ispatla ilgili zorluklarda çabaya girmemesi ve tercihini “*ispatlanmadı (not proven)*” şeklindeki bir hükümden yana kullanması eleştirilmektedir. Bu nedenle halihazırda İskoç Parlamentosu’nda bu hüküm türünün ilga edilmesine yönelik bir girişim söz konusudur. Bu hüküm türü hakkında yapılan eleştiriler için bkz.: Rape Crisis Scotland, “End Not Proven”, <https://www.rapecrisisscotland.org.uk/campaigns-end-not-proven/> (Erişim Tarihi: 03.08.2024). Güncel durum için bkz.: BBC, “Not proven verdict to be scrapped in Scottish courts”, 26 Nisan 2023, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-65397235>(Erişim Tarihi: 03.08.2024).

³⁵ Suçlu veya suçlu değil kararı anlaşılabilirse de bir nevi delil yetersizliğinden beraat anlamına gelen “ispatlanmadı” kararının varlığı İskoç ceza yargılamasına kendine has bir karakter katan bir diğer nedendir. Bu kararlar ne kastedildiği müşterek hukuk (*common law*) veya yazılı hukukta (*statutory law*) belirtilmemişse de kararın beraat anlamına gelen suçlu değil ile aynı etkiyi gösterdiği kabul edilmektedir. Şu farkla ki suçlu değil; kişinin suçu işlemediği, yani masumiyetinin deklare edilmesine dair olumlu bir anlam barındırırken, ispatlanmadı kararı bu etkiyi göstermeyip sanığın suçluluğunun kesin olarak kanıtlanmadığı manasını taşır. Bu belirsizlikten dolayıdır ki Temyiz Mahkemesi’nin (Court of Appeal) faaliyet gösterdiği dönemde bu mahkeme jüri üyelerine üç tür karar verme seçeneği sunsa da “ispatlanmadı” kararını vermemelerini teşvik etmiştir. Bkz. DUFF, s. 193.

³⁶ TATA, s. 199.

yeterli olabileceğidir³⁷. Ancak savcının *solemn* veya *summary* usulü belirleme yetkisinin yazılı hukuktan doğan birtakım sınırları bulunmaktadır. Örneğin CPSA 1995 m. 3/1'e göre bu kanunun yürürlüğünden sonra çıkarılan başka bir kanunla değiştirilenler veya tadil edilenler haricinde tüm ağır ceza mahkemesi yargılamalarında *solemn* usulü uygulanır³⁸. CPSA dışında yazılı hukukta düzenlenmiş suç tiplerinin (*statutory offenses*) bazılarında yalnızca *solemn* veya *summary* usulü uygulanabilir. Örneğin 1911 tarihli Resmi Sırlar Kanunu'da (*Official Secrets Act 1911*) yer alan casusluk (*spying*), casusluğa yataklık (*harboring spies*) gibi suçlar yalnızca ağır ceza mahkemesinde yargılabileceğinden bu davalarda *solemn* usulünün uygulanması kaçınılmazdır. Yahut genellikle trafik güvenliği bakımından 1998 tarihli Karayolu Trafik Kanunu (*Road Traffic Act 1988*) uyarınca düzenlenen suçlarda *summary* usulü zorunlu olmakla birlikte alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında dikkatsiz araç kullanma, ehliyetsiz araç kullanma sonucu ölüme neden olma suçlarında *solemn* usulünün uygulanması zorunludur³⁹.

Solemn usulünün uygulandığı yargılamalar *summary* usulüne göre daha uzun sürmektedir, zira *solemn* usulünde jürinin meseleyi deliller, delillerin müşterekliği ve ispat standardı gibi temel prensipler bakımından anlayıp çözmesi gerekirken hukuk eğitimi almış bir yargıcın temel prensipleri öğrenmek için ayrıca çaba sarf etmesi gerekmemektedir. Ayrıca jürinin yokluğu yargıç, savcı ve savunma arasındaki iletişimde daha az formaliteye neden olmaktadır. Hatta sanığın *summary* usulünde bu yüzden kendisini bir nevi yargılama objesi veya seyircisi olarak göreceği belirtilmiştir⁴⁰. Bu durum sanığın yargılama süjesi hissiyatını azaltabilecekse de yargılamanın kısa sürmesi, özellikle mağdur ve tanıklar

³⁷ DUFF, s. 177.

³⁸ Ağır Ceza Mahkemesi'nde jürinin zorunlu varlığı, cinsel suçlar bakımından tartışmalıdır. Özellikle cinsel saldırı suçuna ilişkin mitlerin (halk arasında bilindiği adıyla tecavüz mitlerinin) jürinin kararlarını etkilediği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz.: CHALMERS, James/ LEVERICK, Fiona/ MUNRO, Vanessa E.: "The Provenance of What is Proven: Exploring (Mock) Jury Deliberation in Scottish Rape Trials", *Journal of Law and Society*, C. 48, S. 2, 2021 s. 226–249.

³⁹ FERGUSON, Pamela R.: *The Law of Criminal Procedure in Scotland*, Thomson Reuters, London, 2024, s. 575; DUFF, s. 176.

⁴⁰ FERGUSON, s. 579.

nazarında suçun işlenmesi ve adaletin tecelli etme süresi arasındaki kısalık sebebiyle daha büyük bir caydırıcı etkiye sebep olmaktadır⁴¹.

Summary usulüne yer vermesi itibarıyla sistemin etkinliği (*efficiency*) kaygısının belirleyici olduğu İskoç ceza sisteminde sanığın yargılama usulünü belirleme noktasında bir seçim hakkı bulunmamaktadır⁴². Bazı yazarlar tarafından yargılamaya katılanları itibarıyla *summary* usulü “profesyonel mahkeme heyeti” usulü olarak ifade edilmişse de *solemn* usulünün uygulandığı davalarda jürinin yargılama konusu olayı daha geniş bir perspektiften ele alabilmesi imkânı bulunmaktadır ve *summary* usulünde çelişmeli yargılamanın eksikliği sanığın aleyhine bir durumdur⁴³. Bunun yanında jürinin; kamuoyunun önemsiz veya adil olmadığını düşündüğü kanunların tatbik edilmemesi için esasında hukuk nezdinde mahkûm edilmesi gereken bir kimse hakkında ‘suçlu değil’ kararı vermesi gibi adalet ve eşitlik kavramları üstüne farklı yaklaşımlar sunması, devletin bireye karşı baskıcı tavır takınması ihtimali karşısında bir güvence olması, devlet-vatandaş ilişkisinde tarafsız bir konumda olması, yargıya sivil katılımın sağlanması ve toplumun temsilcisi vazifesini üstlenmesi jürili yargılamanın faydaları arasında olduğundan⁴⁴ *summary* usulünde sanığın ve kamuoyunun bu teminatlardan yoksun olduğunun göz ardı edilmemesi gerekir.

II. SULH MAHKEMESİ (*JUSTICE OF THE PEACE COURTS/ JP COURTS*)⁴⁵

İskoçya’nın tarihinde bir döneme kadar asıl mahkeme olarak görev yapan mahkemeleri, halktan kişilerin yargıçlık yaptığı mahkemelerdir (*lay courts*)⁴⁶. Ancak 1532 yılındaki Adli Teşkilat Kanunu (*the Court of Session Act 1532*) ve 1672 yılındaki Temyiz Mahkemesi Kanunu (*High Court*

⁴¹ FERGUSON, s. 579.

⁴² DUFF, s. 177; FERGUSON, s. 575.

⁴³ FERGUSON, s. 574.

⁴⁴ JOYCE, s. 289-292.

⁴⁵ Tarihi Beşinci James’in hükümdarlığı döneminde kurulan *The Office Of Justice of The Peace*’e tekabül eden bu merci o dönem kralın hâkim olduğu ülkelerde sulhu temin etmesi amacıyla ihdas edilmişti. Bu yargıçlar 1906 yılına kadar toprak sahipleri arasından seçilmekteydilerse de 1906 tarihli Parlamento Kanunu ile (*Act of Parliament*) bu niteliğin aranmasına son verilmiştir. Bkz. KEEDY, s. 735.

⁴⁶ WHITE, s.365; WHITE/ WILLOCK/ MACQUEEN, s.91.

of *Judiciary Act 1672*) ile yargıçlıkta profesyonellik ağır basmaya başlamıştır⁴⁷. Bu gelişmelere rağmen yerel mahkeme düzeyinde hafif suçları yargılayan⁴⁸ *Burgh Mahkemeleri*⁴⁹ ve *Sulh Mahkemeleri*, halktan kişilerin yargıçlık yaptığı mahkemeler (*lay courts*) olarak faaliyet göstermiştir⁵⁰.

1975 yılında ise sulh mahkemelerinin yerini yerel yönetim altında kurulan bölge mahkemeleri (*district court*) almıştır⁵¹. Ancak 2007 tarihli Ceza Yargılamaları Hakkında Reform Kanunu (*Criminal Proceedings etc (Reform) (Scotland) Act 2007*) ile bölge mahkemeleri kaldırılarak bugünkü halktan kişilerin yargıçlık yaptığı mahkemeler (*lay courts*) tekrar kurulmuştur⁵². Bu mahkemeler, İngiltere ve Galler'deki İngilizce "*Magistrate Courts*" olarak isimlendirilen mahkemelerin İskoçya'daki mukabilidir. Nitekim İngiltere ve Galler'deki bu mahkemeler de Türkçe'ye sulh mahkemeleri olarak tercüme edilmektedir⁵³. Fark ise günümüzde sulh mahkemeleri, İskoçya'da hafif suçlara bakan sınırlı mahkemeler iken; İngiltere ve Galler'de asıl mahkeme olarak görev yapmaktadır. Diğer bir anlamıyla İskoçya'nın sulh mahkemesi, İngiltere ve Galler'in sulh mahkemesi kadar önemli değildir⁵⁴. Yine 2013 tarihli bir çalışmada bu mahkemelerin İskoçya'daki tüm ceza davalarının üçte birine baktığı ortaya konulmuştur⁵⁵. Ancak bu mahkemenin meşruluğu, İskoçya'da oldukça tartışmalıdır⁵⁶.

Bugün sulh mahkemeleri, en alt düzeyde mahkeme olup şerif mahkemesi bölgelerine göre teşkilatlandırılmıştır⁵⁷. *Lerwick, Kirkwall, Wick, Stornoway, Lochmaddy* ve *Portree* Şerif Mahkemesi bölgelerinde sulh

⁴⁷ WHITE, s.365. Ayrıca bkz.: WHITE/ WILLOCK/ MACQUEEN, s.17, s.99.

⁴⁸ WHITE, s.367-368; PATERSON, A.A. / BATES, T. St. J. N./POUSTIE, Mark R.: The Legal System of Scotland: Cases and Materials, W. GREEN/Sweet & Maxwell Ltd., Edinburgh 1999, s.102.

⁴⁹ Ayrıca bkz.: WHITE, s.366-367

⁵⁰ WHITE, s.365.

⁵¹ Ayrıca bkz.: WHITE, s.374-375.

⁵² WHITE, s.378-379; WHITE/ WILLOCK/ MACQUEEN, s.91.

⁵³ Örneğin bkz.: MADEN, s.13-15.

⁵⁴ WALKER, s.322.

⁵⁵ WHITE/ WILLOCK/ MACQUEEN, s.91.

⁵⁶ WHITE, s.378-385.

⁵⁷ WHITE/ WILLOCK/ MACQUEEN, s.92.

mahkemesi bulunmamaktadır⁵⁸. Sulh mahkemesi yargıcı bölge halkı içinden atanmış ve kendisine ceza hukuku ve muhakeme hukuku alanında eğitim verilmiş hukuk mesleklerinden olmayan kişidir. Sulh mahkemesi tek kişi veya üç kişilik heyetten oluşur. Bu mahkemede *lay justice*, yani hukukçu olmayan yargıçlar görev yaptığından profesyonel hukuk eğitime sahip hukukçu danışmanlardan (*legally qualified clerk*) destek alınmaktadır⁵⁹. Hukukçu danışmanlardan destek alınması ise 1975 yılında kurulan bölge mahkemelerindeki geleneğin bir devamıdır. Hatta yargıçlarının mesleki anlamda hukuk eğitimi bulunmadığından bu mahkemeler tek kişilik jüri olarak tarif edilmişlerdir⁶⁰. Sulh mahkemesi yargıçları maaşsız olarak çalıştığından bu şekilde hem basit suçlar için devletin yargılama maliyeti azaltılmakta hem de halk içinden geldikleri için bu kişilerin toplumun sağduyusunu (*common sense*) yargıya taşıdıkları düşünülmektedir⁶¹. İlginç bir diğer nokta ise bu mahkemelerde savcının kamu davasını açmasını ifade eden iddianame ifadesinin kullanılmamasıdır. İddianame yerine, sanığa yöneltilen suç ithamı *summary complaint* ile ortaya konulmaktadır.

Sulh mahkemesi tarafından altmış güne kadar hapis cezası, iki bin beş yüz pound'a kadar para cezası ve bazı kamu hizmeti yaptırımlarına (*community service*) hükmedilebilir⁶². Sulh mahkemesi kabahat nevinden trafik güvenliğine ilişkin suçlar, huzurun bozulması, basit saldırılar, hırsızlık gibi hafif nitelikte ancak polis veya savcı tarafından sabit bir cezanın uygulanamadığı suçların yargılanmasında görevlidir. Bu mahkemede kural olarak müşterek hukuk veya yazılı hukuka ait herhangi bir suçun *summary* usulüne göre yargılanması mümkündür.

⁵⁸ **SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES**: "Justice of Peace Courts" <https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).

⁵⁹ **JUDICIARY OF SCOTLAND**, <https://judiciary.scot/home/media-information/glossary/l> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).

⁶⁰ **FERGUSON**, s. 579; Bölge mahkemelerinden önce de ağır ceza ve asliye mahkemelerinin yanında üçüncü bir görevli mahkeme olarak yine sulh mahkemesi, *burgh* ve *police court* bulunmaktaydı. Bkz. **KEEDY**, s. 730.

⁶¹ **WHITE**, s.374.

⁶² **WHITE/ WILLOCK/ MACQUEEN**, s.92. Ayrıca bkz.: **ERBAŞ**, "İskoç Savcısının Cezaî Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri", s. 286, dn.103.

III. ŞERİF MAHKEMESİ (SHERIFF COURT)

Asıl mahkeme olması sebebiyle Türkçe'ye asliye mahkemesi olarak tercüme edilebilecek İngilizce özgün adıyla "*Sheriff Court*", İskoçya'nın tarihine dayanmaktadır⁶³ ve bu nedenle İngiltere ve Galler'de mukabili olmayan bir mahkemedir. Hatta İskoçya'da Şerif Mahkemesi'nden daha eski bir kurumun bulunmadığı ileri sürülmüştür⁶⁴.

İskoç hukukunda hem hukuk yargılaması⁶⁵ hem de ceza yargılamasına özgü şerif mahkemeleri bulunup bunlar cezai işler bakımından İskoç mahkeme teşkilatında yargılamaların büyük kısmını yürütmektedir⁶⁶. Gerçekten şerif mahkemesi ağır ceza mahkemesinin görev alanında olmayan suçların yargılamasında görevli olup hem görev alanı hem de iş yükü itibarıyla yerel mahkemeler düzeyinde oldukça önemli bir görev üstlenmektedir⁶⁷. Bu mahkemede görev yapan yargıçlara "*Şerif (Sheriff)*" denilmektedir. Şerif, hukuk mesleğinden yetişmiş bir kimse olarak "*solicitor*" veya "*advocate*" unvanına sahip bir hukukçudur. İskoçya mahkeme teşkilatı şeriflik (*sheriffdom*) olarak isimlendirilen (i) *Glasgow & Strathkelvin*, (ii) *Grampian, Highland & Islands*, (iii) *Lothian & Borders*, (iv) *North Strathclyde*, (v) *South Strathclyde, Dumfries & Galloway* ve (vi) *Tayside, Central & Fife* olmak üzere altı bölüme ayrılmıştır ve her bir şerifliğin başında idari amiri

⁶³ *Sheriff* makamı, İskoç monarşisinin ilk zamanlarına dayanmakta olup kralın yerel lordların güçlerine karşı otoritesini kurması ve koruması için ihdas edilmişti. İskoç ülkesinin her bir bölgesinde en güçlü kabul edilenler bu görevi kabul etmeye ikna edilir ve bu unvan miras olarak aile içinde aktarılırdı. Atandığı bölgedeki idari ve adli tüm meselelerde şerif kralın temsilcisi mahiyetindeydi ve miras olarak kendisine bu unvan aktarılmış olan şerif zamanla adli görevi hukuk eğitimi almış bir avukata delege etmiş ve bu işlevi şerif temsilcisi (*sheriff-depute*) yerine getirmiştir. Mirasa dayalı bu makamın Mirasa Dayalı Yargı Yetkileri Kanunu 1747 (*Heritable Jurisdictions Act*) ile ilga edilmesiyle de şerif temsilcileri şerife dönüşmüştür. 1870 tarihli Şerif Mahkemeleri Kanunu (*Sheriff Court (Scotland) Act*) uyarınca da şeriflerin yargı yetkisi, İskoçya'nın otuz ülkesinde on beş şerifliğe bölünmüştür. Bkz. **KEEDY**, s. 734. Ayrıca bkz.: **WHITE/ WILLOCK/ MACQUEEN**, s.94-96; **WALKER**, s.122-123.

⁶⁴ **LEES, J. M.**: "Sheriffs and Sheriff Courts in Scotland", *Law Magazine and Review; a Quarterly Review of Jurisprudence, and Quarterly Digest of All Reported Cases*, C. 6, S. 4, Ağustos 1881, s. 319.

⁶⁵ Hukuk yargılamalarındaki Şerif Mahkemesi için bkz.: Ayrıca bkz.: **WHITE/WILLOCK/ MACQUEEN**, s.96-98.

⁶⁶ Daha fazla bilgi için bkz.: **FERGUSON**, s. 581.

⁶⁷ **PATERSON/ BATES/POUSTIE**, s.118.

olarak şerif müdürü (*Sheriff's principal*) bulunmaktadır. Bu müdür, şeriflik bölgesinde yer alan mahkemelerdeki işlerin etkin şekilde yürütülmesinin temininden sorumludur⁶⁸. Bu şekilde şeriflik (*sheriffdom*) olarak teşkilatlandırılmasının nedeni, tarihte Kralların mahkemesi olarak kale içlerinde kurulmuş olmasıdır⁶⁹. Mahkemenin yargıcının adının (*Sheriff*)⁷⁰ kökeni de “*shireve*” yani “*shire*” (*sheared*) olarak Türkçe “paylaşılmış” anlamından türetilmiştir⁷¹.

Şerif mahkemesinde *solemn* veya *summary* usulünün uygulanması mümkündür. *Solemn* usulünün uygulandığı yargılamalarda tek bir şerif ve jüri bulunurken *summary* usulünün uygulandığı yargılamalarda yalnızca bir şerif bulunur⁷². *Summary* usulünün uygulandığı şerif mahkemesi duruşmalarında bazı hallerde duruşma sanığın yokluğunda da başlayabilir, ayrıca bu mahkemede savunma, savcı ve tanıkların uzaktan teknolojilerin kullanımı yoluyla çevrimiçi olarak duruşmaya katılmasına izin verilmiştir. Özellikle pandeminin etkisiyle 2020 yılında İskoç Mahkemeler ve İhtisas Mahkemeleri Hizmeti tarafından yürütülen pilot proje kapsamında şerif, şerif kâtabi (*clerk*), savcı ve tanıkların tamamı duruşmaya uzaktan katılmış, yalnızca sanık ve savunma bir arada bulunmuştur⁷³.

⁶⁸ **JUDICIARY OF SCOTLAND**: “Glossary”, <https://judiciary.scot/home/media-information/glossary/glossarymenu> (Erişim Tarihi: 27.07.2024); **SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES**: “Sheriff courts” <https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024). Ayrıca bkz.: **WHITE/WILLOCK/MACQUEEN**, s.93-94; **PATERSON, A.A. / BATES, T. St. J. N./POUSTIE, Mark R.**: The Legal System of Scotland: Cases and Materials, Edinburgh 1999, s.27.

⁶⁹ **WALKER**, s.122.

⁷⁰ Birçok kişinin Amerikan dizi ve filmleri nedeniyle duyduğu Amerika Birleşik Devletleri’ndeki polis teşkilatından şerif polisler (*Sheriff*) de bu aynı kökenden gelmektedir. Bkz.: **KELLING**, George L./ **WHETSTONE**, Thomas/ **BRODEUR**, Jean-Paul/ **WALSH**, William Francis/ **BANTON**, Michael Parker: “police”, in Encyclopedia Britannica, 3 Ağustos 2024, <https://www.britannica.com/topic/police> (Erişim Tarihi:04.08.2024). Bkz.: Early police in the United States.

⁷¹ **LEES**, s.319.

⁷² Öğretide özellikle İskoçya’nın kırsal bölgelerinde yaşayan şeriflerin sanıkları sosyal hayattan da tanıyor olması ve geçmiş adli sicil kaydını biliyor olmasının masumiyet karnesi karşısında endişe uyandırdığı, ancak yargıçların adli pratiğinin bu duruma engel olacağı temennisi sunulmuştur. **FERGUSON**, s. 574.

⁷³ **FERGUSON**, s. 582.

Solemn usulünde gerçekleşen yargılamalarda CPSA 1995 m. 3/2'e göre yazılı hukukta belirtilen istisnai haller hariç sanığın mahkûm edilebileceği hapis cezasının üst sınırı beş yıl iken para cezası bakımından bir üst sınır bulunmamaktadır⁷⁴. Şerifin üst sınır olan beş yıllık hapis cezasının yetersiz olacağı kanaatine varması halinde dosyayı mahkûmiyet hükmü vermesi için ağır ceza mahkemesine tevdi etmesi mümkündür. Bu durumda ağır ceza mahkemesi, savcılık (*Crown*) tarafından hazırlanan fezleke (*summary*) ve savunmanın hafifletici gerekçelerini dikkate alarak uygun bir mahkûmiyet hükmüne karar verir⁷⁵. *Summary* usulünün uygulandığı yargılamalarda ise şerif mahkemesi on iki aya kadar hapis cezası, on bin pound'a kadar para cezası ve kamu hizmeti yaptırımına hükmedebilir⁷⁶.

IV. AĞIR CEZA MAHKEMESİ (*HIGH COURT OF THE JUDICIARY/HIGH COURT*)⁷⁷

Ceza mahkemelerinin yetki alanları ve yetkileri CPSA 1995 uyarınca düzenlenmiş olup iddianameye dayalı olarak yürütülen bir suçun yargılaması İskoçya'nın herhangi bir yerinde bulunan bir ağır ceza mahkemesi tarafından yapılabilmektedir. Nitekim iddianamede de sanığın "İskoçya'nın herhangi bir yerinde bulunan ağır ceza mahkemesi tarafından yargılanabileceğine" dair ibare yer almaktadır. Ağır ceza mahkemesinin görev alanındaki yargılamalar genellikle Edinburgh ya da Glasgow'daki ağır ceza mahkemelerinde ya da Aberdeen'deki özel tahsis edilmiş binalarda görülmektedir. Uygulamada suçun işlendiği yere yakın *Dundee, Inverness, Kilmarnock, Livingston, Paisley* ve *Stirling*'de uygun bir

⁷⁴ Karş. **WALKER**, s.323- 324.

⁷⁵ **FERGUSON**, s. 576.

⁷⁶ *Solemn* ve *summary* usulü, İngiltere, Galler ve İrlanda'da da mevcut olup örneğin İrlanda'da *summary* usulünün uygulandığı yargılamalarda her bir suç bakımından verilebilecek azami hapis cezası süresi on iki aydır. Bkz. **FERGUSON**, s. 574. Ayrıca bkz.: **PATERSON/ BATES/POUSTIE**, s.119.

⁷⁷ *Justiciary* kavramının tarihi Norman istilasına kadar geriye götürülebilir. Zira Norman istilasından sonra *Justiciar* olarak adlandırılan devletin en üst düzey görevlisi hukuki veya cezai tüm meselelerde evrensel yargı yetkisine sahipti. 1532 yılında Kral Beşinci James'in hükümdarlığında bir kanunla hukuki meseleler *Justiciar*'ın görev alanından çıkarılarak College of Justice veya Court of Session'a tevdi edilmiştir. Bkz. **KEEDY**, s. 730. Ayrıca **WHITE**, s.361.

şerif mahkemesi binasındaki bir ağır ceza mahkemesinde de yargılama yapılmaktadır⁷⁸.

Ağır ceza mahkemesi *Lord Justice General*, *Lord Justice Clerk* ve *Lord Commissioner of Justiciary*'den meydana gelir. Ağır ceza mahkemesi başkanı *Lord Justice General* olarak isimlendirilir ve mahkeme başkanı yetkilerini kullanır. *Lord Justice General*, Adalet Koleji'nin (*College of Justice*)⁷⁹ başı olup İskoçya'daki en kıdemli yargıçtır, aynı zamanda hukuk yargılamalarında da *Lord President of the Court of Session* unvanını taşımaktadır. *Lord Justice Clerk* de hem hukuk hem de ceza yargılamalarında bu unvanı kullanıp *Lord Justice General*'dan sonra ikinci en kıdemli yargıçtır. *Lord Justice General* ve *Lord Justice Clerk* Kral/Kraliçe tarafından atanmaktadır. İskoçya'da Adalet Koleji senatörlerinden biri olarak atanan her bir kimse bu atama nedeniyle *Lord Commissioner of Justiciary* unvanını almaktadır⁸⁰. Ağır ceza mahkemesindeki yargıç rotasyonu konusunda bir uyuşmazlık meydana geldiğinde bu durumda uyuşmazlık hakkında *Lord Justice General*, o bulunmadığıdaysa *Lord Justice Clerk* tarafından karar verilir⁸¹. Herhangi bir *Lord Commissioner of Justiciary* tek başına ağır ceza mahkemesindeki bir sanığın duruşmasına başkanlık edebilmekteyse de güç veya önemli bir davada ağır ceza mahkemesinde iki ya da daha fazla yargıç duruşmanın tamamına veya bir kısmına başkanlık etmeye yetkilidir⁸².

⁷⁸ SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES: "Attending A Criminal Court", <https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024); SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES: "The High Court of Justiciary", <https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024)

⁷⁹ Yüksek Mahkemelerde görev yapan yargıçların senatörü olduğu bu yapı 1532 yılında kurulmuştur. Hukuk yargılamalarında temyizle görevli *Court of Session* ve ceza yargılamalarında temyizle görevli *The High Court of Justiciary*'nin yargıçları, Baro (*Faculty of Advocates*), solicitor avukat topluluğu (*signet*), Yüksek Mahkemelerde görev yapan *solicitor* avukatlar, yargıçların önündeki topuzu taşıyan mahkeme personelleri (*macers*) ve Yüksek Mahkeme personelinin teşekkül etmektedir. Bkz. JUDICIARY OF SCOTLAND, "Senators of The College of Justice", <https://judiciary.scot/home/judiciary/judicial-office-holders/senators-of-the-college-of-justice> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).

⁸⁰ CPSA 1995, Part I.

⁸¹ CPSA 1995 Part I m. 1/3.

⁸² CPSA 1995 Part I, m. 1/4, 5.

Ağır ceza mahkemesi, başsavcı (*Lord Advocate*) ile istişare ettikten sonra *Lord Justice General* ve onun bulunmadığı zamanlarda *Lord Justice Clerk* tarafından belirlenen zaman ve yerde toplanır. Bunun haricinde ağır ceza mahkemesi, başsavcının talep edebileceği ek oturumlar düzenleyebilir⁸³. Ağır ceza mahkemesinde yapılan yargulamalarda *solemn* usul uygulandığından yargılamada jüri de yer alır.

Ağır ceza mahkemesi tarafından verilebilecek hapis cezası veya para cezasının bir üst sınırı bulunmamaktadır. Bu nedenle de herhangi bir süre için hapis cezası, herhangi bir meblağda para cezası ve üç yıla kadar kamu hizmeti şeklinde bir yaptırıma hükmetmesi mümkündür. Bu durum her ne kadar ilk bakışta cezaların belirliliği bakımından sakıncalı gibi görünse de İskoç Cezanın Belirlenmesi Konseyi (*Scottish Sentencing Council*) tarafından geliştirilen ve yayımlanan Cezanın Belirlenmesine İlişkin Rehber İlkeler (*Sentencing Guidelines*) ile hem sanık hem de kamuoyu bakımından belirlilik ve hukuki güvenlik temin edilmektedir. Yargıçlar tarafından dikkate alınması zorunlu olan bu rehber ilkeler cezaların tutarlı, adil ve orantılı olması sağlanmaya hizmet etmektedir. Bu rehber ilkeler, tıpkı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 61 ve 62 hükümleri gibi bir fonksiyon icra etmekte olup tüm suçlar bakımından uygulanabilir. Bununla birlikte yalnızca belirli suç kategorileri veya suça sürüklenen çocuklar gibi belirli grup fail kategorilerine hasredilmiş olabilirler. Nitekim bu hal de açıkça ilgili rehber ilkesinde belirtilmektedir. Yargıç ilgili rehber ilkeyi olayda uygulamadığında uygulamama gerekçesini de sunmak zorundadır⁸⁴.

V. TEMYİZ MAHKEMELERİ

İskoçya'da ceza mahkemesi kararlarının denetim muhakemesinden sorumlu olarak ağır ceza mahkemesi (*High Court of the Judiciary*) ve şerif temyiz mahkemesi (*Sheriff Appeal Court/SAC*) görev yapmaktadır. Temyiz mahkemesi olarak görev yapan ağır ceza mahkemesi yalnızca Edinburgh'da yargılama faaliyetini yürütebilmektedir.

⁸³ CPSA 1995, Part I, m. 2.

⁸⁴ **SCOTTISH SENTENCING COUNCIL**: "How Are Sentencing Guidelines Developed?" <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/sentencing-guidelines/how-are-sentencing-guidelines-developed> (Erişim Tarihi: 13.09.2024).

Ağır ceza mahkemesi hem ilk derece mahkemesi hem de ağır ceza mahkemesi kararlarının temyizinin yapıldığı İskoçya'nın en üst temyiz mercidir⁸⁵. Bunun yanında şerif mahkemeleri tarafından *summary* usulünde verilmiş kararların şerif temyiz mahkemesindeki (*sheriff appeal court*) denetiminden sonra hukuka uygunluk bakımından incelemesini⁸⁶ ve şerif mahkemeleri tarafından *solemn* usulüyle görülen davalar ile İskoç Ceza Davaları İnceleme Komisyonu (*Scottish Criminal Cases Review Commission*) tarafından tevdi edilen davaların denetim muhakemesinde de temyiz mahkemesi görevlidir. Temyiz mahkemesi olması haricinde, başsavcı tarafından bir hukuki mesele üzerine görüşüne başvurmak üzere kendisine dosya tevdi edilebilir ve bu doğrultuda ağır ceza mahkemesinin benzer yargılamalarda dikkate alınmak üzere talimat vermesi mümkündür⁸⁷.

Temyiz mahkemesi olarak görev yapan ağır ceza mahkemesi kural olarak iki yargıçtan oluşsa da mahkûmiyet kararının temyizi söz konusu olduğunda en az üç yargıçla yargılama yapmaktadır. Davanın kompleks bir yapıda olması halinde veya önemli hukuki meselelerde daha fazla yargıcın da görev yapması mümkündür. Birden fazla yargıcın katıldığı temyiz yargılamasında en kıdemli yargıç başkan olup başkan kararın tefhimi yapmakta ve gerekçesini (*Opinion*) yazmaktadır⁸⁸.

Ağır ceza mahkemesinin temyiz mahkemesi olarak yaptığı yargılamalarda da usul bakımından *summary* ve *solemn* usulü uygulanabilir. *Summary* usulü tebliğname (*stated case*) ile yapılır. Yani sanık hakkında verilen mahkûmiyet veya beraat kararına karşı temyiz yoluna başvurulduğunda yargıç, temyiz mahkemesi olan ağır ceza mahkemesi için maddi olayı ve soruları ortaya koyan bir tebliğname (*stated case*) hazırlar. Sanığın yalnızca cezanın ağırlığı bakımından temyize başvurmak istemesi halinde ise temyiz başvurusu temyiz dilekçesiyle yapılmaktadır. Genellikle tebliğname ile yapılan temyiz başvurusunda uygulanan *summary* usulünde savunma tarafından; mahkûmiyet kararı, ceza veya her ikisine

⁸⁵ FERGUSON, s. 575.

⁸⁶ FERGUSON, s. 575.

⁸⁷ SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES: "The High Court of Justiciary" <https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).

⁸⁸ SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES: The High Court of Justiciary".

karşı temyize başvurulabileceği gibi başvuruçunun hukuka uygunluk bakımından yeni delil getirmesi kaydıyla maddi olay bakımından temyize başvurusu da mümkündür. Savcının temyize başvurabilmesi ise yalnızca hukukilik bakımından beraat kararına karşı olabilir. Ayrıca yargılamada yargıcın tarafsızlığı gibi usule ilişkin bir hukuka aykırılık itirazı söz konusu olduğunda bu durumda sanık tarafından *bill of suspension* ile ya da savcı tarafından *bill of advocacy* ile temyiz başvurusunda bulunulabilir. Temyiz mahkemesi, yeniden yargılama veya beraat kararı verebileceği gibi ilk derece mahkemesinin kararını onama veya temyiz cezaya ilişkinse cezayı azaltma veya artırma kararı verebilir⁸⁹.

Solemn temyizde de sanık ceza veya mahkûmiyete karşı temyize başvurabilir. *Summary* usuldeki gibi usule ilişkin hukuka aykırılık iddiası savunma veya savcı tarafından ileri sürülebilir veya savunma yeni delile dayanarak maddi olay yönünden temyize başvurabilir. Savcı daha ağır bir cezanın verilmesi gerektiği kanaatindeyse cezaya karşı temyize başvurabilir. Başsavcı sanığın beraat kararına karşı hukukilik yönünden temyize başvurabilir, ancak bu halde temyiz mahkemesinin kanaati ne olursa olsun sanık hakkındaki beraat kararı değişmeyecektir⁹⁰.

Bir başka temyiz merci olarak şerif temyiz mahkemesi (*Sheriff Appeal Court/SAC*) ise 2015 yılında Lord Gill'in İskoç Hukuk Mahkemeleri Reformu'nun bir parçası olarak görece ağır olmayan ceza davalarında temyiz görevini yerine getirmesi için kurulmuş olup Edinburgh'da faaliyet göstermektedir. Şerif ve sulh mahkemelerinin *summary* usulüyle verdiği kararların temyizi bu mahkemede yapılmaktadır. Bir mahkûmiyet kararının temyizi (*appeal against conviction*) kural olarak üç temyiz şerifi (*appeal sheriff*) tarafından görülürken cezanın miktarı ve süresi dolayısıyla yapılan temyiz (*appeal against sentence*) ise iki temyiz şerifi tarafından görülmektedir. Ayrıca SAC, şerif veya sulh mahkemesi tarafından verilen kefaletle salıverilme kararlarının da itiraz mercidir ve bu kararlar tek bir şerif tarafından görülür⁹¹.

⁸⁹ CLARK/KEEGAN, s.68.

⁹⁰ CLARK/KEEGAN, s. 68.

⁹¹ SCOTTISH COURT AND TRIBUNALS SERVICE, "Sheriff Appeal Court".

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Haklar Bildirgesi (*The Bill of Rights 1689*) ve Habeas Corpus (*The Habeas Corpus Act 1862*) gibi yüzyıllardan beri süregelen birtakım güvenceleri, müşterek hukuk kuralları, jürili yargılama ve hukuk mesleklerinden birine mensup olmayan kimselerin yargıçlık yapabilmesi gibi muhakeme usul ve uygulamalarıyla Anglo-Sakson hukukunun ceza muhakemesi modeli Kıta Avrupası hukukundan farklılık arz etmektedir. Ancak bu farklılık Türk ceza hukuku literatüründe yeterince ele alınmadığı gibi İskoç ceza muhakemesinin Anglo-Sakson hukukundan daha da farklı olduğu gerçeği Türk hukuk literatürüne hiç yansımış değildir. Oysa İskoçya, Roma-Germen hukukunu da benimsemiş ve bu şekilde Birleşik Krallık'ın bir ülkesi olmasına rağmen Anglo-Sakson hukuk sistemleri arasında kendi amorf yapısını inşa etmeyi başarmış bir hukuk sistemidir.

Bu özgün yönü itibarıyla İskoçya'nın tutumu, Türk ceza hukukunun geleceğinin şekillendirilmesinde müstakbel yazarlarına bir fikir vermesi adına Türkçe literatüre kazandırılmak istenmiştir. Böylece ceza muhakemesinde ana dokusu Anglo-Sakson ve bu şekilde itham anlayışına ait olan, ancak Kıta Avrupası ve bu şekilde tahkik sistemiyle uyumlu mekanizmalara sahip olan İskoçya'daki adli teşkilatın karşılaştırmalı bir perspektifle Anglo-Sakson hukukundan farklı yönlerinin ortaya konulmasında fayda görülmüştür. Zira bu karşılaştırma tahkik anlayışına daha yakın olan Türk ceza muhakemesi açısından hem itham anlayışındaki bir adli teşkilatın kavranmasını hem de tahkik anlayışındaki kabuller üzerinde yeniden düşünülmesini sağlama potansiyeli mevcuttur. Sözgelimi, demokrasi ve jürili yargılama ilişkisi dışında Şema 1'de gösterdiğimiz üzere suçun ağırlığı veya hafifliği yahut toplumun yargıdan istedikleri veya hukukun ihtiyaçları şeklinde bir dizi tutamak noktası bulunmaktadır. Ancak bu konuda yine de bazı suçlar bakımından ihtiyatlı davranılması gerekir. Zira cinsel saldırı suçunun yargılamasında suçun ağırlığı sebebiyle jürinin katılımı demokratik temsil anlamına gelse de jürinin cinsel saldırı mitlerinin tesirinde kalabileceği gerçeği hukukun önlem almasını gerektiren bir ihtiyaçtır ve güncel olarak İskoç parlamentosunda tartışılan meselelerden biri de budur. Yine bu hukuk sisteminde itham sistemine dayalı bir ceza muhakemesinde İngiltere ve Galler'in aksine hakimlerde hukuk mesleğinden olanlara ağırlık verilerek profesyonelleşmeye gidilmesi tercihi, mesleki yargıç- meslekten olmayan yargıç ikilemine yönelik Türk hukukundaki müstakbel olası

tartışmalar bakımından itham sisteminde profesyonelleşme eğilimini göstermesi itibarıyla bir alternatif sunabilir.

Çalışmanın girişinde İskoç ceza muhakemesi sisteminin kendine özgü bir sistem olması ile ilgili İskoç öğretisindeki yoğun vurgudan bahsetmiştik. Bu özgünlüğün kaynakları arandığında *genel manada* İskoç milliyetçiliği, İskoç aydınlanma tarihi ve ceza hukuku öğretisinin bugün İskoçya'da eriştiği gelişmişlik karşımıza çıkmaktadır. *Özel manada* ise bu ülkedeki ceza yargılamasının köklü bir geçmişi ve iyi teşkilatlanmış yapısı görülmektedir. Gerçekten adli teşkilatın bilhassa ilk derece mahkemeler ile savcılık bakımından iyi teşekkül etmiş bu yapısında bu hukuk sisteminin özgünlüğü açıkça gözlemlenmektedir. Örneğin, bu çalışmada savcı konusu detaylandırılmayıp bir önceki çalışmaya atıf yapılmışsa da savcının ceza muhakemesinin soruşturma evresinin ana aktörü olduğu vurgulanmıştır. Bu hukuk sisteminde savcının oldukça iyi teşkilatlandırılmış olduğu ve Türk hukukunda önödeme, uzlaştırma ve seri muhakeme gibi tüm alternatif yolları bütüncül bir şekilde değerlendirme ve en uygun olanı seçmeye yönelik geniş takdir yetkileri olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönden İskoç savcısı, Türk ceza muhakemesinde yargının iş yükünün azaltılması bağlamında önemli bir örnek teşkil edebilir. Keza Türk hukukundaki asliye ceza mahkemesine benzetebileceğimiz bu ülkedeki cezai işlerdeki *Şerif* Mahkemelerinin de köklü geçmişi ile günümüze kadar muhafaza edildiği anlaşılmaktadır.

Bu doğrultuda İskoç ceza hukukundaki adli teşkilat konusunun incelenmesi ile iki temel sonuca varılmıştır. Cezai işlerde özellikle ilk derece mahkemeleri ile savcılığın teşkilatlandırılmasının anlamlandırılmasında tarihsel perspektifin yüksek önemi vardır. İkinci ve daha da önemli sonuç ise adli teşkilatın yalnızca teknik ve usulî bir konu olarak görülemeyeceği hususudur. Farklı bir anlatımla, itham sistemine dayalı bir ceza muhakemesi teşkilatını inceleyerek adli teşkilatın yalnızca teknik ve usulî bir konu olmadığı gösterilmiştir. Zira bu mesele, muhakemenin amaçları ve kabulleriyle doğrudan ilişkili ve bu şekilde maddi muhtevası olan bir konudur. Örneğin sulh mahkemelerinde halktan gelen kişilerin yargıçlık yapması veya şerif mahkemelerinde *solemn* usulünde ve ağır ceza mahkemesinde jürinin bulunması, demokrasinin yargıdaki bir tezahürüdür. "Demokrasi" kavramı, adli teşkilatı şekillendiren sadece bir tutamak

noktasıdır. Ancak jürili yargılamanın sanığa tanınmış bir hak olmayıp savcılara yargılama usulünü belirleme konusundaki bahsedilen geniş yetkilerden biri olması, hem sulh mahkemesi ve şerif mahkemesinin yargılamasında demokrasi temsiline bir gölge düşürmekte hem de sanığı bu güvenceden yoksun bırakmaktadır. Yani bir yandan jüri olmaksızın hızlı ve daha az formaliteden ibaret bir yargılamayla mahkemelerin hükme varması pratikte caydırıcılığın sağlanmasına ve suç kontrol modeline hizmet etmektedir. Diğer yandan ise *summary* usulünde jürinin bulunmaması kamuoyu vicdanının yargılamada teccsüm etmesine ve jürili yargılama hakkının kabul edilmesine engel olmaktadır.

Adli teşkilatın yalnızca teknik ve usulî bir konu olarak görülemeyeceğinin bir başka önemli göstergesi de hüküm türlerinde karşımıza çıkmıştır. Çalışmamızda İskoç ceza muhakemesindeki “ispatlanmadı (*not proven*)” şeklindeki hüküm türüne, ilga edilmesine yönelik güncel tartışmalarıyla birlikte kısaca değinmiştik. Bu hüküm türü bir yönden, somut olayın sübutunun ispatlanamadığı hallerde beraat verilmesinin önüne geçilerek sanık bakımında tam bir aklanmanın olmadığını göstermesi itibarıyla bize ilk bakışta ilginç gelmişti. Nitekim bu hal, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “*yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” (md. 223/1-e), beraat hükmünü gerektiren bir haldir. Ancak İskoç ceza muhakemesinde sanığın suçu işlediğinin sübutuna (*guilty*) halktan kişilerin oluşturduğu jürinin karar vermesi (*solemn* usulünde) nedeniyle jürinin sübutla ilgili yoğun bir çabaya girmeksizin kolayca “ispatlanmadı (*not proven*)” şeklindeki hüküm türüne yönelebildiği gözlemlenmiştir. Belirtilen hüküm türünün, failer ve mağdurlar bakımından zihinlerinde bıraktığı belirsizlik ayrı bir tartışma konusudur. Hüküm türüne dönecek olursak, Türk ceza muhakemesi hukukunda hüküm türleri, temelde Türk Ceza Kanunu’nun kabul ettiği suç teorisine göre ve meslekli yargıçların sübuta karar vermesine göre tasarlanmıştır. Bu da Türk ceza muhakemesinde hüküm türlerinin, hukuk tekniğine göre ve bilimsel olarak şekillendiğini göstermektedir. Ancak İskoç hukukunda adli teşkilatın halktan kişilerin oluşturduğu jüriyi ve meslekten olmayan yargıçlar içermesi, hüküm türlerinde ve bu hüküm türlerinin uygulanmasına yönelik meseleleri bizlere göstermiştir. Diğer bir anlatımla, Türk hukukunda kanıksadığımız ve alışık olduğumuz hüküm türlerine yönelik bilimsel ve

teorik yaklaşım, adli teşkilattaki en ufak değişiklikten etkilenme potansiyeline sahiptir. Gelecekte Türk hukukunda adli teşkilata tesir edebilecek tartışmalarda İskoç ceza muhakemesinin bu olumsuz tecrübesinden ders çıkarılabilir.

KAYNAKÇA

- BBC**, “Not proven verdict to be scrapped in Scottish courts”, 26 Nisan 2023, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-65397235>(Erişim Tarihi: 03.08.2024).
- CHALMERS**, James/ **LEVERICK**, Fiona/ **MUNRO**, Vanessa E.: “The Provenance of What is Proven: Exploring (Mock) Jury Deliberation in Scottish Rape Trials”, *Journal of Law and Society*, C. 48, S.2, 2021 s. 226–249.
- CLARK**, Bryan; **KEEGAN**, Gerard: *Scottish Legal System Essentials*, 3. Baskı, Edinburgh University Press, 2012.
- DUFF**, Peter: “The Scottish Criminal Jury: A Very Peculiar Institution”, *Law and Contemporary Problems*, C. 62, S. 2, 1999, s. 173-201.
- ERBAŞ**, Rahime: “İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri”, *SÜHFD*, C. 32, S. 1, 2024, s. 267-318.
- ERBAŞ**, Rahime: *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Muhakemesinin Soruşturma Evresinin Aleniyyete Karşı Korunması*, Ankara 2024.
- FARMER**, Lindsay: *Criminal Law, Tradition and Legal Order- Crime and the Genius of Scots Law, 1747 to the Present*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.
- FARMER**, Lindsay: “‘The Genius of Our Law...’: Criminal Law and the Scottish Legal Tradition”, *The Modern Law Review*, C. 55, S. 1, 1992, s. 25-43.
- FERGUSON**, Pamela R: *The Law of Criminal Procedure in Scotland*, Thomson Reuters, London, 2024.
- GORDON**, Gerald H.: “Institution of Criminal Proceedings in Scotland”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, C. 19, S. 3, 1968, s. 249-277.
- JOYCE**, Peter: *Criminal Justice An Introduction*, 2. Baskı, Routledge, 2013.
- JUDICIARY OF SCOTLAND**: “Glossary”, <https://judiciary.scot/home/media-information/glossary/glossarymenu> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).
- JUDICIARY OF SCOTLAND**, “Senators of The College of Justice”, <https://judiciary.scot/home/judiciary/judicial-office-holders/senators-of-the-college-of-justice> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).
- KEEDY**, Edwin R.: “Criminal Procedure in Scotland”, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, C. 3, S. 5, 1913, s. 728-753.

KELLING, George L./ **WHETSTONE**, Thomas/ **BRODEUR**, Jean-Paul/
WALSH, William Francis/ **BANTON**, Michael Parker:

"Police", in Encyclopedia Britannica, 3 Ağustos 2024,
<https://www.britannica.com/topic/police> (Erişim Tarihi:04.08.2024).

LEES, J. M.: "Sheriffs and Sheriff Courts in Scotland", Law Magazine and Review; a Quarterly Review of Jurisprudence, and Quarterly Digest of All Reported Cases, C. 6, S. 4, Ağustos1881, s. 319-344.

LORD MACKAY OF CLASHFERN, "Foreword", in Meston, M. C/ Sellar, W.D.H/ Lord Cooper, The Scottish Legal Tradition, The Saltire Society ve The Stair Society, Edinburgh 1991, s.vii-ix.

MADEN, Mehmet: "İngiltere ve Galler Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılama Makam ve Søjeler", Sakarya Hukuk Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2020, s. 11-21.

McDIARMID, Claire Robertson, Scots Law: How Can and Why Should It Survive?, Yüksek Lisans Tezi, McGill University, Montreal 1995.

MESTON, M. C/ **SELLAR**, W.D.H/ **LORD COOPER**, The Scottish Legal Tradition, The Saltire Society ve The Stair Society, Edinburgh 1991.

ÖRÜCÜ, Esin: "Sevgili Füsün için Bir Anı ve İskoç Jürisinin Karar Seçenekleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Füsün Sokullu - Akıncı'ya Armağan), C. 71, S. 1, 2013, s. 919-925.

PATERSON, A.A. / **BATES**, T. St. J. N./**POUSTIE**, Mark R.: The Legal System of Scotland: Cases and Materials, W. GREEN/Sweet & Maxwell Ltd., Edinburgh 1999.

SHEEHAN, A. V.: Criminal Procedure in Scotland and France, 1. Baskı, Her Majesty's Stationery Office, Edinburgh, 1975.

RAPE CRISIS SCOTLAND: "End Not Proven",
<https://www.rapecrisisscotland.org.uk/campaigns-end-not-proven/> (Erişim Tarihi: 03.08.2024).

SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES: "Attending A Criminal Court", <https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).

SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES: "Sheriff courts"
<https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).

SCOTTISH COURTS AND TRIBUNAL SERVICES: "The High Court

of Justiciary”, <https://www.scotcourts.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 27.07.2024).

SCOTTISH SENTENCING COUNCIL: “How Are Sentencing Guidelines Developed?”, <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/sentencing-guidelines/how-are-sentencing-guidelines-developed> (Erişim Tarihi: 13.09.2024).

TATA, Cyrus: Sentencing and Penal Decision-Making: Is Scotland Losing Its Distinctive Character?, *Criminal Justice In Scotland*, Hazel Croall/ Gerry Mooney/ Mary Munro (Editörler), Willan Publishing, 2010, s. 195-215.

THE SCOTTISH CENTRE FOR CRIMINAL & JUSTICE RESEARCH: “Scottish Criminal Justice System”, <https://www.sccjr.ac.uk/wp-content/uploads/2016/07/SCCJR-Scottish-criminal-justice-system.pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2024)

WALKER, David M.: *The Scottish Legal System*, 8.bs., W. GREEN/Sweet & Maxwell Ltd., Edinburgh 2001.

WHITE, Robin M.: “Lay Criminal Courts in Scotland: the justifications for, and origins of, the new JP Court”, *Edinburgh Law Review*, C. 16, S. 3, 2012, s. 358-385.

UZLAŞTIRMA KURUMU KAPSAMINDA “BELİRLİ HİZMETLERİN GEÇİCİ SÜREYLE YERİNE GETİRİLMESİ” EDİMİNİN İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU İLE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU*

Dr. Öğr. Ayşegül EKİN*

Öz

Uzlaştırma, suçu “devlet ve fail arasındaki bir sorun” olarak gören geleneksel ceza adaleti anlayışının aksine, sorunun merkezine “mağduru” koyan onarıcı adalet anlayışının yöntemlerinden biridir. Söz konusu sistemde fail ve mağdur, özgür iradeleriyle ve tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla bir araya gelerek

* Doç. Dr. İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye | Assoc. Prof., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law, İzmir, Türkiye.

✉ namikkemal.topcu@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0001-7075-8763.

* Dr. Öğr. Üyesi. Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Rize, Türkiye | Asst. Prof., Recep Tayyip Erdoğan University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labor and Social Security Law, Rize, Türkiye.

✉ aysegul.ekin@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0002-0659-6648.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: **TOPÇU**, Namık Kemal/ **EKİN**, Ayşegül : “Uzlaştırma Kurumu Kapsamında ‘Belirli Hizmetlerin Geçici Süreyle Yerine Getirilmesi’ Ediminin İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İle İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 661-708.

✂ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

sorunu ele almakta ve fail, üzerinde anlaştıkları bir edimi ifa etmek suretiyle işlediği suç nedeniyle ortaya çıkan haksızlığı telafi etme yoluna gitmektedir.

Fail ve mağdurun uzlaştıkları edimin uygulanmasına ilişkin özel hukuk bakımından birtakım sorular akla gelmektedir. Taraflar arasındaki edimin iş hukuku kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının “çalışan” olarak kabul ettiği geniş çerçevenin içine failin dahil edilip edilmeyeceği, edimi ifa eden failerin sosyal güvenlik hukuku kapsamında yer alıp almayacağı sorunları ile karşı karşıya kalınmaktadır. Çalışmamızda söz konusu hususlarda ilgili hukuk düzenlemelerinin yeterli olup olmadığı incelenecek ve istisna hükümler de dikkate alınarak, uygulamada yaşanan veya yaşanabilecek sorunların çözümüne yönelik değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

• Onarıcı adalet • Uzlaştırma • Edim • İş görme • Çalışan

EVALUATION OF THE ACT OF “TEMPORARY PERFORMANCE OF CERTAIN SERVICES” WITHIN THE SCOPE OF THE CONCILIATION INSTITUTION WITHIN THE SCOPE OF LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW AND OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY LAW

Abstract

Conciliation is one of the methods of the restorative justice approach that puts the “victim” at the centre of the problem, as opposed to the traditional criminal justice approach that sees crime as “a problem between the state and the perpetrator”.

In this system, the perpetrator and the victim come together with their free will and with the help of an impartial third party to discuss the problem, and the perpetrator tries to compensate for the injustice caused by the crime committed by performing an act they have agreed upon.

A number of questions come to mind regarding the implementation of the performance agreed upon by the perpetrator and the victim within the scope of private law. There are problems such as whether the performance between the parties should be evaluated within the scope of labour law, whether the perpetrator should be included in the broad framework accepted as “employee” by the occupational health and safety legislation, and whether the perpetrators who perform the performance should be included within the scope of social security. In our study, whether the legal legislation is appropriate to the subject of our study in the areas specified in our study will be evaluated for the solution of the problems experienced or to be experienced in practice by taking into account the exceptional provisions.

Keywords

- Restorative Justice • Conciliation • Act • Employment • Employee

GİRİŞ

Uzlaştırma¹ kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu² (CMK) ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde (CMUY) yer alan usul ve esaslara uygun olarak anlaşmalarına uzlaşma; uzlaştırmacı tarafından uyuşmazlığın giderilmesine yönelik olarak yürütülen bu sürece de uzlaştırma denir (CMUY m. 4/1-j,k).³ Burada taraflar, tarafsız bir üçüncü kişinin desteğiyle güvenli bir ortamda

¹ Hukukumuzda uzlaştırma kurumuna ilişkin ilk düzenlemeler 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 73/8, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253-255 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 24'te yer alan düzenlemelerdi. Türk Ceza Kanunu m. 73/8 hükmü, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla yapılan değişiklik sonucu mülga olmuştur. 5560 sayılı Kanun, uzlaştırma konusunda kapsamlı bir değişiklik öngörmüş; uzlaştırmacının esas ve usulü, Ceza Muhakemesi Kanununda (m. 253, 254 ve 255) kapsamlı olarak yeniden düzenlenmiştir. Aynı Kanun ile ayrıca Çocuk Koruma Kanununda da değişiklik yapılarak suça sürüklenen çocuklar bakımından Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan düzenlemelerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. 2006 yılında yapılan bu değişiklikler uzlaştırma mevzuatında bir bütünlük sağlamış olsa da söz konusu kurumdan beklenen verimin elde edilmesi pek mümkün olmamıştır. Bunun üzerine 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunla uzlaştırma kurumunda kapsam, usul ve teşkilat bakımından kapsamlı bir de değişikliğe gidilmiş ve bu suretle uzlaştırma kurumundan verim almayı engelleyen aksaklıklar giderilmek istenmiştir. Yine bu kapsamlı yeniden düzenlemeye bağlı olarak 05.08.2017 tarihli Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Bugün bu iki kaynak (CMK m. 253-255; CMUY) uzlaştırma kurumunun, hukukumuzdaki kaynağını teşkil etmektedir. Nihayet; bu tarihten sonra da bu kurumun etkinliğini arttırmaya ve uygulamada aksayan yönlerini çözmeye yönelik olarak ilgili Kanun ve Yönetmelikte çeşitli değişikliklere gidildiği görülmektedir.

² Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673

³ Uzlaştırma kurumuna ilişkin bazı tanımlamalar için bkz. **ÖZTÜRK**, Bahri/ **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, 2019, s.59; **ÇETİNTÜRK**, Ekrem, Ceza Adaleti Sisteminde Uzlaştırma, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s.5; **YURTCAN**, Erdener, Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi, 4. Baskı, 2005, s. 722; **YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, 2017, s. 795; **ERDEM**, Ruhan Mustafa/**ESER**, Ferda/**ÖZŞAHİNLİ**, Pakize Pelin, 100 Soruda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2017, s.21.

bir araya gelmek suretiyle sorunu, sebeplerini, taraflar üzerindeki etkilerini, uğranılan zararı ve bu zararın telafisi için ne yapılması gerektiği üzerinde konuşmakta ve bu sorunun çözümü için bir telafi edimi üzerinde anlaşılmaktadır. Bu suretle hukuk aleminde doğmuş olan bir ceza uyumsuzluğu, ceza muhakemesi sisteminin klasik sürecinin dışına itilerek ayrılmakta (diversion); alternatif bir yolla bu uyumsuzluğun çözümü cihetine gidilmektedir.

Ana hatlarıyla bakarsak uzlaştırma sürecinde; soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı, suçun uzlaştırma kapsamında bir suç olduğu ve yeterli şüphenin de bulunduğu kanaatine vardığında dosyayı, başında bu işle görevlendirilmiş bir Cumhuriyet savcısının bulunduğu uzlaştırma bürosuna göndermektedir. Söz konusu dosyaya büro tarafından uzlaştırmacı listesine kayıtlı olan bir uzlaştırmacı görevlendirilmekte, görevlendirilen uzlaştırmacı taraflarla irtibata geçerek uyumsuzluk konusu ile ilgili olarak müzakere etmelerini sağlamakta, müzakerelerin sonucunda bir uzlaşma söz konusu olmamışsa şüpheli hakkında iddianame düzenlenmekte, bir edim üzerinde anlaşma söz konusu olmuş ve edim vadesinde ifa edilmiş ise de takipsizlik kararı verilerek dosya sistemden çıkarılmaktadır.

Taraflar, uzlaşıp uzlaşmama hususunda tam bir serbestiye sahiptir. Aynı şekilde taraflar anlaşmaları halinde bunun bir edime dayalı olup olmayacağı, edime dayalı olacaksa da bu edimin ne olacağı hususunda özgürce hareket etmektedir. Burada tek sınır, edimin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı bir nitelik arz etmemesidir.⁴

Uzlaştırmaya ilişkin mevzuatta, edimin tanımına yer verilmediği ve fakat CMUY m. 33'te, bazı edim alternatiflerinin örnek olarak sayıldığı görülmektedir.

Bu alternatiflerinden birisi "*Mağdur, suçtan zarar gören, bunların gösterecekleri üçüncü şahıs veya bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerinin geçici süreyle yerine getirilmesi*"

⁴ Edimin sınırları ile ilgili olarak bkz. **KAYMAZ**, Seydi/ **GÖKCAN**, Hasan Tahsin, "Uzlaşmada Edimin Konusu", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Özel Sayı 1, 2010, s. 409; **ERDEM/ESER/ÖZŞAHİNLİ**, s.198.

edimidir (CMUY m. 33/1-ç). Bu alternatif edim ile ilgili doğabilecek sorun, üzerinde anlaşılan hizmetin ifasının iş ve sosyal güvenlik hukuku ile iş sağlığı ve güvenliği kapsamında nasıl değerlendirileceğidir. Burada 4857 sayılı İş Kanunu⁵ kapsamında bir işçi-işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı, bu kişiye üstlendiği hizmetin ifasına ilişkin olarak sigorta yapılıp yapılamayacağı, edimin ifası sırasında meydana gelen kazanın iş kazası olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ile iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini sağlama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı gibi sorular, cevabı aranacak hususlardan bazılarıdır. Özellikle failin edimi gerçekleştirirken “çalışan” kavramı kapsamında olup olmadığı önem teşkil etmektedir.

Bu çerçevede bu çalışmamızda öncelikle uzlaştırma kurumu ele alınacaktır. Onarıcı adalet kavramı, uzlaştırma, uzlaşma metninin niteliği, edimin konusu ve son olarak da belirli bir hizmetin geçici süreyle yerine getirilmesi edimi genel hatları ile açıklanacaktır. Daha sonra iş ve sosyal güvenlik hukuku ile iş sağlığı ve güvenliği kapsamında uzlaştırma ile kararlaştırılan edimin hukuki ilişkisi irdelenecektir. Bu bağlamda arz edilen bu hususlarda mevzuatın yeterli olup olmadığı incelenecek ve istisna hükümler de dikkate alınarak, uygulamada yaşanan veya yaşanabilecek olan sorunların çözümüne yönelik bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ONARICI ADALET SİSTEMİ

A. Genel Olarak

Onarıcı adalet sistemi; suçtan kaynaklanan haksızlık nedeniyle mağdurun uğradığı zararın yine suçun faili tarafından karşılanması suretiyle mağdurda ve toplum düzeninde meydana gelen hasarın onarılmasını amaçlayan, bu suretle failin ıslahını ve topluma yeniden kazandırılmasını da sağlayan, faile işlediği haksızlık nedeniyle öç alma gayesiyle ceza verme yerine meydana getirdiği zararın tazmin ve telafisini amaçlayarak gelecekteki faydaya yönelen, suçun devlete karşı değil ve fakat suçla korunan değer bizzat sahibi olan mağdura karşı işlendiğini kabul eden, suçu fail ile devlet arasında değil fail ile mağdur arasındaki bir

⁵ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

mesele olarak gören⁶, mağdurun pasif olarak değil bilakis aktif olarak sürece dahil olarak söz hakkına sahip olmasını kabul eden bir sistemdir.⁷

Suçluya yaptıklarının bedelini ödetme (kefaret), onu ıslah ederek toplumla uyumlu hale getirme (özel önleme) ve toplumda yaşayan bireylere de suç işlemleri halinde aynı cezaya çarptırılacakları korkusu verip potansiyel suçluların suçtan caydırılmasını sağlama (genel önleme) amaçları, yakın döneme kadar devletlerin cezalandırmadan bekledikleri temel gayeleri teşkil etmekteydi⁸. Ancak söz konusu amaçlar mağdurların beklentilerini karşılama bakımından yetersiz kaldığı gibi özellikle de cezaevi nüfusunun fazlalığı, söz konusu amaçların etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesine engel olmuştur. Bu amaçlar üzerine inşa edilen sistemin başarısızlığı ve toplumun değişen talepleri, cezalandırmaya ilişkin geleneksel nitelikteki bu amaçlardan ziyade sorumluluk ve zararın onarımına odaklanan, tarafların iletişimi ve insanileştirilmesi aracılığıyla adalete erişime çabalayan, taraflar arasında bozulan ilişkiyi tamire yönelen, işlenen suçtan asıl zarar gören mağdurun ihmal edildiği ceza adaleti sistemlerinin aksine onun uğradığı zararın telafisine odaklanan ve onu sürecin asıl aktörlerinden biri yapan onarıcı adalet anlayışını ön plana çıkarmıştır.⁹

⁶ Öğretide bir görüş tarafından, onarıcı adalet sisteminin, devletin cezalandırma yetkisinin tekelliğinde şekillenen ceza hukuku alanında metalaşmanın özgün bir görünümü olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **SÜRMELİ KALE**, Hazal, Metalaşma Bağlamında Hukukta Yapısal Dönüşüm ve Uzlaştırma, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023, s.153.

⁷ **ÖZEROĞLU**, Alev, Türk ve Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2023, s.19; **ÇETİNTÜRK**, s. 7-8; **KETİZMEN**, Muammer, "Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s.1; **BAYTAZ**, Abdullah Batuhan, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, s. 118-119.

⁸ **ERSOY**, Uğur, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, 2024, s. 822; **ÜNVER**, Yener/**HA-KERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, 2021, s. 727.

⁹ **BAYINDIR**, Sinan/ **ERSÖZ**, Uğur, Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2019, s.66-67; **SÜ-MER**, Osman / **ÖNKAL**, Güncel, Onarıcı Adalet Açısından Uzlaştırma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 26. Kitap, İstanbul Barosu 2014, s.383; **ÇETİNTÜRK**, s. 2-4; **ÇOLAK**, Haluk/**TAŞKIN**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007, s.1129; **ÖZBEK**, Özer

Uzlaştırmada, “suçu kim işledi”, “hak ettiği ceza nedir” sorularını soran cezalandırıcı adalet anlayışı değil, “kim zarar gördü?”, “ihtiyaçları nedir?”, “bunun telafisinden kim yükümlü?” sorularını soran bir anlayışın varlığı söz konusudur.¹⁰ Yine bu anlayışta ihlalin karşılığı ceza yaptırımını değil, faile yüklenen edim yükümlülüğüdür.¹¹

Bu sistemde amaç; suçtan zarar gören kişiyi de sürece katmak suretiyle onun beklentilerini ve ihtiyaçlarını dikkate alarak işlenen haksızlıktan dolayı gördüğü zararı telafi etmek, bu telafi yükümlülüğünü de işlediği fiil ile mağdurda ve toplumda hasara yol açan faile yükleyerek onun sorumluluk üstlenmesini, eyleminin sonuçlarıyla yüzleşmesini, verdiği zararı telafi etme imkanını, bu suretle ıslahını ve gelecekte yeniden suç işlemesinin önlenmesini sağlamaktır.¹²

Bu amaçlar doğrultusunda bu sistem şu üç temel ilke üzerine inşa edilmiştir: “mağdurun uğradığı zararın mümkün olduğunca giderilmesi”, “failin yarattığı durumu anlaması ve eyleminin sorumluluğunu idrak etmesinin sağlanması” ve “mağdurun faille doğrudan iletişime geçip sorular sorabilmesi ve suçtan gördüğü zararın nasıl tazmin edileceği konusunda faile açıklama yapabilmesi”.¹³

Onarıcı adalet yöntemleri olarak arasında öne çıkanlar arasında mağdur-fail arabuluculuğu (uzlaştırma), grup toplantısı, görüşme grupları (barış halkaları), toplum ıslah kurulları sayılabilir.¹⁴ Bunlar arasında uzlaştırma, onarıcı adalet sisteminin en eski ve yaygın enstrümanlarından birini teşkil etmektedir.¹⁵

Artan nüfusa, şehirleşmeye, toplumsal hayatın dinamiklerine bağlı olarak hukuki uyuşmazlıkların da artması, artan bu iş yükünün adaleti

Veli/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, 2017, s.825.

¹⁰ ÖZEROĞLU, s. 30.

¹¹ ÖZEROĞLU, s. 26.

¹² ÇETİNTÜRK, s.7-12

¹³ ÖZEROĞLU, s. 23.

¹⁴ ÖZBEK, Mustafa Serdar/CUNİ, Orhan/ÖZCAN, Merve, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, 2018, s.6.

¹⁵ ÇETİNTÜRK, s. 5.

yavaşlatması ve bunun da bireylerin sisteme olan güvenini zedelemesi, bütün uyuşmazlıkların çözümünün mahkeme salonunda aranması anlayışının yerine mahkeme salonu dışında alternatif bir yolla çözülmesi arayışlarının doğmasına neden olmuştur. Mağdurun zararının telafi edilmesi anlayışına dayanan onarıcı adalet sistemin gelişmesi ve bu sistemin mahkeme dışı çözüm yöntemlerini ihtiva etmesi, söz konusu yöntemlerin alternatif çözüm yolu olarak ceza muhakemesi sistemi tarafından da benimsenmesini sağlamıştır.¹⁶ Bu bağlamda uzlaştırma, alternatif çözüm yöntemi olarak benimsenen en yaygın onarıcı adalet yöntemlerinden biridir.

B. Uzlaştırma

1. Tanımı

Uzlaştırma kurumu; suçtan zarar görenlerin, hukukun ve ahlakın imkân verdiği boyutta isteklerinin yerine getirilmesiyle taraflar arasındaki barışın ve toplumdaki huzurun tekrar tesis edilmesine hizmet eden ve tüm bu sürecin bir uzlaştırmacı kontrolünde yürütüldüğü müessesedir.¹⁷ Bu doğrultuda, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde (CMUY) yer alan usul ve esaslara uygun olarak anlaşmalarına uzlaşma; uzlaştırmacı tarafından uyuşmazlığın giderilmesine yönelik olarak yürütülen bu sürece de uzlaştırma denir (CMUY m. 4/1-j, k).

2. Amacı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, onarıcı adalet sisteminin en eski ve yaygın bir yöntemi olan uzlaştırmacının amacı, onarıcı adalet sisteminin amacıyla aynıdır. Bu bağlamda uzlaştırmacının amacı, suçun sebep olduğu maddi ve manevi zararın onarılması hedefine yönelik olarak tarafların aktif rol aldıkları bir süreçte, onların onarma ve iyileşme yönünde yol

¹⁶ ÖZGENÇ, Nuri Berkay: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma, 2015, s.2-3; ÖZBEK/CUNİ/ ÖZCAN, s. 33,105,106,190; ÖZEROĞLU, s. 4-6.

¹⁷ ULAŞAN, Fatih, "Toplumsal Barışın Sağlanmasında Uzlaştırma", Türkiye Mesleki ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 12, 2023, s. 87.

almalarına imkân sağlamak ve bu yönde kabul edilebilir bir plan geliştirmelerine destek olmaktadır.¹⁸

Fail odaklı cezalandırıcı adalet anlayışından beklenen ıslah gayesinin düşünül­düğü gibi elde edilememesi, hapis cezasının fail üzerinde yarattığı olumsuz etkiler, bu anlayışın işlenen fiilden dolayı haksızlığa uğrayan mağduru pasif konumda tutarak göz ardı etmesi ve onun uğradığı zararın tazmini ile ilgilenmemesi, artan nüfusa, şehirleşmeye, toplumsal hayatın dinamiklerine bağlı olarak hukuki uyumsuzlukların artması ve artan bu iş yükünün de adaleti yavaşlatması gibi sebepler, ne failin ne mağdurun ne de toplumun ceza adaleti sisteminden beklentilerini karşılayabilmiştir. Bu da mağdurun uğradığı zararı onarmayı amaçlayan, yargının iş yükünü hafifleten ve yargılama masraflarını azaltan, faili cezanın olumsuz etkilerinden korumayı amaçlayan uzlaştırma kurumunun ceza muhakemesi sistemine entegre edilmesine sebep olmuştur.¹⁹

3. Faydaları

Uzlaştırmanın şüpheliye/sanığa yönelik en büyük faydası, mahkûm edilip bunun sabıka kaydına işlenmesi ve sabıkalı olarak anılması yerine, tüm bu muhakeme sürecinden ve mahkumiyetin sonuçlarından kurtulmasını sağlamasıdır. Bunun yanında ona hatalarını düzeltme, özür dileme ve mağdura açıklama yapma, işlediği fiilin mağdur üzerindeki etkilerini anlayabilme imkânı da verir. İşlediği haksızlık nedeniyle ortaya çıkan zararı telafi etmesi ve işlediği fiilin mağdur üzerinde yarattığı etkileri görmesi, onun ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması bakımından fayda sağlar. Nihayet, klasik ceza muhakemesindeki pozisyonundan farklı olarak, hakkında verilecek karara ilişkin sürece aktif bir şekilde katılarak kendisi hakkında belirlenecek edimin niteliğini ve niceliğini müzakere etme imkânı verir.²⁰

¹⁸ ÇETİNTÜRK, s.256-257.

¹⁹ SEZER, Ahmet, Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, 2010, s.19-20; ÇOLAK/TAŞKIN, s. 1130; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 825.

²⁰ ÖZBEK, Özer Veli, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, 1999, s.191-192; ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I-II, 4. Baskı, Yetkin 2016, s.1073-1074; ÖZEROĞLU, s. 45; ÇETİNTÜRK, s. 100-102.

Mağdura yönelik ilk faydası, uzun sürebilecek bir ceza muhakemesi sürecinin üzerinde yaratacağı olumsuz etkilerden kurtulacak olmasıdır. Yine burada mağdur klasik ceza muhakemesindeki pozisyonundan farklı olarak sürecin dışında bırakılmak yerine karar verme sürecinin merkezine yerleştirilmektedir. Bunun yanında hukuk mahkemelerinde ayrıca dava açmasına ve ne kadar süreceği belli olmayan bu sürecin lehine sonuçlanmasını beklemesine gerek bulunmaksızın (ki lehine sonuçlansa bile tahsil kabiliyeti şüphelidir) zararını doğrudan tazmin etmesine imkân sağlamaktadır.²¹

Uzlaştırmanın Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuku için “yeni” sayılabilecek bir kurum olmasına rağmen ülkeler arasında bu kadar hızlı yayılması ve “yönetenler” tarafından “sahiplenilip” ceza adaleti sisteminde entegrasi yönünde ciddi destek görmesinin temel nedeni, bu kurumun ceza adaleti sistemine sunduğu katkılardır. Bu kurum, ceza davaları için harcanan süreyi, giderleri ve iş yükünü azaltmakta olup; kamu kaynaklarının bu tür davalar yerine, bu kaynaklara ihtiyaç duyan “önemli” davalar için harcanmasına imkân sağlamaktadır.²²

Uzlaştırmanın toplum bakımından en büyük faydası ise bir suç nedeniyle bozulan ilişkinin tarafların uzlaşmasıyla düzeltilmesi nedeniyle toplumsal huzurun yeniden tesis edilmesidir.²³

4. Genel İlkeleri

Uzlaştırmanın genel ilkeleri, CMUY m. 5’te sıralanmıştır: Uzlaşmanın özgür iradeye dayalı olması, tarafların menfaatlerinin korunması, kanunun tanıdığı temel güvencelerin süreç boyunca da devam etmesi, tarafların yeterince uzlaştırma kurumu ve süreçle ilgili olarak bilgilendirilmesi, tarafların kişisel, sosyal ve ekonomik durumlarının göz önünde bulundurulması ve gizlilik bu ilkelerden başlıcalarını teşkil etmektedir.

²¹ ÖZBEK, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s.1072; ÖZEROĞLU, s.43; ÇETİNTÜRK, s. 94-100.

²² ÖZBEK, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 1075; ÇETİNTÜRK, s.105-107; ÖZEROĞLU, s. 49.

²³ ÖZEROĞLU, s.47; ÇETİNTÜRK, s.102-106; ÖZBEK, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 1074.

5. Hukuki Niteliği

Uzlaştırma, ancak işlenen bir suç ile ilgili bir ceza soruşturmasının başlaması halinde diğer koşulları da mevcutsa devreye giren bir sistemdir. Bu kurum, bu işle görevli Cumhuriyet savcısının denetim ve gözetiminde ve bu işe bakan uzlaştırma bürolarınca yürütülmektedir. Uzlaşma anlaşmasının yürürlüğe girmesi, yine Cumhuriyet savcısının (kovuşturma evresinde de hâkimin) onayı ile olmaktadır. Uzlaşmanın sağlanması ve edimin ifası halinde soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (kovuşturma evresinde ise düşme kararı) verilerek dosya ceza muhakemesi sisteminden çıkarılmaktadır (diversion). Uzlaşmanın sağlanamaması halinde ise iddianame tanzim edilerek kovuşturma başlatılmaktadır (kovuşturma evresinde ise yargılamaya devam olunmaktadır). Nihayet uzlaştırmaya ilişkin düzenlemeler, Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yer almaktadır (CMK m. 253 vd.). Tüm bu hususlar, bu kurumun bir ceza muhakemesi kurumu olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte bu kurumda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gibi bir amacının bulunmaması, tarafların uzlaştırma süreci ve edimin konusu hakkında söz sahibi olmaları, failin üzerine atılı suçu işlediği ya da işlemediği hakkında bir mahkeme kararı verilmemesi, uzlaştırmacının yargı mesleği mensubu olmayan ve bu konuda eğitim almış bir profesyonel olması, süreç sonunda bir ceza hukuku yaptırımına hükmedilmemesi gibi hususlar, bu kurumu, klasik ceza muhakemesi sisteminden ayırmaktadır.

Uzlaştırma kurumunun bir kişiye ceza hukuku yaptırımının uygulanıp uygulanmamasını doğrudan etkilemesi, bu kurumun maddi ceza hukukuna ait kısmını teşkil etmektedir. Bununla birlikte uzlaşma halinde yaptırımın konusu; hapis cezası, adli para cezası veya güvenlik tedbiri olmamaktadır.

Bu kurumda ceza hukukuna ait bir “yaptırım ve infaz” değil, borçlar hukukuna ait bir “edim ve ifa” söz konusudur. Öç alma gayesiyle, işlenen kötülüğün bedelinin acı çektilerle ödülmesi değil; onarma gayesiyle, mağdurun uğradığı zararın tazmininden söz edilmektedir. Uzlaştırma süreci sonunda, bir özel hukuk sözleşmesinde olduğu gibi, taraflar özgür iradeleri ile bir edimin ifası üzerinde anlaşmakta; edimin konusu üzerinde hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla serbestçe karar

vermektedir. Yine edimin vadesinde ifa edilmemesi halinde uzlaştırma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun²⁴ 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılmaktadır. Tüm bu hususlar da bu kurumun özel hukuka ilişkin kısımlarını göstermektedir. Burada, ceza hukukuna ilişkin bir uyumsuzluğun, özel hukuk kapsamında değerlendirilebilecek bir uzlaşma belgesi ile çözülmesi söz konusu olmaktadır.²⁵ Bununla birlikte uzlaştırma raporu veya belgesinin ancak Cumhuriyet savcısının (kovuşturma evresinde de mahkemenin) onayıyla sonuç doğuruyor olması, burada tam anlamıyla bir özel hukuk sözleşmesinin bulunmadığını da göstermektedir.²⁶

Görülebileceği üzere uzlaştırma kurumunun salt bir ceza muhakemesi kurumu, maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurum veya özel hukuka ilişkin bir kurum olduğunu söylemek mümkün olmayıp; bu kurum, karma hukuki nitelik arz eden bir kurum niteliğindedir.²⁷ Bu karma niteliği nedeniyle de bu kurumun her bir parçası, ait olduğu hukuk dalının ilkeleri ve özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda örneğin

²⁴ İcra İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

²⁵ **KAYMAZ/ GÖKCAN**, s. 49.

²⁶ Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. **İPEK**, Ali İhsan/ **PARLAK**, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler ile Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 2. Baskı, 2011, s.4; **GÖKCAN**, Hasan Tahsin, “Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesiyle İlgili Ceza Hukuku Kurumlarının Sorumluluk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi” in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds), Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan Cilt I, 2015, s.849.

²⁷ Uzlaştırmanın hukuki niteliğine ilişkin açıklama ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **EKİCİ**, Şahin Meral/**YEMENİCİ**, Kürşat, “6763 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2018, s. 445-507; **ZAFER**, Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK m. 78/3)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, 2006, s. 117-140., s. 117; **ÇETİNTÜRK**, s. 226 vd.; **ÇETİN**, Soner H., “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009, s. 1-33, s.10; **YENİSEY**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Uzlaştırma Eğitimi Rehber Kitapçık, 2007, s.5; **KAYMAZ/GÖKCAN**, s. 49-52; **ERİŞ**, A. Uğur, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 137, 2018, s. 241-271, s.246; **ÇULHA**, Rifat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey, İstanbul 2005, s.46; **KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, 2010.

uzlaşma kapsamında olmayan bir suçun daha sonra uzlaşma kapsamında alınması halinde, burada maddi ceza hukukuna ilişkin bir husus söz konusu olduğundan, TCK m. 7 uyarınca zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Yine şüpheli ve sanığın hakları bakımından ceza muhakemesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Nihayet uzlaşma belgesinin içeriği ve icrası bakımından özel hukuka ilişkin ilgili hükümler tatbik edilmelidir.

6. Uzlaştırma Raporunun/Belgesinin İçeriği

Uzlaştırma raporu;²⁸ uzlaştırmacı tarafından hazırlanan, tarafların özgür iradelerini yansıtan ve taraflarca da imzalanan, tarafların birbirlerine yönelik duygu açıklamalarını, müzakerenin bir uzlaşma ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını, uzlaşmamışlarsa bunun (kısaca) nedenlerini, uzlaşmışlarsa bunun bir edime dayalı olup olmadığını, uzlaşma konusu edimi ve bu edimin ifasının koşullarını içeren, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından onaylandıktan sonra hukuki sonuç doğuran bir belgedir (CMUY m. 4/1-m, m. 18, m. 25, m. 31/5, CMK m. 253/15). Cumhuriyet savcısı veya mahkemenin; tarafların özgür iradelerine dayanıp dayanmadığını, kararlaştırılan edimin makul, hukuka, ahlâka ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını ve ifasının imkânsız olup olmadığını (CMK

²⁸ Soruşturma evresinde uzlaştırmacının sonuçsuz kalması hâlinde taraflar talep etseler dahi soruşturma veya kovuşturma evresinde aynı olaya ilişkin olarak yeniden uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK m. 253/18; CMUY m. 7/5). Burada yasa koyucu, suiistimallerin önüne geçmek ve muhakeme sürecinin uzamasını engellemek için aynı olaya ilişkin olarak sadece bir kez uzlaştırma yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte soruşturma evresinde uzlaştırma sonuçsuz kalsa bile tarafların daha sonradan aralarında uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına (kovuşturma evresinde ise hüküm verilmeye kadar mahkemeye) başvurarak uzlaştıklarını beyan etmeleri mümkündür (CMUY m.4/1-n; CMK m. 253/16). Burada uzlaştırmacı tarafından “uzlaştırma raporu” hazırlanmak suretiyle gerçekleştirilen uzlaştırma ile taraflarca “uzlaşma belgesi” hazırlanmak suretiyle gerçekleşen uzlaşma arasında, tarafların yükümlülükleri ve doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından bir fark bulunmamaktadır (CMK m. 253/19).

m. 253/17; CMUY m. 18/4) denetleyerek gerçekleştirdikleri onaylama işlemi, yargısal bir işlem niteliğindedir.²⁹

7. Uzlaştırma Raporunun/Belgesinin Hukuki Niteliği

Uzlaştırma raporu veya belgesinin hukuki niteliği incelendiğinde, burada ceza yargılamasına konu olacak bir ceza hukuku uyuşmazlığının, özel hukuk kapsamında değerlendirilebilecek bir sözleşme ile sona erdirildiğini görmekteyiz.

Uzlaştırma, özel hukuktaki “sulh” kurumuna oldukça benzemektedir. Bununla birlikte uzlaştırma sürecinin üçüncü bir kişi olan ve kamu tarafından görevlendirilen bir uzlaştırmacı tarafından yürütülmesi ve edimin ifa edilmemesi halinde ceza muhakemesi sürecinin devam etmesi, uzlaştırma raporunu, özel hukuktaki “sulh”tan ayıran hususlardan bazılarıdır. Dolayısıyla burada bir “sulh”un varlığından bahsetmek mümkündür. Ancak uzlaştırma raporunun özel hukuk anlamında bir “sulh” niteliğinde olduğunu söylemek doğru olmayacaktır.

Tarafların özgür iradeye sahip olmaları, eşit olmaları, ceza hukuku kavramları olan “ceza ve infazdan” değil borçlar hukuku kavramları olan “edim ve ifadan” söz edilmesi, tarafların hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla herhangi bir hususu edimin konusu olarak belirleyebilmeleri, tarafların hak ve yükümlülüklerini ihtiva etmesi, edimin ifası halinde artık önceden açılmış olan davalardan da feragatin söz konusu olması³⁰, uzlaşmaya konu edimin ifa edilmemesi halinde uzlaştırma raporu veya belgesinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılması ve cebri icraya konu olabilmesi, failin edimin ifası gerçekleşmeden ölümü halinde uzlaşma konusu alacağın tahsili için mirasçılara gidilebilmesi ve bunun artık bir borçlar hukuku uyuşmazlığı olduğu kabul edilerek cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığı kabulü, bu rapor veya belgenin bir “özel hukuk

²⁹ ÖZBEK, Mustafa, “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 2007, s. 190.

³⁰ Anayasa Mahkemesinin 26/7/2023 tarihli ve E: 2023/43, K: 2023/141 Sayılı Kararı ile CMK m. 253/19’da yer alan “Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz;” ibaresi iptal edilmiştir.

sözleşmesi” niteliğinde olduğunu göstermektedir.³¹ Bununla birlikte uzlaştırma raporu veya belgesinin ancak Cumhuriyet savcısının (kovuşturma evresinde de mahkemenin) onayıyla sonuç doğuruyor olması, kamu tarafından atanan ve kamu adına faaliyet gösteren bir uzlaştırmanın uzlaştırma sürecinde etkin bir rol alması gibi hususlar burada tam anlamıyla bir özel hukuk sözleşmesinin bulunmadığını da göstermektedir.³²

8. Uzlaştırmada Edimin İfasının Takibi ve Edimin İfa Edilip Edilmemesinin Sonuçları

Taraflar arasında uzlaşma sağlanıp üzerinde anlaşılan edim uzlaştırma raporuna veya belgesine yazıldıktan sonra, söz konusu belge, Cumhuriyet savcısı (kovuşturma evresinde mahkeme) tarafından hukuka ve ahlaka aykırı bir anlaşmanın mevcut olup olmadığı hususunda denetlenmekte ve onaylamasıyla hukuki sonuç doğurmaktadır.

Taraflar, uzlaşma konusu edimin “derhal” ifa edilmesi hususunda anlaşabilecekleri gibi; edimin ifasının, “ileri bir tarihte defaten veya taksitlerle” yapılmasına da karar verebilir.

Şayet edimin “derhal ifası” hususunda anlaşmışlar ve edimin ifası gerçekleşmişse, Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davasının açılmasına yer olmadığına (kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından davanın düşmesine) karar verilecektir (CMK m. 253/19). Bu durumda artık daha önceden açılmış olan tazminat davası varsa bundan da feragat edilmiş olunacaktır.

Şayet edimin “ileri bir tarihte defaten veya taksitlerle” ifade edilmesi hususunda anlaşmışlarsa, bu durumda Cumhuriyet savcısınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı (kovuşturma evresinde ise mahkemece hükmün açıklamasının geri bırakılması kararı) verilip edimin vadesinde ifa edilmesi beklenecektir. Burada edimin ifasının

³¹ Nitekim öğretilerde bazı yazarlar, uzlaştırmanın özü itibarıyla bir özel hukuk kurumu olduğunu ifade etmişlerdir. **DONAY**, Süheyl, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2015, s.330; **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, 2018, s.374.

³² Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. **İPEK/PARLAK**, s.4; **ARAS**, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirlerine Etkisi, Ankara 2014, s. 297; **KAYMAZ/GÖKCAN**, s.849.

denetlenmesi ve takibini yapacak denetimli serbestlik kurumu gibi bir kurumun varlığı söz konusu değildir. Uzlaştırmanın da edimin ifasını takip etme görevi bulunmamaktadır. Bu bağlamda edimin ifa edilmediği, uzlaştırma bürosu tarafından takip edilmelidir. Bununla birlikte edimin ifa edilip edilmediği, uygulamada genellikle, tarafların büroya müracaatları ile anlaşılmaktadır. Edimi ifa eden tarafın, ifa ettiğini bildirmek için; diğer tarafın ise ifa edilmediğini belirtmek için uzlaştırma bürosuna müracaat ettikleri görülmektedir. Eğer Cumhuriyet savcılığı (kovuşturma evresinde ise mahkeme) edimin vadesinde ifa edildiğini tespit etmişse, kovuşturmayaya yer olmadığına (kovuşturma evresinde ise düşmesine) karar verilmektedir. Edimin vadesinde eda edilmediği tespit edilmişse de Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame tanzim edilmektedir (kovuşturma evresinde ise açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanmaktadır). Şüphelinin/sanığın edimini yerine getirmemesi halinde uzlaştırma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılmakta olup; elinde ilam niteliğinde belge bulunan mağdurun, edimin ifasını sağlamak için faile karşı ayrıca bir hukuk davası açmasına gerek bulunmamaktadır (CMK m. 253/19; CMUY m. 20).

II. EDİM

A. Anlamı

Uzlaştırmanın düzenlendiği 5271 sayılı CMK m. 253/17,19'da ve CMUY m. 18,20,25,27 ve 33'te "edim" kavramı kullanılmış ve fakat bu kavramın tanımına yer verilmemiştir.³³ Edim, "eda etmek" fiilinden türetilen bir sözcüktür ve ceza hukukuna değil de borçlar hukukuna ait bir terimdir.³⁴ Bu nedenle de "edim" in anlamı için, bu hukuk dalına müracaat etmek gerekir.³⁵ Bu hukuk dalında "edim", iki taraf arasındaki borç

³³ Uzlaştırmanın ilk olarak düzenlendiği TCK m. 73/8'de "doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla" ifadesi kullanılmışken 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu düzenleme mülga olmuş ve CMK m. 253'te yer alan uzlaştırmaya ilişkin düzenlemede de "edim" kavramı kullanılmıştır.

³⁴ ÖZBEK, CUNİ, ÖZCAN, s.100.

³⁵ KAYMAZ/GÖKCAN, s. 137.

ilişkinde istinaden borçlunun ifa ile yükümlü olduğu davranış biçimi olarak ifade edilir.³⁶ Söz konusu terimi uzlaşma kurumu bağlamında değerlendirdiğimizde burada edimden kastın, suç teşkil eden bir fiili işleyen failin, mağdura ve topluma verdiği zararı telafi etmek, meydana gelen hasarı onarmak amacıyla yerine getirmekle yükümlü olduğu bir davranış olduğu anlaşılmaktadır.

B. Niteliği

Hapis cezası, adli para cezası ve güvenlik tedbiri olarak sayılan ceza hukukunun yaptırımları, bu yaptırımların zecri niteliği ve tatbik amacı dikkate alındığında, edimin bir ceza hukuku yaptırımı niteliğinde olmadığı açıkça görülmektedir. Aynı şekilde ceza benzeri bir yaptırım niteliğinde de değildir zira burada amaç, işlenen fiil ile ortaya çıkan hasarı onarmaktır, zararı telafi etmektir. Her suçun aynı zamanda bir haksız fiil olduğu ve edimin de bu haksız fiile karşı ifa edildiği dikkate alındığında burada özel hukuk anlamında bir ifa yükümlülüğünün, bir özel hukuk yaptırımının bulunduğu söylenmelidir.

Suç teşkil eden bir fiil, aynı zamanda borçlar hukuku anlamında haksız fiil niteliğindedir. Onarıcı adalet sisteminin de amacı mağdurun zararının telafi edilmesidir. Bu bağlamda burada aslında Türk Borçlar Kanunu³⁷ m. 49 anlamında haksız bir fiil işleyen kişinin, zararı tazmin etme yükümlülüğü çerçevesinde, bir edim yükümlülüğü altına girmesi söz konusudur.

C. Konusu

Uzlaştırmanın düzenlendiği yukarıda zikredilen hükümlerde “edim” kavramı kullanılmış olsa da bu kavramın tanımına yer

³⁶ ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, 2013, s.37 vd.; KAFES, Veli, “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, 2011, s.124; SÜRMEİ KALE, s. 140; YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, 2017, s.210; KILIÇOĞLU, Ahmet M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, 2011, s.3.

³⁷ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

verilmemiştir. Bununla birlikte CMUY m. 33'te yer alan düzenlemede uzlaştırma kapsamında edime konu olabilecek bazı örneklere yer verildiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemede tarafların uzlaştırma sonunda belli bir edimin yerine getirilmesi hususunda anlaşmaya vardıkları takdirde aşağıdaki edimlerden bir ya da birkaçını veya bunların dışında belirlenen hukuka ve ahlaka uygun başka bir edimi kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir. Görüleceği üzere 33. maddede sayılan edimler, sadece örnek mahiyetinde olup; tarafların, hukuka ve ahlaka uygun olduğu sürece şu sayılanlar dışındaki bir edim üzerinde anlaşmaları da mümkündür:

a) Fiilden kaynaklanan maddî veya manevî zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,

b) Mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddî veya manevî zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,

c) Bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç kişi ya da kişilere bağış yapmak gibi edimlerde bulunulması,

ç) Mağdur, suçtan zarar gören, bunların gösterecekleri üçüncü şahıs veya bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerinin geçici süreyle yerine getirilmesi,

d) Toplumla faydalı birey olmayı sağlayacak bir programa katılımın sağlanması,

e) Mağdurdan veya suçtan zarar görenden özür dilenmesi.

Söz konusu düzenlemede edim alternatiflerinin sınırlı sayıda sayılmaması ve tarafların özgür iradesine bırakılması, onarıcı adalet anlayışıyla örtüşmektedir. Zira her mağdurun suçtan etkilenme derecesi, uğradığı zararın niteliği ve tatmin anlayışı birbiriyle aynı değildir.

Edim kavramının borçlar hukukuna ait bir terim olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Bu bağlamda uzlaştırmada edimin konusunun taraflarca serbestçe belirlenebileceğinin kabul edilmesi ve edimin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olamayacağına ilişkin öngörülen sınırlamalar, bu hukuk dalına dayanmaktadır.

Borçlar hukukunda, edim çeşitlerinin bazı tasniflere tabi tutulduğu görülmektedir: maddi edim-manevi edim, olumlu edim-olumsuz edim, ani-dönemsel-sürekli edim, şahsi (iş görme)-aynı edim gibi³⁸. Çalışma konumuz olan edim, bu edim çeşitleri arasında “şahsi edim (iş görme edimi)” niteliğindedir. Bu bağlamda karşılaştırılan edimin, bu tasniflerden de yararlanılarak, somut olayın özellikleri, tarafların ihtiyaçları ve kapasiteleri dikkate alınarak onarıcı adalet sisteminin amaçlarına hizmet edecek şekilde belirlenmesi gerekmektedir³⁹. Bu bağlamda söz konusu edim belirlenirken, onarıcı adalet sisteminin amacının faili cezalandırma, ölç alma, ızdırıp çektirme değil, meydana gelen zararı onarma olduğu unutulmamalıdır.

D. Sınırları

Yukarıda da arz ettiğimiz üzere uzlaştırmada taraflar, edimin ne olacağı hakkında üzerinde özgürce karar verebilmektedir. Hatta edimsiz de uzlaşabilmektedir. Bununla birlikte tarafların üzerinde anlaşmaları edimin hukuka ve ahlaka uygun olması gerekir. Bu bağlamda karşılaştırılan edimin tarafların özgür iradelerine dayanıp dayanmadığı (örneğin hata, hile, tehdit altında hareket edip etmedikleri), karşılaştırılan edimin makul, hukuka, ahlâka ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı (örneğin meydana gelen maddi zararın çok üstünde gabin niteliğinde bir tazminatın karşılaştırılması, cinsel amaçlara hizmet eden bir edimin üzerinde anlaşılması veya failden insan onuruyla bağdaşmayacak bir edimi ifa etmesinin istenmesi) ve ifasının imkânsız olup olmadığı (örneğin bedensel engelli olan failden beden gücü gerektiren bir edimin ifasının istenmesi), soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısınca, kovuşturma evresinde mahkemece denetlenmekte olup; uzlaşma belgesi, ancak savcının/mahkemenin onayıyla hukuki sonuç doğurmaktadır (CMK m. 253/17; CMUY m. 18/4). Cumhuriyet savcısı (veya kovuşturma evresinde

³⁸ Bu tasnifler için bkz. **ANTALYA**, Osman Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, 2. Baskı, 2019, s. 99-116; **DOĞAN**, Murat/ **ŞAHAN**, Murat/**ATAMULU**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, 2024, s. 63-73; **ÜNLÜTEPE**, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, 2021, s. 14-23.

³⁹ **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, 2021, s. 588; **ERSOY**, s. 840-841.

mahkeme), edimin hukuka ve ahlaka uygun olmaması gerekçesiyle rapor onaylamadığında, uzlaştırmacıdan, edimin değiştirilmesi istenebilecektir (CMUY m. 18/5).

E. Bir Hizmetin Gördürülmesi Edimi

Çalışma konumuz bakımından CMUY m. 33'te sayılanlar arasında üzerinde duracağımız edim, "failin; mağdur, suçtan zarar gören, bunların gösterecekleri üçüncü şahıs veya bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerini, geçici süreyle yerine getirmesi" edimidir.

Burada bir hizmetin görülmesinden anlaşılması gereken, failin, belirli bir işi, bedensel güç kullanarak gerçekleştirmesidir. Öğretide, söz konusu edim için failin maddi durumunun iyi olmadığı ve zararın tazmini için güçlük çektiği durumlar için ideal bir edim olduğu ifade edilmiştir.

Hizmetin geçici süreli olması gerekir. Aksi bir yaklaşım angarya ve kölelik anlamına gelecek ve iş ve çalışma hürriyetinin ihlali niteliğinde olacaktır.

Söz konusu hizmetin mutlaka bedelsiz bir şekilde gördürülmesi şart değildir. Failin, belirli bir ücret karşılığında mağdurun ya da üçüncü bir kişinin yanında belirli bir süreyle çalışması da bu edim kapsamında değerlendirilebilir.

Düzenlemenin lafzından, söz konusu hizmetin bizzat fail tarafından ifa edilmesi gerekip gerekmediği anlaşılmamaktadır. Bununla birlikte onarıcı adalet sisteminin mantığı dikkate alındığında, söz konusu işin, bizzat fail tarafından yerine getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte taraflar, belirli bir işin gördürülmesi ve fakat bunun mutlaka fail tarafından görülmesinin şart olmadığı hususunda anlaşabilirler. Örneğin bir okul duvarının boyatılması gibi. Bu durumda her ne kadar söz konusu edim, çalışmamızın konusunu teşkil eden "bir hizmetin gördürülmesi" edimi kapsamında olmayacak olsa da taraflar hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı sürece herhangi bir edim üzerinde anlaşabilecekleri için bu tür bir edim de geçerli bir edim olacaktır.

Bu edimde fail, direkt olarak suçtan zarar gören kişinin ya da onun göstereceği üçüncü bir gerçek kişinin bir hizmetini görebileceği gibi

(örneğin evini boyama, kırılan kapıyı tamir etme, bahçesindeki otları temizleme, alışverişini yapma, aracını yıkama, hastaneye götürüp getirme, işyerinde bedelli/bedelsiz çalışma, huzurevindeki yaşlılara kitap okuma vb.); bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli bir hizmetini de görebilir (örneğin bir okulun bahçesini temizleme, bir kurumda çay-kahve servisi yapma, parktaki bir çeşmeyi tamir etme, bir caminin halılarını temizleme vb.). Nitekim uygulamada kasten yaralama suçundan haklarında soruşturma yürütülen şüphelilerin kişi başı kırk fidan dikmeleri; doktorun, kendisine karşı fiil işleyen kişinin iki gün süreyle hastanede kendi yanında çalışması koşuluyla uzlaşması gibi örneklere rastlanılmaktadır.

Hizmetin görüleceği kişiler; mağdur, suçtan zarar gören, üçüncü bir kişi, kamu kurumu, kamu yararına hizmet veren özel kuruluş olarak sayılmıştır. Burada mağdur, suçla korunan hukuki değer sahibi olan kişidir. Suçtan zarar gören de işlenen fiilden haklı çıkarı zedelene kişidir. Düzenlemede yer alan üçüncü bir şahıs; işlenen suçun mağduru ya da suçtan zarar göreni olmamakla birlikte kendisine fayda sağlayacak bir edimin alacaklısı konumunda olan, olayın tarafları dışındaki gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisidir. Kamu kurumu, belirli bir kamu hizmetini yerine getirmek gayesiyle oluşturulmuş olan kamu tüzel kişisidir (Adliye, hastane, okul vb.)⁴⁰. Kamu yararına hizmet veren özel kuruluş da dernekler ve vakıflar örnek olarak verilebilir⁴¹.

Bu edimde sadece suçtan zarar gören kişinin veya onun göstereceği üçüncü kişinin değil; bunun yanında kamu yararına bir hizmetin görülmesinin de kararlaştırılabilmesinin gerekçelerinden birisi, işlenen suçtan dolayı sadece gerçek kişi olan suçtan zarar görenin değil, bununla birlikte toplum düzeninin de hasar görmüş olmasıdır. Fail, üstlendiği bu nitelikteki bir edimle, topluma verdiği zararı da telafi etmeye çalışacaktır.

Yine hizmetin, belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Görülecek işin niteliği, miktarı, standartları, çalışma saatleri, belirli bir bedelin

⁴⁰ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 26. Baskı, 2024, s. 201; YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan/AZAK, Kerim, Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt 1, 8. Baskı, 2023, s. 218.

⁴¹ GÖZLER/KAPLAN, s. 209-210.

ödenip ödenmeyeceği, ne kadar süreyle gerçekleştirileceği gibi hususların, uzlaştırma raporunda belirtilmesi gerekmektedir.

Son olarak; söz konusu hizmetin, uzlaşmanın tarafları dışındaki bir gerçek veya tüzel kişi yararına ifa edilecekse, uzlaşma raporu tanzim edilmeden önce, ilgili kişi ya da kurumun bu tür bir ifayı kabul edip etmeyeceklerinin sorulması yerinde olacaktır. Aksi bir tutum, edimin ifasının kabul edilmediği durumlarda ifanın imkansızlığı da dahil çözülmesi karmaşık sorunlar ortaya çıkaracaktır.

III. UZLAŞTIRMA KAPSAMINDA YERİNE GETİRİLEN EDİMLERİN İŞ HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Türk Dil Kurumu sözlüğünde⁴² “çalışmak” eylemi “bir şeyi oluşturmak veya ortaya çıkarmak için emek harcamak”, “iş görmek” eylemi “iş yapmak, iş yapmaya uygun olmak” olarak tanımlanmıştır.⁴³ Tanımdan da anlaşıldığı üzere iş görme ve çalışmak eylemlerinin kapsamı oldukça geniştir. İş yapmak, bir şeyi oluşturmak veya ortaya çıkarmak için emek harcamak kapsamında birçok faaliyetten söz edilebilecektir.

Borçlar Kanunu’nda iş görme borcu doğuran sözleşmeler olarak eser, vekalet ve hizmet sözleşmeleridir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda ise iş sözleşmesi yer almış, eser ve vekalet sözleşmeleri kapsam dışında tutulmuştur. Mevzuatta çalışma kavramı sıklıkla kullanılmışsa da hukuken bir tanımlanmamıştır.

Çalışma, iş görme, faaliyet, hizmet gibi eylemlerin bahsedildiği her alanda iş hukuku akla gelmektedir. İş hukukunun kapsamı geniş olmakla birlikte, iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık unsurlarının varlığı halinde söz edilebilecek bir sözleşmedir.⁴⁴ Öte yandan üç unsurun yer aldığı tüm

⁴² <https://tdk.gov.tr/icerik/diger-icerikler/tumsozlukler/>

⁴³ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 28.05.2024).

⁴⁴ **EKONOMİ**, Münir, İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1976, s.61 **MOLLA-MAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, 2022, s.327; **SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, 2018, s.81-82; **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 21. Baskı, 2021, s.233 vd.; **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği

iş sözleşmelerinin İş Kanunu kapsamında olduğundan söz edilemez. İş Kanunu'nun uygulanması bakımından istisnaların yer aldığı maddelerdeki işlerde Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu⁴⁵, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun⁴⁶ gibi diğer kanunlar da uygulama alanı bulmaktadır.⁴⁷ Öte yandan iş görme ediminin kısa süreli şekilde yapıldığı başka bir ifade ile otuz iş gününden az olduğu işlere İş Kanunu'nun birçok hükmü uygulanmamaktadır.⁴⁸

Uygulamada farklı hukuk alanlarına ilişkin olaylarda "iş görme" eylemi doğrudan iş hukukunu işaret etse de taraflar arasındaki ilişkinin iş hukuku kapsamında olmadığı birkaç unsurun değerlendirilmesi ile net bir şekilde anlaşılabilir. Çalışmamızın konusu olan uzlaştırma kapsamında yerine getirilecek edimi öncelikle iş hukuku bağlamında değerlendirecektir.

B. İş Sözleşmesi Bakımından

İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir (İK m.8/1). İş sözleşmesi iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır.⁴⁹ İlk olarak iş görme unsurunu ele aldığımızda, iş görme edimi,

Kanununda Öngörülen İşverenin Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Ankara 2012, s.148; **ESENER**, Turhan, İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978, s.127; **SÜMER**, Halûk Hâdi, İş Hukuku, 26. Baskı, 2022, s.37; **CENTEL**, Tankut, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Kapsamı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 79-84, s.69; **GÜVEN**, Ercan/**AYDIN**, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan 2020, s.95.

⁴⁵ Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG 29.04.1967/12586.

⁴⁶ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13.06.1952, RG 20.06.1952/8140.

⁴⁷ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.220 vd.

⁴⁸ İş sözleşmesinin sürekli ve süreksiz oluşunu tarafların iradesinden bağımsız olarak işin niteliği esas almak suretiyle objektif bir ölçüte bağlanmıştır. Sürekli iş-süresiz iş ayırımında takvim günler değil, iş günleri esas alınacaktır. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.249.

⁴⁹ "İş sözleşmesi" terminoloji bakımından, "hizmet sözleşmesi", "iş akdi" ile aynı hukuki müesseseyi ifade eden terimler olduğuna ilişkin bkz.

işçi tarafından işveren faydasına bir işin yapılması veya bir hizmetin görülmesi şeklinde tanımlanabilecektir.⁵⁰ İş görmenin ekonomik anlamda bir iş olarak değerlendirilmesi yeterli olup, bedensel, düşünsel, sanatsal, bilimsel teknik vb. olması mümkündür.⁵¹ Borçlar Kanunu'nda da hizmet sözleşmesinin iş görme unsuru, işçinin işverene karşı bir iş görme edimini üstlenmesidir.⁵²

Diğer unsur olan ücret, iş sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının gereği olarak işçinin işi görmesinin karşılığında işverenin ücret ödeme borcu olarak ifade edilebilecektir. Ücret ödeme borcu işverenin temel borcudur. Ücret olmaksızın iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez. İş Kanunu'nda genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır (İK m.32/1). Ücret, işçi tarafından yapılan işin karşılığı olduğu için, çalışma olmaksızın veya çalışılmış sayılan günlerden olmadığı durumlarda ücret ödenmeyecektir.⁵³ Hatır için, yardım amaçlı veya aile yükümlülüğü olarak ücretsiz iş görmelerin varlığı halinde iş sözleşmesinden söz edilemeyecektir.⁵⁴ İşin karşılığında ödenen ücret başka bir ifade ile asıl ücret, para ile (nakden) ödenen tutardır (İK m. 32/1). Asıl ücret aynı (eşya) olarak kararlaştırılıp ödenemeyecektir. Asıl ücretin dışında yan menfaatler olarak ikramiye, prim, sosyal yardımlar ve diğer ücret ekleri ile birlikte ödenen ücret, geniş anlamda ücret

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, 2022, s.341.

⁵⁰ **EKMEKÇİ**, Ömer/**YİĞİT**, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2021, s.23.

⁵¹ **ULUSOY**, Muharrem Emre, Ev Hizmetlerinde Bireysel İş İlişkileri, 2023, s.233.

⁵² **ULUSOY**, s.148.

⁵³ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.379.

⁵⁴ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.238; Ücretsiz iş görme ediminin "iş bağışlaması" olduğuna ilişkin bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, s.333; **NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, 2012, s.175; Kural olarak ahlaksal bir ödevi yerine getirme ücreti gerektirmez. HGK, 4.2.1976, E.22/ K.170; **AKKURT**, Sinan Sami, "Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 13-64, s.17.

(giydirilmiş ücret) olarak ödenmektedir.⁵⁵ Ücretin açıkça belirlenmediği durumlarda işverenin asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır (TBK m. 401).

Son olarak bağımlılık unsuru ise, iş sözleşmesini iş görme ile bağlantılı diğer sözleşme türlerinden ayırt etmek için gerekli unsurdur.⁵⁶ İş Kanunu m.8/1’de iş sözleşmesinin tanımında “bağımlılık” unsuru açıkça belirtilmiştir. İşçi iş görme edimini az ya da çok şekilde işverene bağlı olarak, işverenin gözetimi ve denetimi altında yapmaktadır.⁵⁷ Söz konusu bağımlılığı kişisel ve hukuki bağımlılık şeklinde kabul etmek gerekmektedir.⁵⁸ İşçinin işverenin emir ve talimatlarına uyararak, işverenin denetim ve gözetim yetkisine katlanmak zorunda olması bağımlılığın kişisel; işçinin işverenin otoritesi altında iş görmesi ile bozulan eşitlik dengesi ise bağımlılığın hukuki yönüdür.⁵⁹ Bağımlılık unsurunun her iş sözleşmesinin de olması zorunlu olmakla birlikte her zaman aynı ağırlıkta olmayabilir. İşçinin yaptığı işin niteliği arttıkça bağımlılık unsuru azalabilecektir.⁶⁰

Bazı çalışmaların emir ve talimat altında bağımlılık unsuru altında yapıldığı düşünülse bile tüm bu çalışmaların iş hukuku kapsamında yapıldığını söylemek mümkün değildir. Netice olarak çalışma kavramını iş sözleşmesinin konusunu oluşturan “iş görme” ile aynı anlamda değerlendirmemek gerekmektedir.⁶¹ Ancak belirtmek gerekir ki, yapılan “iş”

⁵⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.380.

⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.239; NARMANLIOĞLU, s. 169; ERENER, Ebru, Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2017, s.15.

⁵⁷ Bağımlılığın iş sözleşmelerinin belirleyici unsuru olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi, 336 29, 26-27.9.1967, RG,19.10.1968, 13031.

⁵⁸ SÜMER, Halûk Hâdi, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil İş Hukuk Dergisi, C. III, S. 19, 2010, s. 63-73, s.63, 69; SÜZEK, İş Hukuku, s. 239; GÜVEN/AYDIN, s.97; Bağımlılık unsurunun, iş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık olduğu yönünde, Yargıtay 9HD, 1924/3388, 03.02.2021.

⁵⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 236.

⁶⁰ GÜZEL, Ali, Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Anlayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 1997, s.28-29; SÜZEK, İş Hukuku, s.236-237.

⁶¹ DOĞAN, Yenisey Kübra/KABAKCI, Mahmut, Gönüllü Emeği ve İş Hukuku, İstanbul 2017, s.30.

bakımından iş hukuku anlamındaki iş görme ile uzlaştırma kapsamında yapılan edim arasında fark olmayabilir. Örneğin bir apartmanın temizlenmesi işi, iş hukuku bağlamında bir iş görme olabileceği gibi uzlaştırma kapsamında bir edim de olabilecektir. Aralarındaki farkın hukuki sonuçlar bakımından kendisini gösterecektir.

Uzlaştırma müessesesinin düzenlendiği ceza hukukuna ilişkin mevzuatta tarafların uzlaştırma sonunda belli bir edimin yerine getirilmesi hususunda anlaşabilecekleri belirtilmiş, edim kavramının tanımı yapılmamıştır. CMUY m. 33'te örnek olarak edimler belirtilmiş olmakla birlikte, hukuka ve ahlaka aykırı şekilde olmadığı sürece sayılan edimler dışında da anlaşmaya varılabilecektir.

Çalışmamızın kapsamı olan uzlaştırma kapsamında tarafların aralarında kararlaştırabileceği iş görmenin başka bir ifadeyle şahsi edimin, iş sözleşmesinin unsurlarından biri olan iş görme olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Genellikle uzlaştırma kapsamındaki iş görme karşılığında ücret ödemesi olmamaktadır. Yapılan iş görme “yaptırım ve infaz” olarak ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmeyip “edim ve ifa” olarak kabul edilmektedir. “Edim ve ifa”nın da borçlar hukukuna ait kavramlar olmakla birlikte söz konusu iş görmeyi Borçlar Kanunu bakımından da iş görme olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Borçlar Kanununun altıncı bölümünde hizmet sözleşmeleri düzenlenmiştir. Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona; zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır (m. 393). Tanımda açıkça belirtildiği üzere ücret karşılığındaki yapılan iş görme ancak borçlar hukuku kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu bakımdan ceza hukukunun bir kurumu olan uzlaştırma kapsamında yapılan edimlerin genellikle ücret karşılığı yapılmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Bağımlılık ilişkisi iş sözleşmesinin ayırt edici önemli bir unsuru olmakla birlikte her bağımlı ilişkinin iş sözleşmesi kapsamında olduğunu söylemek mümkün değildir. Bağımlılık unsuru kişisel bağımlılık ile

ekonomik bağımlılığı da içinde barındırmaktadır. Uzlaştırma kapsamında şahsi edimi gerçekleştiren kişi belli ölçüde bağımlı olsa da iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Ücret iş sözleşmesinin temel unsurlarından olduğundan, karşılıksız, ücretin olmadığı bir hukuki ilişki iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir.⁶² Söz konusu ilişki ancak bir vekalet sözleşmesi veya hukuken düzenlenmeyen bir ilişki olabilecektir. Uzlaştırma kapsamında yerine getirilen edimin karşılığında genellikle ücret ödenmediği için, ceza ve özel hukuk hükümleri birlikte değerlendirildiğinde karma bir nitelikte olan uzlaştırma kurumunun, hukuken düzenlenmemiş bir ilişki olduğu düşüncesindeyiz. Ücretin kararlaştırılmamış olması ile ücretin bulunmaması farklı olup, iş sözleşmesinde ücret kararlaştırılmamış olsa bile ücret ödeneceği bilindiği için ücret unsurunun olduğu açıktır. Ancak uzlaştırma kapsamında yapılan edimde ücret kararlaştırılmamış olarak düşünülmemeli, ücret ödeme yükümlülüğü bulunmadığından iş hukuku çerçevesinde değerlendirme yapmak mümkün olmamalıdır.

Uzlaştırma kapsamında yerine getirilen edimi, eser sözleşmesi bakımından incelediğimizde, Borçlar Kanununun 470. maddesinde eser sözleşmesinin yüklenicinin bir eser meydana getirdiği iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olduğu belirtilmiştir. Eser sözleşmenin de en temel unsurunun ücret/bedel ödeme olduğu açık olduğundan uzlaştırma kapsamında yapılan edimin eser sözleşmesi olarak da kabulü mümkün değildir.

Uzlaştırma kapsamında kararlaştırılan edimin yukarıda belirttiğimiz şekilde genellikle ücret karşılığı olmaksızın yapıldığı bilinmekle birlikte, tarafların edime ilişkin ücret belirlemede engel bulunmamaktadır. Ancak taraflar edim karşılığında ücret belirleseler bile iş görme ve bağımlılık unsurları iş sözleşmenin unsurları ile aynı yönde olmadığından, uzlaştırma kapsamındaki edimin iş hukuku kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

⁶² Burada söz konusu olan ilişki iş sözleşmesinde olan iki tarafa yükümlülük yükleyen "synallagma" ilişkisinden farklı olacaktır.

C. Taraflar Bakımından

İş Kanunu m. 2/1’de işçi kavramı bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Madde tanımından da anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesi ile çalışma ve gerçek kişi olma unsurları işçi olabilmeyen iki temel unsurdur. İşçi sayılmak için kişinin bedenen veya fikren çalışması, işin niteliği, işçinin vasıflı olması veya olmaması, işyerindeki işçi sayısı gibi unsurlar önem arz etmemektedir. İş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işverenin özgür iradeleri ile kabul ettikleri iş sözleşmesinin varlığı halinde işçi sıfatının kazanılması söz konusu olacaktır. Bu bakımdan iş sözleşmesi niteliğine sahip olmayan eser, vekalet, çıraklık, adi şirket gibi sözleşmelerle çalışan kişiler işçi değildirler. Yine iş sözleşmesine dayanmayan yardım, hatır gibi amaçlarla veya aile yardımlaşması kapsamında yapılan işlerde çalışanlarında işçi sıfatları bulunmamaktadır. Tutuklu, hükümlü, askerlik yapanların faaliyetlerindeki, idare hukuku kapsamında olan memurların ve idari sözleşme ile çalışan sözleşmeli personellerin ve eğitim gören stajyerlerin çalışmalarındaki statüleri işçi olarak kabul edilmeyecektir. Cezaevlerinde veya çocuk ıslahevlerinde yapılan çalışmalar, işçi veya işveren olarak tarafların serbest iradesi ile olmayıp kamusal bir yükümlülükten kaynaklandığından, faaliyet gösteren kişi işçi sıfatına sahip olamayacak, yapılan çalışma da iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir. Gönüllülük esasının hâkim olduğu, toplum menfaati gözetilen kadın ve çocukların, yaşlıların, engellilerin, çevrenin korunması, sağlık ve eğitim hizmetleri, afet ve acil durumlar gibi hallerde yapılan faaliyetlerde bu çalışmanın iş hukuku kapsamında olup olmadığı ise tartışmalıdır.

Uzlaştırma kapsamındaki şahsi edimin gerçekleştirilmesinin iş hukuku mantığına uygun olmadığı, iş sözleşmesinin temel unsurları ile örtüşmediğini belirtmiştik. Nihayetinde iş hukukunun temeli olan iş sözleşmesinde işçi-işveren ilişkisi mevcut olduğundan uzlaştırmada mağdur ve failin işçi ve işveren niteliklerinin bulunmadığını ifade edebiliriz

Kanaatimizce, uzlaştırma kurumunda mağdurun işveren olarak kabul edilmesi halinde, iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan bütün yükümlülükleri üstlenmesi gerekecektir. Bu durumda şahsi edim talebinde bulunan tarafın mali yüklerinin ciddi bir biçimde artmasına ve

uzlaştırma kurumunun şahsi edim yönünden işlevinin mümkün olmasına sebep olabilecektir. Ancak şahsi edim olarak yürütülen faaliyetin veya iş görmenin tam bir serbesti içinde yapılması halinde de sağlık ve güvenlik açısından riskli durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu bakımdan şahsi edim konulu uzlaşmalarda hukuken üzerinde düşünülmesi gereken bir tablo ortaya çıkmaktadır.

IV. UZLAŞTIRMA KAPSAMINDA YERİNE GETİRİLECEK OLAN EDİMİN SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Anayasa'nın 60. maddesine göre herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Ülkemizde sosyal güvenlik emredici bir yapıya sahip olup hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortası olması zorunludur (SSGSS m.92) Sosyal güvenlikte primli ve primsiz olmak üzere iki yöntem mevcuttur. Esas olan ilgililerin ve belirli şartlarda devletin prim katılımı esasına dayanan primli sistemdir. Devlet prim katılımı olmayan sistemi, engelliler, yaşlılar, korunmaya muhtaç çocuklar gibi sosyal güvenlik kapsamında korunmaya muhtaç gruplar için devlet bütçesinden ya da kamu kaynaklarından finanse etmektedir.⁶³

Sosyal güvenlik mevzuatının temel kaynağı olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun⁶⁴ 1. maddesinde belirtildiği üzere, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası kişileri güvence altına almayı amaçlamaktadır. Aynı kanunun 3/6. maddesinde de kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödemesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişinin sigortalı olduğu tanımlanmıştır. Bu kanun çerçevesinde iş/hizmet sözleşmesi ile çalışanlar 4/1-a'lı, bağımsız çalışanlar 4/1-b'li ya da devlet memuru olarak çalışanlar

⁶³ Katılmasız sosyal güvenlik sistemi ve konu ile ilgili mevzuat hazırlıklarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer/GÜLVER, Ender, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2023, s. 771 vd.

⁶⁴ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006/26200.

4/1-c'li olarak değerlendirilip, karşılaşılabilecek risklere karşı geniş sosyal güvenlik şemsiyesi altında korunabileceklerdir. Ayrıca Kanunda bazı sigortalıların sadece belirli sigorta kollarına tabi olmaları öngörülmüştür. Bunlar tüm sigorta kollarına tabi olmadıklarından kısmen sigortalı sayılanlar olarak adlandırılmışlardır.

Esas olan prim katılımı olan sistem irdelendiğinde, sistemin çıkış noktasının çalışma olduğu söylemek doğru olacaktır. Nitekim prim katılımının olabilmesi için bir kazancın varlığı gerekmektedir. Yukarıda iş/hizmet sözleşmesi ile çalışanlar, bağımsız çalışanlar, devlet memurlarından ayrı maddelere göre değerlendirildiklerini belirtmişsek de hepsinin ortak yanı "çalışan sigortalı" olmalarıdır. Kazanç noktasında çalışanın bağımlı veya bağımlı olmadan çalışmasının da bir önemi bulunmamaktadır.

B. Sigortalılık Bakımından

Uzlaştırma kapsamında kararlaştırılan bir şahsi edimin yapılması sırasında meydana gelen bir risk halinde, failin sosyal güvenlik güvencesi önem arz etmektedir. Mevcut düzende failin kendi sosyal sigortalılık ilişkisi haricinde bir güvencesi bulunmamaktadır. Örneğin bir işçinin çalışması esnasında meydana gelen iş kazası halinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından faydalanabilecektir. Yine şartları sağlaması halinde hastalık sigortası kapsamında geçici iş görememezlik ödeneğinden de faydalanabilecektir. Ancak uzlaştırma kapsamında çalışan bir kişinin çalışması esnasında meydana gelen bir kazanın iş hukuku çerçevesinde olmayan bir çalışma esnasında olması nedeniyle iş kazası olarak kabul edilmeyecek ve kişinin kendi sigortalılık ilişkisi dışında güvencesi olmayacaktır.

Uzlaştırma kapsamında kararlaştırılan bir şahsi edimin yapılması tam anlamıyla ücret karşılığında bir çalışma anlamına gelmediği için, edimi gerçekleştiren kişi başka bir deyişle fail ile mağdur arasındaki ilişki sosyal güvenlik ilişkisinin kapsamı dışında kalmaktadır. Uzlaştırma ile kararlaştırılan şahsi edimlere ilişkin primli ve primsiz her iki sistem kapsamında yasal düzenleme bulunmamaktadır.

5510 sayılı Kanununun 6. maddesinde sigortalı sayılmayanlar yer almaktadır.⁶⁵ Taraflarının biri mağdur diğeri fail olan, aralarında bir şahsi

- ⁶⁵ Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında;
- a) İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi,
 - b) Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar,
 - c) Ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanununun ek 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç),
 - d) Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay ve yedek ast-subay okulu öğrencileri,
 - e) Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar,
 - f) yüksek okullarda fiilen normal eğitim süreleri içinde yapılan, tatbikî mahiyetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler,
 - g) Sağlık hizmet sunucuları tarafından işe alıştırılmakta olan veya rehabilite edilen, hasta veya malûller,
 - h) 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri gereği sigortalı sayılması gerekenlerden 18 yaşını doldurmamış olanlar,
 - ı) Kamu idarelerinde ve Kanununun ek 5 inci maddesi kapsamında sayılanlar hariç olmak üzere, tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz işlerde çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan; tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler ile 65 yaşını dolduranlardan talepte bulunanlar,
 - k) Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler,
 - l) Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkede sürekli ikamet izni veya bu devletin vatandaşlığını da haiz bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgeleyenler ile kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı

edim gerçekleştirilmek üzere anlaşma sağlanan ancak kamu gücünün de dahil olduğu bu “*sui generis*”⁶⁶ ilişkide, şahsi edimin gerçekleşmesi esnasında yaşanabilecek bir kaza neticesinde her iki tarafın da yeni mağduriyetler yaşamaması gerektiği düşüncesindeyiz. Özel hukuk kapsamında yapılacak bir edimde taraflar arasında eğer bir sosyal güvenlik ilişkisi kurulacaksa, olabilecek yöntemin de 4/1-a’ya uygun olduğu söylenebilecektir. Her ne kadar 4/1-a iş/hizmet sözleşmesi ile çalışanları ilk olarak akla getirirse de kanun koyucu bazı çalışan gruplarını iş sözleşmesi ile çalışmalarına rağmen 4/1-a kapsamında kabul etmiştir.⁶⁷

hallerde, işverenleri tarafından bulunulan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar,

m) Gençlik ve Spor Bakanlığı, Spor Genel Müdürlüğü, Türkiye Futbol Federasyonu, bağımsız spor federasyonları tarafından yapılan her türlü gençlik ve spor faaliyetleri ile bu faaliyetlerle ilgili kamp, eğitim ve hazırlık çalışmalarında süreklilik arz etmeyecek şekilde görevlendirilenler,

n) 30 uncu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi kapsamında olanlar hariç olmak üzere, yaşlılık aylığı almaktayken bu aylıkları kesilmeksizin 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışanlar, 4’üncü ve 5 inci maddelere göre sigortalı sayılmaz.

⁶⁶ Uzlaştırma kapsamında hazırlanan raporunun ibraname ve sulh sözleşmesi ile karşılaştırıldığında özel hukuk sözleşmesi niteliğinde kendine özgü (*sui generis*) olduğu yönünde bkz. SAĞLAM, Nazlı, “Uzlaştırmanın İş Kazalarından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davalarına Etkisi”, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 68, 2021, s.355, 376.

⁶⁷ Kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından aşağıda sayılan kişiler hakkında uygulanacak sigorta kolları şunlardır:

a) Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bunlar, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

b) 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday cıracak, cıracak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.

Çalışmamızın konusuna yakın olması bakımından özellikle 5510 sayılı Kanunun 5/a maddesinde düzenlenen “Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bunlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.” hükmü incelendiğinde uzlaştırma kapsamında şahsi edim yapacak kişi ile hükümlü ve tutukluların faaliyetleri arasında benzerlikler ve farklılıklar söz konusudur. Benzerlik olarak her iki tarafta hizmet sözleşmesi ile çalışmamaktadırlar. Hükümlü ve tutuklular çalışmalarının karşılığında ücret almakta, uzlaştırma kapsamında çalışan fail özel olarak

c) Harp malulleri ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri veya 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunun 56’ncı maddesi uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış malullerden, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Aylıkları kesilmeksizin 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışanlar hakkında uzun vadeli sigorta kolları, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden ay başından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz.

e) Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiş-tirme eğitimine katılan kursiyerler, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bunlar için Türkiye İş Kurumu prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte bu Kanun kapsamında işyeri ve işveren sayılmaz.

g) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50’nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye’de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır.

kararlaştırılmamışsa ücret almamaktadır. Hükümlü ve tutukluların kanundan yer alan açık düzenleme nedeniyle kısmi sigortalılığı söz konusu olacak, iş kazası ve meslek hastalığı ve analık sigortalarının primlerinin ödeme yükümlüsü işveren konumundaki Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu olacaktır⁶⁸.

Kısmi sigortalı sayılan, aday çırak, çırak, işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler için yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortaları hükümleri, staja tabi tutulan öğrenciler ve bursiyerler iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanmaktadır. Bu kişiler bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmamaları koşuluyla genel sağlık sigortası hükümleri uygulanmaktadır. Yine bu kişiler isteğe bağlı sigortalılık için gerekli şartları sağlamaları halinde isteğe bağlı sigortalı da olabileceklerdir.

Çalışmamızın konusuna yakın olan bir başka kurum “kamuya yararlı bir işte çalıştırma” faaliyetinde de ücretsiz çalışma söz konusu olup, gönüllülük esastır. Uzlaştırmada kararlaştırılan edimin yapılmasında da nihayetinde failin edimi kabul etmesi gerektiği için gönüllülük olduğunu söylemek mümkündür. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma durumunda çalışmanın ücretsiz olması ve iş hukuku kapsamında olmadığı açık olduğundan, sosyal güvenlik bakımından kanunda düzenleme yapılmıştır. Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu’nun⁶⁹ 14/2 maddesinde “Kamu yararına çalışma yaptırımının infazında 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri uygulanmaz” şeklindeki 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un⁷⁰ 44. maddesiyle eklenen hükmün gerekçesinde, kamuya yararına çalışma yapanların sigortalı kabul edilmemelerine ilişkin hizmet akdi ile çalışmadıkları ve ücret almadıkları için sosyal güvenlik kanununda (o dönem yürürlükteki 506 sayılı SSK) bu şekilde çalışanlara yönelik düzenleme olmadığı belirtilmiştir.

⁶⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ/GÜLVER, s. 314 vd.

⁶⁹ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5402, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 20.07.2005/25881.

⁷⁰ Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun Numarası:5560, Kabul Tarihi: 06.12.2006, RG 19.12.2006/26381.

C. Yasal Düzenleme İhtiyacına Yönelik Değerlendirme

Uzlaştırma kapsamında mağdurun şahsi edim talebini yerine getiren failin sigortalılığı probleminin çözümüne yönelik farklı üç yöntem değerlendirilebilir.

İlk olarak fail zorunlu sigortalılık kapsamına dahil edilerek, çırak, stajyer örneklerinde olduğu gibi iş kazası ve meslek hastalığı bakımından sigortalı olması sağlanabilir. Ancak bu durumda sigorta priminin kimin tarafından karşılanacağı sorusuna cevap bulmak gerekecektir. Şayet özel hukuk çerçevesinde değerlendirme yapıldığında ve mağdur tarafından primin karşılanması kararlaştırıldığında, mağdur bu kez hem yaşadığı olay neticesinde mağduriyeti yaşamış, hem de prim ödeme yükümlülüğü altına girmiş olacaktır.

İkinci yöntem olarak prim ödeme yükümlülüğünün Kanunun 4/1-b kapsamında kendi hesabına çalışanlarda olduğu gibi edimi yerine getiren kişi tarafından ödenmesi de bir alternatif çözüm olarak düşünülebilecektir.

Üçüncü yöntem olarak uzlaştırma kapsamında çalışan failin, şahsi edim talebini yerine getirdiği mağdur, işveren sıfatına sahip olmadığından ve ücret konusunda herhangi bir anlaşma olmayan hallerde, bu faaliyetin sosyal güvenlik kapsamı dışına alınması gerektiği düşünülebilecektir. Bu kez fail edimi gerçekleştirirken özellikle kaza geçirmesi halinde telafisi zor zararlar ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumda meydana gelen kaza iş kazası kabul edilmeyecek ancak kazayı geçiren fail genel mahkemelerde maddi ve manevi tazminat hakkı her zaman kullanılabilir. Nihayetinde edim talep eden mağdurun genel hükümler çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun davranması, kasti ve ihmali davranışlardan kaçınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kanaatimizce, bir kanun düzenlemesi ile bu konuda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara çözüm sağlanması en uygunu olacaktır. Kanun koyucu uzlaştırma kapsamında mağdurun talep ettiği şahsi ediminde çalışan kişileri kamuya yararlı işte çalışanlar gibi sosyal güvenlik dışında tutma yönünde düzenleme yapabileceği gibi, mağdurun şahsi edim talep etmesi, failin de kabul etmesi halinde, mağdur tarafından iş kazası ve

meslek hastalığı sigortası priminin ödenmesini zorunlu hale getirebilecektir.

Mağdur tarafından iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının yapılması külfet olarak düşünülse de yaşanabilecek bir kaza neticesinde olabilecekler düşünüldüğünde fayda-zarar ilişkisi bakımından sigortanın elzem olacağı açıktır. Yukarıda belirttiğimiz olabilecek bu mükellefiyet nihayetinde şahsi edim talebini kabul etmenin ön şartı sigorta priminin ödenmesi olarak düzenlenebilir. Öte yandan örneğin 3 gün boyunca mağdurun bahçesindeki çimlerin biçilmesi hususunda uzlaştırma kapsamında anlaşılması halinde 3 günlük iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının yapılması maddi bakımdan tüm sigorta kollarına ilişkin primlere göre oldukça düşük kalacaktır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasının primi, prime esas günlük kazanç alt sınırının %2'si oranındadır. Dolayısıyla mağdur tarafından ödenecek prim makul düzeyde olabilecektir. Mağdurun bu seçeneği kabul etmemesi halinde, şahsi edim yerine özür dileme, belli bir ödeme yapma vs. gibi seçenekler de mevcuttur. Uzlaştırma kapsamında çalışan kişinin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına tabi olacağının kabulü halinde hükümlü ve tutukluların çalışmasına benzer şekilde 4/1-a'lı olarak sigortalı olmaları uygun olacaktır.

Şayet uzlaştırma kapsamında çalışan failin sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından faydalanması yönünde bir düzenlenme yapılacaksa, diğer kısa vadeli ve uzun vadeli sigortalardan mağdura yükümlülük yüklenmemesi kanaatindeyiz. Böyle bir yükümlülük taraflar arasındaki ilişkinin hukuki boyutunu da farklı noktalara götürebilecektir.

Önemle eklemek gerekir ki, uzlaştırma kapsamında çalışan failin çalıştığı süreye ilişkin şartları sağlaması halinde isteğe bağlı sigortalı olarak dışarıdan prim ödeyerek uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına katılmalarına engel bir durum söz konusu değildir. Yine failin kendi sigortalılığı varsa, bundan da faydalanabilecektir.

V. UZLAŞTIRMA KAPSAMINDA YERİNE GETİRİLEN EDİMLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların işlerin yapmaları sırasında sağlıklı ve güvenli şekilde çalışmalarını sağlamak için alınması gereken tedbirleri, çeşitli sebepler nedeni ile meydana gelebilecek risklerin ortadan kaldırılması veya azaltılması amacıyla yapılan hukuki, teknik ve tıbbi kuralları kapsamaktadır.⁷¹ İş sağlığı ve güvenliği, çalışanları iş kazaları ve meslek hastalıkları karşısında korumakla birlikte, yaşanabilecek bir iş kazası veya hastalık halinde çalışanın ailesi ve devamında tüm toplum etkilenebileceğinden oldukça önemlidir.⁷²

Anayasa'da çalışanların "iş sağlığı ve güvenliği hakkı" adı altında belirlenmiş bir temel hakkı düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa, sosyal devlet ilkesi, yaşama, sağlık, yaş, cinsiyet ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmama, dinlenme, sosyal güvenlik hakları iş sağlığı ve güvenliği bakımından çalışanları korumayı sağlamaktadır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun⁷³ 2/1 maddesi "*Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ve işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır*" şeklinde düzenlenmiştir. Kanun metninden anlaşıldığı üzere, iş sağlığı ve güvenliğinin uygulanması mutlak emredici niteliktedir.⁷⁴

⁷¹ NARTER, Sami, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, 2014, s.19; SÜZEK, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, 1985, s. 8; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 1434; SÜMER, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 6. Baskı, 2022, s.6; EKİN, Ali, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), 2010, s. 23; SÜZEK, İş Hukuku, s. 902 vd.

⁷² KILKIŞ, İlknur, İş Sağlığı ve Güvenliği, 3. Baskı, 2016, s.4-5.

⁷³ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

⁷⁴ TİRİTLİOĞLU, Ersoy/ HİLAL, Hatice, "Türkiye'de Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 7, S. 2, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 2022, s. 1545-1586.

Çalışan kavramının ise Kanununun 3/1-b maddesinde “*Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu ve özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiyi*” ifade ettiği belirtilmiştir. Çalışan kavramı oldukça geniş kapsamda ele alınmıştır. İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu kapsamındaki tüm işçilerle birlikte, çıraklar, stajyerler, memurlar, sözleşmeli personel, diğer kamu görevlileri bu Kanun kapsamında “*çalışan*” olarak kabul edilmiştir⁷⁵. Kanununun 2/2 maddesinde, Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı faaliyetler ve kişiler belirtilmiştir.⁷⁶ Belirtilen bu faaliyetlerde kişileri çalıştıranların risk değerlendirmesi, sağlık gözetimi, iş güvenliği hizmetleri, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi gibi kanundan kaynaklanan yükümlülükleri bulunmamaktadır.⁷⁷

⁷⁵ ALPAGUT, Gülsevil, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 2, 2014, s.31; SÜZEK, İş Hukuku, s. 903; ÖZDEMİR, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 2014, s.106; CENTEL, s.79 vd.; EKMEKÇİ, Ömer/KÖME AKPULAT, Ayşe/LEDÜN AKDENİZ, Ayşe, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2021, s.2 vd.; CANIKLIOĞLU, s. 31; KORKUT, Gülsüm/TETİK, Alim, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Temel Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, 2013, s. 455-474; ÖZDEMİR, C. S., “6552 Sayılı (Torba) Kanun ile 6331 Sayılı İş Güvenliği Kanununda Yapılan Değişiklikler Sonucu İşverenlere Getirilen Yükümlülükler”, s.110, 111, https://www.vergira-poru.com.tr/upImage/org/2015-184_6552_Sayili_Torba_Kanun_Ile_6331_Sayili_Is_Cumhur_Sinan_Ozdemir.pdf (Erişim Tarihi 22.07.2024).

⁷⁶ a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığının faaliyetleri

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri

c) Ev hizmetleri

c) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri

⁷⁷ CANIKLIOĞLU, s. 33-34

B. Kapsam Bakımından

Uzlaştırma kurumu kapsamında “belirli hizmetlerin geçici süreyle yerine getirilmesi” ediminin ifası sürecine ilişkin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bakımından kapsamda veya istisnada olma gibi bir durum söz konusu değildir. Bu şekilde uzlaşan tarafların kararlaştırdığı bir edimin ifası esnasında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili nasıl bir yol izlenmesi gerektiği yasal mevzuatta yer almadığı gibi, uygulamada da çözümü bilinmemektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere uzlaşan tarafların işçi ve işveren sıfatı olmadığı ve aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmeyeceği açık olduğundan bu bakımdan da Kanun kapsamında olmadıkları açıktır. Kanunun istisnalarından 2/2-d bendinde yer alan “Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri” kapsamında da düşünülmesi mümkün değildir.

Uzlaştırma kapsamındaki faaliyetlerin iş sağlığı ve güvenliği kapsamında olup olmaması ile ilgili de sosyal güvenlik kapsamında olduğu gibi kanun düzenlemesi yapılması gerektiği kanaatindeyiz. İş sağlığı ve güvenliği bakımından da iki yöntem üzerinden tercih yapılarak çözüm sağlanabilecektir.

İlk olarak uzlaştırma kapsamında yapılması kararlaştırılan şahsi edim faaliyetlerinin, 6331 sayılı Kanununun 2/2 maddesinde sayılan istisna hallere eklenmesi ve bu faaliyetlerin iş sağlığı ve güvenliği hukuku kapsamı dışına alınması olabilecektir. Kapsam dışında kalmasının isabetli olabileceğine dair iki önemli gerekçe ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz. İlki uzlaştırmaya ilişkin edim sürelerinin uzun olmaması, geçici bir çalışma olması gibi nedenlerden iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanabilmesinin zor olacağıdır. İkincisi mağdurun yaşadığı olumsuz olayın üstüne bir de iş sağlığı ve güvenliği mükellefiyetinin yüklenmesinin haksızlık olabileceğidir.

İkinci yöntem ise, uzlaştırmada kararlaştırılan edimlerin iş sağlığı ve güvenliği kapsamına dahil edilmesi şeklinde olabilecektir. Böyle bir çözüme gidilmesindeki amaç iş sağlığı ve güvenliğinin tüm çalışanları kapsar şekilde olması gerektiği düşünülebilecektir.

Kanaatimizce uzlaştırma ile kararlaştırılan edim gerçekleştirilirken iş sağlığı ve güvenliği tamamen kapsam dışına alınır, telafisi güç sonuçların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Süreç sadece uzlaştırma tarafı olan faili değil, mağduru da gerek maddi gerekse manevi olarak yıpratılabilecektir. Nihayetinde olması istenmeyen olaylar veya sonuçlarla taraflar karşı karşıya kalabileceklerdir. Zaten yaşamış oldukları olay neticesinde uzlaştırma kapsamında anlaşmışlarsa da edim gerçekleşirken yeniden bir olay meydana gelerek içinden çıkılmaz bir durum söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan uzlaştırma müessesesinde şahsi edim kararlaştırılması halinde, edimin özel ve kamu hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle *sui generis* yapısı da dikkate alınarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun hangi maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Uzlaştırma kapsamında kararlaştırılan şahsi edimi yapan kişinin, üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumluluğunu ise haksız fiil kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Uzlaştırmanın şahsi edim talep eden diğer tarafının üçüncü kişilere verilen zararlardan sorumlu olmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesindeyiz. Çünkü zaten uzlaştırmaya konu suçun fiili ile karşı karşıya kalmış kişinin uzlaştırmada belirlenen şahsi edim neticesinde yeniden bir hukuki problemle karşılaşması hakkaniyete uygun olmayacaktır.

SONUÇ

Onarıcı adalet sistemi ile aynı amacı taşıyan uzlaştırma kurumu, suçtan kaynaklanan haksızlık nedeniyle mağdurun uğradığı zararın yine suçun faili tarafından karşılanmasının sağlandığı, tarafların aktif rol aldığı, tarafların hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla herhangi bir hususu edimin konusu olarak belirleyebildikleri önemli bir ceza hukuku uygulamasıdır. Her ne kadar ceza mevzuatında düzenleme yapılmışsa da bazı konularda özel hukuk kapsamına girdiğinden karma nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Tarafların kararlaştıracağı edimler, maddi edim-manevi edim, olumlu edim-olumsuz edim, ani-dönemsel-sürekli edim, şahsi (iş görme)-ayni edim gibi özel hukuk kapsamında olabilecektir.

Çalışmamızın konusu olan şahsi edim başka bir ifade ile iş görme, özellikle iş ve sosyal güvenlik hukuku ile iş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından önem arz etmektedir. Uygulamada uzlaştırma neticesinde şahsi edim konusunda anlaşılan fail ve mağdurun edimin ifası esnasında yaşayabilecekleri riskli durumların çözümü konusunda yasal düzenleme mevcut değildir. Kamu hukuku ile özel hukukun kesiştiği ve kendine özgü yapısı bulunan uzlaştırma kurumunda, tarafların şahsi edimde anlaşmaları halinde risk ihtimalini olabildiğince azaltmaya yönelik hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu kanaatindeyiz.

Uzlaştırma ile gerçekleşen edimin iş hukuku kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Sosyal güvenlik hukuku ile iş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından ise yasal düzenleme mutlaka yapılmalıdır. Yasal düzenlemeye ilişkin çözüm olarak farklı yöntemler olabileceğini düşünmekteyiz. İlk olarak iki hukuk alanında da uzlaştırma kurumu kapsam dışında tutularak istisna olarak düzenlenen maddelere eklenebilecektir. Böyle bir düzenlemenin mağdurun yükümlülüklerinin artmaması bakımından olumlu yanları olsa da failin yaşayabileceği özellikle kaza gibi durumlarda sakıncaları da olabilecektir. Fail güvencesiz şekilde kararlaştırılan edimi gerçekleştirmiş olacaktır.

İkinci yöntem ise sosyal güvenlik hukuku bakımından mağdur tarafından fail için sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının priminin ödenmesi şeklinde olabilecektir. Mağdurun failden şahsi edim talep edebilmesinin ön şartı prime esas kazancın (asgari ücret olarak kabul edilip) %2'si oranında iş kazası ve meslek hastalığı ödemesi yapılması şeklinde düzenleme yapılabilecektir. Böylelikle edim gerçekleşirken yaşanan bir kaza esnasında fail sigortalılık güvencesinden faydalanabilecektir. Başka bir yöntem olarak da prim ödeme yükümlülüğünün Kanunun 4/1-b kapsamında kendi hesabına çalışanlarda olduğu gibi edimi yerine getiren kişi tarafından ödenmesi şeklinde düzenlenebilecektir.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından ise, yasal mevzuat olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun'da uzlaştırma kurumuna uygun olması dikkate alınarak hangi maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin düzenleme yapılabileceği düşüncesindeyiz. Böylelikle mağdur ve fail

arasındaki edimin ifası sırasında oluşabilecek hukuki uyumsuzlukların önüne geçilmesinde ciddi bir adım atılmış olacaktır.

Nihayetinde uzlaştırma kurumu kapsamında “belirli hizmetlerin geçici süreyle yerine getirilmesi” ediminin ifasında ortaya çıkabilecek sorunların çözümüne ilişkin iş ve sosyal güvenlik hukuku ile iş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından kapsam dahilinde olup olmayacağı ve olursa ne şekilde olacağı hususlarında yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKKURT**, Sinan Sami: “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 13 – 64.
- ALPAGUT**, Gülsevil: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 2, 2014, s. 31 – 45.
- ANTALYA**, Osman Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, 2. Baskı, 2019.
- ARAS**, Bahattin: Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirlerine Etkisi, Ankara 2014.
- BAKAR**, Yunus Emre: Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, Ankara 2022.
- BAYINDIR**, Sinan/ **ERSÖZ**, Uğur: Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2019.
- BAYTAZ**, Abdullah Batuhan, “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, s. 117-130.
- CANIKLIOĞLU**, Nurşen: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşverenin Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Ankara 2012.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, 2021.
- CENTEL**, Tankut: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 79-84.
- ÇELİK**, Nuri/**CANIKLIOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat/**ÖZKARACA**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, İstanbul 2023.
- ÇETİN**, Soner H.: “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009, s. 1-33.
- ÇETİNTÜRK**, Ekrem: Ceza Adaleti Sisteminde Uzlaştırma, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.

ÇOLAK, Haluk/**TAŞKIN**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007.

ÇULHA, Rifat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey, İstanbul 2005.

DEĞİRMENCİ, Olgun: Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2021.

DOĞAN, Murat/**ŞAHAN**, Murat/**ATAMULU**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, 2024.

DOĞAN, Yenisey Kübra/**KABAKCI**, Mahmut: Gönüllü Emegi ve İş Hukuku, İstanbul 2017.

DONAY, Süheyl: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2015.

EKİCİ, Şahin Meral/**YEMENİCİ**, Kürşat: "6763 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2018, s. 445-507.

EKİN, Ali: İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), Ankara 2010.

EKMEKÇİ, Ömer/**KÖME AKPULAT**, Ayşe/**LEDÜN AKDENİZ**, Ayşe: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2021.

EKMEKÇİ, Ömer/**YİĞİT**, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2021.

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1976.

ERDEM, Ruhan Mustafa/**ESER**, Ferda/**ÖZŞAHİNLİ**, Pakize Pelin: 100 Soruda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2017.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.

ERENER, Ebru: Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2017.

ERİŞ, A. Uğur: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 137, 2018, s. 241-271.

ERSOY, Uğur: Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2024.

ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.

- GÖKCAN**, Hasan Tahsin: “Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesiyle İlgili Ceza Hukuku Kurumlarının Sorumluluk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi” in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds), Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan Cilt I, 2015.
- GÖZLER**, Kemal/**KAPLAN**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 26. Baskı, 2024.
- GÜVEN**, Ercan/**AYDIN**, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan 2020.
- GÜZEL**, Ali: Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Anlayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 1997.
- İPEK**, Ali İhsan/ **PARLAK**, Engin: Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler ile Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 2. Baskı, 2011.
- KAFES**, Veli: “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, 2011, s. 83-156.
- KAYMAZ**, Seydi/ **GÖKCAN**, Hasan Tahsin: “Uzlaşmada Edimin Konusu”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Özel Sayı 1, 2010, s. 391-411.
- KETİZMEN**, Muammer: “Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s. 1-10.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, 2011.
- KILKIŞ**, İlknur: İş Sağlığı ve Güvenliği, 3. Baskı, 2016.
- KORKUT**, Gülsüm/**TETİK**, Alim: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Temel Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, 2013, s. 455-474.
- KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, 2010.

- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, 2022.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, 2012.
- NARTER**, Sami: İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, 2014.
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I-II, 4. Baskı, Yetkin 2016.
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar/**CUNİ**, Orhan/**ÖZCAN**, Merve: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, 2018.
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar/**YERDELEN**, Erdal/**BOZ**, Burak/**YILMAZ**, Berna Ayşen/**ALTUNTAŞ**, Şeyda/**ERDEM**, Dilek Özge: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 4. Baskı, 2018.
- ÖZBEK**, Mustafa: ‘Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, 2005, s. 289-321.
- ÖZBEK**, Mustafa: “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 2007, s. 123-205.
- ÖZBEK**, Özer Veli: Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, 1999.
- ÖZBEK**, Özer Veli: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Genel Hükümler, C.1, 2. Baskı, 2005.
- ÖZBEK**, Özer Veli/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, 2017.
- ÖZDEMİR**, C. S.: “6552 Sayılı (Torba) Kanun ile 6331 Sayılı İş Güvenliği Kanununda Yapılan Değişiklikler Sonucu İşverenlere Getirilen Yükümlülükler”, Vergi Raporu, 2015, s. 110-115.
- ÖZDEMİR**, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 2014.
- ÖZER**, Hatice Duygu/ **DULAY YANGIN**, Dilek: “Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal’a Armağan, 2019, s. 727-756.

- ÖZEROĞLU**, Alev: Türk ve Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2023.
- ÖZGENÇ**, Nuri Berkay: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaştırma, 2015.
- ÖZTÜRK**, Bahri/ **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, 2019.
- SAĞLAM**, Nazlı: "Uzlaştırmanın İş Kazalarından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davalarına Etkisi", Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 68, 2021, s. 355-386.
- SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, 2018.
- SEZER**, Ahmet: Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaştırma, 2010.
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, 2018.
- SÜMER**, Halûk Hâdi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuk Dergisi, C. III, S. 19, 2010, s. 63-73.
- SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Hukuku, 26. Baskı, 2022.
- SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 6. Baskı, 2022.
- SÜMER**, Osman / **ÖNKAL**, Güncel: Onarıcı Adalet Açısından Uzlaştırma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 26. Kitap, İstanbul Barosu 2014.
- SÜRMEİLİ KALE**, Hazal: Metalaşma Bağlamında Hukukta Yapısal Dönüşüm ve Uzlaştırma, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023.
- SÜZEK**, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, 1985.
- SÜZEK**, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, 2021.
- ŞAHİN**, Cumhur/ **GÖKTÜRK**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 6. Baskı, 2017.
- TİRİTLİOĞLU**, Ersoy/ **HİLAL**, Hatice: "Türkiye'de Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 7, S. 2, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 2022, s. 1545-1586.

TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer/GÜLVER, Ender: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 22. Bası, 2023.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, 2018.

ULAŞAN, Fatih, “Toplumsal Barışın Sağlanmasında Uzlaştırma”, Türkiye Mesleki ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 12, 2023, s. 85-102.

ULUSOY, Muharrem Emre: Ev Hizmetlerinde Bireysel İş İlişkileri, 2023.

ÜNLÜTEPE, Mustafa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, 2021.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, 2021.

YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Uzlaştırma Eğitimi Rehber Kitapçık, 2007.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, 2017.

YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan/AZAK, Kerim: Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt 1, 8. Baskı, 2023.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, 2017.

YURTCAN, Erdener: Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi, 4. Baskı, 2005.

ZAFER, Hamide: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK m. 78/3)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, 2006, s. 117-140.

ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, 2013.

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 28.05.2024).

https://www.vergiraporu.com.tr/upImage/org/2015-1846552_Syili_Torba_Kanun_Ile_6331_Sayili_Is_Cumhur_Sinan_Ozdemir.pdf (Erişim Tarihi 22.07.2024).

https://www.vergiraporu.com.tr/upImage/org/2015-1846552_Sayili_Torba_Kanun_Ile_6331_Sayili_Is_Cumhur_Sinan_Ozdemir.pdf (Erişim Tarihi 22.07.2024).

KONUT KİRASİ SÖZLEŞMELERİNDE KİRAYA VERENİN ALT KİRA VE KULLANIM HAKKININ DEVRİNE İLİŞKİN RIZASI

Dr. iur. Cannur ERCAN, LL.M (Saarland)*

Öz

Kiracı olarak bir konutu kullanan kişiler, kira sözleşmesi kurulduktan sonra farklı sebeplerle konutu başkalarıyla paylaşmaya, bir kısmı veya tamamını tekrar kiraya vermeye ya da kira sözleşmesinden doğan kullanım haklarını devretmeye ihtiyaç duyabilmektedirler. Değinilen haller BK m. 322/II hükmünde kiraya verenin yazılı rızasına bağlanmıştır. Çalışmada BK m. 322/II'nin uygulanma koşulları ile hangi hallerde rızanın gerekmediği konut kirası sözleşmeleri özelinde belirlenecektir. Ayrıca BK m. 322/II'de düzenlenmemesine rağmen kiraya verenin rıza göstermekten kaçınabilmesinin hukuki sınırları çizilecektir. Adi kirada kiraya verenin rızasının gerekmediğini düzenleyen BK m. 322/I hükmü ile BK m. 323 uyarınca kira sözleşmesinin devri ve çatılı iş yeri kiralarına ilişkin değerlendirmeler kapsam dışı bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler

* Dr. Öğr. Üyesi. Süleyman Demirel Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye | Asst. Prof., Süleyman Demirel University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Isparta, Türkiye.

✉cannurcatakli@sdu.edu.tr • ORCID 0000-0002-1870-0510.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** ERCAN, Cannur : “Konut Kirası Sözleşmelerinde Kiraya Verenin Alt Kira ve Kullanım Hakkının Devrine İlişkin Rızası”, SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 709-744.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

• Alt Kira • Kullanım Hakkının Devri • Kiraya Veren Rızası • Rızanın Hukuki Niteliği • Çelişkili Davranış Yasağı

CONSENT OF THE LESSOR FOR THE TRANSFER OF SUBLEASE OR RIGHT OF USE IN RESIDENTIAL LEASE AGREEMENTS

Abstract

Persons who use a dwelling as tenants may need to share the dwelling with others for different reasons after the conclusion of the lease agreement, to re-let some or all of it, or to transfer the usage rights arising from the lease agreement. The cases are subject to the written consent of the lessor under Article 322/II CO. In this study, the conditions of application of Art. 322/II CO and the cases in which consent is not required will be determined for residential lease agreements. In addition, although it is not regulated in Art. 322/II of the Code, the legal limits of the lessor's ability to refrain from giving consent will be drawn. Art. 322/I CO, which regulates that the lessor's consent is not required in ordinary leases and the evaluations regarding the transfer of the lease agreement and roofed workplace leases pursuant to Art. 323 CO are excluded from the scope.

Keywords

• Sublease • Transfer of Right of Use • Lessor's Consent • Legal Nature of Consent • Prohibition of Inconsistent Behavior

GİRİŞ

Zamanla değişen ihtiyaçlar, kira sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşmenin kiracı tarafının konutu kısmen veya tamamen alt kiraya vermesi ya da konutu kullanım hakkını devretmesini gerektirebilmektedir. Bunda değişen ailevi ilişkiler, ekonomik güçlükler ile eğitim, seyahat veya kültürel amaçlı, bir süre başka bir yerde konaklama ihtiyacı da etkili olabilmektedir.

Anılan haller, BK m. 322/II uyarınca kiraya veren yazılı rızasına tabi kılınmıştır. BK m. 322/II'de ifade edilen¹, “konut... kiralarda... kiraya veren yazılı rızası olmadıkça kiralananı bir başkasına kiralayamayacağı gibi kullanım hakkını da” devredemeyeceği ifadelerinden yola

¹ Çatılı işyeri kiralaları da hükümde geçmekle beraber, inceleme konumuz konutun kullanılmasında, alt kirası veya kullanım hakkının devri ile sınırlandırıldığından, çatılı işyeri kavramına ilişkin değerlendirmelere çalışmada yer verilmemiştir.

çıkılarak hükmün unsurları ile BK m. 322/II uyarınca asıl kiraya veren yazılı rızasına tabi olan durumlar belirlenmeye çalışılacak, hangilerinde bu kapsamın dışında bulunulacağı gerekçesi ile rızanın gerekmeyeceğine dikkat çekilecektir. Ayrıca BK m. 322/II kapsamında asıl kiraya veren rızasının gerektiği; fakat rıza vermekten kaçınılması halinde, kaçınmaya genel ilke MK m. 2/II kapsamında sınır getirilip getirilemeyeceği değerlendirilecektir. Değinilen meselelerin gereğince açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla öncelikle kira ve alt kira sözleşmeleri ile kullanım hakkının devrine ilişkin genel bilgilere inceleme konumuzun gerektirdiği kapsamda yer verilecektir.

I. KİRA SÖZLEŞMESİ

Hukukumuzda adi kira sözleşmesi, BK m. 299 ve devamında; konut ve çatılı işyeri kiralaları ise BK m. 339 ve devamında düzenlenmektedir. BK m. 299 hükmü uyarınca kira sözleşmesi, kiraya verenin “*bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği*” sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım her türlü kirayı, taşınır ve taşınmazları kapsayan, genel nitelikte bir tanımdır. Tanımın yasada düzenlendiği yer itibarıyla² ve içeriğinin de ifade ettiği üzere “kira sözleşmesi” özellikle konut ve çatılı işyeri kirası ile ürün kirası kavramını kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır³. Ancak bunlar dışında da kira sözleşmeleri bulunmaktadır⁴.

Kira sözleşmesinin tarafları gerçek veya tüzel kişiler olabileceği gibi taraflardan birini, üç-dört öğrencinin konut kiralamasında olduğu gibi tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluk da oluşturabilir⁵. Kiraya veren

² Kira sözleşmesi, Borçlar Kanununun kira sözleşmesi başlıklı dördüncü bölümünün birinci ayrımı altında “genel hükümler” kısmının ilk hükmünde tanımlanmaktadır.

³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2023, s. 317, nr. 1039.

⁴ Odun, kömür, kavun, karpuz satılan arsa kirası gibi. Ayrıca taşınır eşya olup da ürün getirisi olmayan araç, televizyon, giysi vb. eşyaların kiralınması. Örnekler hakkında bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 317, s. 319, nr. 1039, nr. 1042.

⁵ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Ankara 2023, s. 326 – 327.

tarafın da paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetinde söz konusu olduğu gibi birden fazla kişiden oluşması mümkündür⁶.

Kira sözleşmesi, kullandırma amacı güden sözleşmelerdendir⁷. Hatta kullandırma amacı güden sözleşmelerden akla ilk önce gelenidir. Borçlar Kanunu sistematüğinde kullandırma amacı güden diğer sözleşmeler ariyet (kullanım ödöncü, BK m. 379 vd.), karz (tüketim ödöncü, BK m. 386 vd.) sözleşmeleridir. Kira sözleşmesinin bir diğer özelliğı, sürekli borç doğuran sözleşmelerden olmasıdır⁸. Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli yapılması, bu nitelendirmeye engel teşkil etmez⁹. Özellikle sözleşmenin kiraya veren tarafı bakımından, kiralananın kiracının kullanımına uygun şekilde bulundurulması kesintisiz, sözleşme devam ettiğı süre boyunca yerine getirilmesi gereken bir edim olduğundan, kira sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliğindedir¹⁰. Buna karşın diğer tarafın edimi genellikle dönemsel edim içeren bir borç niteliğı taşır. Kira bedelinin her ay, ayın belli günlerinde ödenmesinde olduğu gibi. Ancak iki yıl süreli kira sözleşmesinde kira bedelinin bir defada ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerdeki gibi ani edimli bir borç olarak kararlaştırılmasına da bir engel bulunmamaktadır¹¹. Sözleşmeye tipikliğini veren esaslı

⁶ Kira sözleşmesi yapılabilmesi için elbirliği mülkiyetinde MK m. 702 uyarınca oy birliği; paylı mülkiyette ise MK m. 691 uyarınca pay ve paydaş çoğunluğu aranacaktır.

⁷ **ARAL/AYRANCI**, s. 319; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul 2019, s. 235; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2022, S. 417; **ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul 2021, s. 195; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 193; **EREN**, Borçlar Özel, s. 317.

⁸ **ARAL/AYRANCI**, s. 318; **EREN**, Borçlar Özel, s. 320, nr. 1046, 1047; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 192; **DOĞAN**, Murat: Kira Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, ÖZ, Turgut (Editör), Ankara 2023, s. 195.

⁹ **ARAL/AYRANCI**, s. 318; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 206 vd.

¹⁰ **EREN**, Borçlar Özel, s. 320, nr. 1046 ve dn. 8'de adı geçen yazarlar; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 417; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 192; **DOĞAN**, s. 195.

¹¹ Kira sözleşmesinin dönemsel-ani edimli olması hakkında bkz. **ARAL/AYRANCI**, s. 366. Sürekli edimler ile aralıklı ve dönemli edimler hakkında ayrıca bkz. **OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 21. Baskı, İstanbul 2023, s. 12 vd., Nr. 40 vd.; **TEKİNAY**, Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**,

edimlerinden hareketle (BK m. 299, BK m. 357/I) kira sözleşmesinin bir diğer özelliği, kiralananın kullanım hakkına karşılık olarak kira bedelinin ödenmesidir. Bu nedenle kira sözleşmesi, ivazlı; hatta tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatik*) bir sözleşmedir¹². Kiralananın kullandırılması ile sözleşmenin diğer tarafının kararlaştırılan kira bedelini ödemesi edimleri, birbirleriyle tam bir karşılık ilişkisi içerisindedir. Bu sebeptendir ki tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanabilen ödemezlik def'ini düzenleyen BK m. 97 ve borçlu temerrüdüne ilişkin BK m. 123 vd. hükümleri, kira sözleşmesinin tarafları açısından da uygulama alanı bulur¹³. Son olarak kira sözleşmesi, rızai sözleşmelerdendir. Bunun anlamı, kira sözleşmesinin kurulması için tarafların, kiralananın kullanılması karşılığında kira bedelinin ödenmesine ilişkin anlaşmalarının yeterli olması; bir başka deyişle, sözleşmenin kurulması için kiralananın tesliminin gerekmemesidir¹⁴. Kiralananın teslimi, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra kiraya verenin sözleşmeden doğan borcunun ifasının bir gereğidir¹⁵.

Çalışmada konut kirasının alt kiraya verilmesi ile kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkının devri esas alındığından işyeri kirası ve ürün kirasına ilişkin diğer bilgiler kapsam dışı bırakılmıştır. Bu nedenle alt kiraya ve kullanım hakkının devrine ilişkin bilgiler konut kirası özelinde kaleme alınacaktır. Aşağıda öncelikle alt kira ve kullanım hakkının devri sözleşmelerine değinildikten sonra ayrıca, bunların yapılabilmesi

Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 10-11; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 103 – 104, nr. 271 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 417.

¹² EREN, Borçlar Özel, s. 320, 321, nr. 1045, 1049; ARAL/AYRANCI, s. 318; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 417.

¹³ EREN, Borçlar Özel, s. 320, nr. 1045.

¹⁴ Kira sözleşmesinin rızai sözleşmelerden olduğu yönünde bkz. ARAL/AYRANCI, s. 318; EREN, Borçlar Özel, s. 321; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri – Sözleşmeler Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2021, s. 364; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 416; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/2, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul, 2008, § 22, s. 11; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 192; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 222-223; DOĞAN, s. 195.

¹⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 321, nr. 1048.

için kiraya verenin rızasını arayan BK m. 322/II hükmünce rıza vermekten kaçınmanın sınırları, MK m. 2/II uyarınca çizilmeye çalışılacaktır¹⁶.

II. ALT KİRA SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Kira sözleşmesine tipikliğini veren unsurlar yasa da “... bir şeyin kullanılması...” karşılığında ... kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlenmesi...” (BK m. 299) olarak ifade edildiğinden bu düzenlemeden kiraya verenin, kiralananın maliki olması gerekmediği çıkarılacaktır¹⁷. Öyleyse kiraya veren, kiraya konu şeyin kiracısı dahi olabilecektir. Nitekim kiracının alt kira imkânı hukukumuzda, kullanım hakkının devri imkânı ile aynı hükümde, BK m. 322’de kaleme alınmıştır. Hüküm uyarınca kiracı, kiralanananda, “kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe neden olmamak koşuluyla” onu “tamamen veya kısmen başkasına kiralayabilir” ya da üzerindeki “kullanım hakkını başkasına devredebilir” (BK m. 322/I).

İnceleme konumuz özelinde konut kirası sözleşmelerinde alt kiranın varlığından bahsedebilmek için öncelikle asıl kira sözleşmesi ile taraflar arasında geçerli bir alt kira sözleşmesi bulunmalıdır¹⁸. Daha açık bir deyişle her ne kadar asıl kira sözleşmesi bulunmaksızın alt kira sözleşmesi kurulabilecek olsa da asıl kira sözleşmesi (geçerli) olmaksızın alt kira sözleşmesindeki kiralananın kullandırılması taahhüdü yerine getirilemeyecektir¹⁹. Ayrıca konut kirasında alt kira sözleşmesinin yapılabilmesi için asıl kiraya verenin alt kira sözleşmesine yazılı rıza göstermesi gereklidir (BK m. 322/II). Konut kirası sözleşmelerinde adi kira sözleşmesinden ayrılan bir düzenleme ile ilk kiraya verenin yazılı onayı alınmaksızın,

¹⁶ Dürüstlük kuralı (MK m. 2/I) ve hakkın kötüye kullanılması yasağı arasındaki ilişki hakkında bkz. **BAYGIN**, Cem/**NAR**, Ahmet, Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 231 vd.

¹⁷ Alt kiraya verenin malik olma zorunluluğunun bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 505; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 421; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 328; Yargıtay, 3. HD, 02.05.2002, E. 2002/4011, K. 2002/4827 (kazancı).

¹⁸ Sözleşmelerde genel geçerlik koşulları hakkında ayrıntılı bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 84 vd., nr. 868 vd.; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 364 vd., nr. 1002 vd.

¹⁹ **KAHVECİ**, Nalan, Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005, s. 65.

konutun alt kiraya verilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir (BK m. 332/II)²⁰. Bu nedenle konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından kural, alt kira yasağı olarak görülmektedir²¹. Meğerki kiraya veren, alt kiraya yazılı olarak izin vermiş olsun ya da rıza göstermekten kaçınması MK m. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması/çelişkili davranış yasağı oluştursun²².

BK m. 322'de alt kira düzenlenmişse de alt kiranın yasal tanımı yapılmış değildir. Ancak kira sözleşmesini tanımlayan BK m. 299 hükmü de dikkate alınarak alt kira kısa ve öz itibariyle, konut veya çatılı işyerinin, kiracısı tarafından, fakat kiraya veren sıfatı ile kendi sahip olduğu kullanım hakkının sınırlarını aşmamak üzere, kira bedeli karşılığında tekrar kiralanması olarak ifade edilebilecektir²³. Tanımın da ifade ettiği üzere bu halde iki farklı kira sözleşmesi bulunmaktadır. Alt kira sözleşmesine de asıl sözleşmenin kiraya vereni ile kiracısı arasındaki ilişkide söz konusu olan hükümler uygulanır²⁴. Her iki sözleşmenin tipi de kira sözleşmesidir. Asıl kira sözleşmesinin tarafları ilk kiraya veren ile kiracı iken alt kira sözleşmesinin tarafları bu defa kiraya veren konumundaki ilk kiracı ve alt kiracıdır. Alt kira sözleşmesinin yapılmış olması, asıl sözleşmedeki kiraya

²⁰ Adi kira sözleşmesinde konut ve çatılı işyerlerinin alt kiraya verilmesinin aksine ilk kiraya verenin rızası aranmamaktadır. Kiralanan şeyin alt kiraya verilemeyeceği sözleşmede kararlaştırılmadığı müddetçe, adi kirada alt kira sözleşmesi yapılabilecektir. Ayrıca bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 281 – 282.

²¹ **EREN**, Fikret / **DÖNMEZ**, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt IV, Ankara 2023, Madde 322, s. 709.

²² Bkz. aşağıda IV. C. Başlığı altındaki açıklamalar.

²³ Alt kira hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 505 vd.; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 271 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 281 vd.; **EREN/DÖNMEZ**, Madde 322, s. 709 vd.; **CANARSLAN**, Gökçe: "Türk Borçlar Hukuku'ndaki Gelişimiyle Alt Kira", Adalet Dergisi, S. 71, 2023, s. 226 vd.; **YÜCER**, İpek: "Alt Kira", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 794 vd. **EROL DURAK**, Yasemin, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri, Ankara 2017, s. 5 vd.

²⁴ Yargıtay, HGK, 28.11.1979, E. 1 – 1211, K. 1409 (YKD, 1980/7, s. 941). (**ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 328, dn. 416'dan naklen). Alt kiraya verilen konut veya çatılı işyerinin de alt kirası teorik olarak mümkündür. Bu halde alt kira sözleşmesi, BK m. 322/II'den çıkarılan sonuçla, asıl kira sözleşmesinin kiraya vereni ile ilk alt kira sözleşmesinin kiraya vereninin yazılı iznine bağlıdır. **EREN/DÖNMEZ**, Madde 322, s. 712.

veren ve kiracı arasındaki hukuki ilişkiye tesir etmez²⁵. İlk kiraya veren ile alt kiracı arasında sözleşmesel bir hukuki ilişki bulunmamaktadır²⁶. Aksine onlar arasındaki hukuki ilişki, BK m. 322/III, 2 dolayısıyla kanunen kurulmuştur. BK m. 322/III, 2 uyarınca alt kiracı, kiralananı, kiracıya tanınandan başkaca bir biçimde kullanırsa kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracı veya kullanım hakkını devralana da ileri sürebilecektir. Asıl sözleşmede kiraya veren ile alt kiracı arasında kira sözleşmesinden doğan bir ilişki bulunmamasına rağmen asıl kiraya verenin doğrudan alt kiracıya, aslında kendi kiracısına karşı sahip olduğu nisbi nitelikteki, sözleşmeye uygun davranması istemini yöneltebilmesi, “doğrudan talep” olarak nitelendirilmektedir²⁷.

B. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Konutun kısmen veya tamamen alt kiraya verilmesinde önemli olan, asıl kira sözleşmesinde kiracıya (alt kiraya veren) tanınan kapsamın aşılmasıdır. Alt kiraya ilişkin yukarıda verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere alt kira sözleşmesinin asıl kira sözleşmesi ile sözleşmenin konusu (kiralanan) bakımından bağlantısı²⁸ bulunmakla beraber aslında bunlar, birbirinden bağımsız sözleşmelerdir²⁹. Alt kira sözleşmesinin kurulması, asıl kira sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkide bir değişikliğe neden olmaz³⁰. İlk kiraya verenin borçları; kiralananı, sözleşme kapsamında karşı tarafın kullanım amacına uygun olarak teslim etme ve

²⁵ EREN/DÖNMEZ, s. 709; EROL DURAK, s. 58.

²⁶ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 273; EREN/DÖNMEZ, Madde 322, s. 713; CANARSLAN, s. 228.

²⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 283.

²⁸ Alt kirada, asıl kiraya konutun tamamının alt kirasının zorunlu olmadığı, kısmen dahi kiralanaabileceğinden çıkarımla asıl kira sözleşmesi ile alt kira sözleşmesi arasında fiili bir ilişki gerektiği ve bu ilişkinin yanı sıra her iki sözleşmenin de karakteristik edimleri bakımından benzeşmeleri, uyumlu olmaları gerektiği hakkında bkz. KAHVECİ, s. 64.

²⁹ KAHVECİ, s. 65 vd.; EROL DURAK, s. 58.

³⁰ ARAL/AYRANCI, s. 389.

kullanım amacına uygun halde bulundurma, ayıba³¹ ve zapta³² karşı tekeffül sorumluluğu, vergileri ödeme borcu ilk kiracıya karşı yine devam etmektedir³³. Ayrıca konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından yasada düzenlenen, kiralananın iade edileceği zaman kiralanan, kiracının sorumluluğu bir sebeple bulunan zararların giderilmesi amacıyla kiracıdan alınan güvence iade edilmelidir. Kira sözleşmesinin sona ermesini takip eden üç ay içinde kiraya veren, kiracıya kira sözleşmesi ile ilgili bir dava açtığını ya da icra iflas yoluyla takipte bulunduğunu, güvencenin yatırılmış bulunduğunu bankaya bildirmezse banka, kiracının talep etmesi halinde güvenceyi geri vermekle yükümlüdür (BK m. 342/III).

Kiraya verenin kiracısına karşı ileri sürebileceği sözleşmeden doğan hakları, söz konusu konut alt kiraya verilse dahi devam etmektedir. Bu bakımdan asıl kiracı kira bedelini ödemeli; kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene bildirilmesinden (BK m. 318), konutun kullanılması neticesinde ortaya çıkan masrafların karşılanmasından (BK m. 317) ve kiralananın özenle kullanılmasından doğan sorumluluğu devam etmektedir (BK m. 316). Ayrıca konut alt kiraya verilmiş olsa dahi asıl kiracı da kira sözleşmesinin bitiminde kiralananın iade edilmesinden sorumludur (BK m. 334/I, 1; BK m. 372/I). Alt kira sözleşmesi bakımından da yukarıda değinilen, kira sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, bu defa alt kiraya veren ile alt kiracı arasında devam etmektedir. Alt kiracı da kendi kiraya verenine karşı kira bedelini ödeme³⁴ (BK m. 313

³¹ Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÇABRİ**, Sezer, Kiraya Veren Ayıptan Sorumluluğu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 156 vd., s. 169 vd.; **ARAL/AYRANCI**, s. 339 vd.; **SARIDOĞAN**, Tahir, Kiraya Veren Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2023, s. 157 vd. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 225 vd.; **DOĞAN**, s. 206 vd.

³² Zapttan sorumluluk hakkında bkz. **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 242 vd.; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 289 vd., s. 295 – 296.

³³ Kiraya verenin ve kiracının hak ve borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 273 vd.; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 271 vd.; **ARAL/AYRANCI**, s. 337 vd.; alt kira hakkında 818 sayılı Borçlar Kanunu ile karşılaştırmalı olarak bkz. **CANARSLAN**, s. 241 vd.

³⁴ Sözleşme ilişkisinin nisbiligi ve alt kiracı ile asıl kiraya veren arasında sözleşmesel bir hukuki ilişki bulunmadığından hareketle, alt kira sözleşmesinden doğan kira

vd.), konutu özenle ve komşulara saygı göstererek kullanma (BK m. 316), kiralananın olağan temizlik ve bakım giderlerini karşılama (BK m. 317) ve kiralanandaki ayıpları bildirme (BK m. 318), bunların giderilmesine katlanma (BK m. 319) yükümlülüğü altındadır³⁵. Alt kira sözleşmesine özgü olarak alt kiraya veren, kendisinin de kiracı olduğunu alt kira sözleşmesinin karşı tarafına bildirmelidir³⁶. Alt kiracının borçları bakımından asıl kiraya veren ve yine asıl kira sözleşmesindeki kiracının, alt kiracıya karşı kanundan doğan müteselsil alacaklılık ilişkisi söz konusudur³⁷. Ayrıca kiralanın konutun tapuya şerh verilmesi; böylece kira sözleşmesinden doğan nisbi nitelikteki kullanım hakkının “ileri sürülebileceği çevre bakımından etkisinin kuvvetlenmesi³⁸” imkânı, alt kira sözleşmesinde de bulunmaktadır³⁹. Tıpkı kira sözleşmesi gibi alt kiranın şerhi için de malikin rızası gereklidir (BK m. 312; MK m. 1009; MK m. 1013/I).

bedeli alacağını, asıl kiraya verenin talep edemeyeceği sonucuna ulaşılacaktır. Ayrıca bkz. **KAHVECİ**, s. 80; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdın Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt 1, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 488. Asıl kiraya veren, kira bedeli alacağını kendi kiracısından (alt kiraya verenden) talep edebilecektir. Her iki sözleşmedeki kira bedelinin miktarının aynı veya birbirine yakın olması gerekmez. Taraflar, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü kapsamında kira bedelini serbestçe tayin edebilirler. Meğerki irade sakatlığı hallerinden biri veya aşırı yararlanma bulunsun. Sözleşmelerde irade sakatlığı halleri ile aşırı yararlanma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, 95 vd., nr. 297 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 432 vd., nr. 1154 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 425 vd.

³⁵ Alt kiracının hakları ve borçları hakkında ayrıca bkz. **EROL DURAK**, s. 91 vd.; **YÜCER**, s. 801 vd.

³⁶ Alt kiraya verenin bilgi verme yükümlülüğünün ihlalinin, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açacağı hakkında bkz. **HÖCHLI**, Andreas, Der Untermietvertrag, Zürich, 1982, s. 48 (**KAHVECİ**, s. 124, dn. 252’den naklen). *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s. 1275 vd., nr. 3528 vd.

³⁷ **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 217.

³⁸ Hakkın ileri sürülebileceği çevre bakımından yapılan ayırımla, bir nisbi hak olan alacak hakkının yasa bu imkânın tanınmış olması kaydıyla tapuya tescil edilerek “etkisinin kuvvetlenmesi” hakkında temel bilgi ve açıklamalar hakkında bkz. **OĞUZMAN**, Kemal/**BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar, 30. Baskı, İstanbul 2024, s. 172 vd., nr. 548 vd.; **DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 16. Baskı, İstanbul 2021, s. 169 vd., nr. 999 vd.

³⁹ **TANDOĞAN**, s. 159; **KAHVECİ**, s. 120 vd. Ancak alt kira sözleşmesinin tapuya şerh

Asıl ve alt kira sözleşmelerinin her ikisinin de kurulması ve sona ermesi, birbirinden tamamen bağımsızdır⁴⁰. İkinci sözleşmede alt kiracıya tanınacak kullanım hakkının kapsamı her ne kadar ilkinin bağımlılığıyla oradaki kapsamla sınırlı olsa da her iki sözleşmenin bağımsızlığı gereği asıl kira sözleşmesindeki olası hükümsüzlük halleri, alt kira sözleşmesinin geçerliğine tesir etmez. Ancak alt kiraya verenin, alt kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin gereğini yerine getirememesi nedeniyle alt kiracıya karşı sorumluluğunun doğmasına neden olur.

Her iki sözleşme birbirinden bağımsız olduğundan ve asıl kira sözleşmesindeki kiraya veren ile alt kiracı arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereği ilk kiraya veren ile alt kiracının birbirlerine ileri sürebilecekleri talepleri kural olarak bulunmamaktadır⁴¹.

Alt kira sözleşmesi asıl kira sözleşmesinden bağımsızdır; fakat ilk kira sözleşmesinin hükümsüzlüğü ya da süresinin dolması halinde alt kiracı, kiralananı kullanım hakkına kavuşamayacaktır⁴². Buna dayanarak yaptığı alt kira sözleşmesinde bu defa kiraya veren sıfatı ile kendisinin alt kira sözleşmesinden doğan, konutu karşı tarafın (alt kiracının) sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun halde bulundurma ve zilyetliğin devri borcunu yerine getiremeyeceğinden sözleşmeden doğan sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Asıl kira sözleşmesi hükümsüzse veya halihazırda sona ermişse ya da asıl kiraya verenin, alt kiraya rızası yoksa alt kira sözleşmesi, rızai bir sözleşme olduğundan yine de geçerli olarak kurulabilecektir. Ancak somut olaydaki duruma göre başlangıçtaki ya da sözleşmenin kurulmasından sonraki (hukuki) imkânsızlıktan bahsedilebilecektir⁴³. Buna göre

edilebilmesi, asıl kira sözleşmesinin de şerh edilmiş olmasına bağlıdır. **KAHVECİ**, s. 121-122.

⁴⁰ **KAHVECİ**, s. 71 ve dn. 38.

⁴¹ **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 273; **CANARSLAN**, s. 228.

⁴² Bu bakımdan, her iki sözleşme birbirinden bağımsız olsa da bazı konularda "zorunlu olarak" birbirlerine bağımlıdır. **CANARSLAN**, s. 228; **YÜCER**, s. 797.

⁴³ Yargıtay, HGK, 08.02.2012 tarih ve E.2011/3-749, K.2012/50 sayılı kararı ile asıl kiraya verenin rızası olmamasına rağmen alt kira sözleşmesinin yapıldığı hallerde asıl kira sözleşmesi sona ererse alt kira sözleşmesinin de sona ereceğine hükmetmiştir. Ancak

başlangıçtaki (kusurlu) imkânsızlık halinde alt kira sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü (BK m. 27/I) ve imkânsızlık söz konusu olmasına rağmen sözleşmenin kurulmasında alt kiraya verenin kusuru varsa karşı tarafın zararının tazmini; sonraki kusurlu imkânsızlık halinde ise yine alt kiraya verenin tazminat sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁴⁴. Ayrıca asıl kira sözleşmesi bakımından da asıl kiraya verenin rızası olmaksızın alt kira sözleşmesinin yapılması, BK m. 316/III uyarınca asıl kira sözleşmesinin fesih nedeni olabilecektir⁴⁵.

Alt kira sözleşmesinde kiralananın kullanım kapsamı ve süresi, asıl kira sözleşmesinde kararlaştırılanı aşmamalıdır⁴⁶. Anılan bilgilere, hiç kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredememesine ilişkin temel prensip (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) dikkate alınarak da ulaşılabilecektir. Asıl kira sözleşmesi sona ermesine rağmen bu kapsamı aşan alt kira sözleşmelerinde kiraya verenin (asıl kira sözleşmesindeki kiracı), asıl kira sözleşmesindeki kiraya verene karşı, aralarındaki kira sözleşmesi dolayısıyla sorumluluğu doğar. Ayrıca asıl kira sözleşmesinin sona ermesine rağmen alt kira sözleşmesine dayanılarak konutun kullandırılmaya devam edilmesi halinde asıl kiraya veren, kendi kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya ileri sürebilecek (BK m. 322/III,

asıl kira sözleşmesinin sona ermesi halinde alt kira sözleşmesinin de kendiliğinden sona ermeyeceği; aksine asıl sözleşmenin sona ermesinin alt kira sözleşmesinin ifasını imkânsız hale getireceği ve ilgili karar hakkında bilgi için bkz. **EROL DURAK**, s. 102.

⁴⁴ Karşılaştırınız (krş). **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 282. Hukuki imkânsızlık hakkında bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 93, nr. 290-291. İmkânsızlık hakkında ayrıca bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s. 378 vd., nr. 1033 vd. Başlangıçtaki kusurlu imkânsızlık hakkında bkz. **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa- İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, Yayına Hazırlayanlar Başak **BAYSAL**/Kerem Cem **SANLI**, 8. Baskı, İstanbul 2022, s. 240 vd.; sonraki kusurlu imkânsızlık hakkında bkz. **SEROZAN**, s. 270 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 586 vd., nr. 1809 vd.

⁴⁵ **EREN/DÖNMEZ**, Madde 322, s. 712 ve dn. 14'te adı geçen yazar.

⁴⁶ **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 272, s. 273. Alt kira sözleşmesinin süresinin asıl kira sözleşmesinden uzun olamayacağı, asıl kiracının süresinin sona ermesinden itibaren alt kiracının haksız işgalci konumunda (fuzuli şağil) olacağı hakkında görüş ve Yargıtay kararları için bkz. **TANDOĞAN**, s. 159, dn. 100a.; **KAHVECİ**, s. 154 vd.; ayrıca bkz. **EROL DURAK**, s. 64.

2); doktrinde ifade edildiği haliyle haksız işgal davası açabilecektir⁴⁷. Bu bakımdan yukarıda değindiğimiz, sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin yasadaki istisnası asıl kira sözleşmesinde kiraya verenin, alt kiracıya BK m. 322/III uyarınca başvurabilmesidir. Yasada bu imkân, yukarıda da değinildiği üzere alt kiracının, kiralananı sözleşmenin kapsamını aşan kullanımları asıl (ilk sözleşmenin) kiraya verenin “*kiracısına sahip olduğu hakları alt kiracı veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabileceği*” şeklinde ifade edilmektedir (BK m. 322/III, 2). Asıl sözleşmenin kiraya vereni ayrıca alt kiracı ile beraber “*alt kiracı, kiralananı kiracıya tanımandan başka biçimde kullandığı takdirde*” asıl sözleşmedeki kiracıya da başvurabilecektir (BK m. 322/III, 1). Bu bakımdan asıl sözleşmedeki kiracı (alt kira sözleşmesinin kiraya vereni) ile alt kiracının, asıl kiraya verene karşı kira konusu olarak konutun sözleşmeye uygun ve BK m. 316 uyarınca özenle kullanılmasına ilişkin müteselsil borçlulukları söz konusudur⁴⁸.

Alt kiracı, kiralananı sözleşmeye uygun olarak kullanmazsa alt kiracının yanı sıra asıl kira sözleşmesinin kiracısı da kiraya verene karşı sorumlu olur. BK m. 322/III, 1 hükmü, kiracı bakımından BK m. 112’de düzenlenen borca aykırılık nedeniyle kusur sorumluluğunu düzenleyen hüküm ile yarışır. BK m. 322/III, 1 hükmünün asıl kiraya veren tarafından doğrudan alt kiracıya karşı ileri sürülebilmesine ilişkin doktrinde görüş farklılıkları söz konusudur. Görüş ayrılıklarının esası, BK m. 322/III, 1 hükmü uyarınca asıl kiraya verenin, alt kiraya rızası bulunup bulunmamasına göre yapılan ayırımla “caiz” ve “caiz olmayan” alt kira ayırımlarının her ikisinde de doğrudan alt kiracıya başvurup başvuramayacağına ilişkindir. Şöyle ki: Bir görüş uyarınca alt kiraya rızası olmayan asıl kiraya veren, alt kiracının kiralananı sözleşmeye aykırı kullanması halinde BK m. 322/III, 1 hükmü uyarınca doğrudan ona başvuramaz; ancak borca

⁴⁷ Asıl kira sözleşmesinin geçersizliği halinde kiralanan, alt kiraya verilirse ilk kiraya verenin, haksız işgal davası açabileceği hakkında bkz. **KAHVECİ**, s. 70. Kira sözleşmesi sona erdiğinde, kiraya verenin kira sözleşmesine dayanarak (istihkak davasından doğan hakkı saklı kalmak üzere) alt kiracı veya kirayı devralana karşı kiralananın iadesi talebini ileri sürüp süremeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Görüş farklılıkları hakkında bkz. **TANDOĞAN**, s. 159 ve dn. 101, 102, 102a.

⁴⁸ **EREN/DÖNMEZ**, Madde 322, s. 713; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 216.

aykırılık halinde genel hüküm BK m. 112'ye dayanabilir⁴⁹. Bir diğer görüş uyarınca caiz olmayan alt kira halinde de BK m. 322/III, 1 hükmü uyarınca alt kiracının sorumluluğuna gidilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu halde BK m. 322/III, 1 ve BK m. 112 hükmü yarıdır⁵⁰. Asıl kiraya veren, dilediğine başvurabilir (ayrıca BK m. 60). Caiz olmayan alt kira bakımından da asıl kiraya verenin, alt kiracıya karşı BK m. 322/III, 1 hükmüne başvurabilmesi, alt kiracının, kendi kiraya vereninin (asıl kira sözleşmesindeki kiracının) ifa yardımcısı olması nedeniyle mümkün görülmektedir⁵¹.

Asıl sözleşmede kiraya verenin alt kira sözleşmesine rızası bulunmadığı halde kiracı alt kira sözleşmesi yaparsa kiracının, kiralananı özenle kullanma borcuna aykırı davrandığından hareketle BK m. 316 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir. Hüküm uyarınca kiralananı özenle kullanarak komşulara saygılı davranma borcunu ihlal eden kiracıya karşı kiraya veren, en az otuz günlük bir süre tanıyarak aykırılığın giderilmesini; aksi halde sözleşmenin feshedileceğini yazılı olarak ihtar edebilecektir. Bu ihtar asıl kiraya veren, alt kiracıya da yöneltebilecektir (BK m. 316/II,1; BK m. 322/III, 2). Caiz olmayan alt kirada da BK m. 316/III uyarınca ihtar ile alt kiracıya sözleşmenin feshedildiği bildirilebilir⁵².

III. KULLANIM HAKKININ DEVRİ

A. Genel Olarak

Yasada, yukarıda ele alınan alt kira imkanının yanı sıra asıl kira sözleşmesindeki kiracı tarafın, kira sözleşmesinden doğan, kiralananı kullanım hakkını bir başka kişiye devretmesi mümkündür. Bu imkân, yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan BK m. 322/I'de alt kira ile birlikte düzenlenmektedir. Kiralananın kullanım hakkının devredilmesi, alacağın devri

⁴⁹ KAHVECİ, s. 87 ve dn. 107'de adı geçen yazarlar; TUNÇOMAĞ, Kemal, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 1977, s. 841 – 842; FEYZİ-OĞLU, s. 196-197.

⁵⁰ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 216.

⁵¹ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 216 ve dn. 668'de adı geçen yazarlar.

⁵² GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 217 ve dn. 670'te adı geçen yazarlar.

niteliği taşıdığından BK m. 183 vd. hükümlerine tabidir⁵³. Bu nedenle kullanım hakkının devri, BK m. 184 uyarınca yazılı geçerlik şekline tabidir⁵⁴. Yukarıda alt kira sözleşmesi açıklanırken değinildiği üzere kullanma hakkı, “kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla” devredilebilir (BK m. 322/I). İnceleme konumuz bakımından konut kiralarda kullanım hakkının devri, alt kirada olduğu gibi asıl kiraya verenin yazılı rızasına bağlıdır (BK m. 322/II). Aynı şekilde kullanım hakkını devralan, kiralananı, inceleme konumuz bakımından konutu, sözleşmede kararlaştırılan amaç dışında kullanırsa, kullanım hakkını devreden, asıl kiraya verene karşı BK m. 322/III uyarınca sorumluluğu doğar. Asıl kiraya veren, kendi kiracısına karşı sahip olduğu hakları, BK m. 322/III, 2 uyarınca doğrudan kullanım hakkını devralana karşı da ileri sürebilir⁵⁵.

B. Alt Kira ile Ortak ve Farklılaşan Yönleriyle Kullanım Hakkının Devri

Alt kira ve kullanım hakkının devrinin ortak yönlerinin bazıları, BK m. 322 hükmünden çıkarılabilecektir. Buna göre asıl kiraya veren, alt kiracı ya da kullanım hakkını devralan kişi, kiralananı sözleşmeye uygun olmayacak bir şekilde kullanırsa asıl kiracı ya da kullanım hakkını devralan, alt kirada olduğu gibi sorumlu tutulabilecektir (BK m. 322/III ve BK m. 322/III, 2).

Nasıl ki asıl kiraya veren, alt kiracıdan kira bedelini isteyemiyorsa aynı şekilde asıl kiraya veren, kullanım hakkını devralandan da doğrudan kira bedelini talep edemez. Değinilen her iki halde de asıl kiraya verenin rızası ile alt kiracı ya da kullanım hakkını devralan, BK m. 195 uyarınca sözleşmeden doğan borçları üstlenirse kira bedeli doğrudan asıl

⁵³ Kullanım hakkının devrinin alacağın temlik niteliğinde olduğu yönünde bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 284; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 218. Kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkının devrinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca kira sözleşmesinin bütün alacak ve borçları ile devri anlamı taşır. Bir diğer görüş uyarınca ise sadece kullanım hakkının devri niteliğindedir. Sadece kullanma hakkının devri olarak kabul edilirse hakkın devrinden sonra da kira bedeli, devreden tarafından ödenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, s. 155 – 156 ve dn. 84’te adı geçen yazarlar.

⁵⁴ **EREN/DÖNMEZ**, Madde 322, s. 714.

⁵⁵ **ARAL/AYRANCI**, s. 289; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 284.

kiraya veren tarafından talep edilebilir. Kullanım hakkının devrinde hakkı devralan, ayrıca BK m. 133 uyarınca yenileme ile kirayı devredenine yerine geçerse kira bedeli, asıl kiraya veren tarafından kendisinden talep edilebilir⁵⁶.

Alt kira ile kullanım hakkının devrinin inceleme konumuz bakımından bir başka ortak noktası, BK m. 347 vd. hükümlerindeki koşulların gerçekleşmesi halinde BK m. 322/III hükmüne kıyasen alt kiracı veya kiralanana kullanım hakkını devralandan, kiralananın iadesinin istenebilmesidir⁵⁷. Alt kirada kiralananın kullanım hakkının malikin rızasıyla tapuya şerh edilebilmesi imkânı, kullanım hakkını devralan açısından söz konusu değildir⁵⁸.

BK m. 322/II uyarınca asıl kiracıya, asıl kiraya verenin rızası ile tanınan iki imkân olarak alt kira ve kullanım hakkının devrinin ortak noktası olarak ifade edilebilecek son özellikleri, her ikisinin de rızai sözleşme olmaları itibarıyla taraf iradelerinin uyuşması halinde geçerli olarak kurulabilmelerine bir engel bulunmamasıdır. Bir başka deyişle, kullanım hakkının devri de asıl kira sözleşmesinden bağımsızdır. Hatta tıpkı alt kira sözleşmesi gibi kullanım hakkının devri sözleşmesi de asıl kiraya verenin rızası bulunmaksızın hatta yasaklanmasına rağmen asıl kiracı bu sözleşmeleri geçerli olarak yapabilecektir. Yine her iki sözleşmenin asıl kira sözleşmesinden bağımsızlığı gereği bunlar, asıl kiraya vereni bağlamaz. Asıl kiraya veren ne alt kira sözleşmesinin ne kullanım hakkının devri sözleşmesinin tarafıdır. Bu halde yine yukarıda açıklandığı üzere asıl kiracının alt kiracı veya kullanım hakkını devralan kişiye karşı sorumluluğu doğar⁵⁹.

Alt kira ve kullanım hakkının devri sözleşmelerinin farklılaşan yönlerine gelince: Öncelikle alt kira sözleşmesinde asıl sözleşmenin kiracısı, kiraya veren sıfatını haiz olduğundan asıl kiraya verene zarar vermemek kaydıyla ilk kira sözleşmesinden farklılaşan hükümlere yer

⁵⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 334. Alt kira sözleşmesinin, kullanım hakkının devri ile ortak ve farklı yönleri hakkında ayrıca bkz. CANARSLAN, s. 232 vd.

⁵⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 334.

⁵⁸ EROL DURAK, s. 126.

⁵⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 335.

verilebilecektir⁶⁰. Fakat kullanım hakkının devrinde bu imkân söz konusu değildir. Hak nasılsa öyle, olduğu gibi onu devralana geçer. Bir başka farklılık, şekle ilişkindir. Kira sözleşmesinin geçerlik şekline tabi olmaması gereği alt kira sözleşmesi de herhangi bir geçerlik şekline tabi değildir. Sözle dahi kurulabilir. Oysa kullanım hakkının devri, alacağın devri (temliki) niteliği taşıdığından yazılı geçerlik şekline tabidir (BK m. 184)⁶¹. BK m. 322/II'de aranan yazılı geçerlik şartı, alt kira veya kullanım hakkının devri sözleşmeleri ile karıştırılmamalıdır. O sadece, asıl kiraya verenin alt kira veya kullanım hakkının devrine rızası bulunduğu ilişkindir. Bu sözleşmeler, asıl kiraya verenin bunlara rızası olmaksızın dahi geçerli olarak yapılabileceklerdir.

Alt kira ve kullanım hakkının devri sözleşmeleri arasındaki bir diğer farklılık, alt kirada asıl sözleşmenin kiracısının (alt kiraya veren) alt kiracıya karşı, onun alt kiraya verene olan borcuyla sınırlı olmak kaydıyla BK m. 336/II uyarınca hapis hakkının bulunmasına⁶² karşılık kullanım hakkının devri sözleşmesinde hakkı devreden böyle bir imkanının bulunmamasıdır⁶³. Bunun nedeni, kullanım hakkının devri sözleşmesinin alt kiranın aksine kira sözleşmesi niteliği taşımasıdır. BK m. 336'da düzenlenen hapis hakkı, kiraya verene aittir. Asıl kiraya veren, kira bedelini yine kullanım hakkını devreden kiracısından isteyebilir; kiralanan konutta bulunan ve kullanım hakkını devralana ait olduğunu bilmediği, bilmesinin de mümkün olmayacağı eşyalar üzerinde asıl kiracının borcu için hapis hakkını kullanabilir (BK m. 337/I). Kiraya verenin onayı ile kullanım hakkını devralan, borcu da üstlendiyse bu halde onun eşyaları üzerinde de asıl kiraya veren, hapis hakkını kullanabilir; kira bedelini ondan isteyebilir⁶⁴.

⁶⁰ TANDOĞAN, s. 157.

⁶¹ CANARSLAN, s. 233.

⁶² GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 216.

⁶³ Alt kirada hapis hakkını düzenleyen BK m. 336/II hükmünü kıyasen kullanım hakkının devrine de uygulayan aksi yöndeki görüş için bkz. GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 200.

⁶⁴ FEYZİOĞLU, s. 490; TANDOĞAN, s. 158; KAHVECİ, s. 217.

Alt kira sözleşmesinin, nitelik olarak kira sözleşmesinden bir farkı bulunmadığından asıl kiracı (alt kiraya veren) taraf, alt kiracıya karşı asıl kiraya veren gibi sorumlu olur⁶⁵. Oysa kullanım hakkının devrinde, devrin ivazlı olup olmamasına göre farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Devir ivazsızsa kullanım hakkını devreden bir sorumluluğu söz konusu değilken (BK m. 191/II); ivazlı ise sadece kira bedeli aldığı kişiye karşı sorumlu olur.

Son olarak alt kiracının, kiralananın sözleşmeye uygun olarak kendisine teslimini doğrudan asıl kiraya verenden isteme hakkı bulunmazken kullanım hakkını devralanın, doğrudan asıl kiraya verene başvurarak ona dava açma hakkı bulunmaktadır⁶⁶.

IV. ALT KİRA SÖZLEŞMESİ ve KULLANIM HAKKININ DEVRİNE İLİŞKİN ASIL KİRAYA VERENİN RIZASI

A. Rızanın Hukuki Niteliği

BK m. 322 hükmü, belirli şartlar altında dahi olsa kiracıya, alt kira veya kullanım hakkının devri imkânı tanıdığından kiracı lehine bir düzenleme olarak görülmekte; bu gerekçe ile tek taraflı emredici nitelik taşıdığından kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁷. Hükümün ikinci fıkrasında yer alan ve kiraya verenin rızası olmaksızın kiracının, konutu alt kiraya veremeyeceği veya kullanma hakkını devredemeyeceğine ilişkin düzenleme, lafzı bakımından kiraya verenin rıza göstermekten sınırsız bir şekilde kaçınabileceği yönünde anlaşılmaya elverişlidir. Fakat bir sonraki başlık altında ele alınacağı üzere İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmü ve alt kira ile kullanım hakkının devri imkanının sosyal ve ekonomik yaşam bakımından ihtiva ettiği önem de dikkate alındığında, kiraya verenin BK m. 322/II anlamında rıza göstermekten kaçınmasının sınırlandırılması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Pozitif hukumuzda BK m. 322/II hükmünde bir sınır çizilmediğinden

⁶⁵ TANDOĞAN, s. 158.

⁶⁶ TANDOĞAN, s. 158. Çatılı işyeri kiralari da hükümde geçmekle beraber, inceleme konumuz konutun kullanılması, alt kirası veya kullanım hakkının devri ile sınırlandırıldığından, çatılı işyeri kavramına ilişkin değerlendirmelere çalışmada yer verilmiştir.

⁶⁷ EREN/DÖNMEZ, Madde 322, s. 709, nr. 2.

başvurulabilecek genel ilke, MK m. 2 dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır⁶⁸. Söz konusu hüküm bir bakıma her iki tarafın haklarını dengelemeye çalışan ama kiraya verenin rızasına bağlı olarak kiracıya alt kira imkânı tanıyan, dolayısıyla onun lehine bir düzenleme olarak görülebilecektir⁶⁹.

Alt kiranın yapılabileceğine ilişkin rıza, asıl sözleşmenin kurulması sırasında verilebileceği gibi sonradan da verilebilir⁷⁰. Rızanın hukuki niteliği, asıl kiracıya alt kiraya veren sıfatı ile kiralananı tekrar kiralama imkânı verdiği için kurucu yenilik doğuran haklıdır⁷¹. Yenilik doğuran haklara ilişkin genel bilgiler hatırlanmalıdır. Yenilik doğuran haklar kural olarak şarta bağlanamaz; bir defa kullanılmakla sona ererler ve geri alınmazlar. Meğerki irade sakatlığı hallerinden biri söz konusu olsun⁷². BK m. 322/II uyarınca rıza, yazılı şekil şartına tabidir.

B. Rızanın Gerekemediği Haller Bakımından Dikkate Alınması Gereken Kriterler

Kiraya verenin alt kiraya ilişkin rızasının aranacağı durumlar için BK m. 322/II anlamında kiralananın “kullanımının” (gerek alt kira gerek kullanım hakkının devri yoluyla) ne zaman “başkasına” bırakıldığından bahsedileceği belirlenmelidir. Öyleyse burada öncelikle hükümde aranan kriterler olarak iki kavrama netlik kazandırılmalıdır.

İlki, BK m. 322/II anlamında “başkası” olarak nitelendirilebilecek kişilerin kimler olabileceğidir. Kanaatimizce hükümde geçen “başkası” ifadesi, kira sözleşmesinin tarafları dışındaki üçüncü kişileri değil; asıl kiracının kira sözleşmesinden doğan, konutu kullanma hakkı ve

⁶⁸ Hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında genel bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 284 vd., nr. 859 vd.; DURAL/SARI, s. 256 vd., nr. 1250 vd.

⁶⁹ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşağıda IV. B. ve C. Başlığı altındaki açıklamalar. EROL DURAK, s. 103.

⁷¹ EREN/DÖNMEZ, Madde 322, s. 711, nr. 9; EROL DURAK, s. 103. Yenilik doğuran hakların türleri hakkında ayrıca bkz. DURAL/SARI, s. 181 vd., nr. 1037 vd.; OĞUZMAN/BARLAS, s. 174 vd., nr. 555 vd.; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 191 vd.

⁷² Yenilik doğuran hakların kullanılmasında hâkim ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, s. 254 vd.; OĞUZMAN / BARLAS, s. 178 vd., nr. 566 vd.; DURAL/SARI, s. 186 vd., nr. 1057 vd.

menfaatinin kapsamı dışında kalan kimseleri ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle kira sözleşmesinin tarafları dışındaki her üçüncü kişi, BK m. 322/II anlamında “başkası” değildir.

Bir sonraki adım konutun “başkasına” bırakılan “kullanımının” neyi ifade ettiğinin belirlenmesidir. Ancak hemen ifade edilmelidir ki aşağıda “başkası” olarak nitelendirilecek kimselerin, sözleşmenin kurulması sırasında kira sözleşmesinin asıl kiracı ile kiracı tarafını oluşturmalarına elbette bir engel bulunmamaktadır. Bu halde zaten sözleşme, kiracı tarafı birden fazla kimse oluşturacak şekilde kurulacağından bu kimseler BK m. 322/II anlamında “başkası” değildirler; alt kira veya kullanım hakkının devri söz konusu değildir⁷³. Bu bilgiden hareketle kira sözleşmesinin kurulmasından sonra (öncesinde biliniyor olsa bile sözleşmenin kurulması sırasında taraf olarak yer almayan); fakat konutta asıl kiracı ile birlikte yaşamak isteyen veya müstakil olarak, asıl kiracıyla birlikte oturmayacak şekilde, alt kira veya kullanım hakkının devri yolu ile konutu kullanmak isteyen, BK m. 322/II anlamında “başkası” olarak nitelendirilen kimseler için asıl kiraya verenin yazılı rızasının gerektiği belirtilmelidir. Öyleyse BK m. 322/II hükmünde geçen “başkası” ifadesi, kanaatimizce kiralananın sözleşmeye uygun olarak kullanılması, kapsam olarak kiracının ailevi ve sosyal faaliyetlerini sürdürebilmesini içerdiğinden gerek ziyaret amacı kapsamında kalan ve kiracının kişisel ilişkilerinin bulunduğu kimseler gerek ziyaret amacını aşsa da yakın ailevi ilişkiler ve onlara karşı yasadan doğan yükümlülüklerinin bulunduğu kimselerin dışındakiler olarak anlaşılmalıdır.

Öncelikle konuta ziyaret amacıyla bazı kimselerin alınması, BK m. 322/II anlamından kiraya verenin iznine (hatta bilgisine dahi) bağlı kılınamayacaktır. Bu kapsamda sayılacak kimseler, kiracının ailesi ve onunla yakın kişisel ilişki içerisinde olan misafirleri, ziyaretçileri, arkadaş çevresidir. Bu kişiler, konutu geçici bir süreyle ve kira bedeli ödemeksizin

⁷³ Sözleşmenin kiraya veren tarafını da birden fazla kişinin oluşturması mümkündür. Malikin birden fazla olması, paylı veya elbirliği mülkiyeti halinde durum böyledir. Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyette bütün paydaşların rızası ile kira sözleşmesinin yapılabileceği hakkında bkz. Yargıtay, 6. HD, 20.01.2016, E.2015/8312, K.2016/129 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

kullanmaktadırlar⁷⁴. Burada ayrıca ifade edilmelidir ki BK m. 322/II anlamında kiraya verenin izninin gerekeceği haller, sadece üçüncü bir kişinin konuta girmesi değil; söz konusu üçüncü kişinin konutun kullanımı alt kira veya kullanım hakkının devri ile kendisine bırakılacak şekilde konuta alınmasıdır. Dolayısıyla sadece ziyaret amacı taşıyan kimselerin konutu kullanması, kiraya verenin iznine tabi değildir.

Öte yandan ziyaret amacının varlığından bahsedilebilmesi için zaman bakımından dikkate alınabilecek bir kriter de yeterli ve belirleyici değildir. Örneğin, konutun bir günden az süre ile kullanılması ziyaret anlamı taşır, gibi bir tespit doğru olmayacaktır. Bu nedenle ziyaret amacından bahsedebilmek için öncelikle belirleyici kriter, bu kimselerin kiracı ile kişisel bir ilişkisinin, bir yakınlığının bulunmasıdır. Konutun kullanılmasının kısa süreli dahi bırakılması, asıl kiracı ile konutu kullanan kimse arasında kişisel bir ilişki söz konusu değilse ve konutun kullandırılması karşılığında bir bedel alınıyorsa ziyaret amacından bahsedilemeyecektir. Ziyaret ile kiralananın kullanımının bırakılması ayrımları arasında zamansal bakımdan bir kriter belirlemek güç olmakla beraber, doktrinde ağırlıklı olarak dört veya altı hafta sonrasında artık bir ziyaretten değil; konutun (konutun kısmen veya tamamen tahsis edilmesine göre asıl kiracı ile beraber veya tek başına) kullanılmasından bahsedilebileceği; ancak bunun aksi ispat edilebilir bir karine olduğu ifade edilmektedir⁷⁵.

Bir kimsenin konuta ziyaret amacını aşacak şekilde, konutu kullanma amacı ile alındığı belirlendikten sonra bu kimsenin BK m. 322/II hükmünce “başkası”, olup olmadığı belirlenmelidir. Söz konusu kimsenin asıl kiraya verenin rızasına bağlı olarak konutu kullanabilmesi, ayrıca bu kimsenin asıl kiracının kira sözleşmesinin kapsamı dışında kalmasına ve bu anlamda yasadaki ifadeyle “başkası” olmasına bağlıdır. Öyleyse

⁷⁴ MEYER-ABICH, Matthias, “Dritte in der Mietwohnung: Besucher, Aufnahme von Angehörigen, Nahepersonen, Untermieter”, NZM 2020, s. 19 vd.

⁷⁵ Alman doktrininde dile getirilen söz konusu kriter hakkında bkz. BÜHLER, Jonas, “Examensrelevante Probleme der Gebrauchsüberlassung an Dritte im Wohnraummietrecht”, JuS 2019, s. 105 ve dn. 12’de adı geçen yazarlar; altı – yedi haftalık bir süre geçmedikçe hala bir ziyaretten bahsedilebileceği yönünde bkz. MEYER-ABICH, s. 19 ve dn. 6’da adı geçen yazarlar. Benzer bir yaklaşımın, hukukumuzda da ters düşmeyeceği kanısındayız.

asıl kiracının, Aile Hukukunca belirlenen ailevi ilişkileri kapsamında kalan kimseler BK m. 322/II anlamında “başkası” olmadığından (anne-babası, eşi, çocukları, torunları gibi) konutu uzun süreli kullanmaları dahi asıl kiraya verenin rızasına tabi kılınmamalıdır.

Yalnız burada yine de bir sınır çizmekte fayda vardır. Asıl kiracı her ne kadar ailevi ilişkileri kapsamında kalan kimseleri konuta, kiraya verenin rızasına bağlı olmaksızın alabileceğine de konutun, onu kullanacak kimselerin sayısı bakımından kişi başına düşen metrekare olarak buna elverişli, makul bir büyüklüğe sahip olması gerekir. Ayrıca somut olaydaki konutun tipi de onu kullanabilecek kişi sayısı bakımından ipucu verebilecektir. Örneğin tek kişilik bir yaşam için tasarlanan stüdyo veya tek odalı daireler, konutun asıl kiracı ile birlikte birden fazla kimse tarafından kullanılacak şekilde kısmen alt kiralanmasına uygun değildir. Bunlar bakımından da elbette alt kira veya kiralananın kullanım hakkının devri söz konusu olabilir. Anılan kriterler kullanım hakkının devrinde de göz önünde bulundurulmalıdır.

Asıl kiracının ailevi ilişkileri bakımından, konuta ziyaret amacını aşacak bir şekilde alınmış olsalar dahi kiraya verenin rızasının gerekmediği kimseler hakkında biraz daha detaylı değerlendirmelere ihtiyaç bulunmaktadır. Öncelikle ifade edilmelidir ki konutun fiziksel özellikleri de buna elverişli olmak kaydıyla asıl kiracının çekirdek ailesi, eşi ve çocukları ile anne-babası ve torunları da kiracının konut kirası sözleşmesinden doğan, kiralananın kullanım hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Kiracının, bakıcı ve hizmetlisi ile aynı konutta yaşaması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu kimseler de “başkası” değildirler. Ancak her ne kadar konutu kullanabilmeleri, asıl kiraya verenin rızasına bağlı olmasa da kanaatimizce sözleşmenin kurulması sırasında konutu kullanacağı öngörülemeyen fakat sonradan konutu kullanmaya başlayan kimseler hakkında kiraya veren bilgilendirilmelidir. Bunun nedeni, bu kimselerin konutu ve binanın ortak kullanım alanlarını kullanmaları nedeniyle temizlik, asansör bakımı gibi ortak kullanım masraflarının artabilecek olmasında gözetilebilmelidir.

Asıl kiracının sonradan evlenmesi halinde eşini ortak yaşamı sağlamak üzere konuta almasının, MK m. 185/III uyarınca eşlerin birlikte

yaşama yükümlülüklerinin bulunduğunu düzenleyen hükümden yapılabilecek çıkarımla; kiracının kira sözleşmesinden doğan, kiralananı kullanım hakkı kapsamında ailevi ilişkilerinin sürdürülmesi de yer aldığından, kiraya verenin rızasına bağlı kılınmaması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Yalnız bu değerlendirmelerde, yine konutun fiziksel özellikleri mutlaka dikkate alınmalıdır⁷⁶.

Asıl kiracının alt ve üst soyu ile eşinin aksine, kardeşler ve nişanlıların durumu ayrıca değerlendirilmelidir. Öncelikle ifade edilmelidir ki asıl kiraya verenin rızasının aranmaması gereken, bir başka deyişle BK m. 322/II hükmünün uygulama alanı bulmayacağı hallere ilişkin yukarıdaki tespit ve değerlendirmelerin, hukukumuzda Yargıtay kararlarıyla da genel olarak uyumlu olduğu ifade edilebilecektir⁷⁷. Yalnız anılan kararlarda kardeşlerin konutu kullanabilmesi de kiraya verenin rızasının gerekmediği haller arasında değerlendirilmiştir⁷⁸. Kanaatimizce hukukumuzda bazı düzenlemelerden yola çıkarak kardeşlerin kiralanan konutu kullanabilmeleri, kiraya verenin rızasına tabi olarak değerlendirilmelidir. İlk olarak ifade edilmelidir ki MK m. 364 uyarınca kanundan doğan bir borç olarak kişinin, “yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek” olmaları halinde alt ve üst soyuna ve kardeşlerine yardım nafakası vermesi öngörülmüşken; bunlardan sadece kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, “refah içinde bulunmalarına” bağlanmıştır (MK m. 364/II). Bu kapsamda

⁷⁶ Yukarıda yapılan çıkarımlar, BK m. 322/II hükmünün unsurları bakımından ele alınmıştır. Kiracının, kiralanan konutta yaşamayı bırakarak evlilik veya yurt dışına yerleşme gibi nedenlerle başka bir yere sürekli olarak yerleşmesi halinde sözleşmenin devredilmesi gündeme gelebileceğinden kanaatimizce yukarıda yapılan çıkarımlardan farklı bir sonuca varılmalıdır. Değinen mesele, çalışmanın kapsamı dışındadır.

⁷⁷ Nitekim kararlarda kiracının, konuta misafir veya kendi bakımına destek olması için başkasını alması, konutu kızı ve damadıyla veya babaannesi ile birlikte kullanması için kiraya verenin rızasının gerekmediğine hükmedilmiştir. Değinen kararlarda, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sözleşmede aksi yönde kararlaştırmalar bulunmadıkça o zaman yürürlükte bulunan Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un 12. maddesinde düzenlenen, konutun kısmen veya tamamen başkasına kullandırılması ile kira sözleşmesinin devrinde kiraya verenin rızasının arandığı hüküm uyarınca hüküm kurulmuştur. Bilgi için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 283.

⁷⁸ Bilgi için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 283. Yazar, değinen kararların tarih ve sayılarını belirtmemiştir.

anılması gereken bir diğer hüküm, saklı payları düzenleyen MK m. 506 hükmüdür. Hüküm uyarınca saklı paylı mirasçılar mirasbırakanın alt-soyu, anne ve babası ve eşidir. MK m. 506/bent 3'te düzenlenmiş bulunan ve 1/8 olarak öngörülen, kardeşlerin saklı payı 04.05.2007 kabul tarihli ve 5650 sayılı Kanun'un ikinci maddesi ile 10.05.2007 itibarıyla kaldırılmıştır⁷⁹. Bu doğrultuda mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü düzenleyen MK m. 505/I'de değişikliğe gidilerek "Mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan mirasbırakan, mirasın saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir" düzenlemesine yer verilmiştir.

Anılan düzenlemelerden, inceleme konumuzla ilgili olarak şu sonuca ulaşılabilecektir: Kardeşler, diğer aile üyelerine (alt ve üst soy ile eş) kıyasen ailevi yükümlülük ve bağların daha zayıf olarak öngörüldüğü kimselerdir. Bu kimselerin ziyaret kapsamını aşan şekilde konutu kullanmaları, asıl kiracının (MK m. 364/II'den doğan bir yükümlülüğü de bulunmadığı müddetçe) ailevi yükümlülükleri veya aile birliğinin sağlanması kapsamında da değerlendirilemeyeceğinden konutun kardeşle birlikte kullanılması veya alt kira ya da kullanım hakkının devri yolu ile konutun kardeş(ler)e bırakılması, kanaatimizce asıl kiraya verenin rızasına bağlı kılınmalıdır. Benzer bir çıkarıma, nişanlılar bakımından da ulaşılması gerektiği kanısındayız. Nişanlılar her ne kadar birbirinin "yakını" olsalar da henüz aile ilişkisi içerisinde değildirler. Evlilik birliğinin henüz kurulmadığı ve müstakbel eşlerin MK m. 185/III uyarınca birbirlerine karşı birlikte yaşama yükümlülüklerinin henüz doğmadığı bir aşamada müstakbel eşler, kiracı tarafın yanına nişanlısının taşınmasına karar verirlerse bu kimselerin konutu birlikte kullanmaları, kiraya verenin rızasına bağlı olmalıdır. Bir başka deyişle anılan hallerde kiracının, kira sözleşmesinden doğan konutu kullanma hakkı ve menfaati kapsamında nişanlısının yer almasını gerekçelendirecek ve destekleyecek yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁷⁹ 10.05.2007 tarih ve 26518 sayılı Resmî Gazete.

C. Rızanın Verilmemesinin Çelişkili Davranış Yasağı Bağlamında Sınırlandırılması

Kiralanan konutun, bir önceki başlık altında belirlediğimiz kriterleri aşan kapsamda bir “başkasına” alt kiraya verilmek istenmesi veya kullanımının devredilmek istenmesi halinde her ne kadar BK m. 322/II uyarınca kiraya verenin yazılı rızası gerekse de kanaatimizce rıza vermeye bir sınır getirilmeli; kiraya veren her durumda rıza göstermekten kaçınmamalıdır.

Konuya ilişkin değerlendirmeler öncesinde ayrıca yaşam pratiğinin getirdiği bazı ihtiyaçları örneklendirmenin faydalı olacağı kanısındayız. Bu kapsamda öncelikle iletişim ve etkileşimin hızının takip edilemeyecek seviyeye ulaştığı günümüz dünyasında insanların eğitim veya kültürel amaçlı faaliyetleri ile bu yöndeki talep ve beklentilerinin oldukça yüksek olduğu bir dünyada yaşadığımızı göz önünde bulundurmalıyız. Bu bağlamda kiracı olarak bir konutu kullanıyor olmak anılan faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi arzusu taşıyan kimselerin tabiri caizse adeta ayak bağı olarak ayaklarına takılacaktır. Henüz konutun kiralandığı aşamada öngörülemeyen; fakat sonraki koşul veya imkanların getirdiği bir noktada örneğin kiracı, birkaç aylık bir yurt dışı veya yurt içi seyahati ya da kısa süreli bir eğitim programına katılmak istediğinde halihazırdaki konut kirası ve masrafları, kişinin önüne aşılması gereken bir engel olarak çıkacaktır. Özellikle yurt içi lisans üstü öğrenim programlarına katılım bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Derslerin devam ettiği semestr dönemleri dışındaki ara tatiller veya yaz tatiline denk gelen zaman dilimini ailesinin yanında geçirmek isteyen kiracı öğrencileri de benzer finansal sorunlar beklemektedir. Hatta kişinin, kiraladığı konutun masraflarını öngörülenin aksine karşılayamayarak konutu kısmen alt kiraya vermek suretiyle konut ve kullanım giderlerinin bir başkasıyla paylaşılmasının istenmesi de olasıdır. Kiralanan konutun örneklendirilmek suretiyle ifade edilen hallerin de ortaya koyduğu üzere bir başkasına alt kirası veya kullanım hakkının devri, kiracı açısından da karşı taraf (alt kiracı veya kullanım hakkını devralan) açısından da çok önemli bir fonksiyon ihtiva etmektedir.

Hukukumuzda konut (ve çatılı işyeri) kiralalarında kiralananın alt kiraya verilmesi, asıl kiraya verenin yazılı rızasına bağlanmış olsa da kiraya verenin rıza göstermekten hangi durumlarda kaçınılabileceğine ya da bunun sınırlarının aşılmasının halinde (asıl) kiracının nasıl hareket edebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelere kısaca değinildikten sonra hemen aşağıda asıl kiraya verenin alt kiraya rıza göstermemesinin, iç hukukumuz bakımından nasıl sınırlandırılabilmesine dair çıkarımlar yapılması amaçlanmaktadır.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (*schweizerisches Obligationenrecht, OR*) Art. 262'nin ilk hükmünde kiralananın kısmen veya tamamen alt kirasının, kiraya verenin rızası ile mümkün olduğu düzenlendikten sonra hükmün ikinci fıkrasında kiraya verenin hangi durumlarda rıza göstermekten kaçınabileceği kaleme alınmıştır. Buna göre kiraya veren sadece:

1. (Asıl) kiracı, kiraya verene alt kiranın koşullarını açıklamaktan kaçınırsa⁸⁰,
2. Asıl kira sözleşmesinin hükümlerine kıyasen alt kira sözleşmesinin hükümleri suistimale (*missbräuchlich*) yönelikse⁸¹,
3. Alt kira dolayısıyla (asıl) kiraya verenin önemli dezavantajları doğuyorsa alt kiraya rıza göstermekten kaçınabilecektir (Art. 262/II, a-c OR).

Hükmün son fıkrasında ise alt kiracının (asıl) kiracıya tanınandan başka şekilde kullanamayacağı; aksi halde (asıl) kiracının kiraya verene karşı bundan sorumlu olduğu kaleme alınmaktadır. Ayrıca (asıl) kiraya verenin, asıl kira sözleşmesinde kiracıya tanınan kapsamı aşan şekilde kullanımı halinde doğrudan alt kiracıyı bundan menedebileceği düzenlenmektedir (Art. 622/III OR). Bu son tümce hukukumuzda BK m. 322/III hükmü ile uyumludur.

⁸⁰ Kiranın süresi ve içeriği ile varsa sözleşmede kararlaştırılan kira bedeli gibi. Alt kirada kararlaştırılan kira bedeli hakkında uyuşmazlık örneği ve somut olay bakımından kira miktarına ilişkin olarak alt kirada suistimal bulunmadığı hakkında bkz. Federal Mahkeme kararı (Urteil des Bundesgerichts) 4C.331/2004, 2005 E. 1. 1. 4. Urteil vom 17.03.2005.

⁸¹ Bkz. dn. 80.

Alman Medeni Kanun'unda (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) ise (asıl) kiraya verenin alt kiraya ilişkin rıza⁸² vermekten kaçınması halinde (asıl) kiracının sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmektedir (§ 540/I, 2 BGB)⁸³. Rızadan kaçınma, üçüncü kişinin şahsındaki önemli bir sebepten kaynaklanıyorsa rızanın verilmesi beklenemeyecektir (§ 540/I, 2 BGB). Konut kiralarna ilişkin § 553'te de kiracının menfaati varsa kiraya verenden alt kiraya rıza vermesini talep edebileceği (§ 553/I, 1 BGB); yine üçüncü kişinin şahsından kaynaklanan önemli bir sebep varsa bu rızanın beklenemeyeceği düzenlenmektedir (§ 553/I, 1 BGB)⁸⁴.

İsviçre ve Alman Hukukunda değinilen düzenlemelerin aksine hukukumuzda kiraya verenin alt kiraya rıza göstermemesinin sınırları yasadada çizilmediğinden kiraya verenin keyfen dahi alt kiraya rıza göstermekten kaçınabileceği düşünülebilir.

BK m. 322/II'de yer alan "konut... kiralalarında kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça" kiralananın kullanım hakkının devredilemeyeceği ve

⁸² Art. 262 OR hükmünde "*die Zustimmung* (onay)" kavramının kullanılmasına karşılık § 540 ve § 553 BGB'de "*die Erlaubnis* (izin)" kavramı tercih edilmiştir. Bu çalışmada her iki kavram da "rıza" olarak tercüme edilmiştir.

⁸³ Hüküm uyarınca kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı üçüncü bir kişiye bırakmaya veya tekrar kiralamaya yetkili değildir. Kiraya veren, üçüncü kişinin (lehine alt kira verilmek istenenin) şahsından doğan önemli bir sebep bulunmadığı müddetçe rıza vermekten kaçınırsa kiracı, sözleşmeyi olağanüstü sebeple yasadaki sürelerle uyararak ("*... außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, ...*") feshedebilir (§ 540/I BGB). Kiracı, kiralananın kullanımını üçüncü bir kişiye bırakırsa (asıl) kiraya verenin buna rızası olsa dahi üçüncü kişinin kullanımından doğan masraflardan sorumludur § 540/II BGB).

⁸⁴ Kira sözleşmelerinde değinilen genel hükmün yanı sıra konut kiralalarında kiralananın alt kiraya verilebilmesi için kiraya verenin rızası ayrıca § 553'te düzenlenmektedir. § 540 BGB, bu hükmü tamamlayıcı olarak değerlendirilmektedir. § 553 BGB uyarınca konut kirasında, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiracının bunda menfaati varsa kiraya verenin alt kiraya/kiralananın kullanımının üçüncü bir kişiye bırakılmasına (*Gebrauchsüberlassung an Dritte*) rıza göstermesini isteyebilir (§ 553/I, 1 BGB). Üçüncü kişinin şahsından kaynaklanan, kiralananın aşırı kalabalık kullanımı veya başkaca önemli bir sebep nedeniyle rızanın beklenemeyecek olması halinde ilk tümce hükmü uygulanmaz (§ 553/I, 2 BGB). Kiralananın üçüncü bir kişiye bırakılması, (asıl) kiraya verenden ancak makul bir ücret artışı karşılığında beklenebiliyorsa bu halde verilecek rıza, kiracının bu artışı kabul etmesine bağlı kılınabilir (§ 553/II BGB). Kiracı aleyhine her türlü anlaşma hükümsüzdür (§ 553/III BGB).

alt kiraya verilemeyeceğine ilişkin düzenleme, her ne kadar bu iki durum kiraya verenin rızasına bağlanmış olsa da hüküm, elbette rızanın sübjektif sebeplerle, keyfen dahi verilmeyebileceği yönünde anlaşılmalıdır. Ekonomik yaşamın gerekleri de bu çıkarıma uygundur. Alt kira ve kullanım hakkının devrini kiraya verenin rızasına bağlayan hüküm, ayrıca yaşam pratiğinin getirdiği ihtiyaçlar da dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Bu başlık altında ele alınan mesele bakımından buraya kadarki tespitler aslında sadece bir ön değerlendirme niteliği taşımaktadır. Bir sonraki adımda kiraya verenin BK m. 322/II anlamında alt kira veya kiralananın kullanım hakkının devrine ilişkin rıza göstermemesinin hangi durumlarda ve hangi hukuki gerekçe ile sınırlandırılabilmesine ilişkin değerlendirme ve çıkarımlar yapılmalıdır.

BK m. 322/II uyarınca yazılı rızası talep edilen kiraya verenin, alt kira veya kullanım hakkının devrine rıza göstermekten kaçınmasının yasa sınırları (mehaz İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu örneklerinin aksine) çizilmediğinden genel bir ilkeye başvurularak meseleye bir çözüm sunulabileceği kanısındayız. Bu konuda akla ilk olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı gelecektir (MK m. 2/II). Fakat kiraya veren, BK m. 322/II anlamında rıza göstermekten kaçındığında; bir hakkı (kullanmadığından ve hükmün lafzı bakımından da rızadan kaçınmaya bir engel bulunmadığından) kötüye kullandığını söylemek biraz güç gözükebilecektir.

Kanaatimizce burada aslında doktrinde bir görüş uyarınca hakkın kötüye kullanılması üst başlığı altında sınıflandırılan bir başka ilke anımsanarak mesele tamamlanabilecek; kiraya verenin BK m. 322/II anlamında rıza göstermekten kaçınmasına bir sınır çizilebilecektir. Bu ilke çelişkili davranış yasağıdır (*venire contra factum proprium*). Çelişkili davranış yasağı, “geniş anlamda dürüstlük kuralının bir parçası” olarak görülmekte; “bu sebeple ve niteliği gereği hakkın kötüye kullanılmasının özel bir gerçekleşme biçimi” olarak kabul edilmektedir⁸⁵. Bu kabulden yola çıkılarak

⁸⁵ AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 5. Çelişkili davranış yasağı ve unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL, s. 13 vd.

kiraya verenin BK m. 322/II anlamında rıza göstermekten kaçınması da MK m. 2/II kapsamında değerlendirilebilecek ve aşağıda ifade edilen bazı kriterler doğrultusunda “rıza vermemenin” sınırları çizilebilecektir. Fakat yine de olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından kanaatimizce en uygun çözüm, BK m. 322 hükmüne bu konuda açık bir düzenleme getirilmesidir.

Konuyla ilgili olarak öncelikle ifade edilmelidir ki MK m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması oluşturabilecek halleri sayarak ifade etmek veya bu konuda her somut olaya uyan belirli ve kesin kriterler koymak mümkün değildir⁸⁶. Fakat doktrinde kabul edildiği üzere hakkın kötüye kullanıldığı anlamı taşıyabilecek bazı durumlar, kesin sonuçlar ortaya koymaya elverişli olmasa da somut olay özelinde değerlendirmeler yapılabilmesinde yardımcı olabilecektir. Bunlar hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması, kullanılmasının hak sahibine sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı bir oransızlık⁸⁷ bulunması, bir kimsenin kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hakkını kullanması ve karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı davranılması olarak ifade edilmektedir⁸⁸. Anılan kriterler, konut kiralalarında asıl kiraya verenin alt kira veya kullanım hakkının devrine ilişkin rızası özelinde değerlendirildiğinde: Kiraya verenin rıza göstermemesi, bunda meşru menfaatinin bulunmaması, rıza vermemeyle elde edeceği menfaat ile asıl kiracıya vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması ya da rıza vereceğine ilişkin güven uyandırdıktan sonra yazılı rızadan kaçınması hallerinde rıza vermemenin MK m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması (sonraki davranışla çelişki halinde çelişkili davranış yasağı) oluşturabileceği sonucuna ulaşılabilecektir.

Meseleyi örneklerle biraz daha detaylandıralım: Mesleki sebeplerle birkaç ay yurt dışında bulunması gereken asıl kiracı tarafından alt kiracı olması arzu edilen kimsenin de kiralanan konutu asıl kiracı gibi özenli ve sözleşmede kararlaştırılan amaç doğrultusunda kullanacağını

⁸⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s. 287, nr. 866.

⁸⁷ Yargıtay, 12. HD, 10.09.2012, E. 2012/18690, K. 2012/25539 (kazancı).

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 291 vd., nr. 872 vd.; DURAL/SARI, s. 257 vd., nr. 1255 vd.

anlaşılmasına rağmen asıl kiraya verenin asıl kiracıyı ekonomik bakımdan zor durumda bırakma pahasına rıza vermekten kaçınması halinde hakkını kötüye kullandığından bahsedilebilecektir. Bir başka örnek olarak kirayı ödeme güclüğü yaşayabileceğini, duruma göre belki bir süre sonra yanına bir ev arkadaşı (kısmi alt kira) almaya ihtiyaç duyabileceğini belirten üniversite öğrencisine asıl kiraya verenin olumlu konuşmasına rağmen bir süre sonra öğrenci (asıl kiracı), yanına uygun bir ev arkadaşı bulduğunda kiraya verenin buna yazılı rıza göstermemesi, önceden uyandırdığı güvenin arkasında durmaması verilebilecektir. Dolayısıyla kiraya veren, rıza göstermemesine rağmen alt kiracı veya kullanım hakkını devralanın konutu kullanmasına ses çıkarmayıp kira ilişkisini bir süre bu şekilde devam ettirdikten, gerek kira gerek alt kira veya kullanım hakkının devri sözleşmesi bakımından taraflar borçlarını sözleşmeye uygun olarak ifa etmeye devam etmesine rağmen bir süre sonra BK m. 322/II uyarınca rızasının bulunmaması nedeniyle kiralananın kullanımına karşı çıkması ya da karşı tarafta rıza vereceği inancını uyandırdıktan sonra bundan kaçınması gibi örnekler, somut olay bakımından hakkaniyet duygusunu zedeleyecek; meselenin MK m. 2/II kapsamında ele alınmasını gündeme getirebilecektir.

Yukarıda değinilen, hakkın kötüye kullanılması/çelişkili davranış oluşturabilecek haller, BK m. 322/II kapsamında değerlendirilirken kira sözleşmesi özelinde bazı kriterler de dikkate alınmalıdır.

Kiralananın kısmen alt kiraya verilmek istenmesi halinde konutun metrekaresinin, fiziksel özelliklerinin bir başka kimse veya kimselerin konuta alınmasına elverişli olması bunlardan biridir. Ayrıca gerek alt kira gerek kullanım hakkının devri bakımından alt kiracı veya hakkı devralanın konutu özenli ve sözleşmeye uygun olarak kullanacağına, yasada belirlenen yükümlülüklerine uyacağına (BK m. 315 vd.)⁸⁹ ilişkin kanaat getirilmiş olmalı; üçüncü kişinin şahsında haklı bir tereddüt bulunmamalıdır. Kira sözleşmesinde kiracı veya kullanım hakkını devralan kimsenin

⁸⁹ Kira bedelinin asıl kiraya verene ödenmesinden asıl kiracı veya kullanım hakkını devreden sorumlu olduğundan BK m. 313- 315 arası hükümlere burada yer verilmiştir.

şahsı asıl kiraya veren tarafından önem arz etmektedir. Somut olay bakımından örn. alt kiracı adayının kiralananı sözleşmeye uygun kullanmayacağı, komşular bakımından toplu yaşamın kurallarına riayet etmeyeceği, dairenin kullanılması sırasında temizlik kurallarını önemli ölçüde ihlal edeceği, hal ve tavrından, yaşam biçiminden ya da bu kimseyi önceden tanıyan ortak kişilerin anlatımlarından açıkça anlaşılıyor ya da değişilen konularda bu kimsenin şahsı göz ardı edilemeyecek derece şüphe uyandırıyor ise rızanın verilmemesi makul karşılanmalıdır.

Anılan örnekler ve kriterler çoğaltılabilecektir. Önemli olan, rıza vermekten kaçınan (asıl) kiraya verenin içinde bulunduğu hal ve şartlar dolayısıyla kira sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmeyeceği hususunda makul karşılanabilecek objektif çekişmelerinin bulunmasıdır. Bunların da somut olay özelinde bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir (MK m. 4). Aksi halde somut olay özelinde rızanın verilmesinden kaçınılması, MK m. 2/II'ye ilişkin doktrinde kabul edilen yol gösterici durumlardan yola çıkarak yukarıda kira sözleşmesi özelinde ifade edilen kriterler de dikkate alındığında, hakkın kötüye kullanılması kapsamında çelişkili davranış oluşturabilecektir. Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, yasada "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" ifadesiyle kaleme alınmıştır (MK m. 2/II). Hukuk düzeninin korumaması, bazen kötüye kullanıldığı belirlenen hakka yönelik talep veya savunmaların mahkemece dikkate alınmamasını, bazen bundan zarar gören kimseye zararının tazmini imkânı tanınarak zararın giderilmesi ile sağlanabilecektir⁹⁰.

SONUÇ

Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiracı tarafın, konaklama masraflarını paylaşmak amacıyla yanına ev arkadaşı almaya ihtiyaç duyması ya da bir alt kira sözleşmesi bulunmaksızın sadece kullanım hakkını devretmesi veya bunların hiçbiri söz konusu olmaksızın ailevi ilişkileri gereği konutu kullanmak üzere bazı kimseleri yanına alması söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda çalışmada öncelikle alt kira ve kullanım hakkının devri sözleşmelerine ilişkin genel bilgiler kaleme alınmıştır.

⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 305, nr. 897 – 898.

Sonrasında ailevi ilişkiler ile ziyaret gibi sosyal ilişkilerin sürdürülmesi amacıyla konuta başkalarının alınması halinde, bazı kriterler dikkate alınarak bu kimselerin, kiracının kira sözleşmesinden doğan konutu kullanma hakkı kapsamında yer alıp almayacağı belirlenmiştir.

Kiracının kira sözleşmesinden doğan, konutu kullanma hakkının kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınan kriterler ise BK m. 322/II hükmünde geçen ve konutun “başkasına kiralanması” ya da “kullanım hakkının devredilmesi” ifadelerinden yola çıkılarak belirlenmiştir. Öyle ise söz konusu kriterler BK m. 322/II kapsamında “başkasının” kimler olduğu ve konutun “kullanılmasından” ne anlaşılması gerektiği; bir başka deyişle ziyaret ve konutun kullanımı arasındaki sınırların çizilmesidir. Hükümde geçen “başkası” ifadesinden, kira sözleşmesi dışında kalan bütün üçüncü kişilerin değil; kiracının yakın ailevi ilişkileri dışındaki kimselerin anlaşılması gerektiği belirlenmiştir. Yakın ailevi ilişkiler kapsamında kalan kimseler ile üst ve altsoy ile kardeşlere yoksulluk nafakası verilmesini düzenleyen MK m. 364 ile Miras Hukuku hükümlerinin saklı payı düzenleyen hükümleri ve eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğünü düzenleyen MK m. 185/III hükmünden yola çıkılarak Kanun’un yakın ailevi ilişkiler kapsamında kimleri öngörmüş olabileceğine ilişkin çıkarımlarla belirlenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda üst ve altsoyun somut olayın özelliklerine göre kira sözleşmesinde kiracının sözleşmeden doğan konutu kullanma hakkı ve menfaatinin kapsamında yer alabileceği, aynı şekilde sonradan evlenen kiracının, eşini konuta alabilmesi için kiraya verenin izninin gerekmediği; fakat kardeşler ile nişanlıların bu kapsamda yer almayacağı; bu kimselerin BK m. 322/II hükmünce “başkası” olarak anlaşılması gerektiği ve kiraya verenin rızasına tabi oldukları sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmada ayrıca BK m. 322/II hükmünün kiracı lehine bir düzenleme olduğu; fakat hükümde mehaz İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanun örneklerinin aksine rıza vermekten kaçınmanın sınırlarının çizilmediği; kiraya verenin alt kira veya kullanım hakkının devrine rıza göstermekten kaçınmasının genel ilke MK m. 2/II, hakkın kötüye kullanılması/çelişkili davranış yasağı kapsamında sınırlanabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Yine de İsviçre Borçlar Kanunu (Art. 262/II, a-c OR) düzenlemeleri de dikkate alınarak BK m. 322/II hükmünce kiraya verenin,

alt kira veya kullanım hakkının devrine rıza göstermekten kaçınmasına aynı hükümde sınır çizilmesi daha elverişli bir çözüm olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYOL**, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007.
- ANTALYA**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Ankara 2023.
- BAYGIN**, Cem/**NAR**, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022.
- BUZ**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- BÜHLER**, Jonas: “Examensrelevante Probleme der Gebrauchsüberlassung an Dritte im Wohnraummietrecht”, JuS, 2019, s. 104 – 109.
- ÇABRİ**, Sezer: Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2023.
- CANARSLAN**, Gökçe: “Türk Borçlar Hukuku’ndaki Gelişimiyle Alt Kira”, Adalet Dergisi, S. 71, 2023, s. 225 – 253.
- DOĞAN**, Murat: Kira Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, ÖZ, Turgut (Editör), Ankara 2023.
- DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 16. Baskı, İstanbul 2021.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara 2023.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2023.
- EREN**, Fikret/**DÖNMEZ**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt IV, Ankara 2023.
- EROL DURAK**, Yasemin: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri, Ankara 2017.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt 1, 4. Baskı, İstanbul, 1980.

- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 5. Baskı, İstanbul 2020. (“Özel Hükümler”).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- KAHVECİ**, Nalan: Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005.
- MEYER-ABICH**, Matthias: “Dritte in der Mietwohnung: Besucher, Aufnahme von Angehörigen, Nahepersonen, Untermieter”, NZM, 2020, s. 19 – 26.
- OĞUZMAN**, Kemal/**BARLAS**, Nami: Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar-Temel Kavramlar, 30. Baskı, İstanbul 2024.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 21. Baskı, İstanbul 2023.
- SARIDOĞAN**, Tahir: Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2023.
- SEROZAN**, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa- İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, Yayına Hazırlayanlar Başak BAYSAL / Kerem Cem Sanlı, 8. Baskı, İstanbul 2022.
- TANDOĞAN**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/2, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul 2008.
- TEKİNAY**, Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ**, Kemal: Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 1977.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2022. (“Özel Hükümler”).
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul 2019. (“Borçlar Hukuku Dersleri”).
- YÜCER**, İpek: “Alt Kira”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 791 – 829.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul 2021.

PANOPTİKON TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE 2022 SONRASI İRAN'DAKİ HICAP YASAKLARI UYGULAMALARININ ANALİZİ

Doç. Dr. Gamze AKSAN*

Shakib ZARBİGHALEHHAMMAMİ**

Öz

Günümüz İran'ında gözetim teknolojilerinin genişlemesi, devletin vatandaşları üzerinde hassas ve sistematik bir kontrol uygulamasına olanak tanıyarak merkeziyetçi ve otoriter bir yönetim modelini pekiştirmektedir. Kadınların zorunlu hicaba karşı direnişine yanıt olarak İran hükümeti, yalnızca kadınların kıyafetlerini çeşitli toplumsal alanlarda denetlemekle kalmayıp aynı zamanda onların daha geniş sosyal özgürlüklerini de kısıtlayan katı yasal önlemler getirmiş ve bunları uygulamaya koymuştur. Bu çalışma, İffet ve Hicap Yasası ve kamusal alanlardaki hicap denetleyicilerinin konuşlandırılması gibi politikalara içkin gözetim stratejilerini eleştirel bir bakış açısıyla ele almakta ve bunları Foucault'nun panoptisizm kuramı çerçevesinde analiz etmektedir. Bu vaka çalışmasından elde edilen bulgular, hicap düzenlemelerinin geniş kapsamlı denetimi ve

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü, Konya, Türkiye | Assoc. Prof. Selcuk University, Faculty of Letters, Department of Sociology, Konya, Türkiye.

✉ gaksan@selcuk.edu.tr • ORCID0000-0001-5051-4630.

** Sorumlu Yazar: Doktora öğrencisi Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim dalı Konya, Türkiye | PhD student, Selcuk University, Faculty of Letters, Department of Sociology, Konya, Türkiye.

✉ shakibzarbi81998@gmail.com • ORCID0000-0003-1824-5156.

✎ **Atıf Şekli | Atıf Şekli | Cite As:** AKSAN, Gamze/ ZARBİGHALEHHAMMAMİ Shakib: "Panoptikon Teorisi Çerçevesinde 2022 Sonrası İran'daki Hicap Yasakları Uygulamalarının Analizi", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 745-775.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

uygulanmasının—ahlak polisi ya da devlet destekli denetleyiciler aracılığıyla—kadınların kimlik ve özdeğer duygusunu zayıflatarak yaygın bir öz-disiplin kültürüne yol açtığını göstermektedir. Daha geniş sosyopolitik çerçevede ele alındığında, bu zorlayıcı önlemler, sistematik tahakküm yoluyla toplumsal cinsiyete dayalı iktidar hiyerarşilerini pekiştiren kapsamlı bir disiplinler aygıtının parçası olarak işlev görmektedir.

Anahtar Kelimeler

- Zorunlu Hicap • Panoptikon Teorisi • Kadın Hakları • Kadın Yaşam Özgürlük Hareketi • İffet ve Hicap Yasası

ANALYSIS OF HIJAB BAN PRACTICES IN IRAN AFTER 2022 IN TERMS OF PANOPTICON THEORY

Abstract

In contemporary Iran, expanding surveillance technologies has enabled the state to exercise precise and systematic control over its citizens, reinforcing a centralized and authoritarian governance model. In response to the women's resistance against compulsory hijab, the Iranian government has introduced and enforced stringent legal measures that not only monitor women's dress across various social domains but also curtail their broader social freedoms. This study critically examines the surveillance strategies embedded in policies such as the Chastity and Hijab Bill and the deployment of hijab enforcers in public spaces, analyzing them through the lens of Foucault's panopticism. Findings suggest that the extensive monitoring and enforcement of hijab regulations—whether by morality police or state-sanctioned enforcers—undermine women's sense of identity and self-worth, leading to a pervasive culture of self-discipline. These coercive measures, when examined in the broader socio-political framework, appear to function as part of a comprehensive disciplinary apparatus designed to reinforce gendered power hierarchies through systemic domination.

Key Words

- Compulsory Hijab • Panoptic Theory • Women's Rights • Women Life Freedom Movement • The Chastity and Hijab Bill

GİRİŞ

The #WomanLifeFreedom revolutionary uprising in Iran was sparked by the death of Jina (Mahsa) Amini on September 16, 2022. A 22-year-old woman, Jina, died in the custody of the Guidance Patrol for not properly complying with the state-imposed mandatory veiling. People started to #SayHerName: #Mahsa_Amini #Jina_Amini, as pictures of her

lifeless body lying on a hospital bed have gone viral. At her funeral, women chanted "Jin, Jiyan, Azadî" (Woman, Life, Freedom) and spontaneously removed their headscarves, which resonated with many in Iran. More women joined in taking off their hijabs, cutting their hair, and burning their headscarves in mourning and fury. This awakened gender consciousness and feelings in millions, as if by an electric shock, and it quickly evolved into a force that drew crowds into the streets to chant "Woman, Life, Freedom," attempting to topple the Islamic Republic regime of Iran¹.

Following Mrs. Mahsa Amini's death in Iran, there were protests by the populace over social injustices and restrictions that extended beyond this field. Quickly, economic and political slogans of protest also took shape and what had been the source of dissatisfaction for all years was once again demanded in this movement².

The bravery of women, often leading the movement is admirable, Nevertheless, these protests are often met with severe consequences, increasingly driven by the government's sophisticated digital surveillance apparatus. The controversial new hijab bill includes 70 articles that prescribe harsher penalties for women as well as severe sanctions against public figures, businesses, and service providers who support them. The bill proposes the use of artificial intelligence to enforce dress code violations, reflecting a disturbing manifestation of gender-based persecution. In today's digital age, Iran's government has been wielding a two-edged sword: the same technology that has the potential to empower voices is being used to silence them, especially when those voices call for gender equality. Using advanced facial recognition software and tracking online interactions, the government identifies and harasses those who dare to dissent³. This technological might is disproportionately used against women, whose demands for equal rights are seen as direct threats to the state's ideological foundation. It's not just about cameras on street corners or drones in the sky. The real Orwellian nightmare lies in the shadows of

¹ Shirin, Assa, Unveiling Feminist Strike: The Case of "Woman, Life, Freedom" in Iran. *Atlantis: Critical Studies in Gender, Culture & Social Justice Issue*. 44(2), 2023, p. 53.

² Shakib, Zarbighalehhamami & Fatemeh, Abbasi, The Demand for Freedom and Equality in the Street Below the Movement of Woman, Life, Freedom. *Journal of Advanced Research in Social Sciences*, 6(3), 2023, <https://doi.org/10.33422/jarss.v6i3.1048>, p. 123.

³ www.hammihanonline.ir/fa/tiny/news-9931 Access:12.02.2025.

the internet. Popular platforms are monitored, and encrypted messaging apps, which protesters often rely on for organizing, are intercepted. Bloggers, influencers, and even ordinary citizens face intimidation, arrest, or worse for simply expressing their opinions online. Perhaps most disturbing is the state's increasingly invasive eye into private spaces – the cars and walking routes of private citizens. A testament to this is the fact that, within a mere span of the last three months of the 2023 year, almost a million women were texted warnings from the nation's police force. What was their crime? Being captured by ever-watchful cameras without a hijab, as detailed by a report from Amnesty International. Police also sent over 133,000 texts ordering women to stop using their vehicles, confiscated 2,000 cars, and referred over 4,000 "repeat offenders" to the judiciary⁴.

These policies, particularly designed in response to widespread protests against mandatory hijab, are part of a larger project aimed at consolidating and reinforcing authoritarian and oppressive regimes. These measures not only directly affect the appearance of women but also broadly restrict their social and individual freedoms. Furthermore, these regulations have a substantial negative influence on women's sexual rights and freedoms by indirectly contributing to the creation and maintenance of oppressive conditions⁵.

Alongside other surveillance strategies, these actions collectively reinforce a disciplinary and authoritarian society where surveillance techniques are continuously applied on both individual and collective levels. In summary, these policies aim to control individual behaviors and deeply reinforce social and political order in favor of the state's interests⁶.

This paper provides a detailed analysis of the Iranian government's surveillance and control strategies to counter opposition to mandatory hijab following the Women, Life, Freedom movement, based on Foucault's theory of panopticism. It examines how these policies have led to the strengthening of state dominance and the imposition of social restrictions.

⁴ AUDRI, Iran's women, digital rights, and human freedoms. The Alliance for Universal Digital Rights, 2023. <https://audri.org/irans-women-digital-rights-and-human-freedoms>.

⁵ T., Kian, & A. Mahdavi, The Impact of Surveillance Technologies on Women's Rights in Post-Mahsa Iran. *Journal of Gender Studies*, 28(1), 2024, p. 70.

⁶ Michael, Foucault, *Discipline and punishment: the birth of the prison*. translated from the French by Alan Sheridan. Harmondsworth: Penguin 1979.

I. RESEARCH BACKGROUND

Dezfuli⁷ argues that the imposition of Islamic veiling on women in Iran was both a biopolitical practice intended to control the bodies and administer lives as something affecting the security of the state and its development, at least in its earlier phases (1979-1983), was directly related to the struggles over power among various post-revolutionary force. Leloup⁸ argues that the hijab in Iran is inherently political and has been used as a form of protest. The Iranian government has transformed it into a tool for the social control of women, thereby institutionalizing it. The state's surveillance of women's dress and violent suppression are efforts to confine religious influence to the private sphere. This action reflects the broader political agenda of controlling and regulating women's bodies through the enforcement of dress codes. Shirazizadeh⁹ examines the concept of mandatory hijab as a means of governing women's bodies by assigning roles, values, and positions within society based on a hierarchical classification. He discusses how mandatory hijab in Iran extends beyond mere dress enforcement, pushing women into isolation and impacting the daily lives of individuals. This approach underscores the multifaceted ways in which the hijab is used to maintain social order and control. Zaheer et al¹⁰ argue that the motivations of protesters in the women, life, freedom movement and their various strategies, such as civil disobedience and collective campaigning, aim to challenge the status quo and create a space for free discussion and opposition to strict hijab laws. Gi Yeon and Han¹¹ examine the politicization of the hijab in Turkey and Iran and the resistance movements that have emerged as a result. Although the situation is

⁷ Sayed, Dezfuli, The Biopolitics of Hijab in Iran. *Open Journal of Political Science*, 14, 2024. doi: 10.4236/ojps.2024.143029.

⁸ Amanda, Leloup, 'Women, Life, Freedom' The Politicization of the Hijab in Iran, *International Relations Review*. 13(2), 2023.

⁹ Fatemeh, **Shirazizadeh**, Compulsory Hijab in Iran: Functions and impacts on Iranians' daily life during 44 years of Islamic State. Master thesis. Linnaeus University 2003.

¹⁰ Muhammad Akram, Zaheer, Umar, Hayat & Gul-i-Ayesha, Bhatti. The Hijab Dilemma: Anti-Hijab Protests in Iran and the Emerging Voices of Change, *Insights of Pakistan, Iran, and the Caucasus Studies*. 2(7), 2023.

¹¹ Koo Gi, Yeon & Han, Ha Eun, To veil or not to veil: Turkish and Iranian hijab policies and the struggle for recognition, *Asian Journal of Women's Studies*, 24:1, 2018. DOI: 10.1080/12259276.2018.1427663.

historically different in Turkey, they emphasize the various conditions in the two countries, focusing on the lack of freedom for women to choose their attire in Turkey and Iran. Mohammadi¹², through their conversations with three Iranian women from three different generations, show how these women narrate their decision to adopt conservative dress as an act of resistance. The overall goal of their study is to illustrate that the intertextual and intersubjective nature of the hijab renders its functional significance indeterminate. The hijab's utility is as variable as the ideological and institutional power that can wield it. Moradkhani¹³ posits that since the inception of efforts to regulate women's dress, the ruling political class has sought to steer other social classes, particularly the less religious middle classes, toward accepting a mode of dress similar to that of the ruling class. Mir-Hosseini¹⁴ discusses the conflict between Islamists and secular feminists over the hijab in Iran, highlighting secular feminists' opposition to mandatory hijab laws as an injustice against women's bodies and a form of state intervention in women's dress.

As seen, significant research has been conducted on the issue of compulsory hijab in Iran, particularly within the framework of the discourse of power and legitimacy. Overall, the examination of the discourse on power and legitimacy in Iran regarding women's hijab has been an area of interest for researchers in the fields of women and politics. In the past year, especially after the women's movement gained momentum, more attention has been drawn to the issue of hijab in Iran, but the overall study of the mechanisms and policies of the Iranian government in controlling women's hijab has not been adequately explored. Particularly, the recent introduction of new laws by the Iranian government in the past months to intensify control and supervision over women's dress in Iran requires further investigation.

¹² Oli, Mohammadi, *The Personal, the Political, and the Public: Performing Hijab in Iran*, *Journal of Performance Studies*, (12) 3, 2016. <http://liminalities.net/12-3/hijab.pdf>.

¹³ Homayun, Moradkhani, *The will to govern: the veil and its objects after the Islamic revolution*, *Iranian Journal of Sociology*, 17(1,2), 2015. http://www.jsi-isa.ir/article_25067.html.

¹⁴ Ziba, Mir-Hosseini, *The Politics and Hermeneutics of Hijab in Iran: From Confinement to Choice Muslim World*. *Journal of Human Rights*. 4(1), 2007. <https://doi.org/10.2202/1554-4419.1114>.

The originality of this research is in the comparative study of two plans that the Iranian government considered immediately after the movement of women, life, freedom to control women in social spaces. Examining the details of the government's surveillance mechanism based on Foucault's panopticon theory better depicts the limited and prison-like social atmosphere of Iranian society for women who oppose the mandatory hijab. Overall, this study contributes to a deeper understanding of how advanced and stringent surveillance mechanisms impact women's status and individual freedoms in Iran, revealing the broader socio-political context of resistance and the enduring struggle for autonomy and rights.

II. METODOLOJİ

The method used in this study is a case study. A case study is an investigative strategy focusing on the perception of current realities in specific conditions. The key characteristic of a case study is its ability to concentrate on complex situations, especially when the researcher has limited or no control over the events¹⁵. It is a research approach utilized for an in-depth and multifaceted understanding of a complex issue in real-life situations¹⁶. General characteristics of a case study include:

1. The study's subject is always related to humans, specifically interpretations of social actors about a phenomenon or meanings related to a phenomenon.
2. The researcher is interested in contemporary phenomena.
3. The study's perspective is holistic when the goal is to describe a phenomenon or understand the reasons behind events. Determining and understanding contextual factors in a case study is crucial.
4. Most case studies are qualitative, with descriptive, exploratory, or explanatory objectives, and they can contribute to theory creation or modification.
5. The researcher has no control over the events and the context under study.

Case studies have been classified differently by two prominent theorists, namely Yin and Stake. Stake identified three types of case studies: Intrinsic, Instrumental, and Collective. An intrinsic case study is

¹⁵ D. Casey, & C. Houghton Clarifying case study research: examples from practice. *Nurse Res*, 1998, 17(3), 2010, p. 41.

¹⁶ Lauretta, Luck, Debra, Jackson, Kim, Usher, Case study: A bridge across the paradigms, *Nurs Inq* 2006, p. 103.

particularly conducted to gain a better understanding of a specific phenomenon. The researcher needs to identify a unique case and distinguish it from other instances. On the other hand, an instrumental case study is used for a specific case to gain a broader understanding of a phenomenon or issue. The collective case study involves studying multiple cases simultaneously or sequentially to strive for a broader understanding of a subject¹⁷.

Furthermore, a case study can be descriptive, explanatory, or exploratory, and it can be holistic or embedded. Case studies can be conducted using different methods depending on the epistemological perspective of the researcher. The researcher may adopt a critical approach (questioning their own and others' assumptions), an interpretive approach (seeking to understand social, individual, and shared meanings), or a positivist approach¹⁸. Table 1 illustrates the epistemological approaches of the case study along with their characteristics.

Approach	Specifications
Critical	Question about your own presuppositions that are responsible for the wider social and political environment. Interprets restrictive situations in relation to power and control that are thought to influence behavior.
Interpretative	It includes understanding the meanings, contexts and processes as understood from different perspectives. It strives to understand individual and shared meanings and focuses on theory building.
Positivist	Examining what variables fit the findings. Often the focus is on testing and refining theory based on case study findings.

Table. 1. Epistemological approaches of the case study¹⁹.

At least four sources of information can be considered in case studies, including documents (letters, notes, minutes, agendas, historical records, brochures, booklets, etc.), interviews, participant observation, and human artifacts (such as printed computer text). Unlike quantitative research techniques, there are no specific formulas or step-by-step instructions for analyzing the collected data in case study research. Yin proposed

¹⁷ Luck et al 2006, p. 103.

¹⁸ Sh., Abolhasani, F, Taleghani, & Nik, A. R., Yazdan, The Application of Qualitative Case Study in Nursing: A Review Study. *Qualitative Research in Health Sciences*, 6(1), 2017, p. 105.

¹⁹ Kathrin, Cresswell, S., Crowe, A., Robertson, G., Huby, A., Avery, A. Sheikh The case study approach, *BMC Med Res Methodol* 2011, p. 11.

three general analysis strategies, which are not universally applicable to all case studies: 1) Pattern Matching: A pattern based on experience is compared with one or more predicted patterns. 2) Explanation Building: The researcher attempts to build an explanation about the cause or causes of the phenomenon under investigation. 3) Time-Series Analysis: A set of data at various time points is compared with a trend predicted according to the pre-research theory or with an alternative trend²⁰.

Due to specific political and social conditions prevailing in Iran and the high sensitivity of the subject, the upcoming research did not have the capacity for quantitative studies. Predicted limitations in field studies for this research, such as obstacles to data collection, non-disclosure of statistical data by government agencies, and extensive censorship, led the researcher to decide to investigate the subject under a case study. In general, numerous limitations are created for studies related to the criticism of the government, such as prevention of data collection, non-sharing of statistical data by government agencies, non-publication, and extensive censorship. Therefore, given the existing conditions and context, it was decided to examine the government's regulatory and controlling approach to dealing with the hijab issue based on two recent government bills that are in effect. This research specifically involves collecting information, data, and details related to the "Chastity and Hijab" Bill and the "Hijab Enforcers" Initiative in Subway, following a cumulative comparative study with a critical approach to the monitoring process of the Islamic Republic government against the enactment and implementation of these two laws in the context of combating hijab freedom, based on Foucault's panoptic theory.

III. THEORETICAL FRAMEWORK

The French philosopher Michel Foucault, inspired by Jeremy Bentham, articulated an important theory on power and freedom. Considering the actions of the Islamic Republic government in the realm of controlling the hijab and restricting the freedom of women's clothing—especially after the Mahsa Movement—we have attempted to analyze this issue based on Foucault's panopticism theory.

²⁰ Robert K., Yin Case study research: Design and methods. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications 2003, p. 167.

Many scholars have addressed the research and studies on surveillance, reformulating the concept of the Panopticon²¹ because the Panopticon model is a strong theoretical framework for discussing surveillance. The concept as electronic panopticon²², Omnicom²³, global panopticon²⁴, panspectron²⁵, my optic panopticon²⁶, fractal panopticon²⁷, pedagopticon²⁸, polyopticon²⁹, panopticon discourse³⁰, social panopticism³¹, neo-panopticon³² or the synopticon³³, cybernetic panopticon³⁴, the superpanopticon³⁵, electronic surveillance³⁶, the panoptic sort, social Taylorism of

²¹ Foucault, 1979.

²² Diana, R., Gordon, The Electronic Panopticon: A Case-Study of the Development of the National Criminal Records System, *Polit. Soc.*, 15(4), 1987.

²³ Massimo Ragnedda, *La società postpanottica. Controllo sociale e nuovi media*, Roma: Arcane 2008.

²⁴ Stephen, Gill *The Global Panopticon: The Neo-Liberal State, Economic Life, and Democratic Surveillance*, *Alternative*, 20(1), 1995.

²⁵ Manuel, De Landa *War in the Age of Intelligent Machines*, New York: Zone 1991.

²⁶ Langois S. Leman, *The Myoptic Panopticon: The Social Consequences of Policing Through the Lens*, *Pol. Soc.*, 13(1), 2003.

²⁷ Massimo, De Angelis, *Global Capital, Abstract Labor, and the Fractal Panopticon. The Commoner 1*, 2001, <http://www.commoner.org.uk/fractalpanopt.pdf>.

²⁸ Robert W., Sweeny, *The pedagopticon: Beyond 'discipline and punish' in the classroom*. Presentation at New Forms Festival, Vancouver, BC, Canada 2004.

²⁹ Matt, Allen "See You in the City!" *Perth's Citiplace and the Space of Surveillance*, in K. Gibson and S. Watson (eds) *Metropolis Now: Planning and the Urban in Contemporary*, Australia (Sydney: Pluto), 1994.

³⁰ Vicente, Berdayes, *Traditional Management Theory as Panopticon Discourse: Language and the Constitution of Somatic Flows*. *Cult. Organ.*, 8(1), 2002.

³¹ Löic, Wacquant, *The Penalization of Poverty and the Rise of Neoliberalism*. *Eur. J. Crim. Policy Res.* 9(4), 2001.

³² Steve, Mann, Jason, Nolan, Barry, Wellman, *Surveillance: Inventing and Using Wearable Computing Devices for Data Collection in Surveillance Environments*, *Surveil. Soc.* 1(3), 2003.

³³ Thomas, Mathiesen, *The viewer society. Michel Foucault's "Panopticon" revisited*. *Theory Criminal.*, 1(2), 1997.

³⁴ Gilles, Bousquet, *Space, Power, Globalization: The Internet Symptom*, *Societies*, 4, 2006.

³⁵ Mark, Poster, *The mode of information: Poststructuralist and social context*. Chicago: University of Chicago Press 1990.

³⁶ David, Lyon, *An electronic panopticon? A sociological critique of surveillance theory*. *Social. Rev.*, 41(4), 1992.

surveillance or postpanopticon society³⁷, are a clear evidence of the impact of this metaphor on culture. All these excellent theoretical, conceptual, and methodological approaches are useful and necessary points of departure for any studies on surveillance issues³⁸.

According to the above explanation, Panopticism is a term used in the architecture of prisons and surveillance institutions, first introduced by Jeremy Bentham (1748-1832) in his book "Panopticon" (1787), and later expanded by Michel Foucault (1926-1984) in his book "Discipline and Punish: The Birth of the Prison"³⁹.

The architectural concept of the panopticon, as described by Foucault and seen in Figure 1, is as follows: A circular building with a tower in the center. The tower has wide windows overlooking the internal facade of the surrounding circular building, and the surrounding building is composed of cells that cover the entire width of the structure from end to end. Each cell has two windows, one facing inward and towards the windows of the tower, and the other facing outward so that sunlight illuminates the entire cell. It is sufficient for a guard to be stationed in the central tower, and in each cell, a prisoner, patient, convict, worker, or student can be confined. Due to the light radiating from behind into the cells, small shadows of the prisoners in the surrounding building can be observed from the tower, which is entirely exposed to light. In panoptic, small stages are set up like cages, each stage having only one actor, an entirely individualized and continuously visible actor. Panopticism establishes spatial units that make continuous observation and instant identification possible⁴⁰.

³⁷ Ragnedda 2008, 181.

³⁸ Massimo, Ragnedda, Social control and surveillance in the society of consumers. *International Journal of Sociology and Anthropology*, 3 (6), 2011, p. 131.

³⁹ Foucault 1979.

⁴⁰ Foucault 1979, p. 265.

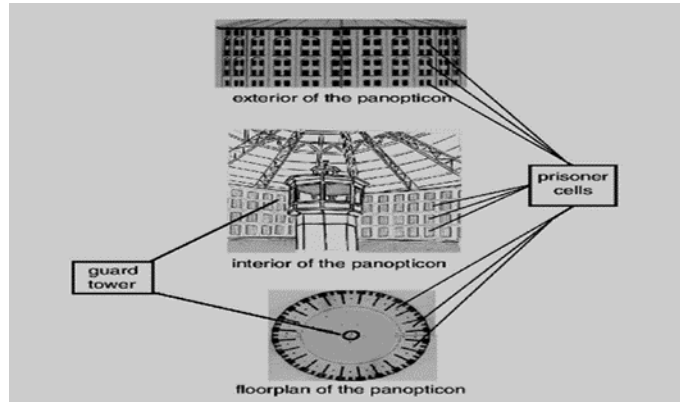


Fig. 1. Design of Panopticon⁴¹

According to Foucault, the primary effect of panopticism is to create a perpetual and stable state in the confined individual, ensuring their awareness of being seen, a guarantee of the automatic functioning of power: "Panopticism is a machine for dissociating the see/being seen dyad: in the peripheral circular building, everyone is completely seen without ever seeing; in the central tower, everyone can see without ever being seen. Panopticism, in the architectural context of surveillance institutions, replaced previous forms such as dungeons and crowded prisons in the nineteenth century. The economical design of the panopticon, in terms of materials, personnel, and time, and the almost impossible escape from the surveillance institution, made it a complete and efficient design. Therefore, according to Foucault, panopticism can be integrated into any function (educational, therapeutic, productive, or punitive) and enhance it. It can shape a mechanism in which power and knowledge relations can adapt part by part to the processes under their control: "In short, panopticism operates in such a way that the exercise of power is not added from the outside as a hard constraint or heavy burden on its functions but, rather, it is so subtle and clever in these functions that, by increasing its tentacles and points of contact, it enhances the efficiency of these functions⁴².

The architectural astuteness of the design ensures that with the play of light, there are no shadowed zones in which to hide - all occupants are constantly exposed. This utopian plan devised by Bentham consisted of

⁴¹ Millana, Martinez, Elena, Andrés Cánovas Alcaraz, The panopticon prison as a "social condenser": The study of the project for De Koepel prison by Rem Koolhaas/OMA (1979–1988), *Frontiers of Architectural Research*, 11(1), 2021, 31-52. <https://doi.org/10.1016/j.foar.2021.08.004>.

⁴² Foucault 1979, p. 266.

controlling spaces through the 'gaze' because, as Foucault reminds us "there is no need for arms, physical violence, material constraints, Just a gaze"⁴³.

According to Foucault, whenever faced with a mass of individuals on whom a certain task or behavior must be imposed, the panopticon design can be applied. Foucault, quoting Bentham, acknowledges that panopticism can be employed with necessary modifications in all institutions where several individuals need to be kept within certain spatial limits under surveillance.

According to Foucault's belief, the organization of panopticism at the foundational level and its easy transferability plan the basic functioning of a disciplinary society, where disciplinary mechanisms permeate and anchor throughout. Thus, a disciplinary society is formed, consisting of various techniques and surveillance methods. Discipline cannot be achieved with a single institution or a unified apparatus; it is a type of power, a method for exercising power, including a complete set of tools, techniques, methods, applicable levels, and matrices. Discipline is a "physics" or "anatomy" of power, a technology. The enforcement of these disciplines may fall under "specialized" institutions (disciplinary institutions of the nineteenth century), institutions using it as the main tool for a specific purpose, or pre-existing institutions that use discipline as a tool to strengthen or reorganize their internal power structures, or state apparatuses that govern discipline on a societal scale (police)⁴⁴. According to him, the characteristic of the modern era is the "acceptance of immediate visibility for a very large number towards a few or even one." A society whose foundation is not a collective body and public life but individualized and isolated individuals on one side and the state on the other. Its relations also flow contrary to the "spectacle" feature of the ancient era. In such a society, everything must be geared towards enhancing and completing the guarantees of social life, a goal that directly results in "the ever-increasing penetration of the state and its increasingly profound intervention in all the details and relationships of social life" of individuals⁴⁵.

Michel Foucault argues that technologies of power, such as techniques of care, correction, changes in birth rates, and population policies,

⁴³ Michael, Foucault, *Power/Knowledge*. New York: Pantheon 1980, p. 155.

⁴⁴ Foucault 1979, p. 268.

⁴⁵ Foucault 1979, p. 269.

play a crucial role in constructing and governing human subjects. Concepts like biopolitics and biopower are employed by Foucault to elucidate these power mechanisms. According to Foucault, the emphasis on the "body" of individuals, institutions, norms, regulations, and discourses is pivotal.

Foucault contends that these technologies of power are instrumental in shaping and regulating bodies, making them subjects of power relations. He introduces the notion of disciplinary society, asserting that discipline is not associated solely with a specific institution or apparatus, but rather it is a form of power, a technology that encompasses a complete set of tools, techniques, methods, and levels of application. He posits that in the modern era, individuals are atomized, and the government exercises deep and pervasive intervention in all aspects of social life. For Foucault, technologies of power, such as care and correction techniques, contribute to the emergence of disciplinary societies. These societies focus on the individualization and surveillance of bodies, ensuring a continuous and detailed observation of power relations. The power of discipline is subtle and intelligent, enhancing the efficiency of its functions by adapting power relations and knowledge to specific processes under its control. The panopticon model is more than a simple deterrent: its objective is to modify the behavior of the inmates, utilizing what Foucault calls 'disciplinary strategies'. These 'disciplinary strategies' replace the instrument of 'physical compulsion' that was often used. Continuous surveillance known to the inmates creates a 'spirit' that forces them to internalize detailed lists of behavioral norms. In some way, the inmates watch themselves, by internalizing the gaze of the controller: in other words, inmates modify themselves by internalizing values and models proposed by controllers. The guarantee of dominance by the keepers is due to their facility of movement, contrary to the 'inhabitants' of the Panopticon who are confined within cells without any possibility of moving. The crucial characteristic of the Panopticon is the unverifiable/visibility that the power comes to assume. 'Visible: the inmate will constantly have before his eyes the tall outline of the central tower from which he is spied upon. Unverifiable: the inmate must never know whether he is being looked at at any one moment, but he must be sure that he may always be so'⁴⁶. The insecurity of the inmate comes from his knowledge of being controlled without knowing exactly when this is happening, and this leads to the individual

⁴⁶ Foucault 1979, p. 201.

complying with the norms, and the rules. It is the randomness of screening that creates the self-disciplining docile body. The real or fictitious presence of the overseer is almost insignificant since the prisoner does not know whether he is being observed at any particular moment. What is important is the development of the self-discipline mechanism (but not its birth, as some authors suggest. Indeed, historically the fear of hell has always operated as a mechanism of discipline). The 'inmates' state of awareness of continued visibility is a guarantee of their submission to power. 'An inspecting gaze, a gaze which each individual under its weight will end by internalizing to the point that there is his overseer, each individual thus exercising this surveillance over, and against, himself. A superb formula: power exercised continuously and for what turns out to be a minimal cost'⁴⁷.

In critiquing modern society, Foucault suggests that the rise of legislative institutions and new interpretations of political freedom is accompanied by the emergence of a more hidden movement against them. This movement involves a new and unprecedented form of discipline that targets the human body. It seeks to control and regulate every force and function within the body, contributing to the creation of a suppressed and unjust sexual order. Foucault argues that this new discipline aims to transform women into compliant partners for men, molding them into obedient and subservient beings⁴⁸.

In actions of discipline for the production of femininity, Foucault claims that⁴⁹ it is not just about producing a compliant and experienced woman with a relegated body. Rather, it is part of a larger disciplinary project that creates a repressive and unjust sexual order. Foucault's insights underscore the intricate dynamics of power and the profound influence of disciplinary technologies on the construction of gender roles and the regulation of bodies within society.

IV. THE ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN AND THE PROBLEM OF HIJAB

With the onset of the modernization process in Iran initiated by Reza Shah, the veil transformed into a political tool for implementing political and socio-cultural reforms. During this time, the compulsory veil

⁴⁷ Foucault 1980, p. 155.

⁴⁸ Foucault 1979, p. 138.

⁴⁹ Foucault 1979, p. 27.

was canceled, and women were suddenly forced to relinquish control and autonomy over their bodies⁵⁰. In both of these transformations, we witness the construction and reproduction of female bodies through the political control of women's bodies. Beyond what is commonly understood politically, there is a gender division accompanied by disciplinary actions that define normative female bodies and femininity through gendered behaviors. These bodies are not only facilitating the disciplinary control of the body but also creating a form of gendered citizenship⁵¹. In both periods, there is a form of power at play that Foucault refers to as biopower and sovereign power. Biopower focuses on the control of human populations more than individual bodies, and this is exercised through regulatory institutions⁵².

After the movement of women, life, freedom and the subsiding of public anger and the return from the streets to homes, it was expected that the government, after numerous casualties, countless arrests, unjust executions, and bloody tortures, would, to some extent, meet the demands of the majority. The people's demand has always been to obtain the minimum of personal and social freedoms, especially in the matter of hijab, where the collective demand is explicit and evident. However, what happened in reality was quite different and unexpected. Stringent and restrictive laws were imposed by the government to increase control and supervision over women's dress and hijab.

A. THE "CHASTITY AND HIJAB" BILL

The Chastity and Hijab Law, officially titled "The Bill to Support the Family through Promoting the Culture of Chastity and Hijab," has been finally approved after several stages of review and amendment between the Islamic Consultative Assembly and the Guardian Council. Mohammad Baqer Ghalibaf, the Speaker of the Assembly, announced that the law was notified for implementation on December 13, 2024. However, due to public protests and dissatisfaction from social institutions, part of this bill has not yet been implemented.

⁵⁰ Majid, Rafizadeh, *The New Social Order: The Islamic Republic of Iran and Foucault*, 2013, p. 88.

⁵¹ Minoo, Moallem, *Between Warrior Brother and Veiled Sister, Islamic Fundamentalism and Politics of Patriarchy in Iran*. University of California 2005, p. 61.

⁵² Rafizadeh 2013, p. 95.

This law emphasizes the importance of the family as the main axis of human growth and peace and is organized into five chapters:

1. Generalities and definitions
2. General duties of executive bodies
3. Specific duties of executive bodies
4. General duties and social responsibilities
5. Crimes and violations

The main purpose of this law is to highlight the role of the family and executive bodies in promoting the culture of chastity and hijab.

The Hijab and Chastity Bill in Iran is a significant tool used by the government to control and monitor the behavior and attire of women. This bill comprises a set of laws and regulations aimed at imposing strict limitations on women's dress in both public and private spaces. These laws, coupled with severe penalties for non-compliance, ensure that women are constantly concerned about adhering strictly to these regulations. This bill, now named 'The Bill for the Protection of the Family through the Promotion of the Culture of Chastity and Hijab,' includes measures such as detention and monetary fines for violators of compulsory hijab. It also introduces gender segregation in various places, including universities, hospitals, administrative centers, educational institutions, parks, and tourist sites. The new text of the hijab and chastity bill consists of five chapters. The Parliamentarians, only a few days after the anniversary of the killing of Mahsa Amini, approved a three-year experimental implementation of this bill with 152 votes in favor, 34 against, and 7 abstentions on the 20th of September 2023⁵³.

Four chapters elaborate on the duties of government agencies, organizations, ministries, and state entities regarding compulsory hijab. The final chapter of the bill addresses crimes and offenses related to 'improper Hijab,' outlining various penalties such as imprisonment and monetary fines. Prohibitions on leaving the country, passport confiscation, and deprivation of citizenship rights are also part of the penalties specified in the bill. In addition, the bill authorizes several security and law enforcement agencies, including the Information Ministry, the Intelligence Organization of the Islamic Revolutionary Guard Corps, and the Law Enforcement Force, to engage in field confrontations with women deemed to be

⁵³ <https://farsnews.ir/news/14020506000181> Access:22.02.2025.

violating hijab laws. The bill also mandates the creation and strengthening of intelligent systems for identifying individuals engaged in activities deemed contrary to the culture of hijab, particularly in the digital space⁵⁴.

The proposed legislation envisions the use of surveillance cameras to monitor public spaces and identify women in breach of the Islamic dress code. Under the bill, businesses and public figures who violate the headscarf requirement would also face strict punitive measures, including bans on engagement in professional activities, flogging, and fines⁵⁵.

Penalties of improper hijab in public places				
Improper hijab for women	Wearing revealing clothing, or garments that expose the area below the neck, above the ankles, or above the wrists		The first offense: A monetary fine of sixth-degree severity; ranging from 2 to 8 million Iranian rials. Subsequent offenses: A monetary fine of fifth-degree severity; ranging from 8 to 18 million Iranian rials	
Improper hijab for men	Wearing of clothing that reveals a part of the body below the chest, above the knee, or the shoulders			
Penalties of breaking the norms of celebrities				
The first time; Second degree fine	Payment of ten percent of the total assets	Disqualification from employment for six months to five years	Ban on leaving the country for two years	Disqualification from activities in social media for six months to two years
Next times; First degree fine	Payment of ten percent of the total assets	Disqualification from employment for five to fifteen years	Ban on leaving the country for two years	Disqualification from activities in social media for six months to two years
Penalties for improper hijab at work				
The first time; Fifth degree fine	Payment of two months' interest from the income of that job		Ban on leaving the country for six months to two years	
Next times; Fourth degree fine	Payment of four months' interest from the income of that job		Ban on leaving the country for six months to two years	
Penalties of promoting nakedness in online and non-virtual businesses				
The first time; Third degree fine	Payment of three months' interest from the income of that job	Ban on leaving the country for six months to two years	Disqualification from activities in social media for six months to two years	Removal of previous content that violated the law
Next times; Second degree fine	Payment of six months' interest from the income of that job	Ban on leaving the country for two to five years	Disqualification from activities in social media for six months to two years	Removal of previous content that violated the law

Table. 2. The general materials of the Chastity and Hijab Bill⁵⁶

According to the provisions of the Compulsory Hijab and Chastity Bill and the implementation plan for the Hijab Ban, as seen in Table 2 we observe centralized government supervision by responsible authorities

⁵⁴ Farsnews 2023.

⁵⁵ Alessandra, Bajec ,As Iran doubles down on hijab laws, women fight back, The New Arab, 2023. <https://www.newarab.com/analysis/iran-doubles-down-hijab-laws-women-fight-back>.

⁵⁶ Farsnews 2023.

for monitoring and controlling hijab in various public spaces. This supervision is often carried out using surveillance cameras and monitoring systems to control hijab in public and social spaces by hijab enforcers, who were employed by low social class with salaries, at subway stations and other areas, it includes tracking and penalizing individuals opposing compulsory hijab. The bill aims to be utilized as a tool for social organization, regulating and organizing public spaces, and establishing social discipline. Determining regulations regarding hijab in subway stations, universities, and other areas are examples of these regulations. On the one hand, these laws, by determining regulations related to women's clothing and behaviors, contribute to sexual discipline in society, acting as tools for controlling individual and collective sexual behaviors.

The bill sets specific regulations for women's dress, and its measures are not limited to government control. Instead, it extends to determining regulations and measures related to the regulation of virtual spaces related to hijab. Moreover, through controlling and regulating media content, encouraging hijab, and reflecting a specific image of hijab in the media, the government's goal can be the promotion of the ruling ideology. Another crucial point is that this bill, based on religious principles, is part of the social disciplinary system and, based on these principles, addresses the discipline and regulations related to hijab. As Bentham believed, crime is defined as a harmful act in the social system. Here, non-compliance with compulsory hijab is defined as a criminal act, violating the law and disrupting the order envisioned by the law, and it is considered a form of crime.

1. "HIJAB ENFORCERS" INITIATIVE

"Hijab Enforcers" are individuals responsible for controlling hijab in the Tehran Subway. This title emerged in the media in the summer of 2023 when news about Alireza Zakani, the mayor of Tehran, deciding to hire 400 personnel for the City Council's protection unit with the title "Hijab Enforcers" and sufficient wages, was published. Their duties include verbal warnings, preventing entry into subway cars, and reporting improperly veiled or unveiled individuals to the police. In November 2023, reports surfaced about the extension of the activities of these enforcers to the subway system in Shiraz. Simultaneously, there were reports of a significant presence of personnel in plain clothes at the Theatre-Shahr subway station and its surrounding areas. They were reported to issue threatening warnings to unveiled women while capturing unauthorized

photos and videos using mobile phones and professional cameras⁵⁷. This government approach creates a hierarchy of power and discrimination among women themselves.

Additionally, in late November 2023, the presence of Hijab Enforcers was reported at the University of Tehran⁵⁸. On the other hand, software called "Monitoring System 1" has been provided to Hijab Enforcers, enabling them to report the license plates of cars with unveiled occupants. Each Hijab enforcer can report up to 40 vehicle license plates during the night. Monitor 2 is related to reports about locations, monitor 3 deals with cases of non-compliance with mandatory hijab in public spaces, and Monitor 4 pertains to reports related to online platforms and social networks⁵⁹. After the hospitalization of the adolescent student Armita Geravand and unofficial reports of the criminal behavior of Hijab Enforcers in this regard, news of the temporary suspension of their activities was released. Four days after Armita Geravand's loss of consciousness, The Guardian, citing two eyewitnesses, confirmed that the 17-year-old girl had been violently attacked by a female Hijab Enforcer, resulting in her falling to the ground. Unfortunately, after 28 days of hospitalization, she passed away⁶⁰. In November 2023, images and accounts of the pronounced presence of these enforcers in two Tehran subway stations, Theater-e-Shahr and Enghelab, were published. This led to widespread media coverage and user reactions on social networks, drawing parallels between the appearance of this personnel at stations and the "Horror Tunnel"⁶¹.

Such restrictive measures applied to implement the state order on women's clothing in Iran have many similarities with the analysis provided by Foucault regarding the disciplinary discourse of power to dominate women's bodies. The discourse of power in Iran essentially controls society by dividing it into smaller units that are easier to control and legislate for comprehensive surveillance of women who operate within

⁵⁷ hammihanonline 2023.

⁵⁸ www.radiofarda.com/a/32691698.html Access:12.12.2024

⁵⁹ www.mehrnews.com/xVtqz Access:22.02.2025.

⁶⁰ www.theguardian.com/world/2023/oct/05/armita-geravand-iran-cctv Access: 22.02.2025.

⁶¹ www.sharghdaily.com/fa/tiny/news-891369 Access:22.02.2025.

these defined units, exercising all-encompassing control over hijab and women's dress.

V. DISCUSSION

Based on Foucault's theory of panopticism, the Hijab and Chastity Bill and the Hijab Enforcer project can be examined as tools for creating a surveillance society. The following analysis explores these topics using key concepts from the theory of panopticism.

The Hijab and Chastity Bill includes regulations that oversee women's attire. These laws are enforced not only legally but also physically. For instance, the presence of security forces and moral police in streets and public places acts as the central tower in Foucault's panopticon model. These forces function as permanent observers, signaling to citizens that they are always being watched. The Hijab Enforcer project employs surveillance cameras and advanced technologies to monitor citizens' behavior, clearly implementing Foucault's panoptic structure. These cameras act as invisible observers, with citizens constantly under surveillance, even if they are unaware of whether they are being watched at any given moment. This type of surveillance has profound psychological effects on citizens' behavior due to the uncertainty of the exact time and place of observation.

One of the primary goals of the Hijab and Chastity Bill is to instill a sense of self-regulation among women. Aware that they might always be under surveillance, women automatically try to comply with dress codes. This self-regulation stems from fear of potential punishments and the social consequences of violating the rules. This form of internal surveillance is a key concept in Foucault's theory of panopticism, which is well illustrated here. Similarly, the main objective of the Hijab Enforcer project is to create self-regulation among citizens. Knowing that surveillance cameras are ubiquitous and their behaviors might be monitored, citizens automatically strive to reduce deviant behaviors. This constant sense of surveillance compels citizens to adhere to social norms, even in the absence of direct oversight. The presence of Hijab enforcers in public places, reminding citizens to comply with stringent hijab laws, is a crucial factor that forces women into self-regulation.

Although the Hijab and Chastity Bill does not directly utilize advanced surveillance technologies, the presence of security forces and moral police as physical observers represents a form of power technology implemented through human agents. This type of surveillance, while

more traditional, is equally effective in compelling women to adhere to the regulations. In contrast, the Hijab Enforcer project extensively employs advanced surveillance technologies such as CCTV cameras facial recognition software, and electronic monitoring systems. These technologies allow the government to effectively and comprehensively monitor citizens' behavior. The use of these technologies reflects an evolution in surveillance tools, aligning with Foucault's panoptic theory, which emphasizes invisible and continuous surveillance.

One of the fundamental principles of panoptic theory is continuous and unobtrusive surveillance. In the panoptic model, individuals under surveillance constantly feel that they are being watched, without knowing exactly when and how they are being monitored. In the Hijab and Chastity Bill, women are under constant pressure to comply with dress codes because they know that at any moment they might be inspected by surveillance agents. This sense of perpetual surveillance causes women to automatically conform to the expected norms, even when direct supervision is absent. Similarly, in the Hijab Enforcer project, the installation of surveillance cameras and the use of AI technologies to detect deviant behaviors exemplify permanent and unobtrusive surveillance. Citizens in subways and public places constantly feel that they are being monitored, and this feeling of surveillance ensures their adherence to social norms.

In panoptic theory, the fear of punishment is a key factor in exerting power. Individuals under surveillance are constantly worried about potential penalties for violating norms and regulations. The enforcement of severe penalties for breaches of dress code regulations ensures that women are continually anxious about strictly adhering to these rules. This fear of punishment is a powerful tool for controlling and monitoring women's behavior. Furthermore, imposing fines and penalties on business owners or storekeepers where women without proper hijab are present creates an environment where people who suffer from interacting with women defying the hijab rules will be reminded to comply. This can lead to self-regulation within society and even cause tensions among different groups. In the Hijab Enforcer project, the use of surveillance technologies and the direct presence of Hijab enforcers to identify deviant behaviors and apply swift and immediate punishments ensure that citizens are constantly concerned with adhering to social norms and regulations. This fear of punishment leads to automatic compliance with the expected norms.

A key concept in panoptic theory is the creation of individualism and isolation. In the panoptic model, individuals are placed in separate cells with no direct interaction with one another. This isolation ensures that individuals are completely controlled and monitored, with no opportunity for organization and resistance. In the Hijab and Chastity Bill and the Hijab Enforcer project, individualism and isolation are employed as tools for controlling and monitoring citizens. The continuous and unobtrusive surveillance inherent in these methods makes women constantly worried about strictly adhering to dress code regulations. This concern leads them to automatically avoid social interactions that might result in violations. This isolation and individualism become powerful tools for controlling and monitoring women's behavior. The implementation of these laws in society automatically divides social groups into supporters and opponents of the hijab, placing some in a category that, despite opposing mandatory hijab, is harmed by non-compliance with its rules. These social divisions caused by mandatory hijab laws prevent individuals from effective social presence and constructive interaction with one another.

Another key concept in Foucault's theory is the redefinition of power. In the panoptic model, power is exercised unobtrusively and continuously, and this power is automatically accepted by those under surveillance. In the Hijab and Chastity Bill and the Hijab Enforcer project, power is exercised unobtrusively and continuously, and this power is automatically accepted by citizens. In these two surveillance methods, continuous and unobtrusive surveillance ensures that women are constantly worried about strictly adhering to dress code regulations. This concern causes them to automatically conform to the expected norms. The automatic acceptance of power is one of the main objectives behind drafting mandatory hijab laws. Despite pervasive surveillance and control mechanisms, resistance to power still exists. The Mahsa movement and other protests against the hijab law demonstrate how individuals and groups challenge state authority. These acts of defiance disrupt the panoptic order and reveal the limits of surveillance and control. In Iran, the government's efforts to enforce the hijab law and monitor citizens are met with various forms of resistance, from overt protests to subtle acts of non-compliance. This ongoing struggle highlights the complexity of power relations and the potential for change within seemingly rigid structures of control.

In general terms, the Modesty and Hijab Bill and the Hijab Enforcer initiative in Iran are prominent examples of the exercise of power and surveillance based on Foucault's theory of the Panopticon. These governmental tools utilize constant and subtle surveillance, the creation of fear of punishment, isolation, and individualism, and the use of advanced technologies to impose their desired social norms on citizens. However, there are always forces of resistance and opposition that attempt to change the status quo. Table 3 illustrates how Foucault's panoptic theory can help us gain a deeper understanding of surveillance processes and the exercise of power in contemporary societies.

Control Type	An Example from Iranian Society
Social Surveillance	The existence of forces prohibiting hijab in public spaces such as metro stations, the existence of the so-called morality police in the form of the "Noor" project and guidance patrols at the street level to control women's clothing, the increase of surveillance forces in universities, schools, offices and commercial centers.
Legal Restrictions	Implementing laws such as the "Law of Chastity and Family Protection through Spreading the Culture of Hijab" by determining financial and non-financial fines for violating the mandatory hijab, establishing strict and restrictive laws to control women's clothing, and using human and technological tools to monitor women.
Social Discipline	The appointment of hijab control forces by municipalities and the government to monitor the hijab in public spaces and implement hijab policies, changing new monitoring plans to monitor women such as the "Noor" plan
Legislation	Approving laws and regulations such as facilitating the recruitment of hijab forces and providing facilities such as tracking software, approving the chastity and hijab bill in the parliament, approving the "Noor" plan, promulgating the statute of covering students in universities and schools
Digital Surveillance	Using surveillance systems, including the "Observer System 1" software, to detect and report hijab violations, monitoring women's hijab with CCTV cameras in the streets, commercial and educational centers

Table. 3. Examples of control society in Iran (Authors)

CONCLUSION

After the 1979 revolution, the political system took a firm stance against women's dress and bodies. While the politicization of women's bodies was defined in the legal framework before the Islamic Republic, the implementation of anti-freedom policies regarding hijab under the Islamic Republic seems entirely different. Though the government's supervisory and coercive approach to dealing with proponents of free and independent hijab is not a new strategy, the enforcement of surveillance policies, such as the hijab control police known as "morality police," the regulation of specific frameworks for employed women's dress, and more, reflect the enforcement of compulsory hijab policy.

After the Women's, Life, Freedom Movement, new supervisory approaches were implemented that few anticipated. The approval of the "Chastity and Hijab" bill, containing strict laws and heavy penalties for individuals who resist the laws defined by the Islamic Republic regarding hijab, along with the employment of individuals as "hijab enforcers" in public spaces for warning and controlling individuals advocating free hijab, are just two instances of strict laws implemented after the Women's, Life, Freedom Movement.

These two laws grant the enforcers of compulsory hijab policies the authority to control individuals from the moment they leave their homes, drive in the streets, use public transportation, or go to work, markets, or any other destination. This supervisory approach extends beyond this, with individuals in public spaces, public transportation, markets, universities, recreational centers, and even schools responsible for controlling, warning, and reporting supporters of free and independent hijab. This approach aligns with Foucault's theory of panopticism, reminiscent of the all-encompassing surveillance system used in prisons and correctional facilities for complete control of criminals.

Demanding freedom and independence for hijab in Iran, given that it opposes compulsory hijab laws, leads to the classification of advocates as criminals by lawmakers and authorities. According to Table 4, examples of Iranian society that is constantly under the supervision and control of the government can be seen based on the concepts of Foucault's panopticon theory. Various social units in Iran are constantly monitored. The definition of new occupational units and the use of intelligent tools and systems for expanding control over women in small social units have provided a basis for comprehensive supervision by government officials. This ongoing, all-encompassing supervision has made every woman aware of her control by surveillance systems in public spaces, prompting her to exercise self-control to avoid warnings, fines, or detention by hijab law enforcers.

Although the Women's, Life, Freedom Movement in Iran emerged under the pretext of demanding freedom in dress and hijab, freedom advocates in Iran continuously claimed all their fundamental rights, citizenship rights, which are plundered every day due to the inefficiency of the religious political system and widespread corruption within the government structure.

The Iranian people's primary demand has always been realizing their civil rights. Economic insecurity, along with social restrictions imposed on various groups in society, such as women, and ethnic, religious, and sectarian minorities, has led people to seek the fulfillment of their rights within the framework of social movements, like those that occurred in 2022. On the other hand, the Iranian government has consistently resorted to violence and inhumane methods to suppress public protests and movements. As a result, over the past year and a half, the government has employed the most severe control methods to monitor women opposing the hijab and other protesters. The main concern of this research was to examine the Iranian government's control approach to monitoring women's dress after the "Woman, Life, Freedom" movement.

What remains worthy of study within the context of this movement is the examination of the role of the hijab imposed on women selected from among the most vulnerable segments of society, as well as the study of the consequences of government surveillance policies that cause various groups of citizens with differing beliefs to confront each other. In a way, the depth of the government's control policies leads to the fragmentation of social cohesion and the breakdown of national unity. Investigating these issues, particularly in the aftermath of the 2022 movement, has always been a primary academic concern for the researchers of this article.

Unit/Concept	<i>An example in Iran's control society</i>	<i>Description of performance</i>
Building Circular Central Tower	Iran society The Central Hub of Oversight, Control, and Legislation (Law Enforcement, Intelligence Agencies, Basij, The Headquarters for Enjoining the Good and Forbidding the Evil)	Designing a closed society by a totalitarian government with the aim of facilitating surveillance and control of women in small and large social units in line with the mandatory hijab law, using tools specifically designed for this purpose
Cells	Smaller units of society such as markets, streets, schools, universities, Stadium and metro	
Windows overlooking the building	Surveillance tools such as CCTV cameras	
Guardians	Supervisor and controller (moral police, hijab Enforcer)	The enforcement and implementation of the mandatory hijab law through surveillance, control, warnings, penalties, and arrest of women who oppose the mandatory hijab
Criminal	Women supporting free and independent hijab	The Individuals advocating for personal freedom and the right to choose their preferred attire, considered by the government as criminal and sinful
The impact of comprehensive monitoring	The individual's sense of constant and perpetual control	Every woman advocating for freedom and opposing compulsory hijab becomes aware of being monitored as soon as she leaves her home, forcing her into self-control due to surveillance systems
The economic feature and profitability of the comprehensive monitoring plan	Employing individuals supportive of the power discourse from lower social classes with sufficient salaries to control the hijab	Employing individuals who support compulsory hijab from the lower classes of society with sufficient wages for monitoring women's hijab in various social units portrays the implementation of this law as beneficial, both economically and practically, as it is carried out by individuals supportive of the law while receiving average wages

Table. 4. Corresponding components in the Hijab Supervision and Control Law in Iran and Foucault's theory (Authors).

KAYNAKÇA

- ABOLHASANI**, Sh., Taleghani, F., & Yazdan Nik, A. R.: The Application of Qualitative Case Study in Nursing: A Review Study. *Qualitative Research in Health Sciences*, 6(1), 2017, 103-111.
- ALLEN** Matt, "See You in the City!" Perth's Citiplace and the Space of Surveillance', in K. Gibson and S. Watson (eds) *Metropolis Now: Planning and the Urban in Contemporary, Australia* (Sydney: Pluto), 137-147.
- ASSA**, Shirin, Unveiling Feminist Strike: The Case of "Woman, Life, Freedom" in Iran. *Atlantis: Critical Studies in Gender, Culture & Social Justice Issue*. 44(2), 2023, 53-71.
- ARENDT**, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*. Schocket Books 1951.
- AUDRİ**, Iran's women, digital rights, and human freedoms. *The Alliance for Universal Digital Rights*, 2023. <https://audri.org/irans-women-digital-rights-and-human-freedoms>.
- BAJEC**, Alessandra, As Iran doubles down on hijab laws, women fight back. *The New Arab*, 2023. <https://www.newarab.com/analysis/iran-doubles-down-hijab-laws-women-fight-back>.
- BERDAYES**, Vicente, Traditional Management Theory as Panopticon Discourse: Language and the Constitution of Somatic Flows. *Cult. Organ.*, 8(1), 2002, 35-49.
- BOUSQUET**, Gilles, Space, Power, Globalization: The Internet Symptom. 2006, *Societies*, 4: 105-113.
- CASEY D**, Houghton C. 2010. Clarifying case study research: examples from practice. *Nurse Res*, 1998, 17(3).
- CRESSWELL** Kathrin, Crowe S., Robertson A., Huby G., Avery A., Sheikh A., The case study approach. *BMC Med Res Methodol* 2011.
- De ANGELİS**, Massimo, Global Capital, Abstract Labor, and the Fractal Panopticon. *The Commoner* 1, 2001, <http://www.commoner.org.uk/fractalpanopt.pdf>.
- De LANDA**, Manuel, *War in the Age of Intelligent Machines*. New York: Zone 1991.
- DEZFULİ**, Sayed, The Biopolitics of Hijab in Iran. *Open Journal of Political Science*, 14, 2024, 512-530. doi: 10.4236/ojps.2024.143029.

- ELENA** Martinez-Millana, Andrés Cánovas Alcaraz, The panopticon prison as a “social condenser”: The study of the project for De Koepel prison by Rem Koolhaas/OMA (1979–1988), *Frontiers of Architectural Research*, 11(1), 2021, 31-52. <https://doi.org/10.1016/j.foar.2021.08.004>.
- FOUCAULT**, Michael, *Power/knowledge*. New York: Pantheon 1980.
- FOUCAULT**, Michael, *Discipline and punishment: the birth of the prison*. translated from the French by Alan Sheridan. Harmondsworth: Penguin 1979.
- Gİ YEON** Koo & **HA EUN** Han, To veil or not to veil: Turkish and Iranian hijab policies and the struggle for recognition, *Asian Journal of Women's Studies*, 24:1, 2018, 47-70, DOI: 10.1080/12259276.2018.1427663.
- GILL**, Stephen, The Global Panopticon: The Neo-Liberal State, Economic Life, and Democratic Surveillance. *Alternative*, 20(1), 1995, 1-49.
- GORDON**, Diana R., The Electronic Panopticon: A Case-Study of the Development of the National Criminal Records System, *Polit. Soc.*, 15(4), 1987, 483-511.
- KİAN**, T., & Mahdavi, A., The Impact of Surveillance Technologies on Women's Rights in Post-Mahsa Iran. *Journal of Gender Studies*, 28(1), 2024, 67-85.
- LELOUP**, Amanda, ‘Women, Life, Freedom’ The Politicization of the Hijab in Iran. *International Relations Review*. 13(2), 2023, 57-67.
- LEMAN-Langois** S., The Myoptic Panopticon: The Social Consequences of Policing Through the Lens. *Pol. Soc.*, 13(1), 2003, 43-58.
- LUCK**, Laretta, Jackson, Debra, Usher, Kim. Case study: A bridge across the paradigms. *Nurs Inq* 2006.
- LYON** David, An electronic panopticon? A sociological critique of surveillance theory. *Social. Rev.*, 41(4) 1992: 653-678.
- MANN** Steve, Nolan Jason, Wellman Barry. Surveillance: Inventing and Using Wearable Computing Devices for Data Collection in Surveillance Environments, *Surveil. Soc.* 1(3), 2003, 331-355.
- MATHIESEN** Thomas, The viewer society. Michel Foucault’s “Panopticon” revisited. *Theory Criminal.*, 1(2), 1997, 215-234.

- MIR-HOSSEİNİ**, Ziba, The Politics and Hermeneutics of Hijab in Iran: From Confinement to Choice Muslim World. *Journal of Human Rights*. 4(1), 2007. <https://doi.org/10.2202/1554-4419.1114>.
- MOALLEM**, Minoo, Between Warrior Brother and Veiled Sister, Islamic Fundamentalism and Politics of Patriarchy in Iran. University of California 2005.
- MOHAMMADİ**, Oli, The Personal, the Political, and the Public: Performing Hijab in Iran, *Journal of Performance Studies*, (12) 3, 2016. <http://liminalities.net/12-3/hijab.pdf>.
- MORADKHANI**, Homayun, The will to govern: the veil and its objects after the Islamic revolution. *Iranian Journal of Sociology*, 17(1,2), 2015, 167-191. http://www.jsi-isa.ir/article_25067.html.
- POSTER** Mark, The mode of information: Poststructuralist and social context. Chicago: University of Chicago Press 1990.
- RAFİZADEH**, Majid, The New Social Order: The Islamic Republic of Iran and Foucault 2013.
- RAGNEDDA**, Massimo, Social control and surveillance in the society of consumers. *International Journal of Sociology and Anthropology*, 3 (6), 2011, 180-188. ISSN 2006-988X.
- RAGNEDDA** Massimo. La società postpanottica. Controllo sociale e nuovi media, Roma: Arcane 2008.
- SHİRAZİZADEH**, Fatemeh, Compulsory Hijab in Iran: Functions and impacts on Iranians' daily life during 44 years of Islamic State. Master thesis. Linnaeus University 2003.
- SWEENY**, Robert W., The pedagogicon: Beyond 'discipline and punish' in the classroom. Presentation at New Forms Festival, Vancouver, BC, Canada 2004.
- WACQUANT**, Löic, The Penalization of Poverty and the Rise of Neoliberalism. *Eur. J. Crim. Policy Res.* 9(4), 2001, 401-412.
- YİN** Robert K. Case study research: Design and methods. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications 2003.
- ZAHEER**, Muhammad Akram, Umar, Hayat & Gul-i-Ayesha, Bhatti. The Hijab Dilemma: Anti-Hijab Protests in Iran and the Emerging Voices of Change. *Insights of Pakistan, Iran, and the Caucasus Studies*. 2(7), 2023, 37-45.

ZARBIĞHALEHHAMMAMİ, Shakib., & Abbasi, Fatemeh. The Demand for Freedom and Equality in the Street Below the Movement of Woman, Life, Freedom. *Journal of Advanced Research in Social Sciences*, 6(3), 2023, 122-144. <https://doi.org/10.33422/jarss.v6i3.1048>.

<https://www.asriran.com/fa/news/919081> Access:22.12.2024.

www.hammihanonline.ir/fa/tiny/news-9931 Access:12.02.2025.

www.radiofarda.com/a/32691698.html Access:12.12.2024.

www.mehrnews.com/xVtqz Access:22.02.2025.

www.theguardian.com/world/2023/oct/05/armita-geravand-iran-cctv Access:22.02.2025.

www.sharghdaily.com/fa/tiny/news-906309 Access:15.02.2025.

www.bbc.com/persian/articles/c2vz54g0zlqo Access:22.02.2025.

www.bbc.com/persian/articles/c88jdzyvn9ko Access:22.02.2025.

www.sharghdaily.com/fa/tiny/news-891369 Access:22.02.2025.

<https://rzto.ir/37vv> Access:22.02.2025.

<https://farsnews.ir/news/14020506000181> Access:22.02.2025.

ALGORİTMİK ADALET: ULUSLARARASI HUKUKTA YAPAY ZEKA HAKİMLİĞİ

Dr. Ayşe Yaşar ÜMÜTLÜ*

Öz

Yapay zekâ (YZ) teknolojileri hukuk sistemlerinde giderek daha fazla kullanılmaktadır. Bu durum, uluslararası hukuk bağlamında yapay zekâ hâkimlerinin kullanılması fikrini gündeme getirmiştir. YZ hâkimleri, tarafsızlık, hız ve hukuki tutarlılık gibi avantajlar sunarken; adil yargılanma hakkı, hesap verebilirlik ve etik sorunlar açısından ciddi riskler taşımaktadır. Bu çalışma, YZ hâkimliğinin uluslararası hukuk açısından avantajlarını ve dezavantajlarını, insan hakları bağlamında detaylandırarak incelemektedir. Çalışmada, YZ'nin tarafsızlık ve verimlilik açısından sağlayabileceği faydalar ele alınmakta, ancak empati eksikliği, algoritmik önyargılar, siber güvenlik tehditleri ve hukuki hesap verebilirlik sorunları nedeniyle tamamen otonom bir yargı sisteminin riskleri vurgulanmaktadır. Sonuç olarak, YZ'nin hukuki süreçlerde yardımcı bir araç olarak kullanılması önerilmekte, ancak nihai kararların insan hâkimler tarafından verilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

- Yapay Zekâ • Uluslararası Hukuk • İnsan Hakları • Adil Yargılanma Hakkı
- Algoritmik Adalet

* Dr., Bir kuruma bağlı değildir, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Not affiliated with any institution, Konya, Türkiye.

✉ yumutlu.ajanda@gmail.com • ORCID 0000-0003-3163-8640.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÜMÜTLÜ, Ayşe Yaşar: "Algoritmik Adalet: Uluslararası Hukukta Yapay Zeka Hakimliği", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 777-815.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ALGORITHMIC JUSTICE: ARTIFICIAL INTELLIGENCE JUDICIARY IN INTERNATIONAL LAW

Abstract

Artificial intelligence (AI) technologies are increasingly being integrated into legal systems, raising the question of whether AI judges can be utilized in international law. While AI judges offer advantages such as impartiality, speed, and legal consistency, they also pose significant risks concerning the right to a fair trial, accountability, and ethical dilemmas. This study examines the advantages and disadvantages of AI judiciary in international law from a human rights perspective. While AI could enhance judicial neutrality and efficiency, concerns such as the lack of empathy, algorithmic biases, cybersecurity threats, and accountability issues highlight the risks of a fully autonomous judicial system. The study concludes that AI should be used as a supplementary tool in legal processes, but final judicial decisions should remain within the authority of human judges.

Key Words

• Artificial Intelligence • International Law • Human Rights • Right to a Fair Trial • Algorithmic Justice.

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler hukuk sistemlerinde köklü değişikliklere yol açmaktadır. Son yıllarda, yapay zekâ (YZ) teknolojilerinin hukuk alanına entegrasyonu, özellikle büyük veri analizleri, hukuki tahmin sistemleri ve otomatik karar destek mekanizmalarıyla dikkat çekmektedir. Bu gelişmeler, hukuk pratiğini hızlandırmak ve karar verme süreçlerini daha verimli hale getirmek için kullanılmaktadır.¹ Ancak, yapay zekâ yalnızca yardımcı bir araç olarak değil, bağımsız bir yargıç olarak görev almalı mı almamalı mı bu da önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir.² Özellikle uluslararası hukuk alanında, tarafsızlık, hesap verebilirlik ve insan hakları ilkeleri açısından YZ hâkimliği konusunda çeşitli endişeler bulunmaktadır.

Genel anlamda uluslararası hukuk, devletler arası ilişkileri düzenleyen normlardan ve mahkemelerden oluşurken, insan hakları

¹ JOYCE, Daniel: Communications Infrastructure, Technological Solutionism and the International Legal Imagination, *Law and Critique*, V.34, No.3, 2023, s. 365–372.

² KERIKMÄE, Tanel/ HAMULÁK, Ondrej, / GÁBRIŠ, Tomáš: Frontiers in AI Judiciary: A Contribution to Legal Futurology, *Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum*, V.11, No.2, 2023, s. 55–75.

hukuku bireylerin korunmasını amaçlamaktadır. Bu bağlamda Adalet Divanı (UAD), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) gibi uluslararası yargı organlarının verdiği kararlar, küresel ölçekte büyük etkilere sahiptir.

YZ hâkimliği fikri, bu mahkemelerin karar alma süreçlerinde tarafsızlığı ve verimliliği artırabilecek bir yöntem olarak görülse de, insan hakları hukuku açısından bazı temel sorular ortaya çıkmaktadır: Adil yargılanma hakkı nasıl korunacaktır? Hukuki hesap verebilirlik nasıl sağlanacaktır? Kararların insani yönü nasıl ele alınacaktır?

İfade ettiğimiz gibi, yapay zekâ (YZ) teknolojileri, hukuk sistemlerinde giderek daha fazla rol oynamaktadır. Uluslararası hukuk bağlamında YZ hâkimliği fikri, özellikle adil yargılanma hakkı, hukuki öngörülebilirlik, tarafsızlık ve hesap verebilirlik gibi temel insan hakları ilkeleri açısından tartışmalıdır.³

Bu çalışmada, YZ hâkimliğinin uluslararası hukuk açısından avantajları ve dezavantajları insan hakları perspektifinde ele alınacaktır. İlk olarak, tarafsızlık, hız ve hukuki tutarlılık gibi avantajlar incelenecek; ardından, adil yargılanma hakkı, hesap verebilirlik sorunları, algoritmik önyargılar ve etik meseleler gibi dezavantajlar tartışılacaktır. Sonuç bölümünde, YZ'nin yargı süreçlerinde nasıl dengeli bir şekilde kullanılabileceğine dair öneriler sunulacaktır.

I.YAPAY ZEKÂ HÂKİMLİĞİNİN POTANSİYEL FIRSATLARI

A. Tarafsızlık ve Önyargısız Karar Verme

Yapay zekâ (YZ) hâkimliğinin en büyük vaatlerinden biri, tarafsız ve önyargısız kararlar verebilme yeteneğidir. YZ'nin en büyük avantajlarından biri, duygusal, politik veya ideolojik önyargılardan arındırılmış karar verebilme potansiyeli olarak görülür. İnsan hâkimler, geçmiş deneyimleri, sosyal çevreleri, politik görüşleri ve kişisel inançları nedeniyle bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde önyargılı olabilirler. YZ ise sadece hukuki normlara ve verilere dayanarak karar verebilir, bu da teorik olarak daha adil ve öngörülebilir bir yargı süreci sunabileceğini düşündürür. Ancak, YZ'nin gerçekten tarafsız olup olamayacağı ve

³ ULENAERS, Jasper: The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge? *Asian Journal of Law and Economics*, V.11, No.2, 2020. SROKA, T., Kapelańska-Pregowska, J., / Balcerzak, M.: Artificial intelligence and the right to a fair trial, In *Artificial Intelligence and International Human Rights La*, Edward Elgar Publishing, 2024, s. 250–277.

önyargısız karar verebilme kapasitesinin sınırları da tartışmalıdır. UAD, devletler arası hukuki ihtilafları çözmekle görevli olsa da, bazı devletler mahkemenin siyasi etkiler altında karar verdiğini öne sürmektedir.⁴

Bilindiği gibi hukuk sistemlerinde tarafsızlık ve bağımsızlık, yargının temel ilkelerindedir. Ancak, insan hâkimler bireysel geçmişlerinden ve çevresel etkilerden tamamen bağımsız hareket edemezler. Bir hâkim, belirli bir toplumsal gruba karşı bilinçli veya bilinçsiz bir önyargıya sahip olabilir. Hâkimler, mensubu oldukları toplumun politik atmosferinden etkilenebilir. Yorgunluk, stres veya kişisel sorunlar kararlarını etkileyebilir. “Yargıçın öğle yemeği etkisi” adlı bu yönde yapılmış bir çalışma olarak, kararların günün ilerleyen saatlerinde daha sertleştiğini göstermektedir.⁵ Fakat YZ hâkimleri bu tür insani faktörlerden etkilenmez. Hukuki kararlarını yalnızca kanunlara, içtihatlarla ve objektif verilere dayanarak verirler. Duygu, öfke, korku veya siyasi baskı gibi unsurların etkisinde kalmazlar.

Öte yandan Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde (UCM) savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar yargılanırken, bazı devletler mahkemeyi siyasi taraflılıkla suçlamaktadır.⁶ Eğer YZ, tüm kanıtları tarafsız bir algoritma ile analiz ederek karar verirse, kararların siyasi veya ideolojik etkilerden arındırılması mümkün olabilir. Fakat YZ’nin teorik olarak tarafsız olması, gerçekte de tarafsız olduğu anlamına gelmez. Yapay zekâ sistemleri,

⁴ **NEPSHA**, Oleksiy: Artificial Intelligence As An Innovative Tool Of Corruption Prevention In Judiciary: The Advantages, *Publične Upravlinnâ Ta Regional’nij Rozvitok*, 25, 2024, s. 960–988.

⁵ **HAGE**, Jaap/ **WALTERMANN**/ Marko Jelicic; Antonia / **RAEF** David: What Is Wrong with Hungry Judges? A Case Study Roef, of Legal Implications of Cognitive Science. In *Law, Science, Rationality*, Boom Uitgevers Den Haag, 2019.

⁶ **GALIANO**, Maria Paz Rodriguez.: Facultad de Derecho PUCP, PE, ICC Appeals Court Dismisses Venezuela Effort to Halt Investigations Into Possible Crimes Against Humanity, 2024, <https://www.jurist.org/news/2024/03/icc-appeals-court-dismisses-venezuela-effort-to-halt-investigations-into-possible-crimes-against-humanity/>; **DANCY**, Geoff/ **YVONNE** Marie Dutton/ **TESSA** Alleblas/ **EAMON** Aloyo: What Determines Perceptions of Bias toward the International Criminal Court? Evidence from Kenya, *The Journal of Conflict Resolution*, V.64, No.(7/8), 2020, s. 1443–1469.

onları eğiten veri setlerinden öğrenir. Eğer bu veri setleri önyargılıysa, YZ de bu önyargıları tekrar edebilir veya güçlendirebilir.⁷

YZ hâkimleri, geçmiş davalara ve mahkeme içtihatlarına dayanarak karar verir. Ancak, tarihsel olarak önyargılı kararlar içeren bir veri seti kullanılırsa, YZ bu önyargıları sürdürebilir. Örneğin, geçmişte belirli bir etnik grubun veya belirli bir ülkeden gelen sığınmacıların başvurularına daha fazla ret verilmişse, YZ de bu kalıpları öğrenebilir ve benzer sonuçlar üretebilir.

Bir başka örnek olarak, ABD’de bir yapay zekâ tabanlı suç tahmin sistemi (COMPAS Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), geçmiş suç verilerini analiz ederek sanıkların tekrar suç işleyip işlemeyeceğini tahmin etmeye çalıştı.⁸ Ancak, sistem siyah sanıklara beyaz sanıklara kıyasla daha yüksek risk puanları verdi, çünkü geçmiş veri setleri sistematik ırkçı uygulamaları içeriyordu. Benzer şekilde, uluslararası hukukta da geçmiş içtihatlar belirli ülkelere veya gruplara karşı sistematik bir önyargı içeriyorsa, YZ bu önyargıyı devam ettirebilecektir.⁹

Ayrıca insan hâkimler, verdikleri kararları gerekçelendirmekle yükümlüdür. Ancak YZ’nin karar verme süreci “kara kutu” (black box) problemine sahiptir.¹⁰ Bir YZ hâkimi neden belirli bir sonucu verdiğini şeffaf bir şekilde açıklayamazsa, hukuk sistemine olan güven zedelenebilir. Tamamen tarafsız bir YZ hâkimi oluşturmak mümkün olmasa da, önyargıları minimize etmek için çeşitli yöntemler önerilebilmektedir. Örneğin YZ’nin eğitiminde kullanılan veri setleri, farklı hukuk sistemlerinden ve kültürlerden gelen örneklerle

⁷ **NGIGE**, Ogochukwu Constance/ **AWODELE**, Oludele/ **BALOGUN**, Oluwatobi: Judicial Artificial Intelligence Bias: A Survey and Recommendations, *Transactions on Machine Learning and Artificial Intelligence*, V.9, No.2, 2021, s. 74–86.

⁸ **BRENNAN**, T., Dieterich, **SINGH**, Jay P; **DARYL G** Kroner, **WORMITH**, J. Stephen **DESMARAIS**, Sarah L and **HAMILTON**, Zachary: Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS), In *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, John Wiley / Sons, Ltd, 2018, s. 49–75.

⁹ **BORNSTEIN**, Aaron M: "Are Algorithms Building the New Infrastructure of Racism?", *Nautilus*, No. 55. Retrieved January 2, 2018; **VO**, Ace / **PLACHKINOVA**, Miloslova: Investigating the role of artificial intelligence in the US criminal justice system, *Journal of Information, Communication & Ethics in Society (Online)*, V.21, No.4, 2023, s. 550–567.

¹⁰ **YU**, Ronald/ **ALÌ**, Gabriella Spina: What’s Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers, *Legal Information Management*, V.19, No.1, 2019, s. 2–13.

zenginleştirilebilir. Belirli bir coğrafya veya hukuk geleneğinin ağır basması önlenmelidir. YZ'nin karar süreçleri denetlenebilir ve açıklanabilir olmalıdır. "Açıklanabilir Yapay Zekâ" (Explainable AI - XAI) teknikleri ile YZ'nin verdiği kararların nasıl oluşturulduğu incelenabilir olmalıdır.¹¹ YZ tam bağımsız bir hâkim yerine, insan hâkimlerin karar destek sistemi olarak kullanılmalıdır. İnsan hâkimler, YZ'nin sunduğu önerileri değerlendirerek son kararı vermelidir.

Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi ve diğer uluslararası hukuk otoriteleri, YZ hâkimlerinin etik ve hukuki standartlarını belirleyen bağlayıcı düzenlemeler geliştirmelidir.¹² Örneğin, Bosna-Hersek'in 2007'de Sırbistan'a karşı açtığı Soykırım Davası'nda mahkemenin kararında siyasi ve diplomatik dengelerin etkili olduğu iddia edilmiştir. Fakat pek çok uzman tarafından Uluslararası Hukuk ilkeleri ele alındığında doğru bir karar olarak değerlendirilmiştir. Aslına bakılırsa UAD siyasi baskılara rağmen uluslararası hukuk çerçevesinde kalmak konusunda direnç gösterdiği savunulmuştur. Bu davadan daha önce ve sonra aynı bağlamda tartışılan pek çok dava olmuştur. Bunlardan bazıları olarak Nikaragua - ABD Davası (ICJ, 1986); Ruanda ve Uganda Davası (ICJ, 2005-2007); Kosova'nın Bağımsızlığı Hakkında Danışma Görüşü (ICJ, 2010); Myanmar'ın Rohingya Soykırımı Davası (ICJ, 2019-Günümüz); ABD'nin İran'a Karşı ve İran'ın ABD'ye Karşı Açtığı Davalar (ICJ, 1980'lerden Günümüze) davaları ifade edilebilir.

Öte yandan, uluslararası yargı süreçlerinin hukuki olduğu kadar siyasi ve diplomatik bağlamda da etkili olduğu iddia edilen en önemli davalardan en yakın örnek, Güney Afrika'nın İsrail'e Karşı Soykırım Davası (ICJ, 2024)dır. Güney Afrika, İsrail'in Gazze'deki askeri operasyonlarının 1948 Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiğini öne sürerek Uluslararası Adalet Divanı'nda açtığı dava İsrail'in Batılı devletler tarafından desteklenmesi ve ABD başta olmak üzere bazı ülkelerin davaya açıkça karşı çıkması, bazı davalarda sürecin yalnızca hukuki değil, aynı zamanda diplomatik ve siyasi yönlerinin de olduğunu gösterdi.

¹¹ **RAI**, Arun: Explainable AI: from black box to glass box, *Journal of the Academy of Marketing Science*, V.48, No.1, 2020, s. 137-141.

¹² **PAGALLO**, Ugo/ **BASSI**, Eleonora / **DURANTE**, Massimo: The Normative Challenges of AI in Outer Space: Law, Ethics, and the Realignment of Terrestrial Standards, *Philosophy & Technology*, V.36, No.2, 2023, s. 23.

Eğer karar, tamamen yapay zekâ tarafından verilseydi, siyasi baskılardan bağımsız olarak yalnızca hukuki veriler ışığında bir sonuç üretilebileceği iddiaları bu bakımdan son derece önemlidir.

B. Hız ve Verimlilik

YZ, büyük miktarda hukuki veriyi çok kısa sürede analiz edebilir ve uluslararası hukuk sistemlerinde süregelen uzun yargılama sürelerini kısaltabilir.¹³ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) davaları bu bağlamda değerlendirilebilir. AİHM, üye devletlerde hak ihlallerine ilişkin binlerce başvuru almaktadır ve bu durum davaların uzun yıllar sürmesine neden olmaktadır.¹⁴

Nitekim Türkiye deki uzun tutukluluk süreleriyle ilgili davalar, mahkemeye yoğun bir yük getirmiştir. YZ destekli bir analiz sistemi kullanılarak benzer vakalar daha hızlı bir şekilde sınıflandırılıp değerlendirilebilir, böylece davaların daha kısa sürede sonuçlanması sağlanabilir. Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı kapsamında, 2025'te yargıda dijital dönüşüm sürdürülecek, adalet hizmetleri alanında yapay zekanın kullanımı artırılacağını açıkladı.¹⁵

C. Hukuki Tutarlılık ve Öngörülebilirlik

Hukuk sistemlerinin temel ilkelerinden biri hukuki tutarlılık ve öngörülebilirliktir. Tutarlılık, benzer olaylara benzer kararlar verilmesini sağlayarak hukukun eşit şekilde uygulanmasını güvence altına alırken, öngörülebilirlik ise bireylerin ve kurumların hukuki sonuçları önceden tahmin ederek davranışlarını uyarlamalarına olanak tanır. Ancak, insan hâkimlerin kararları zaman zaman içtihadî farklılıklar, kişisel yorumlar ve değişen hukuki yaklaşımlar nedeniyle tutarsızlık gösterebilir. Yapay zekâ hâkimlerinin hukuk sistemlerine entegre edilmesi bu sorunları

¹³ KANDEEL, Moustafa Elmetwaly / ELREFAE, Galeb: The Impact of Artificial Intelligence on Achieving the Efficiency of Justice "AI / Speedy Justice", 2023 24th International Arab Conference on Information Technology (ACIT), 2023, s. 01–05.

¹⁴ FARID, Assaf: A brief meditation on artificial intelligence, adjudication and the judiciary. *Bar News (Sydney, N.S.W.), Summer 2019*, s. 10–12; FRANGULOIU, Simona: Principles for the Use of Artificial Intelligence (AI) in the Judiciary as derived from the European Ethics Charter. Justice Efficiency and Limitations, *Bulletin of the Transilvania University of Braşov. Series VII, Social Sciences, Law*, 16(Suppl), 2023, s.39–46.

¹⁵ Bknz,T.C. Strateji ve Bütçe Başkanlığı: Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı, 2025, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/11/2025-Yili-Cumhurbaşkanligi-Yillik-Programi-05112024.pdf>

azaltma potansiyeline sahip olsa da, kendi içinde yeni tartışmaları da beraberinde getirmektedir.¹⁶

YZ, benzer davalar arasında çelişkili kararların önüne geçebilir ve hukuki istikrarı artırabilir. Bu konuda da AIHM'deki çelişkili kararları değerlendirebiliriz. AIHM, bazı davalarda benzer olaylara farklı yorumlar getirebilmektedir. Örneğin, Leyla Şahin/Türkiye (2005) davasında başörtüsü yasağını hukuka uygun bulan mahkeme, yıllar sonra benzer bir davada din özgürlüğü vurgusu yaparak farklı bir karar vermiştir.¹⁷ Eğer yapay zekâ hâkimler, önceki içtihatları daha sistematik analiz edebilirse, yargısal öngörülebilirlik sağlanabilir ve benzer davalarda çelişkili kararların önüne geçilebilir.¹⁸

Öncelikle, YZ hâkimleri veriye dayalı analiz yetenekleri sayesinde benzer davalarda benzer kararlar verme eğilimindedir. İnsan hâkimlerin farklı bakış açıları ve yorum farkları nedeniyle ortaya çıkabilecek çelişkili kararlar, yapay zekâ sistemleri tarafından büyük ölçüde engellenebilir. Örneğin, uluslararası hukukta, uluslararası yatırım tahkim davalarında veya insan hakları ihlalleriyle ilgili davalarda farklı mahkemelerin çelişkili kararlar vermesi büyük bir hukuki belirsizliğe yol açabilmektedir. YZ, geçmiş davaları ve içtihatları analiz ederek daha istikrarlı ve tutarlı kararlar üretebilir. Bununla birlikte, YZ hâkimlerinin mutlak hukuki tutarlılığı garanti altına alması, hukukun evrimsel doğasına zarar verebilir. Hukuk, toplumsal gelişmeler ve değişen normlar doğrultusunda zamanla dönüşüm geçirir. İnsan hâkimler, hukuki yorumlarında zamanın ruhunu dikkate alarak hukukun dinamik yapısını koruyabilirken, YZ sistemleri geçmiş içtihatlarla ve mevcut normlara sıkı sıkıya bağlı kalabilir.

Bu durum, hukukun sosyal değişimlere adapte olmasını zorlaştırabilir. Örneğin, insan hakları hukuku, geçmişte kabul edilen ancak günümüzde değişen normlara bağlı olarak evrim geçiren bir

¹⁶ Bknz, **SOCOL DE LA OSA**, David Uriel / **REMOLINA**, Nydia: Artificial intelligence at the bench: Legal and ethical challenges of informing—or misinforming—judicial decision-making through generative AI, *Data & Policy*, 6, 2024.

¹⁷ European Court of Human Rights (ECHR) (Grand Chamber): Case of Leyla Şahin v. Turkey, *International Legal Materials*, V. 45, No.2, 2006, s. 436–466.

¹⁸ **KONIAKOU**, Vasiliki/ **MÄNTYMÄKI**, Matti/ **DENNEHY**, Denis/ **GRIVA**, Anastasia/ **DWIVEDI**, Yogesh/ **POULOU DI**, K Nancy/ **PAPPAS**, Ilias: Governing Artificial Intelligence and Algorithmic Decision Making: Human Rights and Beyond, *Lecture Notes in Computer Science*, 12896, 2021, s. 173–84.

alandır. İnsan hâkimler, hukuku çağın gereklerine uygun şekilde esnetebilirken, YZ sistemleri bu değişkenliği yakalamakta zorlanabilir.¹⁹

Öngörülebilirlik açısından, YZ hâkimleri bireyler ve kurumlar için daha belirgin bir hukuki çerçeve sunabilir. Hukuki öngörülebilirlik, özellikle ticaret hukuku, yatırım hukuku ve uluslararası sözleşmelerde büyük önem taşır. YZ'nin, önceki davalardaki eğilimleri analiz ederek benzer durumlar için yüksek doğruluk oranıyla tahminde bulunabilmesi, hukuki süreçleri daha kestirilebilir hale getirebilir.²⁰ Örneğin, bir yatırımcı, yatırım tahkimi sürecinde hangi tür hukuki argümanların başarılı olacağını daha net bir şekilde öngörebilir ve ona göre strateji belirleyebilir.

Ancak, öngörülebilirliğin artması her zaman olumlu bir durum olmayabilir. Eğer YZ sistemleri, katı algoritmalar nedeniyle belirli türde davaların sonucunu önceden belirlenmiş kalıplarla değerlendirirse, hukuk esnekliğini kaybedebilir ve adil yargılanma hakkı zarar görebilir.²¹ (Nishant, 2024: 19-40). İnsan hâkimler, spesifik olayların bağlamını ve insani yönlerini değerlendirerek hukuki içtihatları geliştirebiliyorken, YZ'nin bu tür insani faktörleri dikkate alma kapasitesi şu an için sınırlıdır. Özellikle mülteci hukuku, savaş suçları ve insan hakları ihlalleri gibi insani yönü ağır basan konularda, hukukun katı kurallar yerine daha geniş bir yorum çerçevesine sahip olması gerekir.

Dolayısıyla, YZ hâkimleri hukuki tutarlılığı ve öngörülebilirliği artırma potansiyeline sahip olsa da, hukukun değişen doğasına adapte olma konusunda yetersiz kalabilir. Hukukun yalnızca geçmiş verilere dayanarak işlemesi yerine, toplumsal değerleri ve yeni hukuki gelişmeleri göz önünde bulundurması gerekir. Bu nedenle, YZ hâkimlerinin hukuki tutarlılığı ve öngörülebilirliği artırmak için bir araç olarak kullanılması, ancak nihai kararların insan yargıçlar tarafından değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi daha dengeli bir yaklaşım sunmaktadır.

¹⁹ DIXON, Herbert B. : Artificial Intelligence and Bias. *The Judges' Journal*, V.63, No.1, 2024, s. 37–39.

²⁰ MCLAUGHLIN, Mark: Regulating Artificial Intelligence in International Investment Law, *The Journal of World Investment & Trade*, V.24, No.2, 2023, s. 256–300.

²¹ NISHANT, Rohit/ SCHNECKENBERG, Dirk / RAVISHANKAR, MN: The formal rationality of artificial intelligence-based algorithms and the problem of bias, *Journal of Information Technology*, V.39, No.1, 2024, s. 19–40.

D. Kötüye Kullanımları Önleme

Yapay zekâ, hâkimler üzerindeki siyasi baskılar, tehditler ve yolsuzluk riskleri gibi olumsuzluklardan etkilenmez. Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Kararları bu bakımdan değerlendirilebilir. UCM'nin verdiği bazı kararlar, devletlerin veya güçlü uluslararası aktörlerin etkisinde kaldığı iddialarıyla eleştirilmektedir. Örneğin, ABD'nin UCM yargı yetkisini tanımaması ve mahkemeye baskı yapması, uluslararası hukuk açısından büyük bir sorundur. Eğer YZ destekli bir yargılama mekanizması olsaydı, kararlar tamamen delillere dayalı olur ve siyasi etkilere daha az maruz kalırdı.²²

Bu bağlamda yapay zekâ hâkimliği fikri, hukuki tutarlılık ve tarafsızlık açısından bazı avantajlar sunsa da, bu teknolojinin kötüye kullanılma olasılığı ciddi bir endişe kaynağıdır. Hukukun bağımsızlığı ve adaletin korunması için YZ'nin siyasi, ekonomik veya ideolojik çıkarlar doğrultusunda manipüle edilmesini önlemek büyük önem taşımaktadır. Eğer YZ hâkimleri belirli gruplar veya hükümetler tarafından kontrol edilirse, hukukun araçsallaştırılması riski ortaya çıkabilir. Bu nedenle, YZ hâkimliğinin adil, şeffaf ve hesap verebilir bir sistem içinde işlemesi gereklidir.²³

Öncelikle, YZ'nin eğitildiği veri setlerinin ve algoritmalarının manipülasyona açık olması, kötüye kullanımın en büyük risklerinden biridir. Eğer YZ sistemleri belirli bir siyasi ideolojiye, hükümete veya ekonomik çıkar grubuna hizmet edecek şekilde programlarsa, adil yargılama ilkesi ciddi şekilde ihlal edilebilir. Örneğin, otoriter bir rejim, YZ'yi politik muhalifleri hedef almak veya belirli davalarda hükümet lehine kararlar vermek için kullanabilir. Bu durum, hukukun tarafsızlığına ve bağımsız yargı ilkesine doğrudan zarar verebilir. Bir yapay zekâ hâkiminin, bilinçli bir şekilde belirli türdeki davalarda sürekli

²² **VECELLIO SEGATE**, Riccardo: Cognitive Bias, Privacy Rights, and Digital Evidence in International Criminal Proceedings: Demystifying the Double-Edged ai Revolution, *International Criminal Law Review*, V.21, No.2, 2021, s. 242-279.

²³ **KAMAL**, Baraa Munther / **RASHID**, Marivan Mustafa : The role of international criminal law in protecting human rights from risks Misuse of artificial intelligence, *Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences*, V.1, No.3, 2022.

aynı yönde karar vermesi, hukukun tarafsızlık ilkesini zedeleyen sistematik bir haksızlık yaratabilir.²⁴

Bir diğer önemli risk, YZ sistemlerinin siber saldırılara açık olmasıdır.²⁵ YZ hâkimleri, merkezi bir sistem üzerinden çalıştığı için, dış müdahalelere ve algoritmik manipülasyonlara karşı savunmasız olabilir. Eğer kötü niyetli aktörler YZ sistemine sızarak karar mekanizmasını değiştirebilirse, hukuki kararlar doğrudan yönlendirilebilir ve sistemin bütünlüğü zedelenebilir. Örneğin, uluslararası bir ticari anlaşmazlıkta, güçlü bir küresel şirket YZ sistemini manipüle ederek lehine kararlar verilmesini sağlayabilir. Benzer şekilde, uluslararası ceza davalarında, güçlü devletler YZ'ye müdahale ederek kendilerine yönelik suçlamaların düşmesini sağlayabilir. Bu tür bir senaryo, yapay zekâ hakimliği fikrinin güvenilirliğini ciddi şekilde zayıflatacaktır.

Ayrıca, YZ hâkimlerinin algoritmik süreçlerinin şeffaf olmaması, kötüye kullanım riskini artırabilir. Daha önce ifade edildiği gibi insan hâkimler verdikleri kararları gerekçelendirmek zorundayken, YZ sistemlerinin karar verme süreçleri genellikle “kara kutu” (black box) niteliğindedir ve dış denetime kapalı olabilir.²⁶ Eğer bir YZ hâkimi, neden belirli bir kararı verdiğini şeffaf bir şekilde açıklayamıyorsa, bu durum hukuki hesap verebilirlik açısından büyük bir boşluk yaratır. YZ'nin verdiği kararların nasıl şekillendiğini anlamak mümkün olmazsa, adaletsiz veya taraflı kararların tespit edilmesi de zorlaşır. Bu durum, bireylerin adil yargılanma hakkını doğrudan ihlal edebilir.²⁷

²⁴ **ULENAERS**, Jasper: The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge? *Asian Journal of Law and Economics*, V.11, No.2, 2020. <https://doi.org/10.1515/ajle-2020-0008>

²⁵ **RAST**, Cladua : Cybersecurity Threats to the Judiciary, *The Judges' Journal*, V.62, No.3, 2023, s. 16–19.

²⁶ “Black Box” terimi, girişleri ve çıkışları bilinen, ancak iç mekanizması tam olarak anlaşılamayan veya şeffaf olmayan sistemleri tanımlamak için kullanılır. YZ sistemlerinin iç işleyişinin , özellikle de derin öğrenme ve büyük ölçekli makine öğrenimi modellerinde, insanlar tarafından tam olarak anlaşılamaz veya açıklanamaz olmasına atıfla kullanılmaktadır. Daha fazla bilgi için bknz **BROŹEK**, Bartosz/ **MICHAŁ** Furman/ **MAREK** Jakubiec/ **BARTŁOMIEJ** Kucharzyk: The black box problem revisited. Real and imaginary challenges for automated legal decision making, *Artificial Intelligence and Law*, V. 32, No.2, 2024, s. 427–440.

²⁷ **KUCINA**, Irena: Challenges of Digitalisation in Judicial System, *Socrates (Riga)*, V.2022, No.2, 2022, s. 51–60.

Bütün bu riskler göz önüne alındığında, YZ hâkimliğinin kötüye kullanımını önlemek için bir dizi denetim ve kontrol mekanizması oluşturulmalıdır. Öncelikle, uluslararası bağımsız kuruluşlar YZ sistemlerini düzenli olarak denetlemeli ve hukuki süreçlerin tarafsızlığını garanti altına almalıdır. YZ hâkimleri, tamamen hükümetlerin veya özel şirketlerin kontrolüne bırakılmamalı, bağımsız hukuk kurulları tarafından da denetlenmelidir. Ayrıca, YZ kararlarının sürekli olarak insan yargıçlar tarafından gözden geçirilmesi sağlanmalı ve sistemin hukuki normlara uygunluğunun korunması için mekanizmalar oluşturulmalıdır.²⁸ Dolayısıyla, YZ hâkimliğinin kötüye kullanımı, hukukun bağımsızlığı ve adaletin tarafsızlığı açısından ciddi riskler taşımaktadır.

2. YAPAY ZEKÂ HÂKİMLİĞİNİN RİSKLERİ

A. Adil Yargılanma Hakkı ve İnsan Faktörünün Eksikliği

Adil yargılanma hakkı (AİHS Madde 6), mahkemeye erişim, savunma hakkı ve insani değerlendirme gibi unsurları içerir. YZ sistemleri, empati, vicdan ve insani sezgiler gerektiren durumları yeterince değerlendiremeyebilir. Mülteci Davaları ve vicdani kararlar bu açıdan değerlendirilebilir. Suriye savaşından kaçan mültecilerin iltica talepleri, yalnızca hukuki kriterlere değil, insani koşullara da bağlıdır. Bir YZ hâkimi, sadece yasa metnine bakarak başvuruyu reddedebilir, ancak insan hâkim, başvuru sahibinin travmasını ve savaş koşullarını göz önünde bulundurabilir.²⁹

Yapay zekâ tabanlı yargı sistemleri, karar süreçlerini hızlandırma ve insan kaynaklı önyargıları minimize etme iddiasıyla geliştirilse de, adil yargılanma hakkı açısından ciddi endişelere yol açmaktadır. Hukukun temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma hakkı, yalnızca belirli prosedürel güvencelerle sınırlı olmayıp, sürecin meşruiyetine ve tarafların hakkaniyet duygusuna da dayanır. Ancak, yapay zekâ

²⁸ OLIVEIRA, Manuel/ BRANDS, Justus/ MASHUDI, Judith ; LIEFOOGHE, Baptist ; HORTENSIUS, Ruud: Perceptions of artificial intelligence system's aptitude to judge morality and competence amidst the rise of Chatbots. *Cognitive Research: Principles and Implications*, V.9, No.1, 2024, s. 47–20.

²⁹ DIAS, Stephanie Almeida de Jesus/ RENATO Máximo Sátiro : Artificial intelligence in the judiciary: A critical view, *Futures : The Journal of Policy, Planning and Futures Studies*, S. 164, 2024, s. 103493.

hâkimliği bu unsurları tam anlamıyla karşılayabilecek bir mekanizma sunmamaktadır.³⁰

Öncelikle, yapay zekânın karar alma süreci şeffaflık ve hesap verebilirlik açısından önemli boşluklar barındırmaktadır. Bir yapay zekâ sisteminin belirli bir karara nasıl ulaştığı, çoğu zaman bahsettiğimiz kara kutu problemine takılmaktadır. Sistem büyük veri setleri ve algoritmik modeller üzerinden işlem yaparken, bu sürecin detayları hukukçular, sanıklar ve kamuoyu tarafından anlaşılabilir olmayabilir. Adil yargılanma hakkı, yalnızca sürecin hukuki kurallara uygun olmasını değil, aynı zamanda anlaşılabilir, denetlenebilir ve itiraz edilebilir olmasını gerektirir. Ancak yapay zekâ tabanlı bir karar mekanizması, kararın gerekçelendirilmesi ve insanların süreci içselleştirmesi bakımından eksiklikler taşıyabilir.³¹

Diğer bir sorun, yapay zekânın veri bağımlılığı nedeniyle geçmiş yargı kararlarındaki hataları ve önyargıları yeniden üretebilmesidir. Eğer bir yapay zekâ modeli geçmişte önyargılı kararlar içeren bir veri setiyle eğitilmişse, bu önyargıları sürdürebilir ve sistemik adaletsizlikleri pekiştirebilir. Böyle bir durumda, yapay zekâ hukuku uygulamak yerine, mevcut güç dinamiklerini ve ayrımcı kalıpları pekiştiren bir araç hâline gelebilir.

Bu nedenlerle, duyarlılık ve bağlamsal değerlendirme eksikliği, yapay zekâ hâkimliği açısından ciddi bir handikaptır. Adil yargılanma hakkı sadece formel hukuki normlarla değil, aynı zamanda insani değerlendirme, merhamet, ahlaki sezgi ve sosyal bağlamı anlama gibi unsurlarla da ilişkilidir. Hukukun katı kuralların ötesinde, insani bir yönü olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yapay zekâ hâkimliği bu boyutta ciddi eksiklikler taşımaktadır.³²

³⁰ **GEWIRTZ**, Jerry. M.: Artificial Intelligence May Assist, but Can Never Replace, the Judicial Decision-Making Process of Human Judges, *The Florida Bar Journal*, V.98, No.6, 2024, s. 8.

³¹ Bknz, **KORNILAKIS**, Kornilakis/ **ANGELOS**, Geörgios Nouskalēs/ **PERGANTİS**, Vassilis/ **TZİMAS**, Themistoklis: *Artificial Intelligence and Normative Challenges: International and Comparative Legal Perspectives* (1st ed.), Springer International Publishing AG. 2023.

³² **VAN BERKEL**, Niels/ **TAG**, Benjamin / **GONCALVES**, Jorge/ **HOSIO**, Simo: Human-centred artificial intelligence: a contextual morality perspective, *Behaviour / Information Technology*, V.41, No.3, 2022, s. 502–518.

Yapay zekâ hâkimliğinin en büyük dezavantajlarından biri de insan faktörünün ortadan kalkmasıdır. Hukuk, yalnızca yazılı kurallardan ibaret değildir; aynı zamanda etik, vicdan ve toplumsal normlarla iç içe geçmiş bir pratik olarak işler. Ancak, yapay zekâ tabanlı bir hâkim duygusal zekâ, empati ve sezgi gibi insana özgü bilişsel süreçlerden yoksundur.³³ Örneğin, bir hâkim yalnızca yasa maddelerini yorumlamakla kalmaz, aynı zamanda tarafların niyetlerini, içinde buldukları koşulları, pişmanlık düzeylerini ve toplumsal etkileri de değerlendirir. Ceza hukuku bağlamında, sanığın içinde bulunduğu ruh hâli, suçu işleme biçimi ve mağdurun durumu gibi unsurlar, hukuki kararın şekillenmesinde belirleyici olabilir. Ancak bir yapay zekâ, bu tür bağlamsal nüansları değerlendirme yetisine sahip değildir.³⁴

Öte yandan, hukuk sistemleri tarihsel olarak yargıcın takdir yetkisine dayanır. Takdir yetkisi, belirli durumlarda hukukun katı kurallarına esneklik kazandırarak, bireysel adaleti sağlamak için kullanılır. Ancak, yapay zekâ temelli bir hâkimlik sistemi kesin kurallara bağlıdır ve insani takdir yetkisini kullanamaz. Bu da katı ve mekanik kararların verilmesine, bireysel hakların göz ardı edilmesine ve bazen adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir.³⁵

Bir diğer kritik nokta, yapay zekânın duygusal ve etik sorumluluk taşıyamamasıdır. İnsan hâkimler verdikleri kararların sosyal etkilerini düşünerek hareket edebilirken, yapay zekâ için böyle bir bilinç söz konusu değildir. Eğer bir mahkeme kararı toplumda büyük bir tepki yaratırsa, bir insan hâkim durumu değerlendirebilir, vicdani bir hesaplaşma yaşayabilir ve gerekirse kararını gözden geçirebilir. Ancak, yapay zekâ sistemleri ahlaki sorumluluk hissine sahip olmadıkları için, mekanik ve soğuk bir şekilde karar almaya devam eder.

Sonuç olarak, yapay zekâ hâkimliği, hukukun insanî yönünü dışlayarak, adil yargılanma hakkı ve insan faktörü açısından ciddi riskler

³³ **WIECZOREK**, Krzysztof: The Conscience of a Machine? Artificial Intelligence and the Problem of Moral Responsibility, *Er(r)Go (Katowice)*, V.1, No.42, 2021, s. 15–34.

³⁴ **HOLLISTER**, Debra. L./ **GONZALEZ**, Avelino/ **HOLLISTER**, James: Contextual Reasoning in Human Cognition and the Implications for Artificial Intelligence Systems, In *Modeling and Using Context*, Vol. 10257, Springer International Publishing AG, 2017, s. 599–608.

³⁵ **KANNAL**, Ruith/ **SCHILD**, Uri, / **ZELEZNIKOW**, John: Modeling the Evolution of Legal Discretion. An Artificial Intelligence Approach, *Ratio Juris*, V.20, No.4, 2007, s. 530–558.

taşımaktadır. Hukuk yalnızca kurallar bütünü değil, insanların haklarını ve özgürlüklerini korumaya yönelik dinamik bir süreçtir. Bu bağlamda, yapay zekâ hâkimliği hukukun temel felsefi ve etik ilkeleriyle nasıl uyum sağlayabileceği konusunda ciddi bir sorgulama gerektirmektedir.³⁶

B. Hesap Verebilirlik Sorunu

Bir YZ hâkimi yanlış karar verdiğinde, sorumluluk kime ait olacaktır? Uluslararası hukukta devletler ve bireyler sorumluluk taşıırken, bir yapay zekâ sisteminin cezai veya hukuki sorumluluk taşıması nasıl sağlanacaktır? Mesela otomatik karar verme sistemleri bu bakımdan bir örnektir. Avrupa’da bazı göçmenlerin, otomatik algoritmalarla vize veya iltica başvurularının reddedildiği vakalar yaşanmıştır. Eğer YZ sistemleri yanlış kararlar alırsa, bireylerin itiraz mekanizması nasıl işleyecektir?

Hukukun temel ilkelerinden biri olan hesap verebilirlik, karar vericinin eylemlerinin gerekçelendirilebilir, sorgulanabilir ve denetlenebilir olmasını gerektirir. Demokratik hukuk sistemlerinde yargıçlar verdikleri kararların sorumluluğunu taşır ve bu kararlar, hukuki yollarla itiraz edilebilir, üst mahkemelerde incelenebilir ve gerekirse yargı etiği çerçevesinde değerlendirmeye alınabilir. Ancak yapay zekâ hâkimliği söz konusu olduğunda, hesap verebilirlik ilkesi açısından ciddi boşluklar ve riskler ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle, yapay zekânın karar mekanizması çoğu zaman şeffaflıktan uzaktır. Yapay zekâ sistemleri, büyük veri setleri ve karmaşık algoritmalar üzerinden işlem yaparak sonuç üretir. Ancak, bu süreçlerin nasıl işlediği genellikle bir kara kutu problemi yarattığını belirttik. Bir yapay zekâ modeli belirli bir karara nasıl ulaştığını net bir şekilde açıklayamayabilir ve sistemin geliştiricileri dahi modelin iç işleyişini tam olarak öngöremeyebilir. Bu durumda, bir mahkeme kararının hangi kriterlere dayanarak verildiği, hangi verilere nasıl ağırlık atfedildiği ve algoritmanın hangi mantık zinciriyle hareket ettiği belirsiz hale gelebilir. Oysa hukukta her kararın gerekçelendirilmesi zorunludur ve bu gerekçeler anlaşılır, denetlenebilir ve eleştirilebilir olmalıdır.

Diğer bir sorun, hukuki sorumluluğun kimde olduğu meselesidir. Geleneksel yargı sisteminde, bir yargıcın hatalı karar vermesi durumunda itiraz mekanizmaları ve hukuki yaptırımlar devreye girer.

³⁶ FINE, Anna/ LE, Stephanie / MILLER, Monica K.: Content Analysis of Judges' Sentiments Toward Artificial Intelligence Risk Assessment Tools, *Criminology, Criminal Justice, Law / Society*, V.24, No.2, 2023, s. 31–46.

Ancak bir yapay zekâ hâkimi hatalı ya da adaletsiz bir karar verdiğinde, bu kararın sorumluluğu kime ait olacaktır? Sistemi tasarlayan yazılım mühendisleri mi, onu kullanan mahkeme mi, yoksa algoritmayı eğiten veri bilimcileri mi? Hesap verebilirlik açısından bu tür belirsizlikler, hukuki güvenliğin zedelenmesine yol açabilir.³⁷

Ayrıca, yapay zekânın verdiği kararların itiraz edilebilirliği de sorunludur. İnsan hâkimler tarafından verilen kararlar, hukuki süreçler çerçevesinde yeniden değerlendirilebilir ve temyiz edilebilir. Ancak bir yapay zekâ sisteminin verdiği karar salt algoritmik çıktıya dayandığında, bu kararın nasıl temyiz edileceği tartışmalıdır. Bir mahkeme, yapay zekâ tarafından verilen bir kararı hangi hukuki ve teknik çerçevede yeniden ele alacaktır? Eğer yapay zekânın hesaplama süreci insan hukukçular tarafından tam olarak anlaşılamiyorsa, bu kararların itiraz edilebilirliği büyük ölçüde sınırlanabilir ve yargı sisteminde otoriter, tartışmasız bir mekanizmaya dönüşebilir.

Bunun yanı sıra, yapay zekânın bağımsızlığı ve tarafsızlığı da hesap verebilirlik açısından önemli bir tartışma konusudur. İnsan hâkimler tarafsız olmayı garanti altına almak için etik kurallar ve hukuki denetim mekanizmaları çerçevesinde hareket eder. Ancak belirtildiği gibi yapay zekâ sistemleri, eğitildikleri veri setlerine ve kullanılan algoritmalara bağımlıdır. Eğer bir sistem belirli bir politik görüşe, sosyal yapıya ya da ekonomik çıkar grubuna hizmet eden verilerle eğitilmişse, kararlarında sistematik bir taraflılık oluşabilir.³⁸ Üstelik, yapay zekânın yanlılık gösterdiği fark edilse bile, bu yanlılığın nasıl düzeltileceği ve sistemin nasıl denetleneceği belirsiz olabilir. İnsan hâkimler etik ihlaller nedeniyle görevden alınabilirken, yapay zekâ sistemlerinde bu tür bir etik sorumluluk mekanizması bulunmamaktadır.³⁹

³⁷ **BASHAYREH**, Mohammad/ **SIBAI**, Fadi. N / **TABBARA**, Amer: Artificial intelligence and legal liability: towards an international approach of proportional liability based on risk sharing, *Information / Communications Technology Law*, V. 30, No. 2, 2021, s. 169–192.

³⁸ **KAVOLIÛNAITË-RAGAUSKIENË**, Egle: Artificial Intelligence in Manipulation: The Significance and Strategies for Prevention, *Baltic Journal of Law / Politics*, V.17, No.2, 2024, s. 116–141.

³⁹ **ALQODSI**, Enas Mohammed/ **GURA**, Dmitry: High tech and legal challenges: Artificial intelligence-caused damage regulation, *Cogent Social Sciences*, V. 9, No. 2, 2023.

Dolayısıyla, hukukun toplumsal kabulü ve meşruiyet açısından hesap verebilirlik sorunu ortaya çıkabilir. Hukuk yalnızca yasaların uygulanması meselesi değil, aynı zamanda toplumun hukuki süreci içselleştirmesi ve hukuka güven duymasıyla ilgili bir olgudur. İnsan hâkimlerin verdiği kararlar bazen tartışmalı olsa da, bu kararların arkasında bir insani muhakeme süreci olduğu kabul edilir. Ancak bir yapay zekâ sisteminin verdiği kararlar katı, soğuk ve duygudan yoksun olarak algılanabilir. Bu da, toplumun yargı sistemine olan güvenini sarsabilir ve hukukun otoritesini zayıflatabilir. Sonuç olarak, hesap verebilirlik ilkesi gereği yapay zekâ hâkimliği ciddi dezavantajlar doğurabilir. Şeffaflık eksikliği, hukuki sorumluluk belirsizliği, itiraz mekanizmalarındaki yetersizlik, tarafsızlık sorunu ve hukukun toplumsal meşruiyetinin zedelenmesi, bu sistemin en büyük riskleri arasında yer almaktadır. Hukukun temel ilkelerinden biri olan hesap verebilirlik sağlanmadığında, adalet sisteminin demokratik meşruiyeti sarsılabilir ve yargı mekanizması giderek otoriter ve sorgulanamaz bir hale gelebilir.

C. Yapay Zekâ Algoritmalarındaki Önyargılar

YZ sistemleri, öğrendikleri veri setlerine bağlı olarak bilinçsiz önyargılar geliştirebilir. Uluslararası hukukta farklı kültürel ve hukuki gelenekler bulunur, ancak YZ, batı merkezli bir hukuk anlayışına daha yatkın olabilir.⁴⁰ ABD’de Algoritmik Yargılamalar bu açıdan değerlendirilebilir. ABD’de bazı mahkemelerde kullanılan YZ destekli sistemler, siyahi sanıklara daha yüksek suç işleme riski attığı için eleştirilmiştir. Tartışmalarda özellikle Z’nin etik, adalet ve ahlaki değerlerden yoksun bir şekilde algoritmik insani yardım yaklaşımları oluşturduğunu ve mevcut YZ dinamiklerinin insanlığı korumada ve mültecilerin çektiği acıları hafifletmede yetersiz kaldığını vurgulamaktadır. Bu durum, veri gizliliği ve mahremiyetine ilişkin birçok sorunu gündeme getirmektedir. Mülteciler, sığınmacılar, göçmenler ve vatansız kişilere ait verilerin uluslararası kuruluşlar ve hükümetler tarafından jeostratejik, jeopolitik, jeo-mühendislik, tıbbi araştırma, sosyo-ekonomik ve demografik amaçlarla kullanılabileceği ve manipüle edilebileceği belirtilmektedir. YZ’nin insan duyarlılığı, eleştirel düşünme ve insanlara özgü öznel ve nesnel özelliklerinden yoksun

⁴⁰ VECELLIO SEGATE, Riccardo: Cognitive Bias, Privacy Rights, and Digital Evidence in International Criminal Proceedings: Demystifying the Double-Edged ai Revolution, *International Criminal Law Review*, V.21, No.2, 2021, s. 242–279.

olduğu ifade edilmektedir. İnsan hakları temelli bir yaklaşımı benimseyen uzmanlar, sürdürülebilir yapay zekâ için algoritmik insani yardımın yeni YZ teknolojileri içinde yeniden programlanmasını önermektedir.⁴¹

Benzer bir durum, uluslararası hukukta farklı devletlere karşı ayrımcılık oluşturabilir mi?, sorgulaması devam edecek görülüyor. Yapay zekâ sistemlerinin objektif ve tarafsız olduğu yönündeki yaygın algıya rağmen, bu sistemlerin temelinde insan eliyle oluşturulmuş veri setleri ve algoritmalar bulunmaktadır. Yapay zekânın karar verme süreci, büyük ölçüde eğitildiği veri setlerinin içeriğine ve algoritmanın tasarımına bağlıdır. Ancak bu süreç, veri önyargıları, metodolojik hatalar ve sistemik ayrımcılık riskleri barındırmaktadır.⁴²

Önyargılar, genellikle kullanılan verilerin geçmişteki adaletsizlikleri yansıtmasından kaynaklanır. Eğer yapay zekâ modeli, geçmiş mahkeme kararlarına veya tarihsel hukuki uygulamalara dayanarak eğitilmişse, bu sistem önceden var olan hukuki önyargıları ve ayrımcılıkları otomatik olarak yeniden üretebilir. Örneğin, belirli etnik grupların daha sık mahkûm edildiği veya belirli suçlar için daha ağır cezalar verildiği bir geçmiş veri setiyle eğitilen yapay zekâ, aynı kalıpları tekrarlayabilir. Bu durum, mevcut adaletsizlikleri pekiştirerek yapay zekâ temelli yargının hukuki eşitliği ihlal etmesine yol açabilir.

Bir diğer sorun, algoritmik modelin hangi kriterlere öncelik verdiği ve nasıl optimize edildiğiyle ilgilidir. Yapay zekâ sistemleri genellikle istatistiksel doğruluk ve verimlilik üzerine inşa edilir, ancak hukukun temel ilkeleri bu tür ölçümlerle tam olarak örtüşmez. Örneğin, bir yapay zekâ modelinin “mükerrer suç işleme olasılığı” üzerine tahminler yapması istenirse, bu model daha önce suç işlemiş bireyleri otomatik olarak daha yüksek risk kategorisine sokabilir. Ancak, bu tür tahminler her bireyin hukuki olarak eşit muamele görmesi gerektiği ilkesine aykırı olabilir ve önyargılı profillemeye riski taşıyabilir.

Ayrıca, yapay zekânın önyargıları sadece veri kaynaklarından değil, aynı zamanda modelin tasarımındaki bilinçli veya bilinçsiz

⁴¹ AHMAD, Nafees: Refugees and Algorithmic Humanitarianism: Applying Artificial Intelligence to RSD Procedures and Immigration Decisions and Making Global Human Rights Obligations Relevant to AI Governance, *International Journal on Minority and Group Rights*, V. 28, No. 3, 2021, s. 367–435.

⁴² SEGEV, Re'em: Artificial Intelligence, Discrimination, Fairness, and Other Moral Concerns, *Minds and Machines (Dordrecht)*, V.34, No.4, 2024.

tercihlerden de kaynaklanabilir. Algoritma geliştiricileri, sistemin nasıl çalışması gerektiğine dair belirli varsayımlar yaparlar ve bu varsayımlar farkında olmadan belirli sosyal grupları avantajlı veya dezavantajlı hale getirebilir. Bu, yapay zekâ hâkimliğinin yalnızca hukuki değil, aynı zamanda etik bir mesele olduğunu gösterir.⁴³ Çünkü tarafsızlık, yalnızca insan hâkimlerden beklenen bir erdem değil, aynı zamanda yapay zekâ sistemlerinin temel bir gereksinimi olmalıdır. Ancak mevcut teknoloji, yapay zekânın gerçekten tarafsız olmasını garanti altına alacak bir mekanizma sunamamaktadır.

Bunun yanı sıra, önyargılı yapay zekâ sistemleri küresel adalet ve insan hakları açısından da ciddi sorunlar doğurabilir.⁴⁴ Özellikle uluslararası hukuk bağlamında, yapay zekâ hâkimliğinin belirli ülkelerin veya kültürel sistemlerin lehine sonuçlar üretme ihtimali bulunmaktadır. Eğer bir yapay zekâ modeli, belirli bir hukuki gelenek veya siyasi sistemin normlarını içeren verilerle eğitilirse, küresel çapta hukuki eşitliği sağlama yeteneği ciddi şekilde sınırlanabilir.⁴⁵

Yapay zekâ hâkimliğinin uluslararası hukukta uygulanması, ulusal hukuk sistemlerindeki sorunlardan daha karmaşık ve çok boyutlu bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶ Uluslararası hukuk, devletlerarası ilişkileri, insan haklarını ve küresel adaleti kapsayan bir hukuk sistemidir. Ancak bu sistem, normatif çeşitliliğe, siyasi dengelere ve kültürel farklılıklara dayalı olduğu için, tamamen otomatikleştirilmiş bir yargı mekanizması ile ne ölçüde uyumlu olabileceği tartışmalıdır.

Öncelikle, uluslararası hukukta hâkim olan esneklik ve çok taraflılık ilkesi, yapay zekâ sistemleriyle doğal bir gerilim içindedir. Uluslararası hukukta esneklik, hukuk normlarının katı, mutlak ve değişmez olmaktan ziyade değişen koşullara, aktörlere ve uluslararası dinamiklere uyum sağlayabilir nitelikte olmasıdır. Bu esneklik, birkaç

⁴³ SANGCHUL Park: Bridging the global divide in AI regulation: A proposal for a contextual, coherent, and commensurable framework. *Washington International Law Journal*, V.33, No.2, 2024, s. 216–269.

⁴⁴ ZAVRŠNIK, Aleš: Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights, *ERA-Forum*, V.20, No.4, 2020, s. 567–583. <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00602-0>

⁴⁵ BURRI, Thomas: International Law and Artificial Intelligence, *German Yearbook of International Law*, V. 60, No.1, 2018, s. 91–108.

⁴⁶ Bknz, LEE, Jaemin: *Artificial Intelligence and International Law* (1st ed.), Springer, 2022.

farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Soft Law olarak tanımlanan bağlayıcı olmayan, ancak devletlerin ve uluslararası örgütlerin davranışlarını yönlendiren ilkeler ve normlar ile sağlanmaktadır, örneğin BM Genel Kurulu kararları, Paris İklim Anlaşması'nın belirli hükümleri. Ayrıca mahkemeler ve uluslararası hukukçular, mevcut hukuk normlarını yeni durumlara uyarlayarak yorumlayabilir örneğin, insancıl hukukun siber savaşa nasıl uygulanacağına dair tartışmalar bu yönde ilerlemektedir. Öte yandan devletlerin uygulamaları ve uluslararası teamüller zamanla yeni hukuki normlara dönüşebilmektedir; insan müdahale doktrini veya deniz hukukunda yeni gelişmeler bu bakımdan değerlendirilebilir. Antlaşmalarda da esneklik mekanizmaları vardır; bazı uluslararası anlaşmalar, taraflara istisnai durumlar için özel hükümler veya çekince (reservation) koyma hakkı tanır. Örneğin; Kyoto Protokolü'nde gelişmekte olan ülkelere esneklik sağlanması veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) zamanla içtihadını güncelleyerek değişen toplumsal normlara uyum sağlaması bu açıdan düşünülmelidir.

Uluslararası hukukta çok taraflılık ise, küresel veya bölgesel meselelerin iki taraflı (bilateral) değil, birden fazla devlet ve uluslararası aktörün katılımıyla çözümlenmesi anlayışıdır. Çok taraflılık, uluslararası iş birliğini güçlendiren ve kolektif karar alma mekanizmalarına dayanan bir ilkedir. Birden fazla devletin taraf olduğu ve uluslararası normlar belirleyen Birleşmiş Milletler Şartı, Paris İklim Anlaşması, Dünya Ticaret Örgütü kuralları bu bakımdan önemli türleridir. Üstelik Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, tahkim merkezleri ve diplomatik forumlar çok taraflı hukukun uygulayıcılarıdır. Bu nedenle uluslararası hukuk, hem esneklik hem de çok taraflılık içeren bir sistemdir. Esneklik, uluslararası hukukun değişen küresel dinamiklere uyum sağlamasına yardımcı olurken, çok taraflılık devletler arası iş birliği ve hukuki normların daha geniş bir meşruiyet kazanmasını sağlar. Ancak, fazla esneklik hukukun bağlayıcılığını zayıflatabilir, fazla katı çok taraflılık ise devletlerin uyum sağlama isteğini azaltabilir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk sabit ve değişken unsurlar arasında bir denge kurarak gelişmeye devam eder.

Uluslararası hukukun işleyişi bu ve benzeri nedenlerle büyük ölçüde diplomatik müzakerelere, devletlerarası uzlaşmalara ve hukuki yorumlamalara dayalıdır. Ancak yapay zekâ, belirli kurallar çerçevesinde işlem yapan bir sistemdir ve diplomatik manevraları, devletler arasındaki güç dengelerini veya politik bağlamları anlamaktan yoksundur. Bu,

yapay zekâ hâkimliğinin uluslararası hukukta ne kadar uygulanabilir olduğu konusunda ciddi bir belirsizlik yaratmaktadır.

Ayrıca, uluslararası mahkemeler (örneğin Uluslararası Adalet Divanı veya Uluslararası Ceza Mahkemesi) genellikle karmaşık ve çok boyutlu davalara bakar. Bu davalar, hukuki argümanların yanı sıra politik, tarihsel ve ahlaki unsurlar içerir. Uluslararası mahkemeler, hukuki çerçevenin yanı sıra ahlaki unsurlar içeren davalarla da karşılaşır. Ahlaki unsurlar genellikle insan hakları, savaş suçları, soykırım, etnik temizlik ve toplumsal adalet konularında ortaya çıkar. Bu tür davalarda mahkemeler, hukukun yanı sıra evrensel etik ilkeleri, insan onuru, adaletin vicdani boyutu ve uluslararası toplumun değerleri gibi unsurları da göz önünde bulundurur. Bu bakımdan ahlaki unsurların öne çıktığı en önemli davalar; örneğin Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri (1945-1948); Nazi ve Japon savaş suçlarının yargılanması sırasında, sadece pozitif hukuk kuralları değil, doğal hukuk, insanlık vicdanı ve evrensel etik normlar temel alındı.⁴⁷ Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) – 1996 Nükleer Silahların Kullanımının Hukukiliği Tavsiye Kararında mahkeme, nükleer silahların kullanımıyla ilgili hukuki bir çerçeve sunarken, insanlığın ortak vicdanı, insan onuruna saygı ve insan neslinin devamı gibi ahlaki ilkeleri de tartıştı.⁴⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICC) – Lubanga Davası (2006-2012); Çocuk askerlerin kullanımı, sadece savaş suçu olarak değil, ahlaki açıdan insan onuruna aykırı bir eylem olarak ele alındı.⁴⁹

Burada özellikle iki farklı olguya dikkat çekilmeye çalışılmaktadır. Bir yandan yapay zeka uluslararası hukuk literatürüne ve buna dayanan tüm verilere sahip olması bakımından siyasi ve diplomatik süreçlerden bağımsız çıkarım yapabilecek bir potansiyel iken, diğer yandan akıl yürütme ve yorumlamanın gerekli olduğu güç dengeleri ve politik bağlamlar gibi durumlarda yetersiz kalabileceği gibi pekala manipüle de edilebilir olmasıdır. Bir insan hâkim, hukuki normları yorumlarken bu

⁴⁷ TEITEL, Ruti : Toward a Theory of Transitional Justice. In *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2001

⁴⁸ International Court of Justice: Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons - Declarations and Separate Opinions Not Reproduced at 35 I.L.M. 809 (1996). *International Legal Materials*, V. 35, No.6, 1996, s. 1343–1358. <https://doi.org/10.1017/S0020782900024049>

⁴⁹ DRUMBL, Mark A: *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy* (1st ed., pp. xii–xii). Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199592654.001.0001>

bağlamsal faktörleri göz önünde bulundurabilir. Ancak bir yapay zekâ modeli, hukukun siyasi ve insani boyutlarını dikkate almadan, sadece veriler üzerinden işlem yaparak mekanik kararlar üretebilir. Bu, uluslararası mahkemelerin verdiği kararların meşruiyetini ve küresel kabul edilebilirliğini zayıflatabilir.

Bir diğer sorun, yapay zekâ hâkimliğinin uluslararası hukukun egemenlik ilkesiyle nasıl bağdaştırılacağıdır.⁵⁰ Uluslararası hukukta devletlerin bağımsızlığı ve iç işlerine karışmama prensibi esastır. Ancak yapay zekâ sistemleri küresel ölçekte merkezi veri kaynaklarına ve algoritmalara dayanarak çalıştığında, belirli ülkelerin hukuki sistemlerini veya ideolojik yaklaşımlarını dolaylı olarak dayatma riski doğabilir. Örneğin, bir yapay zekâ modeli Batı hukuku temelli bir sistemle eğitildiyse, bu modelin farklı hukuk geleneklerine sahip devletler için adil ve tarafsız kararlar verebilmesi tartışmalı olacaktır. Bu da, yapay zekâ hâkimliğinin uluslararası hukuk açısından ne kadar meşru bir araç olabileceğini sorgulamamıza neden olmaktadır.

Öte yandan, uluslararası hukukun temel taşlarından biri olan insan hakları perspektifinden bakıldığında, yapay zekâ hâkimliği çeşitli riskler barındırmaktadır.⁵¹ Uluslararası insan hakları hukuku, bireylerin devletler karşısında korunmasını ve evrensel adaletin sağlanmasını amaçlar. Ancak yapay zekâ temelli bir yargı sistemi, insan haklarına ilişkin davalarda bireylerin özgün koşullarını göz önüne alma konusunda yetersiz kalabilir. Özellikle mülteci hakları, savaş suçları veya soykırım gibi insan hakları ihlallerini ele alan davalarda, bireylerin yaşadığı travmalar, kültürel faktörler ve insani boyutların dikkate alınması gereklidir.⁵² Bir yapay zekâ modeli ise, bu tür bağlamsal değerlendirmeleri yapamadığı için insan haklarına dayalı hukuki sürecin etkinliğini zayıflatabilir.

Dolayısıyla, uluslararası hukukta yapay zekâ hâkimliğiyle ilgili yasal düzenlemelerin eksikliği, bu teknolojinin küresel ölçekte ne kadar

⁵⁰ CALDERARO, Andrea/ BLUMFELDE, Stella: Artificial intelligence and EU security: the false promise of digital sovereignty, *European Security* (London, England), V. 31, No. 3, 2022, s. 415–434.

⁵¹ MANTELERO, Alessandro: *Beyond data: human rights, ethical and social impact assessment in AI* Produced and distributed for T.M.C. Asser Press by Springer, 1st Edition 2022, V. 36, 2022.

⁵² MIREUȚĂ, Samuel: AI and Ethics. The Case Of Refugees, *Challenges of the Knowledge Society*, V.17, No.1, 2024, s. 305–310.

güvenilir bir şekilde uygulanabileceği konusunda belirsizlik yaratmaktadır. Uluslararası hukuk alanında, yapay zekâ yargıçların yetki alanlarını, sorumluluklarını ve kararlarının bağlayıcılığını net bir şekilde belirleyen küresel bir çerçeve henüz yeterli düzeyde değildir. Bu da, yapay zekâ temelli uluslararası mahkemelerin hangi kurallara göre işleyeceği ve ne tür hukuki güvenceler sunacağı konusunda ciddi bir boşluk oluşturmaktadır.⁵³

Sonuç olarak, yapay zekâ hâkimliğinin uluslararası hukukta uygulanabilirliği, hukuki tarafsızlık, kültürel çeşitlilik, insan hakları ve egemenlik ilkeleri açısından çok sayıda belirsizlik ve risk içermektedir. Bu nedenle, yapay zekâ hâkimliğinin küresel adalet sistemine nasıl entegre edilebileceği, hangi etik ve hukuki sınırlarla çerçevelenmesi gerektiği konusunda daha kapsamlı bir tartışmaya ihtiyaç vardır.

3. YAPAY ZEKANIN YARGI SİSTEMİNE ENTEGRASYONU BAKIMINDAN ÇİN ÖRNEĞİ

Çin’de yargı sisteminde yapay zekanın entegrasyonu, son yıllarda devlet politikalarının ve teknolojik altyapının yoğun desteğiyle önemli ölçüde ilerlemiştir. Ülkenin geniş ve yoğun dava iş yükü, yargının verimliliğini artırmak ve karar süreçlerini hızlandırmak amacıyla yapay zeka uygulamalarının benimsenmesinde önemli bir itici güç olarak savunulmaktadır. Çin’in en üst düzey yargı organları, mahkemelerin büyük veri analizi yapabilmesi ve benzer davalar arasındaki bağlantıları tespit edebilmesi amacıyla makine öğrenmesi algoritmalarıyla donatılmış sistemleri kullanmaya başlamıştır. Bu sistemler, dava dosyalarını tarayarak, ilgili hukuki ilkeleri ve içtihatları analiz edebilmekte, hatta bazı durumlarda ön taslak karar metinleri oluşturmada destek sağlamaktadır.⁵⁴

Üst düzey mahkemelerden yerel düzeydeki uygulamalara kadar uzanan bu süreçte, yapay zeka sistemleri genellikle belge yönetimi, otomatik özetleme, yargı kararlarının benzerlik analizi ve hatta

⁵³ AMATO, Flora/ FIORETTO, Simona/ FORGILLO, Eugenio/ MASCIARI, Elio/ MAZZOCCA, Nicola/ MEROLA, Sabrina/ NAPOLITANO, Enea Vincenzo. et al.: Evolving Justice Sector: An Innovative Proposal for Introducing AI-Based Techniques in Court Offices, In *Electronic Government and the Information Systems Perspective*, Springer, V. 14149, 2023, s. 75–88.

⁵⁴ WANG, Nyu, / Tian, Michael Yuan: “Intelligent Justice”: human-centered considerations in China’s legal AI transformation, *Ai and Ethics (Online)*, V.3, No.(2, 2023, s. 349–354.

istatistiksel risk değerlendirmeleri yaparak yargı mensuplarına yardımcı olmayı hedeflediği belirtilmektedir. Çin'in "akıllı mahkeme" projeleri kapsamında, dava süreçlerinin her aşamasında yapay zekanın sunduğu öngörüler ve analizler, yargıçların iş yükünü hafifletmeyi ve karar süreçlerinin tutarlılığını artırmayı amaçladığı iddia edilmektedir. Bu uygulamalar, aynı zamanda yargı kararlarının daha hızlı verilmesini ve dosya işlemlerinin dijital ortamda etkin bir şekilde yürütülmesini mümkün kılmayı amaçladığı savunulmaktadır.⁵⁵

Çin hükümeti, yapay zekanın yargı sistemine entegrasyonunu, sadece verimliliği artıran bir araç olarak görmekten ziyade, aynı zamanda hukukun uygulanmasında şeffaflık ve adaleti destekleyecek bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Bununla birlikte, sistemlerin geliştirilmesi aşamasında insan kontrolünün önemi vurgulanmakta, nihai kararların her zaman tecrübeli yargıçlar tarafından gözden geçirilmesi esas alınacağını belirtmektedir. Fakat bu konuda uluslararası sahada endişeler aşılmış değildir. Yapay zeka uygulamalarının oluşturduğu öngörüler, yargıçların karar verirken başvurdukları bir referans aracı konumunda kalıp kalmadığı, algoritmaların önerileri bağlayıcı nitelikte kabul edilip edilmediği meseleleri henüz yeterince net değildir.⁵⁶

Ayrıca, Çin'de bu teknolojik dönüşümün arkasında yatan stratejik yaklaşım, ülkenin genel dijital dönüşüm politikalarıyla paralellik göstermektedir. Yargı sistemindeki dijitalleşme ve otomasyon çabaları, aynı zamanda adaletin erişilebilirliğini artırma, yargı süreçlerinde hata payını azaltma ve toplumsal denetimi güçlendirme gibi hedefleri de içerdiği vurgulanmaktadır. Ancak, bu uygulamaların artan kullanımı, algoritmik şeffaflık, önyargıların engellenmesi ve veri güvenliği gibi konularda da tartışmaları beraberinde getirmiştir. Çin yetkilileri, sistemlerin sürekli güncellenmesi, bağımsız denetim mekanizmalarının kurulması ve teknolojik uygulamaların etik sınırlarının belirlenmesi

⁵⁵ XU, Zichun: The Legitimacy of Artificial Intelligence in Judicial Decision Making: Chinese Experience. *International Journal of Technoethics*, V.13, No.2, 2022, s. 1–17.

⁵⁶ STERN, Rachel E / LIEBMAN, Benjamin L/ROBERTS, Margaret E/ WANG, Alice Z: Automating Fairness? Artificial Intelligence in the Chinese Courts, *The Columbia Journal of Transnational Law*, V.59, N.3, 2021, s. 515.

yönünde çalışmalarını ne derece yürüttükleri henüz uluslararası alanda netleşmiş değildir.⁵⁷

Özetle, Çin'deki yargı uygulamalarında yapay zeka kullanımı, dava dosyalarının analizinden karar özetlerinin oluşturulmasına kadar geniş bir yelpazede kendini göstermekte; hem verimliliği artıran hem de yargı süreçlerine yeni boyutlar kazandıran bir araç olarak değerlendirilmektedir. Bu gelişme, ülkenin merkezîyetçi yapısı ve teknolojik yatırımlarının bir yansıması olarak, gelecekte de yargı sisteminde daha geniş yer bulacak ve uluslararası alanda başka ülkelere de emsal teşkil edecek uygulamalardan biri haline gelmesi mümkün görülmektedir.⁵⁸

4. YZ'NİN YARGIDA KULLANIMI İLE ALAKALI ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE ORTAK ETİK İLKELER

ABD Hükümet Kongresinin Hukuk Kütüphanesi, Küresel Hukuk Araştırmaları Direktörlüğü tarafından hazırlanan "Ulusların yapay zeka stratejileri" adlı rapor dünya çapındaki yargı mekanizmalarında ve Avrupa Birliği'nde (AB) yapay zeka (YZ) ile ilgili ortaya çıkan düzenleyici işlemlerin genel manzarasını incelemektedir. Ayrıca, Birleşmiş Milletler (BM) kuruluşlarının ve bölgesel örgütlerin YZ'ye karşı benimsediği yaklaşımı açıklıyor. YZ düzenlemesi 2019 da henüz emekleme aşamasında olduğundan, kılavuzlar, etik kodları ve hükümetlerin ve kuruluşlarının YZ ile ilgili eylemleri ve açıklamaları kısmen ele alıyor. Yine bu raporda veri koruma ve gizlilik, şeffaflık, insan denetimi, gözetim, kamu yönetimi ve hizmetleri, otonom araçlar ve ölümcül otonom silah sistemleri gibi çeşitli yasal konulara değinilirken, en gelişmiş düzenlemeler özellikle bu tür araçların test edilmesi için otonom araçlar alanında olduğunu tespit ediyor.⁵⁹

Bunun yanında raporda yer alan ülkelerin yargı mekanizmalarının çoğu YZ'yi olumlu görüyor ve bu alanda lider olmayı hedefliyor. Bu nedenle birçok ülke ulusal YZ veya dijital stratejiler ve eylem planları ya

⁵⁷ **ROBERTS**, Huw / **COWLS**, Josh / **MORLEY**, Jessica / **TADDEO**, Mariarosaria / **WANG**, Vincent / **FLORIDI**, Luciano: The Chinese approach to artificial intelligence: an analysis of policy, ethics, and regulation, *AI & Society*, V.36, No.1, 2021, s. 59–77.

⁵⁸ **Ji**, Weidong: The Change of Judicial Power in China in the Era of Artificial Intelligence, *Asian Journal of Law and Society*, V.7, No.3, 2020, s. 515–530.

⁵⁹ USA Law Library of Congress: Global Legal Research Directorate issuing body. *Regulation of artificial intelligence in selected jurisdictions*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 2019, s.1.

geliştirmiş veya geliştirme sürecinde. Yine rapora göre Kanada, 2017 yılında böyle bir ulusal YZ stratejisi başlatan ilk ülke olmuştur. Stratejiler ve eylem planları yanı sıra, YZ'nin ülkenin değerleri ve temel hakları temelinde geliştirilmesini ve uygulanmasını sağlamak için etik ve yasal çerçeveler geliştirme ihtiyacı vurgulanmaktadır. Raporun hazırlandığı dönemde hiçbir ülke bu konuları incelemek için özel komisyonlar kurmuş durumda değildir. Ancak, AB hariç, hiçbir yargı bölgesi henüz YZ için bu tür özel etik veya yasal çerçeveler yayınlamamıştır. Aralık 2018'de, Avrupa Komisyonu'nun bir uzman grubu, güvenilir YZ tasarlamak için bir çerçeve belirleyen YZ etiği yönergeleri taslağını yayınlamıştır.⁶⁰

Ayrıca Güney Kore, 2008'de, diğer şeylerin yanı sıra, hükümete akıllı robot etiği hakkında bir tüzük çıkarma ve yayımlama yetkisi veren "akıllı robot endüstrisi" hakkında genel bir yasa çıkarmıştır. Ancak, böyle bir tüzüğün henüz tam olarak yürürlüğe girmediği anlaşılıyor. Bazı ülkeler, YZ'yı adalet alanında kullanmak için ilk adımları attı. Portekiz'de, yapılan talepler hakkında araştırma yapan ve bunlardan ders çıkaran bir hukuki yardım aracı başlatılacak. Gelecekte, bir yargı sürecinin başarı olasılığını tahmin etmek için kullanılabilir. Benzer şekilde, Fransa'da Rennes ve Douai Temyiz Mahkemeleri, 2017'de çeşitli temyiz davalarında öngörücü adalet yazılımını test etti. Öte yandan raporda dikkat çekici bir diğer husus ölümcül otonom silah sistemleri (LAWS) ile ilgili olarak, uluslararası insancıl hukuk normlarının LAWS'a uygulanabilirliğini görüşmek üzere, Belirli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin (CCW) Hükümet Uzmanlar Grubu'nda (GGE) düzenli olarak ülkelerin bir araya geldiklerini belirtmesidir. Ülkelerin çoğunluğu, LAWS için anlamlı insan kontrolünün gerekli olduğu konusunda hemfikir görülüyorlar.⁶¹

Yapay zeka teknolojilerinin ilerlemesiyle birlikte, uluslararası hukuk normlarının bu teknolojileri nasıl kapsayacağına dair tartışmalar ve potansiyel davalar artması beklenmektedir. Özellikle siber suçlar, veri ihlalleri ve dijital mülkiyet konularında, uluslararası düzeyde yapay zekanın kullanımı ve etkileri daha somut davalara dönüşebilir. Bazı uluslararası kuruluşlar ve tahkim organları, süreç verimliliğini artırmak amacıyla YZ teknolojilerini entegre etmeye başlamış olsa da, bu tür uygulamalar hâlen destekleyici nitelikte olup, doğrudan davaların esas

⁶⁰ USA Law Library of Congress, s. 1-2.

⁶¹ aynı yer.

konusu haline gelmemiştir. Fakat şimdiden potansiyel fayda ve risklerin bilimsel anlamda öngörülerinin farkında olunması son derece önemlidir.

Henüz bu alanda tam anlamıyla bağlayıcı yasal düzenlemeler olmasa da ifade ettiğimiz gibi, uluslararası çeşitli belgelerle gerçekleştirilen düzenlemeler mevcuttur. AB Etik İlkeler Rehberi ve AB Yapay Zeka Tüzüğü, OECD Yapay Zekâ Etik İlkeler Rehberi ve CEPEJ (Avrupa Yargı Verimliliği Komisyonu) etik ilkeleri bunlar arasındadır. CEPEJ (Avrupa Yargı Verimliliği Komisyonu) kapsamında yapay zekanın yargı sistemlerinde kullanılmasıyla ilgili tartışmalar ve önerilen etik düzenlemeler henüz evrilmekte olan bir alan olmakla birlikte, güncel yaklaşımlarda öne çıkan temel prensiplerdir.

Bu bakımdan burada özellikle CEPEJ etik düzenlemelerine odaklanabiliriz ve aşağıdaki maddelerle özetlenebilir:

Şeffaflık ve Açıklanabilirlik:

Yapay zeka sistemlerinin kullandığı algoritmalar, veriler ve karar mekanizmaları, ilgili yargı mensupları, taraflar ve kamuoyu tarafından anlaşılabilir ve denetlenebilir olmalıdır. Karar süreçlerinin “kara kutu” şeklinde kapalı kalmaması, sistemin nasıl çalıştığının açıklanması önem arz eder.⁶²

Hesap Verebilirlik ve İnsan Denetimi:

Nihai yargı kararları her zaman insan yargıçlar tarafından verilmeli; yapay zeka yalnızca destekleyici rol üstlenmelidir. Oluşabilecek hatalı veya önyargılı sonuçlardan sorumluluk net olarak belirlenmeli, gerektiğinde müdahale edilebilmesi için insan kontrolü sağlanmalıdır.⁶³

Adalet ve Tarafsızlık:

Yapay zeka uygulamalarının, veri setlerinin ve algoritmaların özenle seçilerek tarafsızlık ilkesine uygun şekilde tasarlanması; herhangi bir etnik, cinsiyet, sosyoekonomik veya diğer ayrımcılık biçimini önleyecek mekanizmaların yerleştirilmesi gerekmektedir. Düzenli olarak bağımsız denetim ve algoritmik adalet değerlendirmeleri yapılmalıdır.⁶⁴

⁶² European Commission: Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, Publications Office, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/346720>, s.16-36

⁶³ European Commission, 2019: 11-36

⁶⁴ European Commission, 2019: 4-39

Veri Koruma ve Mahremiyet:

Yargı süreçlerinde kullanılacak yapay zeka sistemlerinin, kişisel verileri işlerken Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği (GDPR) gibi veri koruma standartlarına tam uyum göstermesi gerekir. Toplanan, işlenen ve saklanan verilerin güvenliği, gizliliği ve anonimleştirilmesi konularında sıkı önlemler alınmalıdır.⁶⁵

Güvenilirlik, Dayanıklılık ve Sürekli Gelişim:

Yapay zeka uygulamaları, sistematik testlerden geçirilip, sahada uygulanmadan önce güvenilirliği ve tutarlılığı kanıtlanmalıdır. Teknolojik gelişmeler ve değişen hukuk normları ışığında sistemler periyodik olarak güncellenmeli ve iyileştirilmelidir.⁶⁶

Etik ve İnsan Odaklı Yaklaşım:

Yapay zekanın yargı sistemlerine entegrasyonu sırasında, insan haklarına, adil yargılanma hakkına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi esas alınmalıdır. Teknolojinin getirdiği avantajların yanında, olası sosyal ve etik riskler de değerlendirilmeli, toplumun güvenini kazanacak uygulamalara yönelinmelidir.⁶⁷

Çok Disiplinli İşbirliği:

Hukuk uzmanları, etik bilimciler, teknoloji geliştiricileri ve sivil toplum temsilcileri arasında sürekli diyalog ve işbirliği sağlanarak, yapay zekanın yargı alanında kullanımıyla ilgili normlar ortaklaşa belirlenmelidir. Bu işbirliği, yeni teknolojik gelişmeler karşısında esnek ve güncel düzenlemelerin oluşturulmasına katkı sağlar.⁶⁸

Kamuoyu ve Şeffaf Denetim Mekanizmaları:

Uygulamaların, bağımsız denetim organları ve sivil toplum kuruluşları tarafından şeffaf şekilde izlenebilmesi, kamuoyunun bilgilendirilmesi ve geri bildirim mekanizmalarının oluşturulması teşvik edilmelidir. Bu sayede, yapay zekanın yargı süreçlerine entegrasyonu ile ilgili toplumda oluşabilecek endişeler erken aşamada ele alınabilir.⁶⁹

CEPEJ etik şartı çerçevesinde öngörülen bu prensipler, yapay zekanın yargı sistemlerine entegrasyonunda verimlilik ve hız gibi

⁶⁵ European Commission, 2019: 4-30

⁶⁶ European Commission, 2019: 16-30

⁶⁷ European Commission, 2019: 9,18-39

⁶⁸ European Commission, 2019: 25

⁶⁹ European Commission, 2019: 12-38

avantajlar sağlanırken, adaletin temel ilkeleri, tarafsızlık, hesap verebilirlik ve insan haklarına saygı gibi değerlerin korunmasını amaçlamaktadır. Uygulamada, bu ilkelere bağlılık; hem yargı mensupları hem de teknoloji geliştiricileri ve düzenleyici kurumlar arasında sıkı bir işbirliği gerektirmektedir.

SONUÇ

YZ hâkimliği, uluslararası hukukta tarafsızlık ve verimlilik açısından büyük avantajlar sağlasa da, hesap verebilirlik, hukuki önyargılar ve insani faktörlerin eksikliği gibi önemli sorunlar barındırmaktadır. Bu bakımdan YZ, analiz ve öneri mekanizması olarak kullanılmalı, ancak son karar insani yargıçlara bırakılmalıdır. YZ sistemlerinin nasıl programlandığı ve hangi veri setlerine dayandığı açıkça belirlenmelidir. Devletler arası davalarda YZ sistemlerinin manipüle edilmesini önleyici tedbirler alınmalıdır. Bu nedenle, tamamen YZ'ye dayalı bir yargı mekanizması yerine, insan hâkimlerin YZ ile desteklendiği bir model, uluslararası hukukun tarafsızlığını ve insan haklarını daha iyi koruyacaktır.

Günümüzde uluslararası hukuk alanında yapay zekanın (YZ) aktif bir taraf veya dava konusu olarak yer aldığı, yüksek profilli “YZ kullanılan dava” örnekleri henüz olması gerektiği kadar net ve yaygın olarak belgelenmiş değildir. Ancak, bu konuyla ilgili birkaç önemli noktaya değinebildik. Her ne kadar yeterli açıklıkla ele alınması Çin siyaset anlayışı nedeniyle mümkün olmasa da kısmi veriler üzerinden örneklem olarak bahsettik. Fakat özellikle uluslararası tahkim ve dava süreçlerinde, büyük hacimli belgelerin incelenmesi, veri analizleri ve öngörücü modellemeler için yapay zekanın kullanıldığı diğer örnekler de mevcuttur. Bu uygulamalar, dava hazırlığı ve delillerin analizinde destekleyici araçlar olarak işlev görmektedir. Yapay zeka tabanlı sistemler, benzer dava örneklerini tarayarak hukuki öngörülerde bulunmak ve ilgili içtihatları hızlıca ortaya çıkarmak amacıyla kullanılmaktadır. Bu tür uygulamalar, dava sürecinin verimliliğini arttırmaya yöneliktir.

Öte yandan yapay zekanın kullanıldığı otonom silah sistemleri (LAWS) gibi teknolojiler, uluslararası insancıl hukuk ve silahsızlanma konularında yoğun tartışmalara yol açmaktadır. Burada, doğrudan bir dava örneğinden ziyade, teknolojinin uluslararası hukuk normlarıyla nasıl uyumlu hale getirileceği, sorumluluk ve hesap verebilirlik konuları tartışılmaktadır. YZ'nin özerk karar verme mekanizmalarının

yaratabileceği sonuçlar, uluslararası hukukta yeni normların geliştirilmesi yönünde tartışmalara neden olmaktadır. Özellikle, uluslararası insan hakları ve savaş suçları gibi alanlarda, yapay zekanın rolü ve hesap verebilirlik mekanizmaları konuları gelecekte dava konusuna dönüşebilir.

2025 yılına kadar, uluslararası arenada yapay zeka (YZ) ve hukuk alanındaki gelişmelerin birkaç temel yönde ilerlediği görülmektedir. Portekiz ve Fransa, Çin gibi ülkelerde denenilen yapay zeka destekli hukuki araştırma ve öngörü araçlarının geliştirilmesiyle, mahkemelerin benzer davalar arasındaki bağlantıları hızlıca tespit etme, belge inceleme süreçlerini hızlandırma ve karar alma süreçlerine destek olma potansiyeli artacaktır. Bu araçlar, zamanla daha sofistike hale gelerek hukuk profesyonellerine daha fazla öngörü ve stratejik bilgi sunabilir.

Gelecekte YZ sistemleri, davaların sonuçlarını tahmin etme konusunda daha güvenilir hale gelebilir. Bu durum, hem hukuk uygulayıcıları hem de taraflar için risk analizleri ve strateji geliştirme açısından önemli bir araç olarak değerlendirilebilir. Ancak, algoritmik önyargıların ve şeffaflık konularının sürekli olarak göz önünde bulundurulması gerekecektir. Yapay zekanın yargı süreçlerine entegrasyonu, adaletin tarafsızlığı, hesap verebilirlik ve şeffaflık gibi konuları da gündeme getirecektir. Bu nedenle, uluslararası ve yerel düzeyde yeni düzenlemeler, standartlar ve denetim mekanizmaları geliştirilmesi beklenmektedir. Avrupa Birliği gibi bölgelerde bu konularda daha kapsamlı yasal düzenlemeler öne çıkabilir.

2016'daki Viyana Konvansiyonu değişikliklerinin ardından, otomatik teknolojilerin kullanımına ilişkin düzenlemeler giderek yaygınlaşmaktadır. Özellikle Hollanda, Litvanya, İsrail, İspanya, Katar, Birleşik Arap Emirlikleri, Singapur, Ontario ve Finlandiya gibi ülkelerde otonom araçlar için geliştirilmiş deneysel düzenlemeler, teknolojinin pratikte nasıl uygulanabileceğini test etmeye devam edecek. Otonom araçların test ve uygulama süreçlerinde, araç verilerinin devlette paylaşılması, kaza kayıtlarının tutulması ve sigorta gibi konularda uluslararası standartların belirlenmesi önem kazanacaktır. Bu alanda, veri güvenliği ve kullanıcı mahremiyeti konularında da yeni yasal düzenlemeler gündeme gelebilir.

Hem hukuk alanında hem de trafik düzenlemelerinde, teknolojik gelişmelerle uyumlu yasal altyapının oluşturulması, geleceğin vazgeçilmez bir parçası haline gelecektir. YZ'nin sunduğu avantajları en

iyi şekilde kullanabilmek için ülkeler arası işbirliği ve uluslararası normların geliştirilmesi öne çıkacaktır. Yapay zekanın hukuk sistemlerine entegrasyonu, aynı zamanda algoritmik karar verme süreçlerinin denetlenmesi ve şeffaflığının sağlanması konusunda yeni sorumluluklar doğuracağını öngörebiliyoruz. Bu alanda akademik çalışmalar ve düzenleyici kurumların yapacağı değerlendirmeler, ilerleyen yıllarda sistemlerin güvenilirliğini artıracak şekilde evrilmeye yardımcı olacaktır.

Nihai karar verme yetkisinin hâlâ insan hâkimlerde olduğu bir sistemde, YZ'nin daha çok destekleyici ve analitik rol üstlenmesi beklenmektedir. Bu sayede, yargı süreçlerinde zaman kazanımı ve daha tutarlı kararlar alınması hedeflenecektir.

Sonuç olarak, hukuk ve yapay zeka entegrasyonu, teknolojinin getirdiği yeniliklerle birlikte yargı süreçlerinde verimlilik, öngörü ve stratejik analizlerin artması yönünde ilerleyecek; ancak bu gelişmelerin adil, şeffaf ve hesap verebilir bir şekilde uygulanabilmesi için yeni yasal düzenlemeler ve etik standartların da geliştirilmesi gerekecektir. Bu süreç, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde düzenleyici kurumların, etik ve hukuk camiasının ve elbette teknoloji uzmanlarının işbirliğiyle şekillenecektir.

KAYNAKÇA

- BORNSTEIN**, Aaron M: "Are Algorithms Building the New Infrastructure of Racism?", *Nautilus*, No. 55. Retrieved January 2, 2018.
- AHMAD**, Nafees: Refugees and Algorithmic Humanitarianism: Applying Artificial Intelligence to RSD Procedures and Immigration Decisions and Making Global Human Rights Obligations Relevant to AI Governance, *International Journal on Minority and Group Rights*, V. 28, No. 3, 2021, s. 367–435.
- ALQODSI**, Enas Mohammed/ **GURA**, Dmitry: High tech and legal challenges: Artificial intelligence-caused damage regulation, *Cogent Social Sciences*, V. 9, No. 2, 2023.
- AMATO**, Flora/ **FIORETTO**, Simona/ **FORGILLO**, Eugenio/ **MASCIARI**, Elio/ **MAZZOCCA**, Nicola/ **MEROLA**, Sabrina/ **NAPOLITANO**, Enea Vincenzo. et al.: Evolving Justice Sector: An Innovative Proposal for Introducing AI-Based Techniques in Court Offices, In *Electronic Government and the Information Systems Perspective*, Springer, V. 14149, 2023, s. 75–88.
- BASHAYREH**, Mohammad/ **SIBAI**, Fadi. N / **TABBARA**, Amer: Artificial intelligence and legal liability: towards an international approach of proportional liability based on risk sharing, *Information & Communications Technology Law*, V. 30, No. 2, 2021, s. 169–192.
- BRENNAN**, T., Dieterich, **SINGH**, Jay P; **DARYL G** Kroner, **WORMITH**, J. Stephen **DESMARAIS**, Sarah L and **HAMILTON**, Zachary: Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS), In *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, John Wiley / Sons, Ltd, 2018, s. 49–75.
- BROŹEK**, Bartosz/ **MICHAŁ** Furman/ **MAREK** Jakubiec/ **BARTŁOMIEJ** Kucharzyk: The black box problem revisited, Real and imaginary challenges for automated legal decision making, *Artificial Intelligence and Law*, V. 32, No.2, 2024, s. 427–440.
- BURRI**, Thomas: International Law and Artificial Intelligence, *German Yearbook of International Law*, V. 60, No.1, 2018, s. 91–108.
- CALDERARO**, Andrea/ **BLUMFELDE**, Stella: Artificial intelligence and EU security: the false promise of digital sovereignty, *European Security (London, England)*, V. 31, No. 3, 2022, s. 415–434.

- DALY**, Stephen: Artificial Intelligence, The Rule of Law And Public Administration: The Case of Taxation, *Cambridge Law Journal*, V.83, No.3, 2024, 437–464.
- DANCY**, Geoff/ **YVONNE** Marie Dutton/ **TESSA** Alleblas/ **EAMON** Aloyo: What Determines Perceptions of Bias toward the International Criminal Court? Evidence from Kenya, *The Journal of Conflict Resolution*, V.64, No.(7/8), 2020, s. 1443–1469.
- DIAS**, Stephanie Almeida de Jesus/ **RENATO** Máximo Sátiro : Artificial intelligence in the judiciary: A critical view, *Futures: The Journal of Policy, Planning and Futures Studies*, S. 164, 2024, s. 103493.
- DIXON**, Herbert B: Artificial Intelligence and Bias, *The Judges' Journal*, V.63, No.1, 2024, s. 37–39.
- DRUMBL**, Mark A: *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy* (1st ed., pp. xii–xii), Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199592654.001.0001>
- European Court of Human Rights (ECHR) (Grand Chamber): Case of Leyla Şahin v. Turkey, *International Legal Materials*, V. 45, No.2, 2006, s. 436–466. <https://doi.org/10.1017/S0020782900006252>
- FARID**, Assaf: A brief meditation on artificial intelligence, adjudication and the judiciary. *Bar News (Sydney, N.S.W.)*, Summer 2019, s. 10–12.
- FINE**, Anna/ **LE**, Stephanie / **MILLER**, Monica K.: Content Analysis of Judges' Sentiments Toward Artificial Intelligence Risk Assessment Tools, *Criminology, Criminal Justice, Law / Society*, V.24, No.2, 2023, s. 31–46.
- FRANGULOIU**, Simona: Principles for the Use of Artificial Intelligence (AI) in the Judiciary as derived from the European Ethics Charter. Justice Efficiency and Limitations, *Bulletin of the Transilvania University of Braşov. Series VII, Social Sciences, Law*, 16(Suppl), 2023, s.39–46.
- GALIANO**, Maria Paz Rodriguez.: Facultad de Derecho PUCP, PE, ICC Appeals Court Dismisses Venezuela Effort to Halt Investigations Into Possible Crimes Against Humanity, 2024. <https://www.jurist.org/news/2024/03/icc-appeals-court-dismisses-venezuela-effort-to-halt-investigations-into-possible-crimes-against-humanity/>

- GEWIRTZ**, Jerry. M.: Artificial Intelligence May Assist, but Can Never Replace, the Judicial Decision-Making Process of Human Judges, *The Florida Bar Journal*, V.98, No.6, 2024, s. 8.
- HAGE**, Jaap/ **WALTERMANN**/ Marko Jelicic; Antonia / **RAEF** David: What Is Wrong with Hungry Judges? A Case Study Roef. of Legal Implications of Cognitive Science, In *Law, Science, Rationality*. Boom Uitgevers Den Haag, 2019.
- HOLLISTER**, Debra. L./ **GONZALEZ**, Avelino/ **HOLLISTER**, James: Contextual Reasoning in Human Cognition and the Implications for Artificial Intelligence Systems, In *Modeling and Using Context*, V. 10257, Springer International Publishing AG, 2017, s. 599–608.
- JL**, Weidong: The Change of Judicial Power in China in the Era of Artificial Intelligence, *Asian Journal of Law and Society*, V.7, No.3, 2020, s. 515–530.
- JOYCE**, Daniel: Communications Infrastructure, Technological Solutionism and the International Legal Imagination, *Law and Critique*, V.34, No.3, 2023, s. 363–379.
- KAMAL**, Baraa Munther / **RASHID**, Marivan Mustafa : The role of international criminal law in protecting human rights from risks Misuse of artificial intelligence, *Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences*, V.1, No.3, 2022.
- KANDEEL**, Moustafa Elmetwaly / **ELREFAE**, Galeb: The Impact of Artificial Intelligence on Achieving the Efficiency of Justice “AI / Speedy Justice,” 2023 24th International Arab Conference on Information Technology (ACIT), 2023, s. 01–05.
- KANNAI**, Ruith/ **SCHILD**, Uri, / **ZELEZNIKOW**, John: Modeling the Evolution of Legal Discretion, An Artificial Intelligence Approach, *Ratio Juris*, V.20, No.4, 2007, s. 530–558.
- KAVOLIŪNAITĒ-RAGAUSKIENĒ**, Egle : Artificial Intelligence in Manipulation: The Significance and Strategies for Prevention, *Baltic Journal of Law / Politics*, V.17, No.2, 2024, s. 116–141.
- KERIKMÄE**, Tanel/ **HAMULÁK**, Ondrej, / **GÁBRIŠ**, Tomáš: Frontiers in AI Judiciary: A Contribution to Legal Futurology, *Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum*, V.11, No.2, 2023, s. 55–75.
- KONIAKOU**, Vasiliki/ **MÄNTYMÄKI**, Matti/ **DENNEHY**, Denis/ **GRIVA**, Anastasia/ **DWIVEDI**, Yogesh/ **POULOUDI**, K Nancy/

- PAPPAS**, Ilias: Governing Artificial Intelligence and Algorithmic Decision Making: Human Rights and Beyond, *Lecture Notes in Computer Science*, 12896, 2021, s. 173–84.
- KORNILAKIS**, Kornilakis/ **ANGELOS**, Geōrgios Nouskalēs/
PERGANTIS, Vassilis/ **TZIMAS**, Themistoklis: *Artificial Intelligence and Normative Challenges: International and Comparative Legal Perspectives* (1st ed.), Springer International Publishing AG. 2023.
- KUCINA**, Irena: Challenges of Digitalisation in Judicial System, *Socrates (Rīga)*, V.2022, No.2, 2022, s. 51–60.
- LEE**, Jaemin: *Artificial Intelligence and International Law* (1st ed.), Springer, 2022.
- MANTELERO**, Alessandro: *Beyond data : human rights, ethical and social impact assessment in AI* Produced and distributed for T.M.C. Asser Press by Springer, 1st Edition 2022, V. 36, 2022.
- MCLAUGHLIN**, Mark: Regulating Artificial Intelligence in International Investment Law, *The Journal of World Investment & Trade*, V.24, No.2, 2023, s. 256–300.
- MIREUȚĂ**, Samuel: AI and Ethics, The Case Of Refugees. *Challenges of the Knowledge Society*, V.17, No.1, 2024, s. 305–310.
- MONIZ LOPES**, Pedro/ **SILVA SAMPAIO**, Jorge / **AZEVEDO**, Sara.: Editorial - Artificial Intelligence, Legal Theory and the Judiciary, *E-Publica (Lisboa)*, V.11, No.1, 2024.
- NEPSHA**, Oleksiy: Artificial Intelligence As An Innovative Tool Of Corruption Prevention In Judiciary: The Advantages. *Publìčne Upravlìnnâ Ta Regional' nij Rozvitok*, 25, 2024, s. 960–988.
- NISHANT**, Rohit/ **SCHNECKENBERG**, Dirk / **RAVISHANKAR**, MN: The formal rationality of artificial intelligence-based algorithms and the problem of bias, *Journal of Information Technology*, V.39, No.1, 2024, s. 19–40.
- NGIGE**, Ogochukwu Constance/ **AWODELE**, Oludele/ **BALOGUN**, Oluwatobi: Judicial Artificial Intelligence Bias: A Survey and Recommendations, *Transactions on Machine Learning and Artificial Intelligence*, V.9, No.2, 2021, s. 74–86.

- OLIVEIRA**, Manuel/ **BRANDS**, Justus/ **MASHUDI**, Judith ; **LIEFOOGHE**, Baptist/ **HORTENSIUS**, Ruud: Perceptions of artificial intelligence system's aptitude to judge morality and competence amidst the rise of Chatbots, *Cognitive Research: Principles and Implications*, V.9, No.1, 2024, s. 47–20.
- PAGALLO**, Ugo/ **BASSI**, Eleneora., / **DURANTE**, Massimo: The Normative Challenges of AI in Outer Space: Law, Ethics, and the Realignment of Terrestrial Standards, *Philosophy / Technology*, V.36, No.2, 2023, s. 23.
- RAI**, Arun: Explainable AI: from black box to glass box, *Journal of the Academy of Marketing Science*, V.48, No.1, 2020, s. 137–141.
- RAST**, Cladua : Cybersecurity Threats to the Judiciary, *The Judges' Journal*, V.62, No.3, 2023, s. 16–19.
- RENAN BARZILAY**, Arianne: The Technologies of Discrimination: How Platforms Cultivate Gender Inequality, *Law / Ethics of Human Rights*, V.13, No.2, 2019, s. 179–202.
- ROBERTS**, Huw / **COWLS**, Josh / **MORLEY**, Jessica / **TADDEO**, Mariarosaria / **WANG**, Vincent / **FLORIDI**, Luciano: The Chinese approach to artificial intelligence: an analysis of policy, ethics, and regulation, *AI / Society*, V.36, No.1, 2021, s. 59–77.
- SANGCHUL Park**: Bridging the global divide in AI regulation: A proposal for a contextual, coherent, and commensurable framework, *Washington International Law Journal*, V.33, No.2, 2024, s. 216–269.
- SEGEV**, Re'em: Artificial Intelligence, Discrimination, Fairness, and Other Moral Concerns, *Minds and Machines (Dordrecht)*, V.34, No.4, 2024.
- STERN**, Rachel E / **LIEBMAN**, Benjamin L/**ROBERTS**, Margaret E/ **WANG**, Alice Z: Automating Fairness? Artificial Intelligence in the Chinese Courts, *The Columbia Journal of Transnational Law*, V.59, N.3, 2021, s. 515.
- SOCOL DE LA OSA**, David Uriel / **REMOLINA**, Nydia: Artificial intelligence at the bench: Legal and ethical challenges of informing—or misinforming—judicial decision-making through generative AI, *Data & Policy*, 6, 2024.
- SROKA**, T., Kapelańska-Pręgowska, J., / Balcerzak, M.: Artificial intelligence and the right to a fair trial, In *Artificial Intelligence and*

International Human Rights La, 2024, s. 250–277, Edward Elgar Publishing.

TEITEL, Ruti : Toward a Theory of Transitional Justice, In *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2001

Translated ContentEngine LLC. Delcy Rodriguez accused the International Criminal Court of having “a political bias.” In *CE Noticias Financieras* (English ed.), ContentEngine LLC, a Florida limited liability company, 2021.

T.C. Strateji ve Bütçe Başkanlığı: Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı, 2025, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/11/2025-Yili-Cumhurbaskanligi-Yillik-Programi-05112024.pdf>

USA Law Library of Congress: Global Legal Research Directorate issuing body, *Regulation of artificial intelligence in selected jurisdictions*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 2019.

ULENAERS, Jasper: The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge? *Asian Journal of Law and Economics*, V.11, No.2, 2020. <https://doi.org/10.1515/ajle-2020-0008>

VAN BERKEL, Niels/ **TAG**, Benjamin / **GONCALVES**, Jorge/ **HOSIO**, Simo: Human-centred artificial intelligence: a contextual morality perspective, *Behaviour / Information Technology*, V.41, No.3, 2022, s. 502–518.

VECELLIO SEGATE, Riccardo: Cognitive Bias, Privacy Rights, and Digital Evidence in International Criminal Proceedings: Demystifying the Double-Edged ai Revolution. *International Criminal Law Review*, V.21, No.2, 2021, s. 242–279.

VO, Ace / **PLACHKINOVA**, Miloslova: Investigating the role of artificial intelligence in the US criminal justice system, *Journal of Information, Communication / Ethics in Society (Online)*, V.21, No.4, 2023, s. 550–567.

WEBER, Michael/ **ENGERT**, Martin/ **SCHAFFER**, JÖRG **WEKING**, Norman/ **KRCMAR**, Helmut: Organizational Capabilities for AI Implementation—Coping with Inscrutability and Data Dependency in AI. *Information Systems Frontiers*, V.25, No.4, 2023, s. 1549–1569.

- WIECZOREK**, Krzysztof: The Conscience of a Machine? Artificial Intelligence and the Problem of Moral Responsibility, *Er(r)Go (Katowice)*, V.1, No.42, 2021, s. 15–34.
- WANG**, Nyu, / Tian, Michael Yuan: “Intelligent Justice”: human-centered considerations in China’s legal AI transformation, *Ai and Ethics (Online)*, V.3, No.(2), 2023, s. 349–354.
- XU**, Zichun: The Legitimacy of Artificial Intelligence in Judicial Decision Making: Chinese Experience, *International Journal of Technoethics*, V.13, No.2, 2022, s. 1–17.
- YU**, Ronald/ **ALÌ**, Gabriella Spina: What’s Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers, *Legal Information Management*, V.19, No.1, 2019, s. 2–13.
- ZAVHORODNIA**, V., Slavko, A., Shvaher, O., Kamionka, M., Cojocari, I., / Polyakova, L: Artificial intelligence in the judiciary: challenges and tools for achieving sustainable development goals, *International Journal of Global Environmental Issues*, V.21, No.2–4, 2022, s. 322–342.
- ZAVRŠNIK**, Aleš: Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights, *ERA-Forum*, V.20, No.4, 2020, s. 567–583. <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00602-0>

Uluslararası Belgeler

- European Commission: Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, Publications Office, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/346720>
- European Commission. Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD).
- Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-044>, Compendium of Legal Instruments of the OECD, <https://legalinstruments.oecd.org>

The European Parliament Artificial Intelligence Act, 2024, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI\(2021\)698792_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf)

International Court of Justice: Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons - Declarations and Separate Opinions Not Reproduced at 35 I.L.M. 809 (1996). *International Legal Materials*, V. 35, No.6, 1996, s. 1343–1358. <https://doi.org/10.1017/S0020782900024049>

OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA YAZILI DELİL OLARAK HÜCCET

Doç. Dr. İbrahim ÜLKER *

Öz

İslam tarihinin ilk dönemlerinden itibaren hakların ispatı ve korunması için yazı, bir araç olarak kullanılmıştır. Hanefi hukukçuları yazılı belgeye bazı gerekçelerle şüpheli yaklaşmıştır. Çünkü yazı yazıya benzer, yazı taklit veya tahrif edilebilir. Hanefi alimler bu nedenlerle yazının yargılamada delil olarak kabul edilmesi için şahit ile desteklenmesi gerektiğini söylemişlerdir.

Hanefi görüşü doğrultusunda hukuk uygulamasını şekillendiren Osmanlı Devleti'nde yazılı belgenin yaygın olarak kullanıldığı görülmüştür. Kişilerin haklarının tescil edilmesi için kadılar görevlendirilmiş, kadınların tescil işlemi sonucunda taraflara verdiği belgeye hüccet denilmiştir. Hakkında hüccet düzenlenen bir konuda daha sonra uyuşmazlık çıkarsa hak sahibi elindeki hücceti mahkemeye delil olarak sunmuştur. Karşı taraf hüccetin içerdiği hakkı inkâr ederse şahitler dinlenerek uyuşmazlık çözülmeye çalışılmıştır. Bu çalışmada Osmanlı hukukunda yaygın olarak kullanan hüccetin tarihi süreci, delil değeri, özellikleri ve yargılamada nasıl kullanıldığı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

• Osmanlı Hukuku • Hüccet • Mahkeme • Delil • Yargılama

* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi, Kamu Hukuk Bölümü, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye ✉ Assoc.Prof. Dr., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Turkish Law History, Konya, Türkiye.

✉ iulker@delcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-5953-6772.

✉ **Atf Şekli** | Cite As: ÜLKER, İbrahim: "Osmanlı Yargılama Hukukunda Yazılı Delil Olarak Hüccet", SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 817-847.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

HUJJAT (LEGAL DEED) AS WRITTEN EVIDENCE IN OTTOMAN PROCEDURAL LAW

Abstract

Since the early periods of Islamic history, writing has been used as a tool for proving and protecting rights. The Hanafi school has approached written documents with skepticism for certain reasons. This is because writing can resemble other writing, and documents can be forged or altered. For these reasons, Hanafi scholars argued that written evidence should be supported by witness testimony to be accepted as proof in legal proceedings.

In line with the Hanafi perspective, the Ottoman Empire, which shaped its legal practices accordingly, widely utilized written documents. Judges (qadis) were appointed to register individuals' rights, and the document issued by the qadis as a result of this registration process was called a "hujjat" (deed). If a dispute arose later regarding a matter for which a hujjat had been issued, the rights holder would present the hujjat as evidence in court. If the opposing party denied the right contained in the hujjat, witnesses would be heard to resolve the dispute. This study examines the historical process, evidential value, characteristics, and usage of the hujjat, which was widely employed in Ottoman law, particularly in legal proceedings.

Keywords

• Ottoman Law • Hujjat (Legal Deed) • Court • Evidence • Trial

GİRİŞ

İnsanlar tarih boyunca ileride ortaya çıkması muhtemel risklere karşı haklarını koruma altına almak için çeşitli tedbirlere başvurmuşlardır. Bunlardan en önemlisi sahip oldukları hakların yazıya geçirilmesidir¹. Yazının icadından sonra belirlenen koşullara göre hazırlanmış belgeler yargılama hukukunda önemli bir yere sahip olmuş ve hakimler tarafından hükme gerekçe olarak kullanılmıştır.

Osmanlı Devleti'nde ciddi bir kayıt geleneğinin bulunduğu söylenebilir. Zaman içerisinde bir kısmı yok olsa da Osmanlı döneminden günümüze önemli miktarda belge ulaşmıştır. Bu evraklar arasında resmî

¹ Yazının ilk ortaya çıktığı Sümerlerde yazının icadının hakları kayıt altına alma ihtiyacını gidermek amacıyla olduğu söylenebilir. LANDSBERGER, Benno: "Sümerler", (Çev. Mebrure Osman Tosun) Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 5, 1945, s. 92.

belge ve defterlerin yanı sıra kadı sicilleri başta olmak üzere özel kişiler arasında yapılan hukuki işlemleri içeren kayıtlar da bulunmaktadır.

Osmanlı mahkeme kayıtları incelendiğinde davacı tarafın hakkını ispat etmek için mahkemeye sunduğu çeşitli yazılı deliller tespit edilmiştir. Bu belgeler arasında en çok kullanılan yazılı delil türünün hüccetler olduğu görülmektedir. Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, kendine özgü niteliklerinden dolayı hüccetler Osmanlı yargı sisteminde önemli bir yere sahip olmuştur. Kişiler, hukuki işlemlerini kayıt altına almak ve ihtilaf çıkması durumunda haklarını ispat etmek için en çok bu belge türünü kullanmışlardır.

Osmanlı mahkemelerine hakkın ispatı için sunulan belgeler hüccetlerle sınırlı değildir. Borç ikrarı vb. hususların yazıldığı, düzenleyen kişinin imza ve mührünü içeren temessükler, tacirlerin kendi kayıtlarını tuttukları defterler, vakıf defterleri, kassam defterleri, padişah ferman ve beratları, buyruldu-yı şerîf, emr-i şerîf, berât-ı hâkanî, izinnâme vb. adlarla anılan resmi yazılar, tapu tahrir kayıtları, vakfiyeler, fetvâ-yı şerîfeler ihtilafların çözümü için mahkemelere ibraz edilen belgelerden bazılarıdır. Yargılamada diğer belgelere göre kullanım oranının fazla olması, kendine özgü hususiyetleri, hüccetler üzerinde bu yönü ile akademik bir çalışmanın bulunmaması, bu araştırmanın yapılmasına yönlendiren amillerdir.

Bu çalışmada konunun daha iyi izah edilmesi açısından Osmanlıya gelinceye kadar geçen süreç yani İslam hukukunda ve Hanefi mezhebinde yazılı delilin yeri hakkında kısa bir bilgi verilecektir². Daha sonra Tanzimat öncesi yargılama hukukunda yazılı bir ispat vasıtası olarak kullanılan hüccetin yeri ve nasıl kullanıldığı ele alınacaktır. Tanzimat dönemi sonrasında da hüccetlere rastlanılmaktadır. Ancak Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'de ve usul hukukunda yapılan düzenlemelerle yargılama hukukunda, yazılı belgelere dair hükümler getirilmiş ve konu daha sistematik hale dönüştürülmüştür. O nedenle bu dönemde yargılama hukukunda yazılı belge ve hüccet ayrı bir çalışmanın konusu olabilir.

² Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren İslam hukukunu esas alarak inşa edilmiş bir hukuk sistemini benimsemiştir. Osmanlı yargılama hukuku da İslam hukuku esaslarına göre oluşturulmuştur. Bu nedenle Osmanlı hukukunda bir mesele incelenirken konunun İslam hukukunda nasıl düzenlendiğinin ortaya konulması, mevzunun temellendirilmesi açısından önem arz etmektedir.

I. İSLAM HUKUKUNDA YAZILI BELGE

İslam hukukunun ilk döneminden itibaren hukuki işlemlerin tescil edildiği görülmektedir. Bizzat Hz. Peygamber'in kaleme aldıkları onlarca belge olduğu bilinmektedir. Bu belgelerden bazıları hukuki işlemlerin tescili mahiyetindedir³. İlk dönemden itibaren hakimler tarafından hukuki ihtilafların çözüme bağlanmasında yazılı belgelerin delil olarak kullanıldığı tarihi kayıtlarda ifade edilmektedir⁴.

Emevîlerin ilk döneminde Mısır kadısı Süleym b. Anz mirasla ilgili davada bir karar vermiş, daha sonra taraflar tekrar kadıya gelerek kadının verdiği kararın içeriği konusunda ihtilafa düştüklerini beyan etmişlerdir. Kadı bunun üzerine verdiği kararı bir kâğıda yazmış ayrıca bu kaydın yazılmasında bulunan şahitleri belirlemiştir. Böylece kadıların verdikleri kararlar kaydedilmeye başlanmıştır⁵. İslam'ın ilk dönemlerinde görev yapan bazı kadıların asli görevlerinin yanı sıra "insanlar için vesika yazmak" işi ile de uğraştıkları kaynaklarda yer almaktadır⁶.

İslam tarihinde kadılar, öncelikle uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmişler, zamanla bu göreve denetim ve tescil gibi yeni vazifeler eklenmiştir. Kadıların erken dönemlerden itibaren davalarda verdikleri hükümleri ya bizzat kendileri ya da katipler tarafından yazıya aktarılmış aynı konuda çıkan uyuşmazlıkta bu yazılı belgelere müracaat edilmiştir⁷.

³ Muhammed Hamidullah, el-Vesâiku's-Siyâsiyye isimli eserinde, Hz. Peygamber'in hazırlattığı üç yüz civarında belge hakkında bilgi vermektedir. Bu belgelerden önemli bir kısmı devlet idaresine ilişkin olsa da bazıları kişisel hukuki işlemlere ilişkindir. Örneğin eserde yer alan 222 numaralı belgede Hz. Peygamber Ebu Rafi isimli kölesini azat etmiş ve azat ettiğine dair bir belge hazırlatmıştır. **HAMİDULLAH**, Muhammed: el-Vesâiku's-Siyâsiyye, (Çev. Vecdi Akyüz), İstanbul, 1997, s. 348.

⁴ Hz. Ömer'e götürülen bir ihtilafa hak sahibi olduğunu iddia eden kişi elindeki senede dayanarak karşı taraftan hakkını talep etmiştir. Senette borcun vadesi olarak yazan Şaban ayının geçmiş Şaban ayı mı, gelecek Şaban ayı mı olduğu yönünde tartışma üzerine yılları gösteren bir takvim kullanmanın gerekliliği ortaya çıkmış, yapılan istişareler üzerine Hicri takvim ihdas edilmiştir. **ATAR**, Fahreddin: İslam Adliye Teşkilatı, Ankara, 1991, s. 67-68.

⁵ **ATAR**, İslam Adliye Teşkilatı, s. 85; **AKYÜZ**, Vecdi: "Emevîlerin Kuruluş Devrinde İslam Amme Hukuku'nun Gelişmesi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 1989, s. 391.

⁶ Hicri 97 yılında vefat eden Talha b. Abdullah hakkında bilgiler verilirken bu husustan bahsedilmiştir. **KASIMİ**, Zafir: Nizamü'l-hukm fi's-şeria ve't-tarihi'l-İslâmî, Beyrut, 1987, C. 2, s. 429.

⁷ **SCHACHT**, Joseph: İslam Hukukuna Giriş, (Çev. Mehmet Dağ – Abdülkadir Şener), Ankara, 1986, s. 36; **AKYÜZ**, s. 390-391; **ATAR**, İslam Adliye Teşkilatı, s. 85.

Abbasiler dönemine gelindiğinde yargı kurumunun çok daha sistemli bir hal aldığı söylenebilir. Baş-kadılık müessesesi tesis edilmiş, mahkemelerde devamlı şahitler bulundurulmaya başlanmışlardır⁸. Abbasiler döneminde kadılar yargılama görevinin yanı sıra kişilerin nikah, vasiyet, vakıf gibi işlemlerini gerçekleştiriyor ve bu işlemleri mahkeme kayıtlarına yazıyorlardı⁹.

İslam tarihinde yazı hukuki işlemlerin tescilinde o denli yaygın olarak kullanılmıştır ki bu konu bir bilim dalı halini almıştır. Hicri 2. asırda hukuken geçerli bir belge elde edinilmesi için uyulması gereken kuralları ele alan “ilmü’ş-şurûtu” ortaya çıkmıştır¹⁰. Şurûtu, şart kelimesinin çoğuludur. İnsanlar arasında yapılan çeşitli hukuki işlemlerin hakların zayi olmasını önlemek adına nasıl yazılması gerektiğini ele alan bilimi ifade etmek için ilm-i şurut tabiri kullanılmıştır¹¹.

Bu alanda eser veren Tahavi (ö.321/933) *eş-Şurûtu'l-Kebir ve's-Sağir* isimli eserinde kendisinden önce bu alanda yazılan eserlerin bir listesini vermekte ve alanda o zamana kadar yazılmış 46 eser zikretmektedir. Bu eserlerde hukuken geçerli bir belge elde edilmek için hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği bildirilmiş, hukuki işlemlere ilişkin belge örneklerine de yer verilmiştir. Bu bilgiler İslam dünyasında hukuki işlemlerde yazılı belgenin ne denli yaygın olarak kullanıldığını bize göstermektedir¹².

İslam yargılama hukukunda ispat vasıtaları en geniş hali ile ikrar, şahitlik, yemin, yeminden nükul, kasame, hâkimin bilgisi, yazılı delil olarak sayılmaktadır¹³. Ancak fıkhi mezheplerin yazıya yaklaşımına göre

⁸ HASAN, İbrahim Hasan: İslam Tarihi, İstanbul, 1992, C. 3, s. 114.

⁹ MAVERDÎ, Ebu'l-Hasan: Ahkam-ı Sultaniyye (Çev. Ali Şafak), İstanbul, 1976, s. 79-80; ÜLKER, İbrahim: Osmanlı Noterlik Hukuku, Ankara, 2018, s. 61.

¹⁰ SCHACHT, s. 91.

¹¹ ÖNDER, Muharrem: “Ebû Ca’fer et-Tahâvî (239-321/853-933) ve Şurûtu İlmi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 11, Nisan, 2008, s. 374; ÖZCAN Ruhi: “Mukaddimetü'l-Hâvî fî Şurûti't-Tahâvî”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bağdat ty. s. 19.

¹² ÜLKER, Osmanlı Noterlik Hukuku, s. 81.

¹³ ATAR, Fahreddin: İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul, 2013, s. 231, BARDAKOĞLU, Ali, “Beyyine” TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1992, C. 6. s. 97-98.

mahkemede delil olarak kabul edilecek belgede aranacak nitelikler farklılaşmıştır¹⁴.

II. HANEFİ MEZHEBİNE GÖRE YARGILAMADA YAZILI BELGE

Osmanlı hukukunda yaygın olarak Hanefi görüşü uygulanmış, yargılama usulünde de Hanefi mezhebinin görüşleri esas alınarak hareket edilmiştir¹⁵. Bu nedenle Hanefi mezhebinin yargılamada yazılı delile nasıl yaklaştığını ortaya koymak Osmanlı uygulamasını anlamlandırmak için gereklidir.

Hanefi alimler ispat vasıtası olarak yazılı metinlere şüphe ile bakmışlardır¹⁶. Zira yazı yazıya benzer, yazı alıştırma için yazılmış olabilir, yazı kolaylıkla taklit edilebilir¹⁷. Alimler bu mahzurları gidermek için

¹⁴ Maliki mezhebinde bir hakkı içeren belgede kişiler yazıdan mühürden veya imzadan yazı sahibini tespit etseler (sahibi inkâr etse veya şahit olmasa bile) bu belge ispat vasıtası olarak kullanılabilir. **İBN FERHUN**, Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) (ö. 1397): Tebsiratü'l-Hukkam, Darü'l-Kitabî'l-İlmiyye, Beyrut, 2001, C. 1, s. 284-288; **TYAN**, Emile: Noterlik ve İslam Hukuku Uygulamasında Yazıyla İspat Rejimi, Çeviren: Ahmet Ziya Çalışkan, Editör: İbrahim Ülker, Konya, 2019, s. 74-77. Malikiler yazıyı eşyaya kıyaslayarak nasıl ki bir eşyanın bir kişiye ait olduğunu tespit için iki şahit yeterli ise bir yazının bir kişiye ait olduğunu tespit için iki şahidi yeterli görmüşler ve özellikle yazı sahibine ulaşılamayan durumlarda şahit beyanı (Burada şahit bir yönü ile yazının sahibini tespit eden bilirkişi işlevi görmüştür.) ile yazının içeriğine göre hakimnin hüküm verebileceğini kabul etmişlerdir. **İBN FERHUN**, C. 1, s. 304.

¹⁵ **ATAR**, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 74; **AVCI**, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2024, s. 127.

¹⁶ Burada şüphe yazı sahibi tarafından yazıda belirtilen hakkın inkâr edilmesi durumunda ya da yazı sahibine ulaşılamaması durumundadır. Yoksa yazı sahibi tarafından kabul edilirse yargılama hukukunda her türlü yazı delil olarak kullanılabilir. Bu konuda Bezzazi'den aktarılan (ö.827/1424) bir fetva şöyledir: "Müddei, on altın alacak iddia ettiğinde müdde aleyh, müddeinin kendisini ibra eylediğine dâir mu'anven ve mersûm bir senedi ibrâz ve müddei de bunu ikrâr eylese, deyn sâkit ve def' sâbit olur." **ALİ HAYDAR** Hoca Emin Efendizâde: Düreru'l-Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul, 1330, s. 181.

¹⁷ **SERAHSİ**, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme (ö.1090): Mebsut, (Editör: Mustafa Cevat Akşit), İstanbul, 2008, C. 18, s. 257; **ŞEYH BEDREDDİN**: Letâifu'l-İşârât Şerhi / et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, (Ed: Hacı Yunus Apaydın), Ankara, 2012, C. 2, s. 1548; **İBN ÂBİDİN**: Reddül-Muhtar ale'd- Dürri'l-Muhtar (Ter: Mazhar Taşkesenlioğlu) İstanbul, C. 12, s. 359; **BİLMEN**, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu, İstanbul, 1970, C. 8, s. 175. İbn Abidin, bilirkişi incelemesi sonucunda yazının bir kişiye ait olduğu tespit edilse bile başka delil yoksa yazı sahibi borcu inkâr ederse cumhur ulemanın görüşü doğrultusunda inkarına itibar olunur demektir. **İBN ÂBİDİN**, C. 12, s. 359.

yazılı beyanı sözlü beyana eş kabul etmişlerdir. Nasıl bir sözün gerçekliğini ispat etmek için iki şahit gerekir; ispat vasıtası olarak kullanılacak belgelerin de yargılama hukukunda kabul edilmesi için şahitlendirilmesi gerekmektedir. Bu şahitlerin yazılı belge hazırlanırken görmeleri yeterli bulunmamıştır. Ayrıca yazılan metnin kendilerine okunması, tarafların kimliklerine ve hazırlanan metnin içeriğine de muttali olmaları gerekmektedir. Yazı şahitlerinin sorumluluğu burada da bitmemektedir. Uyuşmazlık anında yazılı belge delil olarak kullanılır ve karşı tarafça inkâr edilirse şahitler kadı huzuruna getirilerek belgenin yazılmasına, tarafların kimliklerine ve sözleşmenin içeriğine ilişkin şahitliklerini ifade etmelidirler¹⁸.

Yukarıdaki bilgiler düşünüldüğünde yazının etkisizleştirildiği bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira yazılı belge olmasa da bir hakkın iki şahitle ispatı mümkün iken; yazılı belge düzenlenmesi durumunda da belgenin şahitleri aynı söze şahitlikte olduğu gibi mahkeme önünde taraflar arasındaki sözleşmenin detayları konusunda şahitlik yapmak zorundaydılar¹⁹.

Yazının tek başına delil olarak kabul edilmemesi bir hakkın uzun süre korunması düşünüldüğünde bazı sorunları beraberinde getirecekti. Örneğin bir gayrimenkul devrinde yer alan tarafların veya şahitlerin zaman içinde ölmesi durumunda hak nasıl ispat edilecekti? Aynı şekilde bir vakfın kuruluş ve işletilmesine ilişkin olarak düzenlenen bir vakfiye belgesi aradan yıllar geçtikten sonra vakıfla ilgili çıkan bir uyuşmazlıkta belgeyi düzenleyen taraflar ve şahitler artık yaşamadığı için kullanılamayacak mıydı? Hanefiler bu içtihat üzerine ortaya çıkan bu gibi sorunları içtihadın illetine inerek çözmüşlerdir. Yazı neden tek başına delil olarak kabul edilmemişti. Çünkü yazı taklit ve tahrif edilebilir. Yazan kişinin iradesinin mutlak olarak ne olduğu yazıdan tespit edilemeyebilir. O zaman taklit ve tahrif edilme imkânı olmayan ve işlemi kuran kişilerin iradelerinin açık bir şekilde tespit edilerek yazıya geçirildiği belgeler delil olarak kullanılabilir²⁰. Ancak aşağıdaki örneklerde görüleceği üzere Osmanlı

¹⁸ **TYAN**, s. 11; **DEMİR**, Abdullah: Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İstanbul, 2010, s. 183.

¹⁹ Fetava-yı Hindiyeye (Fetava-yı Alemgiriyye), (Terc: Mustafa EFE), By, Ty, C. 8 s. 178; **KAYAOĞLU**, İsmet: İslam Kurumlar Tarihi, Ankara, 1985, s. 43.

²⁰ **İBN ÂBİDİN**, C. 12, s. 147; **TYAN**, s. 86; **BİLMEN**, C. 8, s.1 75; **ATAR**, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 197; **AKMAN**, Ahmet: "Mecelle'de İspat Hukuku", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 382.

uygulamasının tam anlamı ile bu noktaya gelmesi Tanzimat'ın ilanından sonra olmuştur.

Hanefi fakihler, yazılı belgelere doğrudan itibar edilmemesi gerektiğini belirtmişler; ancak taklit ve tahrif edilme imkânı olmayan, kadının usulüne uygun tuttuğu kayıtlar, sultanın defterleri, bir beldenin örfüne göre tutulan kayıtlar ve tacirin aleyhine olan defter kayıtlarının yargılama hukukunda delil olarak kullanılabileceğini ifade etmişlerdir²¹.

III. KLASİK DÖNEM OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA YAZILI BELGE

Osmanlı kendisinde önce tesis edilen yargı sistemini devralmış günün ihtiyaçlarına göre geliştirerek uygulamıştır. Osmanlı yargı teşkilatı zamanla tüm yerleşim birimlerinde kazalarda bile tesis edilmiş, hatta ihtiyaç duyulan nahiyelerde kadı tarafından görevlendirilen naibler görev yapmışlar ve padişah tarafından verilen yetkiler doğrultusunda insanların hukuki ihtiyaçları karşılanmıştır²².

Osmanlı dönemine gelindiğinde kadıların yargılamanın yanı sıra belge düzenleme görevini ifa ettikleri net bir şekilde görülmektedir. Kadı beratlarında bu görev zikredilmiş, yargı harçlarının düzenlendiği kanunnamelerde belge düzenleme karşılığı alınacak ücret açıkça düzenlenmiştir²³. Belge ücretleri padişah tarafından belirlendiği için kadılar bu hizmet karşılığında keyfi bir ücret talep edememişlerdir.

Kadıların hukuki işlemleri tescil görevini ifa etmesi iki yönlü bir fayda doğurmuştur. Birincisi alınan harçlarla geçimini sağlayan kadılar için tescil işlemleri neticesinde alınacak ücret bir gelir kalemi olarak kabul edilmiştir. Hatta kadı sicilleri incelendiğinde taşra kadılarının uyuşmazlık çözmekten daha çok tescil işlem yaptığı görüldüğünden kadıların gelirlerinin önemli bir kısmının tescil işlemlerinden elde edildiğini

²¹ SERAHSİ, C.18, s.257; İBN ÂBİDİN, C. 12 s. 347, 358.

²² AVCI, s. 211.

²³ MÜNECCİMBAŞI, Dede Derviş Ahmet: Sahâifü'l-Ahbar (Çev: Ahmed Nedim) İstanbul, 1869, s. 309; Aşıkpaşazade Tarihi, (Haz. Necdet Öztürk), İstanbul, 2013, s. 95-96; UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: Osmanlı Devletinin İlimiye Teşkilâtı, Ankara, 2014, s. 84; I. Selim Kanunnamesinde hüccet karşılığı alınacak ücret şu şekilde belirlenmiştir: "Kadı hüccetinin resmi budur ki, yirmi altı akçe alına; yirmisi kadının ola dördü naibin, ikisi kâtibin ola. Resm-i nikâh dahi böyledir; bakire ve seyhibeden olsa resmi yirmi akçe alına, on beşi kadının, üçü naibin, ikisi kâtibin ola. Ve bir kimse avretin boşasa yine alsa, resmi nikâh on beş akçe ola, onu kadının üçü naibin ikisi kâtibin ola..." AKGÜNDÜZ, Ahmet: Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul, 1991, C. 3, s. 106.

söylemek mümkündür. Kadıların tescil işlemi yapmasının halk açısından faydası, geniş yargı ağı sayesinde kolay ulaşılabilen, güvenilir ve eğitilmiş kişiler tarafından tutulan, kalıcı ve şahitli belgelerin oluşturulmasıydı. Ayrıca, bu belgelerin bir nüshasının sicile kaydedilmesi sayesinde, ihtilaf halinde başvurulabilecek resmi kayıtlar elde ediliyordu. Daha da önemlisi, uyuşmazlık çıktığında başvurulacak merci tarafından hakkın kayıt altına alınması sağlandığından, hukuki güvenliği temin eden sağlam bir belge oluşturulmuş oluyordu²⁴.

Osmanlı döneminde kadıların hukuka uygun belge düzenlemelelerine rehberlik etmek üzere sak eserleri kaleme alınmıştır. Sak ilmi İslam'ın ilk dönemlerinde ortaya çıkan şürut geleneğinin bir devamı olarak kabul edilebilir. Osmanlı'nın ilk dönemlerinde daha önce hazırlanmış şürut kitapları kullanılırken ilerleyen yıllarda Osmanlı alimleri kendi sak eserlerini kaleme almış ve değişen ihtiyaçlara göre bu ilmi tekemmül ettirmişlerdir²⁵.

Kanuni dönemine ait bir kayıt padişahın bazı bölgelerde bazı şartlarda hakkın ispatı için yazılı delil zorunluluğu getirdiğini göstermektedir. 6 Numaralı Mühimme defterinde yer alan 28 Ramazan 972 (29 Mart 1565) tarihli kayda göre Yamko isimli kişinin ölen babası yerine Nakşe, Sire ve Milo adası dükası olarak tayin edilmesine ilişkin fermenda diğer

²⁴ ÜLKER, Osmanlı Noterlik Hukuku, s. 130.

Mahkeme önünde hüccetin ispat aracı olarak kullanıldığı bir örnek şöyledir: "...suâl olunup mezbûr Abdurrahman'ın yedimden kabz ettiği semen-i mezbûr yüz yetmiş altı esedî gurusun mezbûr Abdurrahman'dan alıverilmesi matlûbumdur deyü mazmûnu min-küllî'l-vüücûh takrîr-i meşrûhunu nâtik ve mûmâ-ileyh Mehmed Efendi'nin hatt ü hâtemini hâviye ve bin yetmiş sekiz senesi Şa'bânî'l-mu'azzamî'nun evâsıtı ile müverraha hüccet-i şer'iyeye ibrâz etmeğın gibbe's-suâl mezbûr Abdurrahman cevâbında mevşûfe-i mezbûreyi semen-i mezbûr yetmiş altı esedî gurusu müdde'î-i mezbûra bey' ve teslîm ve kabz-ı semen ettiğiinden sonra mezbûre Âişe mevşûfe-i mezbûreye vech-i muharrer üzere müstahikka çıkıp hükm-i hâkim ile müdde'î-i mezbûre yedinden almış idi deyüp mazmûn-ı hüccet-i mezbûreyi ikrâr etmeğın mücebine semen-i mezbûr yetmiş altı esedî gurusu müdde'î-i mezbûra edâya merkûm Abdurrahman'a [44b] tenbîh olunmağın mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu." İstanbul Kadı Sicilleri 53 Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (H. 1081 / M. 1670-1671), (Ed. Coşkun Yılmaz), (İstanbul 2019). s. 214, Hüküm no: 227.

²⁵ Bu konuda bir çalışma için bkz: KAYA, Süleyman: "Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2005; AKGÜNDÜZ, Ahmed: Şer'iyeye Sicilleri, İstanbul, 1988, C. 1, s. 18; Karşılaştırmalı olarak yapılan bir çalışmada yıllar içinde bu ilmin derinlik kazandığı, içerik ve belge sayısı açısından geliştiği görülmektedir. ÜLKER, İbrahim: "Ebüssuûd Efendi ve Şânizâde'nin Sakk Kayıtları Işığında İslam ve Osmanlı Hukukunda İcâre (Kira)" Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 730-755.

hususların yanı sıra adalarda yaşayan gayrimüslimlerin ticaretle uğraşmaları durumunda belirli miktarın üzerinde yapılacak muameleleri kadı siciline kaydettirilerek hüccet veya sicil düzenlenmesi padişah tarafından emredilmiştir²⁶.

Günümüz yargılama hukukundaki senetle ispat zorunluluğuna benzemesi ve İslam yargılama hukukunun temeli diyebileceğimiz şahit delilini etkisizleştirilmesi açısından çok orijinal bir kayıttır. Ferman, ticaretle uğraşan zimmilere beş bin (akçe) yi geçmeyen işlemlerinde sicil zorunluluğu getirmezken; beş binin üzerindeki işlemler için kadıya başvurarak kayıt yaptırmaları ve işlemlere ilişkin sicil veya hüccet almaları emredilmektedir. Sicil yaptırmayıp şahit ile davasını ispat etmek isteyenlerin ise davalarının kadılar tarafından görülmemesi emredilmiştir.

A. Kavram Olarak Hüccet

Hüccet, lügatte “kastetmek, yönelmek, ziyaret etmek, üstün gelmek” anlamına gelen hacc kökünden türemiş bir isim olup “isabetli yönelişi kanıtlayan delil” demektir²⁷. Hadis ve kelam ilminde, Şia literatüründe farklı anlamlarda kullanılan bir kavram olan “hüccet” İslam ve Osmanlı yargılama hukukunda da önemli bir yere sahiptir.

Hüccet kelimesinin Osmanlı yargılama hukuku açısından biri özel, diğeri genel olmak üzere iki anlamı olduğu söylenebilir. Genel anlamda hüccet, günümüzdeki delil kavramına karşılık gelmekte olup ikrar, yemin ve şahit gibi davanın ispatında başvurulmuş vasıtaları ifade etmektedir²⁸. Özel anlamda ise kadıların düzenlediği belgelere hüccet denilmektedir. Ancak doktrinde, kadılar tarafından düzenlenen hangi tür belgelere

²⁶ “...Müslümanlara bey’ u şirâ ve kefâlet ve sâir umûr-ı şer’iyyede beş bine varınca vâkı’ olan hususlar sicillâtsiz ola. Beş binden yukarı olan bey’u şirâ ve ticâret-ü kefâlet hususlarında ve sair umûr-ı şer’iyyede sicillât itdürüp sûret-i sicil veyâ hüccet alalar. Sonra nizâ’ olundukda sicille ve hüccete nazar olunup mücebi ile amel oluna. Bu ikiden biri olmayıp zûr şâhid ikâme itmekle bunlardan nesne davâ ederler ise mesmû’ olmaya. Bu husûs mukaddemâ tembih oluna. Ba’de’t-tembih geri nizâ’ ederler ise mâdem ki kadılar hüccetlerinde veya sicille kaydolunmuş olmaya, ânun gibilere tezoîr’ü telbîs ettirilmeyip şer’-i şerîfe muhâlif ettikleri davaları istimâ’ olunmaya...” Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi:3, 6 Numaralı Mühimme Defteri (972/1564-1565) Özet-Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1995, s. 305-306.

²⁷ YAVUZ, Yusuf Şevki, “Hüccet” TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1998, C. 18, s. 445.

²⁸ Türk Hukuk Lügati, Ankara 1991, s. 134; OĞUZ, Mustafa / AKGÜNDÜZ Ahmet: “Hüccet” TDV İslam Ansiklopedisi, 1998, C. 18, s. 446.

hüccet denildiği ve hüccetin içeriği konusunda görüş ayrılıkları bulunduğu görülmektedir.

Ali Haydar Efendi'nin Mecelle şerhine atfen Bayındır, "*Hâkimin hükmünü ihtiva etmeyen taraflardan birinin ikrarıyla diğerinin tasdikini havi bulunan ve üzerinde bunu düzenleyen hâkimin mühür ve imzasını taşıyan senet demektir.*"²⁹ şeklinde hücceti tanımlamıştır. Bayındır ayrıca hüccetlerin mahkemelerin noterlik çalışmalarının ürünü olduğunu, ilamlardan farklı olarak hâkimin hükmünün hüccetlerde bulunmadığını beyan etmiştir.

"Şer'iyeye Sicilleri" isimli eserinde Akgündüz, sicillerde yer alan belge türlerinden bahsederken yine Bayındır'ın Ali Haydar Efendi'den yaptığı aynı sayfayı ve Bayındır'ın eserini kaynak göstererek³⁰ Bayındır'ın yaptığı hüccet tanıma benzer bir tanım yapmış, hüccetlerin ilamlardan farklı olarak kadı hükmünü ihtiva etmeyen belgeler olduğunu söylemiştir.³¹ Akgündüz ayrıca "halkın dilinde, hükmü ihtiva etsin etmesin üst tarafında hâkimin imza ve mührünü taşıyan her belgeye hüccet denile gelmiştir" bilgisini paylaşır.

Uzunçarşılı ise hücceti şöyle tanımlar:

*"Hüccet lügatte delil, bir fiilin sabit olduğuna medar olan nesne demektir. Şer'i mahkemelerde bir davanın şahitler huzuruyla onları dinledikten sonra kadının verdiği hükmü havi ilamdır. İlamla hüccet arasındaki fark, hüccette şahitlerin huzuruyla görülen davada kadının ilâmı altında şahitlerin imzalarının bulunması ve verilen kararın şer'an sabit olmasıdır. İlamda ise böyle bir hal olmayıp vaki halin yalnız arz ve ifadesidir"*³²

Uzunçarşılı, ilam kelimesinin bildirmek anlamında olduğunu söylemiştir. Kadının herhangi bir mesele hakkında yaptığı tahkikatın mercisine ya da bir suale cevabın ilgisine arz eylemesine ilam denildiğini, örneğin halkın yolsuz bir meseleden şikâyet yolu ile dertlerinin hükümete

²⁹ BAYINDIR, Abdülaziz, İslam Muhakeme Usulü (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul, 1986, s. 35-36.

³⁰ Ayrıca kaynaklar arasında İsmail Hakkı Uzunçarşılı'nın "Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı" isimli eseri de kaynak olarak göstermiştir. Ancak eserde birazdan bahsedileceği üzere hüccetlerle ilgili farklı bilgiler verilmektedir.

³¹ "Kadının hükmünü (kararını) ihtiva etmeyen, taraflardan birinin ikrarını ve diğerinin bu ikrarı tasdikini hâvi bulunan ve üst tarafında bunu düzenleyen kadının mühür ve imzasını taşıyan yazılı belgeye hüccet denir." AKGÜNDÜZ, Şer'iyeye Sicilleri, s. 21.

³² UZUNÇARŞILI, s. 113.

arz edilmesini istemeleri durumunda kadının hükümete bunu duyurmasına ilam denileceğini belirtmektedir³³.

Bayındır ile Akgündüz'ün hüccet tanımı ile Uzunçarşılı'nın hüccet tanımı tamamen birbirinden farklılık göstermektedir. Uzunçarşılı, şahitler huzurunda görülen ve altında şahitlerin imzaları bulunan hüküm içeren belgelerin hüccet olduğunu; ilamın ise sadece vaki halin yalnız arz ve ifadesi olduğunu dile getirmiştir.

Akgündüz ve Bayındır'ın Atıf yaptığı Ali Haydar Efendi'nin eserine bakıldığında *"Hüccet dahi zamanımızda hükmü hâvi olmayıp, tarafeynden birinin ikrarını, diğerin dahi tasdikini muhtevi bulunan ve bunu tanzim eden hâkimin ilamda olduğu gibi mühür ve imzası zirde (altında) değil balasında (üstünde) olan varakaya denir."*³⁴ şeklinde hücceti tarif ettiği görülmektedir.

Kanaatimizce Ali Haydar Efendi'nin tanımında yer alan *"zamanımızda"* vurgusu önem kazanmaktadır. Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm isimli Mecelle'yi şerh eden Ali Haydar Efendi'nin eseri on altı cüz halinde 1892 ile 1898 yılları arasında basılmış³⁵ ve eserin yazarı Ali Haydar Efendi 1935 yılında vefat etmiştir³⁶. Yani Ali Haydar Efendi Osmanlı'nın son dönem hukukçuları arasındadır. Ali Haydar Efendi tanımını yaparken *"zamanımızda"* vurgusu yapması önceki dönemde hüccet kelimesinin farklı kullanıldığına işaret olarak kabul edilebilir. Önceden farklı kullanılmamış olsa neden *"zamanımızda"* deme ihtiyacı hissetsin? Bu nedenle hüccet kelimesinin Tanzimat öncesi ve sonrası farklı şekillerde kullanıldığı söylenebilir.

İbn Abidin (ö.1252/1836) Redd'ül-Muhtar isimli eserinde *"Bugün örfümüzde vakanın dermeyan edilip yazıldığı ve kadı nezdinde bırakılan bizatihi kendi yazısı olmayan hususa sicil denmekte, hüccet ise, kadının üzerinde onayını bildiren bir ifade veya şahitlerin altında yazılı ifadeleri ve hasımlarla ilgili hususlar yer almasıdır."*³⁷ diyerek kendi döneminde hüccetin ne anlama geldiğini ifade etmiştir.

³³ UZUNÇARŞILI, s. 112.

³⁴ ALİ HAYDAR EFENDİ: Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 1330, s. 718.

³⁵ AKGÜNDÜZ, Ahmet: "Dürerü'l-Hukkâm" TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1994, C. 10, s. 28.

³⁶ AYDIN, M. Akif: "Ali Haydar Efendi, Küçük" TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1989, C. 2, s. 396.

³⁷ İBN ABİDİN C. 12, s. 147.

Aşağıda yer alan Şeyhülislam Feyzullah Efendi (ö.1703) ve Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi (ö.1743) tarafından hazırlanan fetva kitaplarında Tanzimat öncesinde tescil işlemlerinin³⁸ yanı sıra çekişmeli yargı sonucunda mahkemeden verilen belgeler için de hüccet kavramının kullanıldığı görülmektedir.

“Bir defa şer’le fasl u hükmolunup lakin hüccet olunmayan davayı Zeyd-i kadı mücerred “Hüccet olunmadı” deyu tekrar istima’ ve hükm-i evvelin hilafına hükmedip hüccet verse hükmü nâfiz ve hücceti mutebere olur mu?”

el-Cevab: Olmaz.”³⁹

Yine kadı sicillerinde yer alan klasik döneme ilişkin birçok kayıta tescil işlemlerinin yanı sıra yargılama sonucunda verilen kadı hükmünü içeren belgeler hüccet olarak ifade edilmiştir⁴⁰.

Bütün bu bilgilerden yola çıkarak Tanzimat öncesi dönem ile Tanzimat sonrası dönem için hüccet kelimesinin kullanımında farklılık

³⁸ *“Zeyd icareteyn ile mutasarıf olduğu vakıf menzili Amr’a ferağ ve kadı hüccet ettikten sonra izn-i mütevellî bulunmadan Zeyd bila-veled fevt olsa mütevellî menzili vakıf için zabtedip âhara icara kadir olur mu? el-Cevab: Olur.” Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi: Behcetü'l-Fetava, (Haz: Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu, Asuman Erkan), İstanbul, 2011, s.284.*

³⁹ **Şeyhülislam Feyzullah Efendi:** Fetava-yı Feyziye (Haz. Süleyman Kaya) İstanbul, 2009, s. 308. Kadının uyuşmazlık sonunda verdiği hükmün yazılarak taraflara verdiği belgenin hüccet olarak ifade edildiği bir diğer fetva örneği şöyledir: *“Zeyd Amr’ı kulu olmak üzere Bekir’e semen-i maluma bey’ ve teslim ve kabz-ı semen ettikten sonra Amr Bekir’den “Zeyd kable'l-bey beni mülkünde iken i'tâk etmişti” deyu dava ve müddeâsına ikâmet-i beyyine edip kadı dahi Amr’ın itkına hükmedip hüccet verilmekle Bekir semen-i mezburu Zeyd’den istirdâd murad ettikte Zeyd itki inkar eylese Bekir mazmûn-i hücceti vech-i şerî üzere ispat ederken Zeyd razı olmayıp “Asıl şahitleri gelsinler” demeğe kâdir olur mu? el-Cevab: Olmaz.” Fetava-yı Feyziye s. 215. Aynı eserde diğer örnekler için bkz: s. 153, 215, 234; Benzer örneklere Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi diye ait fetva kitabı olan Behcetü'l-Fetava’da rastlamak mümkündür. Behcetü'l-Fetava s. 51, 148, 254, 408.*

⁴⁰ *“Mehmed cevap verip bundan akdem meblağ-ı mezbûru mezbûre Huri, Ebâ Eyyûb el-Ensârî’de hâkimü’s-şer’ huzurunda dava edip ben dahi meblağ-ı mezbûru müteveffâ-yı mezbûra hâl-i hayâtında edâ eylediğimi ispat edip yedime hüccet-i şer’iyye dahi aldım deyu kelâmuna muvâfık hüccet ibrâz edip mazmûn-ı merkûmun kelâmına mutâbık olacak mezbûre Hûri mazmûn-ı hücceti inkâr edecek zeylinde mastûr olan Müslümanlardan Receb b. İbrahim ve Hasan b. Bâli nam kimesneler edâ-yı şahâdet edip zikrolunan hüccet mezbûrenin huzurunda oldu dediklerinde hayyiz-i kabulde vâki’ oldukdan sonra davadan men’ olup kayd olundu. Tahrîren fi evâilî Cemâziyelevvel 1000.” İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2010, s. 166, Hüküm no: 170.*

olduğu açıkça görülmektedir. Hüccet, Tanzimat öncesi dönemde kadı huzurunda düzenlenen tescil işlemi veya yargılama sonucunda verilen kadının imzası ile şahit isimleri bulunan her türlü belge için kullanılan bir kavram iken; Tanzimat döneminde anlam daralmasına uğrayarak sadece kadının tescil işlemi sonunda verdiği belgeyi isimlendirmek için kullanılmıştır⁴¹. Araştırmacıların bu ayrıma dikkat ederek bu kavramı kullanmaları doğru olacaktır.

A. Hüccetin Niteliği ve Özellikleri

Kadının hüccet düzenleyebilmesi için o konuda padişah tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir.⁴² Osmanlı dönemi kadı beratlarında kadınların görevleri arasında hüccet düzenlemek de zikredilmiştir.⁴³ Bu konuda yetkilendirildikten sonra hüccet düzenlemek kadı için aynı zamanda bir görev haline almıştır. Yani kadı kendisine bu taleple gelen kişilerin taleplerini haklı bir gerekçe olmadan reddedemezdi. Ayrıca padişah tarafından çıkarılan kanunnamelerde kadınların hüccetleri düzenleme ve kayıt altına alma karşılığı vatandaştan alacakları ücret belirlenerek işlemin yasal temelleri oluşturulmuştur⁴⁴.

Kadı, padişahın yetki vermediği bir konuda tarafları dinleyip hüccet düzenlerse fetvaya göre bu hüccet geçerli olmayacaktır⁴⁵. Ayrıca

⁴¹ Türk Hukuk Lügatinde "hüccet" maddesinde zamanla kelimenin anlamının değiştiği şu şekilde belirtilmiştir. "*Kadimen hükmü havi olsun olmasın hâkim tarafından tanzim olunan vesaike denirdi. Ahiren, hâkim huzurunda ikrara ve takrire, akitlere, vasi nasbı ve izin itası gibi -hükmü ihtiva etmeyen- hususlara dair tanzim olunan vesikalara istilah olmuştur. Bu vesikalarda alelekser hâkimin imzası vesikanın altında olmayıp üstünde bulunur...*" Türk Hukuk Lügati, s. 134.

Türzkade tarafından hazırlanan "Mükemmel İstilahat-ı Kavanin Yahut Malumat-ı Kanuniye Hülasası" isimli eser de ise Hüccet "*Mehâkim-i şer'iyeden verilen bir nevi senedât-ı şer'iyedir ki; bu senedât-ı şer'iyeye idâne, takdîr-i nafaka, nasb-ı vasî ve bu gibi husûsat-ı ibârettir.*" şeklinde tanımlanmıştır. **Türzkade Hafız Mehmet Ziyaeddin:** Mükemmel İstilahat-ı Kavânîn, Yahud, Malumat-ı Kanuniye Hulasası, Dersaadet 1313, s. 111.

⁴² "...kazada vali olan Beşir mani olup kadı nasbına me'zun değilken Halid'i kadı nasbedip Halid ol hususu hilaf-ı şer-i şerif hükmedip hüccet verse hükmü nâfiz ve hücceti mutebere olur mu? el-Cevab: Olmaz." Fetava-yı Feyziye, s. 234.

⁴³ **UZUNÇARŞILI**, s.108; **AKGÜNDÜZ**, Şer'iyeye Sicilleri, s. 21; Örnek kadı beratları için Bkz: **UZUNÇARŞILI**, s.116-120.

⁴⁴ **AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C. 3, s. 106.

⁴⁵ "Bir hususu "Kudât istima' etmeyeler" deyu taraf-ı sultandan emr-i şerif vârid olduktan sonra hilafına emr-i âhar vârid olmadan Zeyd-i kadı husus-i mezbûru istima ve hükmedip hüccet verse hükmü nâfiz olur mu? el-Cevab: Olmaz." Behcetü'l-Fetava s. 436.

düzenlenen hüccetlerin hukuka uygun olması gerekir. Şer'i ve örfi hukuk hükümlerine aykırı bir kayıt içeren hüccet geçerli kabul edilmeyecektir⁴⁶. Yine ikrah altında bir kişinin kadı huzuruna getirilerek hüccet düzenlenmesi durumunda hüccetin geçerli olmayacağı hakkında fetva mevcuttur⁴⁷.

Bir hukuki işlemi tescil ettirmek isteyen kişi gerekirse karşı tarafı da alarak kadı huzuruna gelir ve tescil yaptırmak istediğini beyan ederdi. Kadı ilk olarak tarafların kimliklerini tespit eder, daha sonra tescili istenen hukuki işlemin niteliğine göre taraflardan birinin ya da her ikisinin beyanını alarak sicile kaydederdi⁴⁸. Tescili yapılan işlemin cinsine göre işlem kaydında bulunması gereken unsurlara dikkat edilerek detaylar yazılırdı. Kaydın tutulduğu tarih ana metnin sonunda belirtilirdi. Son olarak hazır bulunan şahitlerin (şuhudü'l-hal) isimlerini kaydın altına yazılırdı. Kaydın aslı kadı sicilinde muhafaza edilirken taraflara dilelerse bu kayıttan kadı imzası ve mühürünü taşıyan birer suret verilirdi⁴⁹.

Mahkeme kayıtlarının altında zikredilen ve bazı araştırmacılar tarafından yargılamadaki fonksiyonu hakkında farklı çıkarımların yapıldığı şuhudü'l-hâlin kanaatimizce asıl fonksiyonu klasik Hanefi görüşüne uygun olarak belge şahitliği yapmaktır. Bu kişiler kadılar tarafından bir

⁴⁶ Fetva kitaplarında bu yönde fetva örnekleri bulunmaktadır. Örneğin; Rumeli eyaletinde miri arazi olan bir yerin alım satımına ilişkin tarafların talebi üzerine kadı tarafından hüccet düzenlense hüccet muteber olmaz. Ebussuud 827; Kaydı hayat şartıyla tasarrufunda bulunan miri araziye Zeyd, Amr'a ferağ etse, ferağ bedeli borç olmak üzere hüccet verilmiş olsa ve Zeyd bedelini almadan vefat etse mirasçıları hüccete binaen bedeli Amr'dan alamazlar. Behcetü'l-Fetava s. 207. Benzer fetva kayıtlarında hukuka aykırı bir şekilde bir hakkın kayda geçirilip hüccet verilmesi durumunda hüccetin muteber olmayacağı belirtilmiştir. Bkz: Aynı eser s. 268, 373, 382, 386, 410, 429, 455; Ayrıca bkz: Fetava-yı Feyziye s. 153, 185, 311, 315.

⁴⁷ "Tehdidini ikâa kâdir olan Zeyd Amr'a "Kadıya varıp menziline bana bey' eyle" deyü ikrah etmekle Amr dahi kadıya varıp Zeyd'in huzurunda mülk menziline mükrehen bey' edip bey'i hüccet olursa Amr'ın mükrehen bey'i sabit iken Zeyd mücerred "Kadı huzurunda ikrâh-i muteber olmaz" deyip hüccet-i merkumeye binaen menzili Amr'dan almağa kâdir olur mu? el-Cevab: Olmaz." Behcetü'l-Fetava s. 545.

⁴⁸ Birçok mahkemede uyuşmazlıkların çözümünde tutulan ilam kayıtları ile hüccet kayıtlarının aynı defterde tutulduğu görülmektedir. Ancak işi yoğun olan mahkemelerde hüccetler için ayrı defter tutulduğu hatta yanlış deftere kayıt yapılması durumunda not alındığı görülmektedir. "İşbu tarihte keresteci esnafının nizamına dair bir ilâm sehven hüccet siciline kayd olunmuştur iktiza olundukda hüccet sicili dahi tettebbu' oluna gaflet olunmaya" Fi-25 Receb sene [1]217. İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217 / M. 1801-1803) s. 448, Hüküm no: 522.

⁴⁹ AKGÜNDÜZ, Şer'iyye Sicilleri, s. 21; ÜLKER, Osmanlı Noterlik Hukuku, s. 145.

hukuki işlemin tesciline ilişkin belge düzenlenirken hazır bulunuyorlar hem tarafların kimlik tespitinin yapılmasında hem iradelerinin tespit edilmesine hem de iradelerinin yazıya geçirilmesine şahitlik ediyorlardı. Akgündüz yargılama sonucunda yazılan belge olan ilam da şuhudü'l-hâlin bulunmasının zorunlu olmadığını ancak tarafların hukuki işlemlerinin kayda geçirildiği belge olan hüccetlerde şuhudü'l-hâlin bulunmasının zorunlu olduğunu beyan etmektedir⁵⁰.

Başta menkul gayrimenkul satış işlemleri olmak üzere kira, hibe, karz, vekalet, kefalet, rehin, ödünç, vasiyet, ibra, mirasın rızai taksimi, vakıf tescili gibi birçok işlem hakkında hüccetler kadılara düzenlettirilmiş ve kadı sicillerine kaydedilmiştir⁵¹. Hatta bazı araştırmacılar kadı sicillerindeki tescil kayıtlarının yargılama sonunda hüküm içeren kayıtlarından daha fazla olduğunu söylemektedirler⁵². Müslüman gayrimüslim Osmanlı halkı kadılara tescil yaptırmayı o kadar benimsemişlerdir ki bugün kişilerin tescil ihtiyacı hissetmeden adi belge ile kayıt altına aldıkları kira sözleşmeleri, borç ödeme belgesi ve kefillik gibi bir çok konuyu kadı siciline tescil ettirildiği kayıtlarda görülmektedir.

Osmanlı halkı arasında hakların kayıt altına alınması için kullanılan hüccetlerin önemini ve yaygınlığını göstermesi açısından Üsküdar mahkemesinde yer alan bir kayıt dikkat çekicidir. Kayda göre; Kara Süleyman Bey'in yetimine vasi tayin edilen Kapıcı Mustafa Bey Kabe-i Mükerreme'ye giderken yetime ait 6 adet hücceti Ali Çelebi'ye emanet olarak bırakmış, Kasab Pervâne tarafından vekil tayin edilen Hüseyin b. Abdullah, Mustafa'nın emanet bıraktığı hüccetleri Ali Çelebi'den geri almış ve bu teslim işlemini de Üsküdar mahkemesine tescil ettirip hüccet almışlardır⁵³.

⁵⁰ AKGÜNDÜZ, Ahmed: "İslam Hukukunun Osmanlı Devleti'nde Tatbiki: Şer'îye Mahkemeleri ve Şer'îye Sicilleri", İHAD, S. 14, Ekim, 2009, s. 40.

⁵¹ Kadı sicillerinde tescil işlem çeşitleri için bkz: ÜLKER, Osmanlı Noterlik Hukuku, s. 148-182.

⁵² GRADEVA, Rossitsa: "a Kadı Cort in the Balkans" The Ottoman World, (Edit: Christine, WOODHEAD), London, 2011, s. 68; Kadı sicilleri incelendiğinde bu durum hemen tespit edilebilir. Günümüzde kadı sicilleri üzerine çalışmalar giderek yoğunlaşmakta ve bir kısmı dijital ortama taşınmaktadır. İstanbul kadı sicilleri için bkz: <https://www.kadisicilleri.org/>; Konya kadı sicilleri için bkz: <https://www.dijitalkitabim.com/dijital-kitaplar/kadi-sicilleri/konya-kadi-sicili/> E.T. 05.01.2025.

⁵³ "Mahmiye-i Galata'da sâkin Kasab Pervâne tarafından nehc-i şer'le vekili olan Hüseyin b. Abdullah nâm kimesne mahfil-i kazâda Ali Çelebi b. Mahmud mahzarında ikrar ve itiraf edip bundan akdem Kara Süleyman Bey yetimesine vasi tayin olan Kapıcı Mustafa Bey'de üç âdet

B. Yargılama Hukukunda Hüccet Kullanımı

Tescil için kullanılan hüccetlerin taraflar üzerinde hem hukuki hem de manevi etkisi olduğu söylenebilir. Bir hukuki işlem, hüccet ile tescil edilmiş ise işlem tereddütsüz ve net bir şekilde kayda alındığı için çoğu zaman bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık yaşanmıyordu⁵⁴. Uyuşmazlık çıkması durumunda lehine hüccet düzenlenen taraf bu belgeyi yargılamada hakkın ispatı için bir delil olarak kullanabiliyordu⁵⁵.

Hüccetlerinin nasıl delil olarak kullanıldığını günümüze ulaşan kadı sicili kayıtlarında görülmektedir. Gerek İstanbul gerekse diğer kadı sicillerinde, görülmekte olan bir davada hakkın ispatı için mahkemeye hüccet sunulduğunu gösteren çokça örneğe rastlamak mümkündür. Hatta yargılama esnasında başta inkâr eden kişinin hüccet ibrazı sonucunda hakkı ikrar ettiğine dair kayıtlara da rastlanılmaktadır⁵⁶.

Yargılamada hüccet kullanımına ilişkin uygulamayı göstermek için İstanbul Bab Mahkemesi 3 Numaralı sicilde yer alan 8 Şubat 1667 tarihli bir kaydı incelemek yerinde olacaktır. Kayıt şöyledir:

“Mumcu taifesinden İstefan v. Yako nam zimmî mahfil-i kazâda sâbıkan şerîki olan bâ'isü's-sifr Vasil v. Yani nâm zimmî muvacehesinde üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip târih-i kitaptan altı sene mukaddem mezbûr Vasil ile mumculuk sanatında şerîki olup fesh-i akd-i şirket edip hesap gördüğümüzde mezbûr Vasil zimmetinde ba'de külli hesap mum yağı semeninden yirmi dört bin akçe hakkım kalmakla hâlâ mezbûr Vasil'den sual olunup alı verilmesi matlûbumdur

mülknâme hücceti ve üç âdet dahi istiğlâl hüccetleri var idi onlar Ka'be-i Mükerrreme'ye gidip mezbûr Ali Çelebi de emanet koymuşlar idi hâlen zikr olunan altı âdet hüccetleri mezbûr yedinden bi't-tamâm alıp kabz eyledim dediği kayd olundu.” İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2010, s. 265, Hüküm no: 411.

⁵⁴ AKGÜNDÜZ, Şer'iyeye Sicilleri, s. 21.

⁵⁵ ÜLKER, Osmanlı Noterlik Hukuku, s. 146.

⁵⁶ Konya 10 Numaralı Kadı Sicilinde yer alan bir kayıta alacak davası için karşı karşıya gelen taraflardan biri iddiasını ispat için uyuşmazlığın yaşandığı Ereğli Kadısı Yahya Efendi tarafından düzenlenen bir hücceti delil olarak sunmuş, hüccet mahkeme tarafından taraflara okunmuş karşı tarafın hücceti ikrar etmesi üzerine taraflar mahkeme huzurunda sulh olmuşlardır. Konya Kadı Sicili (1070-1071 / 1659-1661) Defter 10, (Haz. İzzet Sak), Konya 2014, s. 54. Benzer kayıtlar için bkz: aynı sicil s. 136, 161, 274.

Benzer kayıtlara başka sicillerde de rastlamak mümkündür. Örneğin; İstanbul Kadı Sicilleri 53 Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (H. 1081 / M. 1670-1671), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 215, 391.

dedikte gibbe's-suâl mezbûr Vasil cevabında müdde'î-i mezbûr ile târih-i mezbûrda şerîkler olup fesh-i şirket ettiğimizden sonra müdde'î-i mezbûr zimmetinde mum yağı semeninden bin beş yüz akçe hakkım kaldı deyû bundan akdem benden dava ettikde meblağ-ı mezbûr beş yüz akçeyi müdde'î-i mezbûra tamâmen def' ve teslim edip ol dahi yedimden ahz u kabz ettikten sonra bin yetmiş bir Zilkadesinin gurresinden medîne-i Üsküdar'da Bâb Mahkemesi'nde hilâfete müvellâ olan Sunullah Efendi huzurunda meblağ-ı mezbûr bin beş yüz akçeyi vech-i muharrer üzere yedimden ahz u kabz ettiğini ikrar edip husûs-ı mezbûra ve saire müte'allika cem' da'vâdan zimmetimi ibrâ-i âmm-ı kâti'ü'n-nizâ'la ibrâ ve iskât edip mücebince mûmâ-ileyh Sunullah Efendi dahi yedime işbu hüccet-i şerîfeyi vermişdir deyû târih-i mezbûr ile müverraha meolânâ-yı mezbûrun imzasıyla mûmzât ve hatmi ile mahtûme ve mazmûnu min külli'l-vücûh takrîr-i meşrûhunu nâtika hüccet-i şer'iyeye ibraz edip müdde'î-i mezbûr muvâcehesinde feth ve kırâat ve istintâk olundukda müdde'î-i mezbûr mazmûn-ı hüccet-i merkûmeyi inkâr edicek zeyl-i hüccet-i mezkûrda isimleri mastûr olan müslimînden el-Hâc Ahmed b. Ömer ve Ali b. Murad nâm kimesneler li eclî's-şahâde meclis-i şer'a hâzırân olup istişhâd olunduklarında filhakika müdde'î-i merkûm târih-i mezbûrda medîne-i Üsküdar'da Bâb mahkemesi'nde hilâfete müvellâ olan Sunullah Efendi huzurunda mezbûr Vasil zimmetinde mum yağı semeninden bin beş yüz akçe hakkım kalmağın hâlâ meblağ-ı mezbûru mezbûr Vasil'den tamâmen ahz u kabz edip husûs-ı mezbûra ve saire müteallika davadan mezbûr Vasil'in zimmetini ibrâ ve iskât eyledikten sonra mücebince mûmâ-ileyh Sunullah Efendi dahi ba'de't-tahrîr işbu hüccet-i şer'iyeyi merkûm Vasil'in yedine vermiştir ve biz mazmûn-ı hüccet-i mezkûreye şâhitleriz şahadet dahi ederiz deyû her biri edâ-i şahâdet-i şer'iyeye ettiklerinde gibbe riâyeti şerâitî'l-kabûl şahâdetleri makbûle olmağın mücebince müdde'î-i mezbûr muarazadan men' olunup mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu. 13 Şabân 1077.

Şuhûdü'l-hâl: Mehmed Beşe b. Abdi, İbrahim Çelebi b. Mehmed, Veli b. Mahmud, Mustafa b. Mahmud."⁵⁷

Kayıttan anlaşıldığı üzere İstanbul'da mumculuk yapan İstefan mahkemeye gelerek Vasil isimli zimmi ile daha önce ortak olarak çalıştıklarını ortaklığı sona erdirmek için gördükleri hesap sonucu İstefan'ın Vasil'den yirmi dört bin akçe alacağı olduğunun tespit edildiğini, alacağın mahkeme aracılığı ile tahsil edilmesini istediğini beyan etmiştir. Vasil cevabında bundan önce aynı konuda İstefan'ın kendisine karşı dava açtığını

⁵⁷ İstanbul Kadı Sicilleri 17 Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077 / M. 1666 - 1667), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2011, s. 491, Hüküm no: 590.

Üsküdar mahkemesi önünde görülen davada bin beş yüz akçe aldığını ikrar edip kendisini ibra ettiğini beyan etmiş, bu konuda düzenlenen hücceti mahkemeye ibraz etmiştir. Mahkeme huzurunda, imzalı ve mühürlü hüccet açılarak okunmuş, ancak İstefan mahkemeye sunulan hücceti inkâr etmiştir. Bunun üzerine hüccette isimleri yazılı olan Müslümanlardan Ahmed ve Ali isminde iki kişi mahkeme huzuruna şahit olarak çıkarılmış onlar da taraflar arasında Üsküdar mahkemesinde olan olayı anlatarak hüccetin hazırlanmasına da şahit olduklarını beyan etmişlerdir. Mahkeme bunun üzerine İstefan'ın davasını reddederek tarafları çekişmeden men etmiştir.

Bu örnekte görüldüğü üzere bir hakkın ispatı için mahkeme tarafından düzenlenmiş bir hüccet sunulması ve karşı tarafın bu hüccette düzenlenen hakkı inkâr etmesi durumunda şahitler dinlenmektedir. Bu şahitlerin belge düzenlenirken hazır bulunan şahitlerden (şuhudü'l-hal) olduğu görülmektedir. Benzer durumlara başka sicil kayıtlarında da rastlanmıştır⁵⁸. Örnek olarak sunulan sicil tarihlerine dikkat edildiğinde uzunca bir süre aynı içtihat doğrultusunda uygulama yapıldığı görülmektedir⁵⁹.

⁵⁸ Yukarıdaki kayıttan yüz yetmiş beş yıldan sonra tutulan kayıtlarda bile aynı uygulamanın devam ettiği görülmektedir. “ ...Bağcı Osman'ın oğlu olmakla ol vechile müteveffâ-yı mezbûrun verâseti ancak bana münhasıra ve kâffe-i terekesi dahi bana mevrûs olduğuna binâen tereke-i müteveffâ-yı mezbûra vaz'-ı yed ve hâzır-ı merkûm yedinde olan meblağ-ı mezkûrdan dahi hisse ahzettirmem deyü müdde'î-i merkûmun ber-vech-i muharrer verasetini ve mazmûn-ı hüccet-i mezkûreyi külliyyen inkâr etmekle müdde'î-i merkûm ber-vech-i muharrer müdde'âsını mazmûn-ı hüccet-i mezkûreyi her biri lede't-tezkiye adl ve makbûlü'ş-şehâde idükleri ihbar olunan zeyl-i hüccetde isimleri mezkûr ketebeden es-Seyyid el-hâc Abdullah Efendi b. Ahmed ve Çömlekçi Mehmed İzzet b. İbrahim nâm kimesneler şehâdetleriyle bi'l-muvâcehe ber-nehc-i şer'î isbât etmeğin mücebince tereke-i müteveffâ-yı mezbûrdan keff-i yed ve makbûzundan hisse-i irsiyesini müdde'î-i mezbûr Mehmed Ağa'ya teslîme merkûme Zeliha Hatun'a tenbîh ve vâki' olan müdâhalesi dahi men' olunduğu huzûr-ı âlîlerine ilâm olundu.” İstanbul Kadı Sicilleri 94 Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257/ M. 1835-1841), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 187, Hüküm no: 140.

⁵⁹ Kadı sicillerinde aynı minvalde kayıtlara rastlanılmaktadır. Farklı tarihlerde farklı mahkemeler tarafından tutulan benzer kayıt örnekleri için Bkz: İstanbul Kadı Sicilleri 53 Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (H. 1081 / M. 1670-1671), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 75, Hüküm no: 22; Konya Kadı Sicili (1070-1071 / 1659-1661) Defter 10, (Haz. İzzet Sak), Konya 2014, s. 15; İstanbul Kadı Sicilleri 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s.537 Hüküm no: 683; İstanbul Kadı Sicilleri 70 Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil (H. 1154-1155 / M. 1740-1742), s. 168, Hüküm no: 265; İstanbul Kadı Sicilleri 74 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (H. 1171-1172/ M. 1758), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s, 85, Hüküm no: 33; İstanbul Kadı Sicilleri 76

Konuya ilişkin bir fetvada bir hüccetin sıhhati için çağırılan şahitlerin hüccetin içeriğine ilişkin hususa değinmeyip “Bu hüccetin Bekir kadının hücceti olduğuna şahitleriz.” demelerinin hüccetin hükme esas alınması için yeterli olmayacağı beyan edilmiştir⁶⁰.

Fetva kitaplarında kadı huzurunda tutulan bir hüccetin içeriğine dair daha sonra bir ihtilaf yaşanması ve tekrar kadıya müracaat edilmesi durumunda hüccetin içeriğine ilişkin delilin yeterli olduğu davalının “-Hüccetin sıhhatine dair delili kabul etmem asıl şahitleri getir.” deme hakkının olmadığı belirtilmiştir⁶¹. Yani daha önce hüccet ile kayıt altına alınan bir hak konusunda daha sonra ihtilaf yaşanması durumunda hüccetin sıhhatinin ispatı yeterli görülmüş, hüccet ile kayıt altına alınan asıl hakkın ispatı zorunluluğu getirilmemiştir. Yukarıdaki sicil örneklerindeki uygulama ile fetva kitaplarında yer alan bilgiler bu konuda birbiri ile örtüşmektedir.

Behcetü'l-Fetava'da yer alan bir diğer fetvada bir hakkın ispatı için bir hüccet mahkemeye ibraz edilse karşı taraf hücceti ve içeriği itiraf edip “Hüccet düzenlenirken beyanım yalan beyandır. Davacı gerçek hukuki ilişkiyi ispat etsin.” dese beyanına itibar olunmaz⁶². Bu fetvalar taraflar arasında hüccet düzenlendikten sonra hüccetle kayıt altına alınan hak hususunda bir ihtilaf çıkması durumunda artık hüccete konu işleme şahit olanların değil; bizzat hüccetin içeriğine ve düzenlenmesine şahit olanların mahkemede dinlenilmesinin yeterli olacağına işaret etmektedir. Feyzullah Efendi konu ile alakalı bir fetvasında bir hüccetin sıhhatine şahitlik eden adil şahitlerin isimleri hüccetin altında “şuhudü'l-hal” olarak yazılmasa da şahadetlerinin kabul edileceği yönündedir⁶³.

İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Sicil (H. 1179-1180 / M. 1765-1767) (ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 104, Hüküm no: 50; İstanbul Kadı Sicilleri 84 Galata Mahkemesi 580 Numaralı Sicil (H. 1221-1222 / M. 1806-1808), s. 174, Hüküm no: 197; İstanbul Kadı Sicilleri 85 İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223 / M. 1807-1809), (ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s.126, Hüküm no: 76.

⁶⁰ “Zeyd’in Amr ile mala müteallik davasında Bekir-i kadının hükmünü nâtik olan hüccetin mazmûnuna şahadete gelen Beşir ve Halid derûn-i hüccette olan maddeyi beyan etmeyip ancak “Bu hüccet Bekir-i kadının hücceti olduğuna şahidiz” deseler bu merteye ile ol hüccetin mazmûnu sabit olmuş olur mu? el-Cevab: Olmaz.” Behcetü'l-Fetava, s. 407.

⁶¹ Fetava-yı Feyziye, s. 214; Behcetü'l-Fetava, s. 408.

⁶² Behcetü'l-Fetava, s. 523; Taraflar sulh olup sulh olduklarına dair hüccet düzenlendikten sonra bir tarafın sulhun geçersiz olduğunu ileri sürerek dava açması durumunda dava dinlenilmez. Fetava-yı Feyziye, s. 308.

⁶³ Fetava-yı Feyziye, s.241.

Gerektiğinde hücceti düzenleyen mahkeme kadı siciline başvurarak hüccetin sicildeki asıl kayıtlarla uyumlu olup olmadığını kontrol edilebiliyordu. Bu konuda orijinal bir kayda Üsküdar 84 numaralı sicilde rastlanılmaktadır. Kayıttan anlaşıldığına göre Ali ile görme engelli Hasan ortak olmuşlar, Naib Mustafa Efendi önünde ortaklıklarına ilişkin hüccet düzenletip iş yapmak için Devrek vilayetine gitmişlerdir. Ancak aralarında anlaşmazlık çıkınca Devrek kadısına uyuşmazlığın çözümü için başvurmuşlardır. Kadı huzurunda Hasan aralarındaki ortaklığı ve ortaklığın yazıldığı hücceti inkâr etmiştir. Hüccet inkâr edilince Devrek kadısı Ali'den hücceti ispat için şahit getirmesini istemiş, Ali, Devrek'e şahit getiremeyeceğini beyan etmesi üzerine Hasan'a yemin teklif edilmiştir. Hasan yemin edince Ali davasını Devrek kadısı önünde ispat edememiştir. Devrek kadısı durumu kayda geçirerek Ali'ye yargılama sonucunu ihtiva eden hüccet vermiştir. Taraflar İstanbul'a dönünce Ali ilk hüccetin düzenlendiği Üsküdar kadısına Hasan'ı dava ederek yaşananları aktarmış ve kadı önünde ilk ortaklık hüccetini çıkararak Hasan'a -Bu senin yüzüne mi oldu? (Yani kadı huzurunda, senin ile benim aramda ve senin rızan ile olmadı mı?) diye sorduğunda Hasan bu sefer -Benin yüzüme oldu, diyerek ortaklığı ikrar etmiştir. Bunun üzerine Üsküdar mahkemesinde bütün bunların kayda geçirildiği yeni bir hüccet düzenlenmiştir⁶⁴.

Yargılamada delil olarak sunulan hüccetlerin inkâr edilmeleri durumunda nadiren de olsa şahit dinlenilmeden delil olarak kullanıldıkları görülmektedir. Örneğin İstanbul mahkemesinde görülen bir davada Molla Hüsrev Efendi Vakfı'ndan yararlanmak isteyen davacıların talebi

⁶⁴ “Budur ki Mahmiye-i Kostantiniyye sakinlerinden el-Hâc Ali b. İbrahim nâm kimesne mahfil-i kazâda A'mâ Hasan b. Mustafa mahzarında dava kılıp bundan akdem mezbûr Hasan ile şerik olup hatta mahalle-i Ma'mûre'de Nâib Mustafa Efendi'nin önünde hüccet ettirip varıp Devrek vilâyetine vardığımızda inkâr edicek vilâyet-i mezbûre kadısı mahzarında hüccetin mazmûnunu mezbûr Hasan inkâr edip benden mazmûn-ı hüccete kadı mezbûr şahit isteyip beyyineden âciz olduğumda mezbûr Hasan'dan suâl olundukda mazmûn-ı hücceti bilmem deyu yemin billâh eyledi hatta onun yeminin kadı-i mezbûr sicil edip elime hüccet dahi verdi deyu Kadı Ömer b. Ferruh Efendi'nin imzasıyla mûmzâ ve hâtemiyle mahtûm hüccet ibrâz edip mazmûnuna nazar olundukda merkûm A'mâ Hasan'ın hüccet-i şirketi inkâr edip kendine yemin verildikde mütezammun olup tekrar kendine evvelki hücceti mezbûr Ali çıkarıp bu senin yüzüne mi oldu denildikde ikrar edip benim yüzüme oldu deyu mezbûr A'mâ Hasan ikrar eylediği kayd olundu. Tahrîren fi't-târihi'l-mezbûr. Şuhûdü'l-hâl: El-Hâc Maksud, Haydar Bâşe [b.] Abdullah er-râcil, Mehmed b. Abdullah er-râcil, Mustafa [b.] Nasûh, Hasan Bâşe [b.] Sâdık, Muttalib [b.] Süleyman ve gayruhüm” İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2010, s. 202, Hüküm no: 256.

vakıf mütevellisi tarafından vakfiye gerekçe gösterilerek kabul edilmemiş ve mahkeme tarafından vakfiye esas alınarak davacının davası reddedilmiştir⁶⁵.

Osmanlıda tacirler arasında yazılı belgenin ne denli yaygın kullanıldığına ve hüccetin taraflar nezdinde ve yargılama hukukunda önemine işaret eden bir örneğe Konya sicillerinde rastlanılmıştır. Kayda göre acem tüccarlarından Ma'lûm isimli zimmi, Merkez isimli zimmi ile mahkemeye gelip aralarında ticari ilişkiden dolayı imzalı ve mühürlü borç senedi (deyn temessükü) düzenlediklerini, daha sonra aralarında anlaşmazlık çıkınca kadıya başvurup yargılama sonunda hüccet aldıklarını, akabinde borcun ödenerek aralarındaki borç ilişkisinin sona erdiğini, ancak borç senedinin kaybolması üzerine yeni bir belge verip Merkez'in borcunun kalmadığını yazdığını, ayrıca bu hususların kadı siciline yazılarak tescil edilmesi taleplerinin olduğunu beyan ederek tescil talep etmişler ve mahkemede taleplerine uygun tescil işlemi yapmıştır⁶⁶.

Kaynaklardan anlaşıldığı üzere Osmanlı mahkemelerinde karşı tarafın iddiaları reddetmesi durumunda hakkın yazılı olduğu hüccet tek başına hükme gerekçe olarak kabul edilmemiştir. Hüccetin delil olarak

⁶⁵ İstanbul Kadı Sicilleri 82 İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217 / M. 1801-1803), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 399, Hüküm no: 465.

⁶⁶ "Acem tüccârından olup mahmiye-i Konyada müsâfîren Hasan Efendi Hanı'nda sakın olan Bedros veled-i Ma'lûm nâm zimmi meclis-i şer-i hatîr-ı lazîmü't-teokîrde hâmil-i hâze's sifr Merkez veled-i Polad nâm zimmi muvâchesinde ikrâr-ı tam ve takrir-i kelâm idüp ben mukaddemâ mezbûr Merkez'e ikiyüzkırk gurus bir def'a ve sekiz gurus bir defa cem'an ikiyüzkırkseviz gurus karz tarikiyle ve İzmir'den çuka getirüvirmek için onyedî gurus virüp ve kırk gurusluk levni ve cinsi ma'lûm emtia-i mütenevvia bey' ve teslim idüp ol dahi ahz ve kabz itmekle zimmetinde üçyüzbeş gurus hakkım olup bana deyni olduğuna yedime mümzâ ve mahtûm deyn temessükü virmişidi hâlâ meblağı mezburdan kırkyedi gurus ve bir sülüs gurusunu yedinden ahz idüp bâkisini taleb eylediğimde deyn-i mezkûrdan onsekiz gurusunu mezbûr Merkez inkâr ve meclis-i şer'de yemin idüp ve hidmetkârî Hatır veled-i Allahverdi yediyle deyn-i mezkûra mahsub olmak üzere bundan akdem bana ikiyüz vakıyye kahve verdiğini isbât idüp yedine hüccet almağla her bir vakıyye kahveye onikişer sümün ve dörder akça kıyı takdir idüp ikiyüz vakıyye kahve yüzyetmişbeş gurusu mahsub olup ve hâlâ yedinden altmışbeş gurus dahi alup mukaddemâ makbuzum olan kırkyedi gurus ve bir sülüs gurus ile cem'an ikiyüzseksenyedi gurus ve bir sülüsü bit-temam ahz ve kabz eyledim ziyâde olan bir sülüsden mezbur Merkez fariğ olmağın min ba'd bir akça ve bir habbe hak ve 'alâkam kalmadı ve mezbur Merkez'den mukaddemâ ahz ettiğim deyn temessükünü zâyî etmemle yedini benim ikrâr-ı meşrûhumu nâtik temessük verip teslim eyledim dedikde gibbe't-tasdik mâvaka'a bit-taleb ketb olundu fi'l-yevmis-sâni ve'l-'ısrin mine'l-Muharremi'l-harâm li sene semân ve semânin ve elf (22 Muharrem 1088/27 Mart 1677)." Konya Kadı Sicili (1087-1088 / 1676-1677) Defter 13, (Haz. Emrah Akbaş - İzzet Sak), Konya 2023, s. 186.

kullanılması için ayrıca belge düzenlenirken hazır bulunan ve belgede tescil konusu olan hakka muttali olan şahitlerin dinlenilmesi de gerekli görülmüştür. Hüccet kayıtları mahkeme huzurunda sağlam bir şekilde düzenlenip muhafaza edilse de Hanefi mezhebinin yazının tek başına delil olamayacağına dair genel görüşü Osmanlı yargısını etkilemiş ve uygulamanın bu yönde şekillenmesinde etkili olmuştur.

C. Sahte Hüccet Kullanımı

Klasik döneme ilişkin kaynaklar üzerinde yapılan araştırmada çok nadir olarak yargılamada sahte hüccetlerin kullanılmaya çalışıldığına da rastlanılmıştır. Galata Mahkemesi 259 numaralı sicilde 1725 yılına ait bir kayıta göre Roksandere isimli bir zimmi sahte hüccet kullanarak diğer bir zimmi Dimitraško ve kardeşi elindeki evi almaya çalışması üzerine Dimitraško Divan-ı Hümayun'a başvurmuştur. Konunun araştırılması için yazılan ferman üzerine ilgililerin tebaası olduğu Rum patriğinin ve Boğdan voyvodasının görüşleri alınmıştır. Hüccetin sahte olduğu tespit edilerek Roksandere'nin talepleri reddedilmiştir⁶⁷.

İstanbul da yaşanan bir diğer olayda paçacı esnafından bir grup İstanbul kadısı huzuruna gelip kethüda olarak görev yapan Mustafa Usta'nın bazı esnaf gediklerini "sahibinden satın almıştım" diye uydurma hüccetler kullanarak elde etmeye çalıştığını, esnafın bu konuda rahatsız olduğunu beyan etmişler kethüdalık görevinin Mustafa Usta'dan alınarak Hüseyin Usta'nın yeni kethüda olarak tayin edilmesini talep etmişlerdir. Bunun üzerine Mustafa Usta kethüdalıktan azledilerek Hüseyin Usta yeni kethüda olarak tayin edilmiştir⁶⁸.

Divan-ı Hümayun kararlarının yazıldığı mühimme defterlerindeki kayıtlardan taşrada sahte hüccet kullanarak haksız çıkar elde etmeye çalışan kişiler hakkında şikayetlerin Divan'a ulaştığı ve bu hususların

⁶⁷ "Roksandere nâm Nasrâniye mahkeme-i Beşiktaş'a gelip Rebî'ülâhîr târih ile imzâ ve zeylinde şahitleri yok bir beyâz kağıda tahrîr olunmuş bir müzevver hüccet menzil-i mezbûr Kıryazo müllkü olup eytâm-ı mezbûrun anasına ve babasına icâre ile vermiş ola Ywoanitce vekâletiyile olmuş olup bu gâne tezvîre sâlike olduğundan bu fakire elbette şu kağıdı mühürle deyü ibrâm bu fakir men ola ve âhara müzevver hüccetine nazar eyleyip mezbûre Roksandere eytâm-ı mezbûrun yedinden menzil-i mezbûru bu tarikle almak zu'miyle tasaddî kasd eylediği lede'sşer' zâhir ve bâhîr olmağla mezbûre Roksandere mahfel-i kazâda cerh olunup vech-i muharrer üzere vukûf-ı tâm eylediğim üzere eytâm-ı mezbûr iltimâsıyla huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu." İstanbul Kadı Sicilleri 63 Galata Mahkemesi 259 Numaralı Sicil (H. 1137-1138 / 1724-1725), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 391, Hüküm no: 438.

⁶⁸ İstanbul Kadı Sicilleri 78 İstanbul Mahkemesi 44 Numaralı sicil (H. 1193-1194 / M. 1779-1780), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 56, Hüküm no: 11.

araştırılması için ilgililere yazılar yazıldığı anlaşılmaktadır.⁶⁹ 6 Numaralı Mühimme Defteri'nde yer alan bir diğer kayda göre Karaman'da Hüsam Abdullah isimli bir kişi tekke kurup vakıfname yazıp tımar olan arazileri önceki kadı adına sahte hüccetler düzenleyerek elde etmeye çalışmaktadır. Bu hususun araştırılması için Beyşehir Beyi olup Karaman'da mehâyif teftişinde olan Bâyezid Bey'e hüküm yazılmıştır⁷⁰.

SONUÇ

Yazı, hakların kayda geçirilerek korunması için uygun bir araç olarak tarih boyunca kullanılmıştır. İslam tarihinde de ilk dönemden itibaren yazının hakların tespit edilmesinde kullanıldığı görülmektedir. Yazı öncelikle kişiler arasındaki ihtilafı önler, kişi unutmaya veya kötü niyetle bir kişiye karşı önceden kabul ettiği bir hakkı inkâr etmeye kalkarsa elinde bu konuda yazılı belgesi bulunan şahıs hakkı inkâr eden kişiye bunu gösterdiği zaman hakkı unutan hatırlar, kötü niyetli olarak inkâr eden kişi ise hak sahibinin elinde sağlam bir delil olduğunu görerek bu hakka uygun davranmak zorunda kalır. Ancak yazının kötü niyetli kişiler tarafından yanlış şekilde kullanılabilme özelliği de vardır. Yazının bu yönü İslam tarihinde acı tecrübelerin yaşanmasına vesile olmuştur. Halife Hz. Osman'a aitmiş gibi düzenlenen sahte mektuplarla kişiler Hz. Osman aleyhine kışkırtılmıştır. Belki de yaşanan bu acı tecrübeler, Hanefi mezhebi âlimlerinin yazılı belgeye şüpheyle yaklaşmaları sonucunu doğurmuştur.

Hanefiler yazıyı söze kıyaslayarak nasıl sözün mahkeme önünde geçerli kabul edilmesi için iki şahit gerekli ise yazının da mahkeme önünde geçerli kabul edilmesi için iki şahit istemişlerdir. Yukarıda paylaşılan bilgiler Tanzimat öncesi Osmanlı yargılama hukukunda dönemin belki de en sağlam belgesi kabul edilebilecek olan hüccetler için de aynı yaklaşımın ortaya konulduğunu bize göstermiştir. Hüccetin içerdiği

⁶⁹ Sahte arz ve hüccet yazdığı ihbar edilen Naib Sinan hakkında iddiaların araştırılması için yazılan emir için bkz: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi: 3 6 Numaralı Mühimme Defteri (972/1564-1565) Özet-Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1995, s. 94-95; Ferruhsad Bey Vakfı'ndan olmadığı halde sahte hüccet ile vakıf malı gösterilmeye çalışılan köy vb. yerler ile ilgili iddiaların araştırılmasına ilişkin emir için bkz: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi: 5 7 Numaralı Mühimme Defteri (975-976/1567-1569) Özet-Transkripsiyon - İndeks, Ankara, 1998, C. 4. s. 219.

⁷⁰ 6 Numaralı Mühimme Defteri, s. 113.

hakkın inkâr edilmesi durumunda tek başına hüccete itibar edilmemiş hüccetin düzenlendiği anda hazır olan ve hüccetin içeriğine de şahitlik edecek şahitler istenmiştir.

Ancak Hanefi görüşü doğrultusunda uygulamanın bu yönde olması Osmanlı halkını hakların tescili için yazılı belgenin kullanılmasından vazgeçirmemiştir. Ülkenin her yerinde Osmanlı halkı kadın - erkek, müslüman - gayrimüslim fark etmeden çok çeşitli konularda haklarını tescil ettirmek için kadılarına başvurmuşlar ve yapılan kayıt işlemi sonucunda haklarının beyan edildiği hüccet belgelerine sahip olmuşlardır.

Osmanlı Devleti'nde kadılar padişahlar tarafından diğer görevlerinin yanı sıra insanların tescil ihtiyaçlarını gidermekle de vazifelendirilmişlerdir. Bu işlem karşılığında kadıların alacakları ücretler kanunnameler ile düzenlenmiş, tecrübeli hukukçular tarafından kaleme alınan sakk eserleri ile hangi işlemin nasıl kayda geçirileceğine dair örnekler de kadılara sunulmuştur. Bütün bu imkanların yanı sıra yaygın bir ağa sahip olan yargı örgütünün bu görevi yapıyor olması insanları bu imkândan yararlanmaya yönlendirmiştir.

Günümüze ulaşan kadı sicilleri incelendiğinde birçoğunda uyumsuzluk çözümüne ilişkin kayıtlardan daha fazla tescil kayıtları göze çarpmaktadır. Bu kayıtlar incelendiğinde bugün insanların resmi tescil ihtiyacı duymadığı hususların bile kadı sicillerine tescil edildiği görülmektedir.

Bu çalışmayı hazırlarken incelediğimiz kayıtlara göre Osmanlı mahkemelerinde bir hak talebi ile başvuran kişi iddiasını bir hüccetle delillendirmişse çoğu zaman karşı taraf bu iddiayı kabul etmek zorunda kalmıştır. Bu durumda kadı ya ikrar üzerine hüküm kurmuş veya taraflar uyumsuzluk konusunda sulh olmuşlar ve kadı sulh üzerine hüküm kurmuştur.

Mahkeme önünde hüccetle delillendirilen bir hakka karşı, karşı tarafın bir def'i ileri sürdüğü (örneğin borç hüccetine karşı ödeme def'i), veya hücceti kabul edip içeriğini reddettiği veya hem hücceti hem borç ilişkisini reddettiği örneklere de rastlanmıştır. Hüccetin içerdiği hakkın veya tümünden hüccetin inkâr edilmesi durumunda kadı hücceti delil olarak sunan kişiden ispat istemiştir. Böyle bir durumda hüccetin 3-5 yıl gibi yakın bir zamanda ve uyumsuzluğun yaşandığı yerde düzenlenmesi durumunda hücceti delil olarak kullanan kişinin işi kısmen kolay olmuştur. Zira elindeki hüccetin altında belgenin düzenlendiği anda hazır olan şahitlerin (şuhudü'l-hal) isimleri yazmaktadır. Hüccet sahibi bu kişilerden

en az ikisini mahkeme önüne şahit olarak getirmiş, şahitlerin belgenin içeriğine ve belgenin düzenlenmesine şahitlik ettiklerini mahkeme önünde söylemeleri durumunda hak ispat olmuştur.

Osmanlı uygulamasında hüccetin bir delil olarak sunulup karşı tarafın bunu inkâr etmesi halinde hüccet sahibinin sadece hüccete dayanması, hakkı ispat etmesi için yeterli görülmemiştir. Yukarıdaki İstanbul'da düzenlenen bir hüccetin Devrek kadısı önünde kullanılması örneğinde olduğu üzere hukuk sistemi sadece hücceti delil olarak kabul etmemiştir. Bu hak sahibi için bir külfettir. Ancak Osmanlı hukuk sistemi Tanzimat dönemi düzenlemelerine kadar bu uygulamaya devam etmiş, örneklerde görüldüğü üzere farklı tarihlerde yapılan yargılamalarda hüccetlerin inkâr edilmesi durumunda mahkeme çoğunlukla hüccet sahibinden iddiasını ispat etmesini istemiştir.

Hakkını ispat için hüccet deliline dayanan tarafa sağlanan bir kolaylık ise hüccetin veya hüccetin dayandığı hakkın inkâr edilmesi durumunda asıl hak doğuran ilişkiyi değil; hakkın kayıt altına alındığını yani hüccetin sahil bir şekilde düzenlendiğini ispat etmesinin yargı organı tarafından yeterli görülmesidir. Şeyhülislam fetvaları da bu yöndedir. Örneklerde görüldüğü üzere hüccetin inkârı durumunda mahkeme hak sahibinden hakkı doğuran işlemi ispat etmesini değil hüccetin sıhhatini ispat etmesini istemiştir. Mahkeme önüne çağırılan şahitlerin tarafların mahkeme huzurunda bu hücceti düzenlettiklerine ve hüccetin içeriğindeki hakkı mahkeme önünde dile getirdiklerine şahitlik etmeleri, hakkın ispatı için yeterli kabul edilmiştir.

Osmanlı mahkemelerinin tek başına hücceti delil olarak kabul etmemesinin iki gerekçesi olduğu söylenebilir. Birincisi; bu konuda Hanefi görüşüne bağlı kalma düşüncesidir. Hanefi alimlerin yazılı belge hakkındaki görüşünde belirtildiği üzere yazı söz ile eş değer kabul edilmiş ve yazının ispatı için şahit delili istenmiştir. Osmanlı mahkemesi Hanefi çizgisinden şaşmamak için bu konudaki uygulamasını Tanzimat dönemi düzenlemelerine kadar korumuştur. İkincisi ise yazının taklit ve tahrif edilme ihtimalidir. Osmanlı Devleti'nde de en sağlam şekilde düzenlenen hüccetlerin zaman zaman taklit edildiği sahte hüccetlerin düzenlendiği bir tarihsel gerçektir. Hüccetlerin yargılamada tek başına delil olarak kabul edilmesi durumunda kötü niyetli kişilerin bu konudaki teşebbüslerinin daha fazla olacağı muhakkaktır. Bu durumda hakların korunması için üretilen hüccetlerin hakların zayi edilmesi için kullanılacak olması riskini ortadan kaldırma düşüncesi, uygulamada hüccetlerin tek başına delil

olarak kullanılmasına engel olmuştur denilebilir. Bu tercihin yapılmasında iletişimin bugünkü kadar hızlı olmaması ve belge kontrol mekanizmasının etkin olmamasının da etkisi olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

1. Arşiv Belgeleri (Mühimme Defterleri)

Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi:3, 6 Numaralı Mühimme Defteri (972/1564-1565) Özet-Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1995.

Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi:5, 7 Numaralı Mühimme Defteri (975-976/1567-1569) Özet-Transkripsiyon - İndeks, Ankara, 1998.

Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi: 3 6 Numaralı Mühimme Defteri (972/1564-1565) Özet-Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1995.

2. Kadı Sicilleri

İstanbul Kadı Sicilleri 17 Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077 / M. 1666 - 1667), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri 53 Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (H. 1081 / M. 1670-1671), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 63 Galata Mahkemesi 259 Numaralı Sicil (H. 1137-1138 / 1724-1725), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 70 Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil (H. 1154-1155 / M. 1740-1742), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 74 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (H. 1171-1172/ M. 1758), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 76 İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Sicil (H. 1179-1180 / M. 1765-1767) (ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 78 İstanbul Mahkemesi 44 Numaralı sicil (H. 1193-1194 / M. 1779-1780), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 82 İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217 / M. 1801-1803), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 84 Galata Mahkemesi 580 Numaralı Sicil (H. 1221-1222 / M. 1806-1808), (ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 85 İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223 / M. 1807-1809), (ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 94 Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257/ M. 1835-1841), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, 2010.

Konya Kadı Sicili (1070-1071 / 1659-1661) Defter 10, (Haz. İzzat Sak), Konya, 2014.

Konya Kadı Sicili (1087-1088 / 1676-1677) Defter 13, (Haz. Emrah Akbaş - İzzat Sak), Konya, 2023.

3. Kitap ve Makaleler

AKGÜNDÜZ, Ahmed: Şer'iyeye Sicilleri, İstanbul, 1988, C. 1.

AKGÜNDÜZ, Ahmed: "İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Ser'iyeye Mahkemeleri ve Ser'iyeye Sicilleri", İHAD, S. 14, Ekim, 2009.

AKGÜNDÜZ, Ahmed: Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul, 1991, C. 3.

AKGÜNDÜZ, Ahmet: "Dürerü'l-Hükkâm" TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1994, C. 10.

AKMAN, Ahmet: "Mecelle'de İspat Hukuku", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024.

AKYÜZ, Vecdi: Emevîlerin Kuruluş Devrinde İslam Amme Hukuku'nun Gelişmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 1989.

ALİ HAYDAR Hoca Emin Efendizâde: Dürerü'l-Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul, 1330.

Aşıkpaşazade Tarihi, (Haz. Necdet Öztürk), İstanbul, 2013.

ATAR, Fahreddin: İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul, 2013.

ATAR, Fahreddin: İslam Adliye Teşkilatı, Ankara, 1991.

AVCI, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2024.

AYDIN, M. Akif: "Ali Haydar Efendi, Küçük" TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1989, C. 2.

BARDAKOĞLU, Ali: "Beyyine" TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1992, C. 6.

BAYINDIR, Abdülaziz: İslam Muhakeme Usulü (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul, 1986.

- BİLMEN**, Ömer Nasuhi: Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, İstan-bul, 1970, C. 8.
- DEMİR**, Abdullah: Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İstanbul, 2010.
- Fetava-i Hindiyeye (Fetava-i Alemgiriyye), (Terc: Mustafa EFE), By, Ty, C. 8.
- GRADEVA**, Rossitsa: "a Kadı Cort in the Balkans" The Ottoman World, (Edit: Christine, WOODHEAD), London, 2011.
- HAMİDULLAH**, Muhammed: el-Vesâiku's-Siyâsiyye, (Çev. Vecdi Ak-yüz), İstanbul, 1997, s. 348.
- HASAN**, İbrahim Hasan: İslam Tarihi, İstanbul, 1992, C. 3.
- İBN ÂBİDİN**: Reddül-Muhtar Ale'd- Dürri'l-Muhtar,(Ter: Mazhar Taş-kesenlioğ-lu) İstanbul, C. 12.
- İBN FERHUN**, Ebû'l-Vefâ (Ebû İshâk): Tebsiratü'l-Hukkam, Darü'l-Ki-tabü'l-İlmiyye, Beyrut, 2001, C. 1.
- KASİMİ**, Zafir: Nizamü'l-hükm fi's-şeria ve't-tarihi'l-İslâmî, Beyrut, 1987, C. 2.
- KAYA**, Süleyman, "Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2005.
- KAYAOĞLU**, İsmet, İslam Kurumlar Tarihi, Ankara, 1985.
- LANDSBERGER**, Benno: "Sümerler", (Çev. Mebrure Osman TOSUN) Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 5, 1945, s. 92.
- MAVERDİ**, Ebu'l-Hasan: Ahkam-ı Sultaniyye (Çev. Ali ŞAFAK), İstanbul, 1976.
- MÜNECCİMBAŞI**, Dede Derviş Ahmet: Sahâifü'l-Ahbar, (Çev: Ahmed Nedim) İstanbul, 1869.
- OĞUZ**, Mustafa / **AKGÜNDÜZ** Ahmet: "Hüccet" TDV İslam Ansiklope-disi, 1998, C. 18.
- ÖNDER**, Muharrem: "Ebû Ca'fer et-Tahâvî(239-321/853-933) ve Şurût İlmî", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 11, Nisan, 2008.
- ÖZCAN**, Ruhi: Mukaddimetü'l-Hâvî fi Şurûti't-Tahâvî, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bağdat ty.
- SCHACHT**, Joseph: İslam Hukukuna Giriş, (Çev. Mehmet DAĞ – Abdul-kadir Şener), Ankara, 1986.

- SERAHSİ**, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme (ö.1090): Mebsut, (Editör: Mustafa Cevat Ak-şit), İstanbul, 2008, C. 18.
- ŞEYH BEDREDDİN**: Letâifu'l-İşârât Şerhi / et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, (Ed: HacıYunus APAYDIN), Ankara, 2012, C. 2.
- ŞEYHÜLİSLAM FEYZULLAH EFENDİ**: Fetava-yı Feyziye (Haz. Süleyman Kaya) İstanbul, 2009.
- ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ**: Behcetü'l-Fetava, (Haz: Süleyman KA-YA, Betül ALGIN, Zeynep TRABZONLU, Asuman ERKAN), İstanbul, 2011.
- Türk Hukuk Lügati, Ankara, 1991.
- Türkzade Hafız Mehmet Ziyaeddin**: Mükemmel Istilahat-ı Kavânîn, Yahud, Ma-lumat-ı Kanuniye Hulasası, Dersaadet, 1313.
- TYAN**, Emile: Noterlik ve İslam Hukuku Uygulamasında Yazıyla İspat Rejimi, Çeviren: Ahmet Ziya Çalışkan, Editör: İbrahim Ülker, Konya, 2019.
- UZUNÇARŞILI**, İsmail Hakkı: Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı, Ankara, 2014.
- ÜLKER**, İbrahim: "Ebüssuûd Efendi ve Şânizâde'nin Sakk Kayıtları Işığında İslam ve Osmanlı Hukukunda İcâre (Kira)" Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fa-kültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 730-755.
- ÜLKER**, İbrahim: Osmanlı Noterlik Hukuku, Ankara, 2018.
- YAVUZ**, Yusuf Şevki, "Hüccet" TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1998, C. 18.

ÖNLEME ARAMASI İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİNDE KULLANILABİLMESİ

Doç. Dr. Cem ŞENOL*

Arş. Gör. Merve ŞAHİN AKDEMİR**

Öz

Arama, hem yürütülen bir ceza soruşturması için adli hem de bir tehlikenin önlenmesi için idari olarak uygulanabilen bir işlemdir. Önleme araması, suçun işlenmesinden önce, makul bir nedenin bulunması şartıyla milli güvenlik ve kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâk veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasaklanmış olan her çeşit silah, patlayıcı madde veya eşyanın belirlenmesi veya toplu

* Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Erzurum, Türkiye | Assoc. Prof., Atatürk University, Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Erzurum, Turkey.

✉ cemsenol@atauni.edu.tr • ORCID 0000-0003-2970-2279.

** Araştırma Görevlisi, Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Erzurum, Türkiye | Research Assistant, Atatürk University, Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Erzurum, Turkey.

✉ mervesahin@atauni.edu.tr • ORCID 0000-0003-4043-1959.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: ŞENOL, Cem/ŞAHİN AKDEMİR, Merve: “Önleme Araması ile Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılabilmesi”, SÜHFD, C. 33, S. 1, 2025, s. 849-876.

✂ Bu makale, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından desteklenmiştir. Destekleri nedeniyle Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi'ne teşekkür ederiz.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

için tehlike yaratması muhtemel kişilere ulaşılması gayesiyle başvuru, önleyici bir tedbirdir. Bu sebeple tedbirin uygulanması ile aslen delil elde edilmesi amaçlanmamaktadır. Ancak uygulamada, önleme araması sırasında delil elde edilmesi ile de önleme araması kararının delil elde etmek için kullanılmasıyla da sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu sebeple önleme araması kararının hukuka uygun olarak uygulanıp uygulanmadığı sorunu birçok Yargıtay kararına konu olmuştur. Bu çalışmada söz konusu problem, Yargıtay kararları da değerlendirmek suretiyle incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

- Arama • Adli Arama • Önleme Araması • Kolluk • Delil

ADMISSIBILITY OF EVIDENCE OBTAINED BY PREVENTIVE SEARCH IN CRIMINAL PROCEDURE

Abstract

Search is both a judicial process for a criminal investigation and an administrative process for the prevention of a danger. Preventive search is a preventive measure that is applied before the commission of a crime, for the protection of national security and public order, public health and morals or the rights and freedoms of others, for the prevention of crime, for the identification of all kinds of weapons, explosive substances or goods prohibited to be carried or possessed, or to reach persons who are likely to pose a danger to society, provided that there is a reasonable cause. For this reason, the application of this measure does not aim to obtain evidence. However, in practice, it is frequently encountered that evidence is obtained during the implementation of the preventive search and the preventive search decision is used to obtain evidence. For this reason, the issue has been the subject of many Court of Cassation decisions. In this study, this problem is examined by evaluating the decisions of the Court of Cassation.

Keywords

- Search • Forensic Search • Preventive Search • Police • Evidence

GİRİŞ

Arama hem suç işlenmeden önce hem suç işlendikten sonra, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilerek icra edilen bir faaliyettir. Suçun

işlenmesinden önce gerçekleştirilen önleme araması bir idari kolluk faaliyetiyken¹ suç işlendikten sonra gerçekleştirilen adli arama, adli kolluk faaliyetidir².

Önleme araması, bugünkü haliyle ilk olarak 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 1982 Anayasa'sının özel hayatın gizliliğini koruyan 20. maddesinde yapılan değişikliklerle suç işlenmesinin önlenmesinin hakkında arama kararı verilebilecek haller arasında sayılmasının sonucu olarak 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiştir³. 11 Eylül saldırıları ile birlikte ceza hukukunun giderek artan bir biçimde risk ve tehlike önleme amaçlı kullanılması eğiliminin bir yansıması olarak, 2007 yılında PVSK m.9'da 5681 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yapılan değişikliklerle bu amaca tehlikenin önlenmesi amacı da eklenmiştir⁴. Böylece Türk hukukunda, suç işledikten sonra delillerin elde edilmesi ve/veya şüpheli ya da sanığın yakalanması için uygulanan adli aramanın yanı sıra hâkim kararına dayalı ikinci bir arama türü daha ortaya çıkmıştır.

Önleme aramasının Türk hukukunda hakim kararı ile uygulanan bir arama işlemi olarak uygulanmaya başlanması, bu arama işlemi sırasında bir suçla ilişkin delil elde edilmesine ve dahası kolluğun zaman, mekan ve kişi sınırları daha geniş olan bu arama türünü adli aramaya başvurmadan delil elde etmek için kullanmasına neden olmuştur. Bu durum,

¹ **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2021, s. 470; **KARAKEHYA**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 336.

² Adli arama işlemi, suç işlendikten sonra şüpheli/sanığın yakalanması, suç konusu delillerin elde edilmesi amacıyla gerçekleştirilir. İşlemin hukuki dayanakları 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Adli Arama ve Önleme Yönetmeliği'nde ve Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'te mevcuttur. Hukuki niteliği itibari ile bir koruma tedbiri olup genel arama ve özel kişiler hakkında arama şeklinde iki ayrı başlıkta incelenmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **ÖZTÜRK**, Bahri / **EKER KAZANCI**, Behiye / **GÜLEÇ**, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 445; **KESKİN KIZIROĞLU**, Serap: "Türk Hukukunda Arama ve Elkoyma", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2008, s. 143; **ŞAHİN**, Cumhur/ **GÖKTÜRK**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2022, s. 340; **KUNTER**, Nurullah/ **YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 1033.

³ **BÖREKÇİ**, Eşref Barış: "Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 17, 2020, s. 91 vd.

⁴ **BÖREKÇİ**, s. 96.

1982 Anayasasının 38. maddesinin 6. fıkrası ile hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması konusunda mutlak değerlendirme yasağını benimseyen Türk hukukunda, önleme araması sırasında elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı sorununun Yargıtay kararlarına konu olmasına yol açmıştır. Yargıtay verdiği ilk kararlarda önleme araması ile elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olduğu için yargılamada kullanılmayacağına hükmederken özellikle uyuşturucu suçlarındaki artışla birlikte bu suçlara ilişkin yargılamalarda verdiği kararlarda belli durumlarda önleme araması ile elde edilen delillerin kullanılmasını hukuka aykırı bulmamıştır.

Bu çalışmada, önleme araması ile elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları çerçevesinde tartışılmaktadır. Bu kapsamda önce önleme aramasının hukuki dayanakları, hukuki niteliği, başvurma koşulları ve icrasına ilişkin kurallar ele alınacak, ardından Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği farklı kararlar incelenecek, son olarak da bu kararlar doğrultusunda önleme araması ile elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasına ilişkin güncel duruma yönelik bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ÖNLEME ARAMASININ HUKUKİ DAYANAĞI

Önleme aramasının temel hukuki dayanakları⁵, 1982 Anayasası'nın 20. maddesi, 2559 sayılı Polis Vazife ve Sâlahiyet Kanunu'nun (PVSK) 9.maddesi ile Adli ve Önleme Araması Yönetmeliği'nin 19., 20. ve 25. maddesidir⁶.

Anayasa'nın 20.maddesinde yer alan arama ve elkoymaya ilişkin hüküm hem adli hem önleme aramasına anayasal dayanak oluşturmaktadır⁷.

⁵ 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 5253 sayılı Dernekler Kanunu vb. kanunlarda da önleme aramasına ilişkin olarak düzenlemeler mevcut olup bu başlıkta yalnızca temel hüküm niteliği taşıyan hükümlere değinilmiştir.

⁶ AÖAY'nin 19. maddesinde, önleme aramasına ilişkin olarak ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. AÖAY'nin 25. maddesinde ise arama kararı bulunmasa da önleme aramasının yapılabileceği haller düzenlenmiştir. (01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete).

⁷ DOĞAN, Duygu Çağlar: "Ceza Muhakemesinde Adli Arama", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 23, S. 92, 2011, s. 160.

Önleme aramasının kanuni dayanağı ise PVSK'nin 9. maddesidir⁸. Maddede, tehlikenin veya suçun önlenmesi amacı ile makul sebebin bulunması halinde, kural olarak sulh ceza hakimliği kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mülki idari amirin vereceği yazılı emir ile önleme aramasının yapılabileceği düzenlenmiş, önleme aramasının yapılabileceği yerler tahdidi şekilde kaleme alınmıştır. Ayrıca maddede, konut ve kamuya kapalı işyerinde önleme aramasının yapılamayacağı düzenlenmiştir.

II. ÖNLEME ARAMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Önleme araması, makul bir nedenin bulunması şartıyla milli güvenlik ve kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâk veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasaklanmış olan her çeşit silah, patlayıcı madde veya eşyanın belirlenmesi veya toplum için tehlike yaratması muhtemel kişilere ulaşılması gayesiyle başvuru, önleyici bir tedbirdir⁹. Bu bakımdan önleme araması, toplumda tehlike yaratma olasılığı bulunan şahısların yakalanması, şahısların üstlerinde, araçlarında, eşyalarında bulundurulması suç teşkil eden veya suç işlerken kullanılabilecek nitelikteki eşyaların ele geçirilmesi amacıyla yapılması sebebiyle "tehlike tedbirleri"nin bir türü olarak kabul edilir¹⁰.

Önleme araması, hukuki niteliği itibariyle ise suç işlenmesini veya tehlikenin meydana gelmesini önlemek saikiyle şahısların özel evrakları, araçları, eşyaları veya üstlerinin aranmasına imkân tanıyan "idari kolluk faaliyetidir"¹¹ ve bu yüzden hukuken bir idari işlem ve eylem niteliğindedir¹². Kamu düzeninin muhafazası için yürütülen faaliyetler önleyici faaliyetler olduğundan idari kolluk faaliyeti, kamu düzeninin tesisini ve de-

⁸ 14.7.1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmî Gazete.

⁹ AKSOY, 45; ŞEN, Ersan / MAVİŞ, Mert: "Önleme Araması Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 17, S. 186, 2022, s. 144.

¹⁰ Tehlike tedbirleri kavramı için bkz. ERYILMAZ, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s. 36; ERYILMAZ, M. Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012, s. 438.

¹¹ BÖREKÇİ, s. 363.

¹² AYDIN, s. 100.

vamlılığını esas alan, önleyici bir faaliyettir. Bu nedenle idari kolluk, “önleyici kolluk” veya “suç öncesi kolluk” olarak da isimlendirilir¹³. Dolayısıyla idari kolluk faaliyeti, suçun işlenmesinden önce ve aslen işlenmesini önlemek amacıyla yapılır¹⁴.

Önleme aramasına kural olarak yargısal bir süje olan hâkim tarafından karar verilir. Bu durumun işlemin hukuki niteliğinin idari kolluk faaliyeti olarak kabul edilmesine ilişkin kabulde çelişip çelişmediği sorusu akla gelebilir. Ancak önleme aramasına temel hak ve özgürlüklere müdahale içermesi nedeniyle kural olarak hâkim kararı ile başvurulabilmesi, faaliyetin idari niteliğini değiştirmez¹⁵. Zira işleme idari niteliğini veren, karar veren merci ve işlem ile güdülen amacın adli olması değil, idari olmasıdır. Bu sebeple hâkim kararı ile başvurulsa da faaliyetin başlangıç noktasında önleyici amaçla hareket edilmesi, bu işlemin idari işlem olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. İşlemin icrası için hâkim kararının aranması ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına yöneliktir¹⁶ Ana-

¹³ **AYYILDIZ**, Hakan: “Kolluk Faaliyetlerinin Denetimi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 143, 2019, s. 146.

¹⁴ **ÖNOK**, s. 295; “...2559 sayılı PVSK'nin 9. maddesine göre önleme araması, suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi için yapılan aramadır. Önleme aramasının muhatapları suç şüphesi altında olmayan kişilerdir. CMK'nin 116 ve 119. maddelerine göre adli arama ise, şüphelinin veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin elde edilmesi için yapılan aramadır. Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil ancak adli arama yapılabilir. Adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olacağından, Anayasa 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nin 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve 289. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağından; Somut olayla ilgili adli arama kararı ya da yazılı adli arama emri bulunup bulunmadığının araştırılması, varsa aslı veya onaylı örneğinin getirilmesi, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması...” bkz. Y. 20. CD, 19.03.2018, E. 2018/643, K. 2018/1456 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

¹⁵ **AYDIN**, 99; **ALDEMİR**, Hüsnü, Adli-Önleme Arama ve Elkoyma, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 196.

¹⁶ Anayasa Mahkemesine, önleme aramasının hukuki niteliği itibarıyla idari işlem olması nedeniyle söz konusu işlemin idari makamlar tarafından tesis edildikten sonra hâkim onayına sunulmasının idari işlemin icrailiğini, yani tesis edildiği andan itibaren hakkında idari işlem tesis edilen kişi üzerinde uygulanabilir olması niteliğini engellediği, bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliği hakkının Anayasa ile tanınan temel hak ve

yasa'da öngörülen güvence sisteminin bir gereğidir. Kaldı ki önleme aramasına hâkim kararı olmaksızın doğrudan kanundan kaynaklanan yetkiyle veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mahallin en büyük mülki amirinin emriyle başvurulabilmesi de mümkündür. Anayasa'da mülki idari amirin verdiği önleme araması emrinin hâkim tarafından onaylanması öngörülmüşse de bu, takdir yetkisinin hukuka uygun olup olmadığını denetlemeye yönelik bir düzenlemedir¹⁷. Dolayısıyla işleme kimi durumlarda tamamen idari bir süje olan mülki idari amirin emriyle de başvurulabilmesi, hâkim kararıyla başvurulmasının vatandaşlara anayasa ile sağlanmak istenen güvencenin bir sonucu olduğunu, işlemin yargısal nitelikte sayılmasını gerektirmediğini göstermektedir.

III. ÖNLEME ARAMASININ KOŞULLARI¹⁸

A. Makul Sebebin Bulunması

Önleme aramasına karar verilebilmesi için, aramaya dayanak oluşturan makul sebebin bulunması gerekir. Yargıtay, makul sebebi: "Önleme aramasına karar verilebilmesi için belirtilen konulara dair somut ve öngörülebilir bir tehlike olması gerekir. 2559 Sayılı PVSK bu nitelikteki tehlike hâlini 'makul sebep' olarak ifade etmektedir. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut olgulara dayalı 'makul şüphe' ile önleme aramasındaki 'makul sebep' farklı kavramlardır. 'Makul sebep' konunun uzmanları tarafından ortak görüşle anlaşıldır ve değerlendirilen bir olgu iken 'makul şüphe' çok sayıdaki sıradan insanın somut bir olguyu aynı yönde değerlendirmeleri hâlidir." şeklinde ifade etmiştir¹⁹.

özgürlüklerden olması, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği arz edecek kararların hâkim tarafından alınması gerektiğini karar altına alarak söz konusu başvuruyu kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Detaylı bilgi için bkz. AYM, 22.02.2006, E. 2003/29, K. 2006/24 (Lexpera, Erişim Tarihi:15.07.2024).

¹⁷ AYDIN, s. 99-100.

¹⁸ Aramanın, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edici yönü nedeniyle, bu işleme başvurulduğu her durumda aramanın koşullarına riayet etmek, arama neticesinde elde edilen delilin ceza muhakemesinde kullanılabilirliğini sağlamaktadır. Bkz. YURTLU, Fatih: "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, s. 292.

¹⁹ YCGK, 26.06.2018, E. 2016/20-761, K. 2018/305 (Lexpera, Erişim Tarihi:15.07.2024); YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2024, s. 336

Makul sebep şartı, PVSK m.9'da önleme araması yapılabilmesi için açıkça zikredilmiştir. Önleme araması kararı verilebilmesi için varlığı aranan makul sebep, gecikmesinde sakınca bulunan halde varsayılmaktadır²⁰. Gecikmesinde sakınca bulunan hale örnek olarak düzenli olarak gerçekleştirilen bir etkinlik veya festival ya da spor etkinliği verilebilir. Kolluk, önleme araması kararı alınabilmesi için gerekli olan makul sebep şartı sağlandığında bu sebeplerin ne olduğunu talep yazısında açıklamakta ve talep yazısını mülki idari amire teslim etmektedir. Mülki idari amir ise makul sebeplerin yerinde olduğuna kanaat getirir ise durumu sulh ceza hâkimine sunmaktadır. Hâkim gerekli görürse önleme araması talebini kabul etmektedir.

B. Kararı Verecek Mercî

Maddeye göre önleme aramasına kural olarak sulh ceza hâkimi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mahallin en büyük mülki idari amiri karar verebilir²¹. Burada gecikmesinde sakınca bulunan halden kasıt, derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenliğin ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmamasıdır²².

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığı durumunda ise önleme aramasına mülki idari amir tarafından karar verilebilir. Bu istisnai hâllerin neler olduğu, PVSK m. 9'da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılan yerlerde, gecikmesinde sakınca bulunan hâl söz konusu olduğu için mülki idari amirin yazılı emri ile önleme araması yapılabilir. Bu durumda, adli aramadan farklı

²⁰ PVSK m. 9/6'da "*Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.*" düzenlemesi mevcuttur.

²¹ Öğretide, arama kararının hâkim tarafından verilmesinin, aramaya maruz kalan kişilerin özel hayatın gizliliği haklarının korunmasını sağlaması nedeniyle, hakların korunması bakımından bir güvence olarak görülmesi gerektiği ifade edilmektedir. **AK-KOYUNLU**, Sencer Abdullah: "Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na Göre Önleme Aramasında Yetki ve Yetki ile Alakalı ve Önemli Bazı Hususlar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, 2024, s. 417.

²² AÖAY'nin 4. maddesinde, tanımlar başlığı altında, gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğu tanımlanmıştır.

olarak söz konusu emrin yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması aranmamıştır. Bu durumun Anayasa’da özel olarak düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının hâkim güvencesi altına alınması prensibine aykırılık taşıdığını belirtmek gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, önleme aramasına ilişkin düzenlemeler içeren birçok farklı hükmü, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde idari makamın emrinin hâkim onayına sunulmasını aramadığı; bu durumda Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması durumunda hâkim onayının alınmasına dair güvence getiren 20. maddesine aykırılık teşkil ettiği için iptal etmiştir²³.

C. Önleme Aramasının Yapılacağı Yer

Önleme araması, kamu güvenliği açısından tehlikeye yol açan ve başvurulması için makul sebep teşkil eden bir halin barındırdığı tehlikeliliğin önlenmesi amacıyla uygulanan bir işlem olduğundan, suçun aydınlatılması gibi bir kamusal yarar amacıyla başvuru edilen adli aramanın aksine daha sınırlı bir alanda icra edilmektedir. Bu kapsamda önleme aramasının yapılabileceği yerler, PVSK m. 9’da kişinin üstü, eşyası ve seyir halindeki aracı tahdidi biçimde sayılarak temel hak ve özgürlüklere müdahale açısından orantılı ve isabetli bir düzenleme yapılmış; konutta, işyerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması ise temel hak ve hürriyetlere müdahalede orantılılık ilkesi dikkate alınarak yasaklanmıştır²⁴. Dolayısıyla söz konusu alanlarda önleme araması yapılmasının, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına müdahale açısından ölçülü olmadığı kabul edilmiştir.

Önleme araması yapılabilecek diğer yer, PVSK m. 9/4-d ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) m. gereğince “her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlar”dır. PVSK m. 9’daki “seyreden taşıt-

²³ AYM kararında bu husus: “Yetkili mercii tarafından verilen arama kararının yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması, arama kararının alınması ve uygulanması sürecinde keyfiliğin önüne geçilerek bireyler nezdinde hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin oluşmasına katkı sağlamaktadır.” şeklinde belirtilmiştir. Buradan hareketle somut norm denetimi yoluyla PVSK’nın 9. maddesinin ilgili kısmı açısından Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilmesi halinde anayasaya aykırılık teşkil ettiğinden bahisle iptaline karar verileceği söylenebilir. AYM, 30.06.2022, E.2018/137, K. 2022/86, § 75 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

²⁴ KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 337; KIZILKAYA, Ezgi: “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Gözaltı ve Elkoyma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010, s. 515.

larda” ifadesi, önleme aramasının, park hâlinde bulunan araçlarda yapılmasının mümkün olup olmadığı konusunda belirsizlik oluşturmaktadır. Doktrindeki bir görüş²⁵ Kanun’da bulunan açık hüküm gereği bu gibi durumlarda makul sebep bulunsa dahi önleme araması yapılamayacağı; Kanun’da önleme araması yapılmasına izin verilmeyen yerler arasında park hâlinde bulunan araçlar açıkça belirtilmese de bu araçların da kapalı mahal olarak değerlendirilerek zımnen önleme aramasının yapılamayacağı yerlerin kapsamına dahil edildiği şeklindedir. Buna göre, Kanun’un söz konusu hükmüne rağmen park hâlinde bulunan araçlarda önleme aramasının yapılabileceğine dair yorum, Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerektiği şartına da aykırı bir yaklaşımdır. Bu nedenle söz konusu araçlarda tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacı ile önleme araması yapılamaz. Söz gelimi, park hâlinde bulunan araçta bombanın bulunabileceğine dair makul sebebin mevcut olması durumunda önleme araması kararı alınması mümkün değildir. Park hâlinde bulunan araçların da kamu düzeninin korunması, suç ve tehlikenin önlenmesi bakımından tehlike yaratabilme ihtimali bulunduğundan önleme aramasının yapılabileceği yerlere ilişkin düzenleme getiren PVSK m.9’un kapsamına dahil edilmesi gerekir. Mevcut hâlde park hâlinde bulunan aracın aranması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay’da verdiği kararlarda, park halindeki araçlarda yapılan önleme aramasını hukuka aykırı kabul etmektedir²⁶.

Önleme araması işleminin konutta, işyerinde ve eklentilerinde yapılamaması nedeniyle Anayasa m. 21’de düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkına ilişkin hükmün, PVSK m. 9/5’te düzenlenen konutta önleme aramasının yapılamayacağına dair kural karşısında uygulanabilirliğinin olmadığı ileri sürülmektedir²⁷.

Bunun dışında Yargıtay, önleme araması kararının verildiği yerin kapsamı dışında kalan yerlerde durdurulan araçların, önleme aramasının

²⁵ ŞEN, Ersan: “Park Hâlindeki Araçlarda Önleme Araması”, 2014 (<https://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/park-halindeki-araclarda-onleme-aramasi,9123>, (Erişim Tarihi:16.06.2024).

²⁶ Y. 7. CD, 07.10.2021, E. 2021/10240, K. 2021/14559 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

²⁷ AKDEMİR, Mehmet, Türk Hukukunda Önleyici Arama, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 88.

kapsamına giren bir yere çekilerek aranması durumunda da elde edilen delilleri, isabetli olarak hukuka aykırı saymaktadır²⁸.

D. Önleme Aramasının Yapılacağı Zaman

Kanun koyucu, konut, yerleşim yeri ve kural olarak kişiye ait kamuya açık olmayan işyeri gibi alanlarda yapılamayan önleme aramasının icrasına herhangi bir zaman sınırlaması getirmemiştir. Bu sebeple önleme araması, adli aramanın aksine gece vakti de yapılabilir. Bu nedenle önleme aramasının yapılmasında gece arama yasağı bulunmamaktadır²⁹. Nitekim bu durum Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) kararında

²⁸ "...Kolluk görevlilerince yapılan istihbarat çalışmaları neticesinde uyarıcı nitelikteki tabletlerin naklinde kullanılan aracın İstanbul'dan Trabzon'a döneceği tarih ve plakası ile sanık ...'nin adı ve soyadının tespit edilmiş olması, elde edilen bilgi ile uyumlu şekilde sanığın içinde bulunduğu aracın 29.10.2014 tarihinde Trabzon istikametine gittiğinin görülmesi, görevlilerce araç durdurulduğunda hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan ayırma kararı verilen tanık... 'in yoklama suretiyle yapılan kontrolünde bir paket esrarın ele geçirilmesi, Akçaabat Sulh Ceza Hakimliğince verilen önleme araması kararının, aracın ilk durdurulduğu yer olan Fatih Eğitim Fakültesi ve civarında arama yapılabilmesine hukuken olanak sağlamaması nedeniyle, aracın arama yapılabilmesi amacıyla önleme araması kararının kapsamı dâhilinde bulunan Bölge Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü önüne götürülmesi, burada yapılan ayrıntılı arama sonucu suç konusu uyarıcı nitelikteki tabletlerin aracın sol arka farının döşemesi iç kısmında bulunması ve söz konusu bu yerin PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünen bölümleri kapsamında olmaması ve tanık Hakan'ın kovuşturma evresinde alınan beyanında, ellerinde aracı durdukları yeri kapsayan herhangi bir arama kararının bulunmaması nedeniyle söz konusu aracı önleme araması kararı kapsamında bulunan yere götürüp yaptıkları arama neticesinde suç konusu uyarıcı nitelikteki tabletleri ele geçirdiklerini beyan etmesi karşısında; aracın ilk durdurulduğu yerde arama yapılamayacağını bilen kolluk görevlilerinin arama işlemine hukuki geçerlilik kazandırmak amacıyla aracı Bölge Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü önüne götürmeleri ve burada Akçaabat Sulh Ceza Hakimliğince verilen önleme araması kararı kapsamında gerçekleştirilen aramanın hukuken geçerli bir arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla arama işleminin, tehlike ve suçun önlenmesi amacı taşıyan ve suç şüphesi altında olmayan kişiler için geçerli olan önceden alınmış ve genel nitelik taşıyan önleme araması kararına göre değil suç delillerinin elde edilebilmesine yönelik hükümler içeren CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca alınacak adli arama kararı ya da yazılı arama emri gereğince yapılması gerektiği.." YCGK, 09.10.2018, E. 2016/701, K. 2018/415 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

²⁹ **AYDIN**, s. 111; Adli arama için belirlenen gece arama yasağı mutlak bir yasak olmayıp yasağa ilişkin olarak CMK m. 118/2'de: "Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz." şeklinde istisnai bir hüküm bulunmaktadır. 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete).

“...Önleme araması kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, aramanın yapılacağı yer, aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilmelidir. Önleme aramasında gece ile ilgili bir istisnaya yer verilmediğinden her zaman yapılması mümkündür. Önleme araması kararının geçerli olacağı sürenin sınırı ile ilgili olarak da mevzuatta kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır...” şeklinde ifade edilmiştir³⁰.

E. Önleme Aramasının İcrası ve Konusu

Arama, açıkta olmayan, yani gizli olan şeylerin bulunabilmesi için yapılır³¹. Açıkta bulunan şeyler, ne idari ne de adli aramanın konusunu oluşturabilirler³². Örneğin, durdurma işlemine konu araçta koltuk üzerinde ayrıca bir işleme gerek duyulmaksızın çıplak gözle görülebilen silahın bulunması ve el konulması için arama ve el koyma işlemine ihtiyaç duyulmaz. Bu bakımdan aramadan söz edilebilmesi için iki temel şartın gerçekleşmesi gerekir: Hukuki anlamda geçerliliği bulunan bir kararın gerçekleştirilmesi ve çıplak gözle görülemeyen bir alanda yapılması³³.

³⁰ YCGK, 03.12.2019, E. 2016/427, K. 2019/688 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

³¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 16.07.2024). GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 457; AYDIN, Murat: “Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kararı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 66, s. 14.

³² KESKİN KIZIROĞLU, Serap: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 1, 2009, s. 143.

³³ YENİSEY, s. 282; ÖNOK, Murat, Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar, İstanbul 2015, s. 29; AYDIN, Murat, Arama ve El Koyma, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 21; AKSOY, Şemsettin, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 2007, s. 20; ÖZTÜRK / KAZANCI / GÜLEÇ, s. 119; HAKERİ, Hakan / ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2021, s. 221; ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 17; ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2020, s. 606; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2023, s. 317; YENİSEY, Feridun, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 279; ÖZBEK, Veli Özer / BACAKSIZ, Pınar: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2006, s. 145. Yargıtay kararında da, “Arama, gizli olanı ortaya çıkarmak için yürütülen bir faaliyet olduğundan gözle görülen veya açıkta bırakılan şeyler aramanın konusu olamaz. Örneğin; bir polis memurunun, yayaalar ya da diğer araçlar bakımından tehlike oluşturacak şekilde kullanılması nedeniyle durdurduğu bir aracın arka koltuğunda, uyuşturucu madde veya tabanca görmesi üzerine bunlara el koyması arama olarak kabul edilmemektedir.” ifadeleri ile gizli alanlarda bulunmayan eşya-

Doktrinde, aramanın görme duyusu ile yapılan bir işlem olmaması nedeni ile görme duyusu dışında kalan koklama, işitme duyu organlarının kullanıldığı işlemlerin arama olmadığı ileri sürülmektedir. Aynı şekilde duyu organlarına yardımcı olan dürbün veya el feneri gibi basit aletlerin kullanılmasıyla gerçekleştirilen eylemler de arama teşkil etmez³⁴. Bu sebeple koklanarak bulunabilen, duyularak algılanabilen şeyler, aramanın konusunu oluşturmaz. Örneğin, bir kişinin bavulunun köpeğe koklatılması³⁵, bahçeye uzaktan bakmak arama teşkil etmez³⁶. Ancak eğer bir şeylerin bulunabilmesi için basit sayılmayacak düzeyde aletler kullanılmakta ise örneğin, uyuşturucunun bulunabilmesi için “infra-red” ışınları ile çalışan X ray cihazı gibi aletler kullanılıyorsa aramanın varlığından bahsedilebilir³⁷.

Önleme aramasının konusunu esas olarak kişilerin üstü, eşyası ve aracı oluşturur. Bu bakımdan makul sebebin bulunması durumunda arama, kişinin üstü, elle veya beden muayenesinin sınırlarına girilmeksizin gözle gerçekleştirilebilir³⁸.

Bir suçun konusunu oluşturabilecek veya delil niteliği taşıyabilecek maddi varlığı bulunan her türlü eşya, önleme aramasına konu edilebilir. Aranılan şahsın bu nitelikteki eşyanın maliki olması gerekmez³⁹; taşınır malın önleme araması uygulanan kişide bulunması yeterlidir⁴⁰.

IV. ÖNLEME ARAMASI İLE ELDE EDİLEN DELİLLERE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ İNCELENMESİ

Önleme araması ile elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasına ilişkin olarak emsal niteliğinde kabul edilebilecek ilk karar, Yargıtay

ların açıkta görülmesi ve alınması faaliyetinin arama ve el koyma olarak nitelendirilmeyeceğini belirtilmiştir. YCGK, 29.03.2023, E. 2022/13, K. 2023/191 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

³⁴ **BIÇAK**, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 329.

³⁵ **AYDIN**, s. 21.

³⁶ Yeni Zelanda’da verilen bir kararda, kişinin çöplerinin incelenmesi, atmış olduğu çöpleri üzerinde de özel hayatının gizliliği beklentisi devam ettiğinden arama olarak kabul edilmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise bu durumu, kişinin attığı çöpler üzerinde özel hayatının gizliliği beklentisinin devam etmesinin kabul edilemeyeceği gerekçesiyle arama olarak kabul etmemiştir. Kararlar için bkz. **AYDIN**, s. 21.

³⁷ **AYDIN**, s. 21.

³⁸ **PARLAR**, Ali / **ÖZTÜRK**, Mustafa, Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma, İstanbul 2020, s. 22.

³⁹ **ÖZEN**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 475.

⁴⁰ **PARLAR** / **ÖZTÜRK**, s. 23.

CGK'nin, 25.11.2014 tarihli kararıdır⁴¹. Bu kararda, olaydan sekiz gün önce Doğubeyazıt Sulh Ceza Hakimliğince verilen önleme araması kararına dayanarak otobüste yapılan arama sırasında, kaçak şahıs ve kaçak sigara bulunması, Yargıtay 9. CD tarafından hukuka uygun kabul edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine YCGK ise bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hal ortaya çıkmasına rağmen, hâkim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilmiş bir adli arama kararı bulunmadığına dikkat çekerek olaydan sekiz gün önce verilmiş önleme araması kararına dayanılarak elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna ve hükme esas alınamayacağına karar vermiştir. Böylece Yargıtay, bir suç işlendiği izlenimi veren halin bulunduğu veya olayın gelişimi içerisinde belli bir safhada böyle bir izlenimin ortaya çıktığı durumlarda, adli arama kararı alınmadan yapılan arama ile elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu yönünde bir uygulama başlatmıştır⁴².

Önleme araması ile elde edilen delillerin hukuka uygunluğuna ilişkin söz konusu karar ile ortaya konulan yaklaşım, sonraki kararlar ile de sürdürülmüştür. Örneğin, Yargıtay 8. CD verdiği bir kararda⁴³, incelemeye konu dosyada, kolluğa plakaları ve yerleri belirtilen araçlarda silah olduğu yönünde ihbar yapıldığı için bu ihbar ile birlikte suç şüphesi ortaya çıktığı, bu durumda ihbarı alan kolluk görevlisi tarafından CMK m. 161/2 ve 2259 sayılı Yasa'nın ek 6. maddesi uyarınca olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirler alındıktan sonra derhal Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek alınan emirler doğrultusunda işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'a göre bu durumda ortada bir suç şüphesi olduğundan arama işlemi yapılacaksa bu aramanın, 2559 sayılı Yasa hükümlerine göre değil, 5271 sayılı CMK'nin 116 ve devamı maddelerine göre yapılması gerekir. Olayda 2559 sayılı Yasanın 4/A maddesinde belirtilen arama işleminin uygulama yeri bulunmadığı için, Sulh Ceza Hakimliği'nce kolluk amirinin daha

⁴¹ YCGK, 25.11.2014, E. 2013/9-160, K. 2014/152 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024). Aynı yönde bakınız YCGK'nin 2013/610 E. ve 2014/512 K., 2013/841 E, ve 2014/513, 2014/166 E ve 2014/514 sayılı kararları.

⁴² Suç şüphesinin mevcut olduğu andan itibaren adli arama kararı alınarak delil elde edilmesi gerektiğine dair değerlendirme için bkz. **BOYRACI**, Ali: "Önleme Araması Kararına Dayanılarak Gerçekleştirilen Arama Sonucunda Elde Edilen Uyuşturucu Maddelerin Hukuka Aykırı Delil Olup Olmadığı Sorunu", Ceza Hukuku Dergisi, S. 48, 2022, s. 149 vd.

⁴³ Y. 8. CD, 04.04.2016, E. 2016/800, K. 2016/4416 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

sonradan yazılıya çevrilen sözlü arama emrinin onanmasına yönelik talebin reddine dair kararı ve bu karara karşı yapılan itiraz üzerine verilen itirazın reddine dair Sulh Ceza Hakimliğinin 27.04.2015 tarihli ve 2015/1331 değişik iş sayılı kararı isabetlidir. Dolayısıyla bu kararda kolluğa plakaları ve yerleri belirtilen araçlarda silah olduğu ihbarı geldikten sonra artık ortaya suç şüphesi çıktığından adli arama kararı ile arama yapılması gerektiği, bu nedenle kolluğun vermiş olduğu sözlü önleme araması emrinin sulh ceza hakimliğine sunulması üzerine hâkimin talebi reddetmesi hukuka uygun bulunmuştur.

Yargıtay 10. CD de konuya ilişkin bir kararında⁴⁴, uyuşturucu madde ticareti suçuna ilişkin ihbarın istihbari bilgi oluşturduğu⁴⁵, suç şüphesi açığa çıktığı için önleme araması kararıyla delil elde edilemeyeceği, zira bilgiye dayalı olarak yapılan aramadan elde edilen uyuşturucu maddelerin hem “suçun maddi konusunu” hem de “suçun delilini” oluşturduğu, bu nedenle adli arama kararı alınarak delil elde edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yine Yargıtay 10. Ceza Dairesi bir başka kararında⁴⁶ da iletişimin tespiti kararı verilen ve işlenen suçla ilgili olarak hakkında tanık beyanı bulunan failin aranmasının, önleme araması kararına dayalı olarak yapılmasını hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir. Bu durumda suç şüphesi mevcut olduğu için adli arama kararı verilmesi gerektiğini belirtilmiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi yakın tarihli başka bir kararında da sanığın üst aramasını yapan kolluk görevlilerinin, iki adet muşta ve bir adet demir cop ele geçirdikten sonra, kişinin başka yerde park halinde bulunan arabasının bagajında önleme araması kararına dayanarak yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hem park halindeki araçta önleme araması yapılmasının hukuka aykırı olduğu hem de üst araması ile

⁴⁴ Y. 10. CD, 08.12.2015, E. 2015/4686, K. 2015/33222 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁴⁵ AİHM, organize suçlarda ve terör suçlarında ‘makul şüphe’ kavramının, suçun kamu düzenini bozucu etkisi nedeniyle, başka suçlara oranla daha farklı standartlara göre değerlendirilmesi gerektiğini ancak; elde edilen istihbari bilginin de objektif gözlemciyi ikna edebilecek düzeyde nesnel verileri içermesi durumunda dikkate alınarak kişi hakkında işlem yapılması gerektiği değerlendirmesini yapmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **AKBULUT**, Berrin: “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m. 158/6)”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 10, S. 1, 2022, s. 177-179.

⁴⁶ Y. 10. CD, 28.09.2021, E. 2020/4827, K. 2021/9271. Aynı yönde Y. 10. CD, 21.06.2023, E. 2022/3830, K. 2023/5837 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

elde edilen iki adet muşta sebebiyle adli soruşturma başlatılmasını gerektiren suç şüphesi ortaya çıktığı için hukuka aykırı delil niteliğinde olduğunu kabul etmiştir⁴⁷.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi de⁴⁸ iletişimin tespiti koruma tedbirinin uygulanması üzerine suç şüphesi ortaya çıkmasına rağmen adli arama kararı ile arama işlemini gerçekleştirmek yerine önleme araması kararı ile delil elde edilmesini, hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu Daire başka bir kararında⁴⁹ da GBT sorgusu yapılan kişilerin, daha önce uyuşturucu madde ticareti suçundan kayıtlarının bulunduğu, bu nedenle önleme araması kararı kapsamında arandıklarını, önleme araması kararına dayalı olarak bu aramanın yapılamayacağı ve elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 20. Ceza Dairesi'nin daha yakın tarihli bir kararında da sanıkların kimlik ve araç plaka bilgilerini içeren istihbari bilgi üzerine, önce bir süre takip edilip sonrasında durdurulup önleme araması kararına dayanarak araçta yapılan arama sonucunda bulunan uyuşturucunun hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁵⁰.

Yargıtay'ın verdiği bazı kararlarda ise önleme araması ile elde edilen delilleri hukuka uygun kabul ettiği görülmektedir. Örneğin, Yargıtay CGK konuya ilişkin bir kararında⁵¹ "...Sanığın yolcu minibüsü ile uyuşturucu madde nakledileceğine ilişkin istihbarat bilgisinde uyuşturucu madde naklinin gerçekleştirileceği zaman dilimine ilişkin hiçbir bilginin yer olmadığı, bu bağlamda bilginin genel ve soyut nitelikte olduğu, başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmediği ve işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan kolluk görevlilerince uygulama noktasının oluşturulmasından kısa bir süre sonra söz konusu aracın kontrol noktasına geldiğinin görülerek durdurulduğu, yolcu minibüsü içerisinde kimlik tespitinin yapıldığı ana kadar sanığın bulunup bulunmadığının görevlilerce bilinmediği, çalışmaların geldiği aşama itibarıyla da istihbarat bilgisinin belirsizliğini koruduğu dikkate alındığında, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca adli arama kararı ya da yazılı arama emri ile talebini gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı gibi araştırılmasına da gerek bulunmadığı" için, önleme araması sonucu ele geçirdikleri suç konusu uyuşturucu maddeyi muhafaza altına aldıktan sonra, uyguladıkları

⁴⁷ Y. 10. CD, 16.06.2022, E. 2022/6320, K. 2022/7975 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁴⁸ Y. 20. CD, 16.03.2016, E. 2016/886, K. 2016/1542 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁴⁹ Y. 20. CD, 19.03.2018, E. 2018/643, K. 2018/1456 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁵⁰ Y. 20. CD., 09.07.20220, E. 2019/6548, K. 2020/4141 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁵¹ YCGK, 06.12.2018, E. 2016/638, K. 2018/616 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri, müteakiben emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerinin sürdürüldüğü, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği gerekçesiyle dosyada önleme araması ile elde edilen esrar niteliğindeki uyuşturucunun hukuka uygun delil niteliğinde olduğuna karar verilmiştir. Dolayısıyla YCGK bu kararında, adli arama kararı alınmasına yeterli kişi, zaman ve yer bilgisi bulunmayan, kendiliğinden gelişen bir durumda, kolluğun mesleki tecrübesi ile var olan önleme araması kararını uygulayarak şahsın elinde bulunan çantasında yaptığı arama sonucu ele geçen uyuşturucuyu hukuka uygun delil saymıştır. Burada adli arama kararı alınmasını mümkün kılacak koşulların henüz oluşmaması, arama sırasında ölçülü davranılması ve uyuşturucunun muhafaza altına alınmasından sonra doğrudan Cumhuriyet savcısına bilgi verilmesi yerinde olmuştur.

Yine YCGK⁵², 19.03.2019 tarih, 2016/20-707 E. ve 2019/220 K. sayılı kararında, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği araç sürücüsü hakkında daha önceden iletişimin tespiti kararı bulunmasına, kişinin kimlik bilgileri bulunması ve suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli suç şüphesi bulunmasına karşın, önleme araması kararı ile delil elde edilmesini de oyçokluğu ile hukuka uygun bulmuştur. Buna karşın söz konusu kararın karşı oy yazısında, istihbari bilginin elde edilmesinden sonra, suçla ilgili delil elde etmek amacı ile iletişimin tespiti kararının verilmesi, bu kararla 2,5 ay boyunca suçla ilgili delil elde edilmesi, ardından edinilen bilgiler doğrultusunda fiziki takip yapılması, yapılan bu işlemler neticesinde suçun niteliği, failin kimliği konusunda bilgi edinilmiş olması ve hatta suçun işlendiği yönünde kuvvetli şüphe bulunması, suçun işlendiği yönünde şüphe mevcutsa ve delil elde etmek isteniyorsa adli arama kararı alınması gerektiği, bu nedenle elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu görüşü savunulmuştur.

Yargıtay CGK, 2018/613 E., 2020/340 K. sayılı kararında⁵³ da devriye görevindeki ekiplerin trafiğe kapalı alanda bulunan biri çekiciye bağlı vaziyette duran araçlardan şüphelenerek olay yerinde yaptığı incelemede, araç dorsesinde kaçak sigara olduğunun görülmesi üzerine aracın Emniyet Amirliğine götürülerek ortaya suç şüphesi çıkmasına rağmen önleme

⁵² YCGK, 19.03.2019, E. 2016/20-707, K. 2019/220 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁵³ YCGK, 02.07.2020, E. 2018/613, K. 2020/340 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

araması kararına dayanılarak yapılan arama işlemi sonucunda elde edilen delillerin hukuka uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Yargıtay'ın özellikle 2018 yılından sonra verdiği çok sayıda kararda ise PVSK Ek madde 6'yı açıklayıcı nitelikteki Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendi gereğince suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığını gerekçe göstererek, suçüstü hali gerekçesiyle elde edilen delilleri hukuka uygun sayma eğilimine girdiği görülmektedir. Böylece önleme aramasının da ötesinde hiç arama kararının bulunmadığı durumlarda da elde edilen delillerin de hukuka uygun sayıldığı bir döneme girilmiş olmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay'ın, ihbar üzerine kolluk güçlerinin Cumhuriyet savcısına haber vermeden kendiliğinden harekete geçtiği çok sayıda olayda, ihbarın içeriğinin soyut veya somut olmasına göre bir suç soruşturması başlatılmasını gerektiren şüphe koşulunun gerçekleştiğini kabul etmek veya etmemek suretiyle elde edilen delilleri hukuka uygun veya hukuka aykırı saydığı, ancak verdiği kararlarda ihbarın soyut veya somut sayılması konusunda belirlediği kriterleri değerlendirirken kimi davalarda çelişkiye düştüğü görülmektedir.

Bu kararlara konu olan olaylar genellikle iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk durumda devriye gezen kolluk güçleri, PVSK m.4 gereğince sokakta yürüyen bir kişiyi durdurduğu veya önleme araması kararına dayanarak araç çevirme işlemi yaptığı sırada muhatabın hal ve tavırlarından şüphelenerek kişinin üzerinde veya araçta arama işlemi yaparak ya da eldeki veya araçtaki poşeti ya da çantayı açtırarak konusu suç teşkil eden bir eşya bulmaktadır⁵⁴. İkinci durumda ise belirli bir konumda (okul çevresi, kahvehane, araç vs.) bulunan bazı kişilerin uyuşturucu madde satışı yaptığı ve/veya uyuşturucu madde ya da kaçak sigara bulundurduğuna dair kolluk güçlerine bir ihbar gelmekte, bu ihbarın doğru olup olmadığını araştırmak için Cumhuriyet savcısına bilgi vermeden olay yerine giden kolluk güçleri, kaba üst araması sonucunda konusu suç teşkil eden bir eşya bulmaktadır⁵⁵.

⁵⁴ YCGK, 12.01.2022, E. 2019/569, K. 2022/10 ve 19.02.2019, E. 2016/445, K. 2019/118; Y. 11. CD., 24.09.2020, E. 2018/3576, K. 2020/4969; Y. 19. CD., 11.02.2021, E. 2019/34816, K. 2021/1519 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁵⁵ YCGK, 30.03.2022, E. 2020/476, K. 2022/220 ve 23.10.2018, E. 2016/758, K. 2018/471; Y. 10. CD., 16.05.2022, E. 2020/10806, K. 2022/6243; Y. 10. CD., 13.04.2022, E. 2019/9553, K. 2022/4861 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

Yargıtay, bu gibi durumlarda, yapılan ihbarın içeriğinin suç şüphesine yol açacak somut veya yol açmayacak soyut bir ihbar teşkil edip etmediğini değerlendirerek ortada suç soruşturması açılmasını gerektiren bir şüphe hali mi yoksa suçüstü hali mi olduğunu değerlendirerek elde edilen delillerin hukuka aykırı olup olmadığına karar vermektedir. Şüphelilerin isimlerinin ve kimlik bilgilerinin yer olmadığı, örneğin X mahallesinde bulunan kahvehanenin köşesinde veya Y bulvarı üzerinde park halinde olan X marka araç içerisinde iki kişi uyuşturucu satıyor gibi ihbarlar, ceza soruşturması başlatılmasına elverişli olmayan soyut ihbar olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle kolluğun olay yerine intikal edip ihbarın içeriğini doğrulamak için araştırma yaparken kimliğini tespit ettiği şahsın üzerinde yaptığı kaba üst aramasında delil teşkil eden bir madde bulması durumunda, suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı gerekçe gösterilerek suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin hukuka aykırı sayılmayacağına karar vermektedir⁵⁶.

Ancak verilen kararlarda soyut ve somut ihbar kavramlarının istikrarlı bir biçimde uygulanmadığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay CGK,

⁵⁶ “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02/05/2019 tarihli 2016/20-1057 esas ve 2019/372 sayılı kararında da belirtildiği üzere, soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen, sanığın açık kimlik bilgilerini içermeyip genel nitelikte alınan bilginin adli aramayı gerektirecek boyuta ulaşmadığı, sanık ... ve ...’ün yakalanma anına kadar açık kimlik bilgilerinin bilinmediği, bu nedenle CMK’nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca adli arama kararı ya da yazılı arama emri talep edilmesini gerektirir şartların bulunmadığı, konu hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerinin, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra takip edilerek yakalanan kimsenin işlediği bir suçla, diğer bir anlatımla “suçüstü” hâli ile karşılaşmaları nedeniyle, CMK’nın 90/4. maddesi ile PVSK’nın 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhâl gerekli tedbirleri alıp, ...’ün üzerinde yaptıkları arama sonucunda suç konusu uyuşturucu maddeleri ele geçirdikleri, haklı bir sebepten kaynaklanarak görevlilerce gerçekleştirilen işlemlerin ölçülü olduğu, ardından uygulanan tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği ve müteakiben emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerinin sürdürüldüğü, yine PVSK’nın Ek 6. maddesini açıklayıcı nitelikte olan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de; suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceğinin anlaşılması karşısında, sanık ...’in uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi...”. Y. 10. CD., 13.04.2022, E. 2019/9553, K. 2022/4861; Ayrıca YCGK, 23.10.2018, E. 2016/758, K. 2018/471 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

Manisa, Salihli'den arıyorum. ... plakalı minibüs içerisinde bulunan şahıslar, Salihli garajından esrar aldı, satmak amacıyla İzmir'e getiriyorlar şeklinde yapılan ihbar üzerine polislerin Cumhuriyet savcısına haber vermeden aracı yol üzerinde durdurarak araçtakilerin kimlik kontrolünü sağladıktan sonra aracın sağ ön koltuğunda ağzı açılmış bir poşette uyuşturucu bulunduğu bir olayda, ihbar fazlası ile somut olmasına rağmen suç üstü hâlinin bulunduğu ve olayda aslında bir arama işlemi bulunmadığı gerekçesiyle ele geçirilen uyuşturucu maddeyi hukuka uygun delil kabul etmiştir⁵⁷. Yine Yargıtay 10. Ceza Dairesi⁵⁸, ihbarcının devriye gezen polis ekiplerinin yanına gelerek ... sokakta ismini verdiği iki kişinin uyuşturucu sattığını söylediği ve olay yerine intikal eden polisin şahsın üzerinde kaba üst araması yaparak uyuşturucu madde bulunduğu olayda, yüz yüze yapılan bir ihbar olmasına ve ihbar edilen şahısların isimleri söylenmesine rağmen ihbarı soyut bir ihbar olarak kabul ederek suçüstü halinin varlığını kabul etmiş ve delilleri hukuka uygun saymıştır. Yine Yargıtay CGK⁵⁹ da Muzo lakaplı ... isimli şahsın uyuşturucu madde sattığı bilgisini içeren ihbarı değerlendiren polisin elde ettiği delilleri suçüstü hali nedeniyle hukuka uygun bulmuştur. Buna karşılık yine Yargıtay CGK⁶⁰, iki

⁵⁷ "aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünen kısımlarının kontrolü sırasında, aracın sağ ön koltuğu önünde, ağzı açılmış kutu içerisindeki naylon poşette, görünür şekilde ve niteliği ile miktarından dolayı koku ile de algılanabilen suç konusu esrarın ele geçirildiği, görevlilerce araçtaki esrara bu şekilde elkonulmasının; "Gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, sanıkların açık kimlik bilgilerini içermeyen ihbarın genel ve soyut nitelikte olup başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmediği, işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgiye sahip kolluk görevlilerinin, dışarıdan bakıldığında aracın içinde görünür şekilde duran suç konusu uyuşturucu maddeleri fark etmeleri üzerine işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla "suçüstü" hâli ile karşılaştıkları ve buna bağlı olarak da suç işlerken rastlanan sanıkları CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ile aynı maddenin 4. fıkrası ve PVSK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendi ile Ek 6. maddesi gereğince yakaladıkları, görevlilerin bu şekilde ele geçirdikleri suç konusu uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıktan sonra, uyguladıkları tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri, müteakiben emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerinin sürdürüldüğü, yine PVSK'nın Ek 6. maddesini açıklayıcı nitelikte olan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de; suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddenin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği anlaşıldığından". YCGK, 18.06.2019, E. 2016/1149, K. 2019/478 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁵⁸ Y. 10. CD., 13.04.2022, E. 2019/9553, K. 2022/4861 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

⁵⁹ YCGK, 21.02.2017, E.2016/763, K.2017/80 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024)

⁶⁰ YCGK, 30.03.2022, E.2020/476, K.2022/220 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

erkek şahsın ... Beldesinde ellerinde şüpheli poşetlerle dolaştıklarına dair ihbar sonucunda şahıslardan birinin taşıdığı siyah içindeki 153 adet çeşitli markalarda bandrolsüz kaçak sigara ele geçirilen olayda, ihbarla birlikte suç şüphesinin ortaya çıktığı gerekçesiyle suçüstü hâlini kabul etmemiştir⁶¹. Ancak anılan Ceza Genel Kurulu kararından yaklaşık birkaç ay sonra verilen yukarıda incelenen Yargıtay 10. Ceza Dairesinin iki kararında⁶² ise olaylar büyük ölçüde benzer olmasına rağmen suçüstü hâlinin varlığı kabul edilmiştir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yargıtay'ın önleme araması ile elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı konusundaki kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, istikrarlı bir biçimde temel ölçüt olarak somut olayda önleme aramasının icrasından önce bir ceza soruşturması başlatılmasını gerektiren suç şüphesinin ortaya çıkıp çıkmadığının dikkate alındığı görülmektedir. Bu kriter doğrultusunda da olayda bir ceza soruşturmasını gerektiren suç şüphesi ortaya çıkmadan önleme araması yoluyla elde edilen deliller hukuka uygun sayılırken, arama sırasında olsa bile bir suç şüphesinin ortaya çıkması durumunda, adli arama kararı yerine önleme araması ile elde edilen deliller, hukuka aykırı sayılmaktadır.

Aslında teorik açıdan doğru, pratik açıdan da anlaşılır nitelikteki kriterin somut olaya uygulanması, oldukça çelişkili ve farklı sonuçlara yol açmaktadır. Bunun birkaç sebebi bulunmaktadır. Öncelikle Yargıtay'ın kullandığı, bir ceza soruşturmasının başlatılmasını gerektiren suç şüphesinin ortaya çıkması kriteri, somut bir olayda gerek değerlendirmenin ex

⁶¹ "...iki erkek şahsın ... Beldesinde şüpheli poşetlerle dolaştıklarına dair edilmilen bilgi üzerine yapılan kontrolde dava konusu eşyanın ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen somut olayda, suçüstü hâlinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında; 5271 sayılı CMK'nın 2/e, 161 ve 2559 sayılı PVSK'nın Ek 6. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına olayın haber verilip Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilmesi ve CMK'nın 116 ve 119. maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri veya mahkemeden alınacak adli arama kararı uyarınca sanıkların üzeri ve eşyasının aranabileceği, sanıkların elinde bulunan suç eşyası niteliğindeki poşetlere yönelik yapılan arama işleminin ise usulüne uygun verilmiş bir yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmaksızın gerçekleştirildiği, bu durumun açıkça hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda elde edilen suç konusu kaçak sigaranın hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde bulunması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınmayacağı da gözetilmelidir..." (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.06.2024)

⁶² Y. 10. CD., 13.04.2022, E. 2019/9553, K. 2022/4861 ve Y. 10. CD., 16.05.2022, E. 2020/10806, K. 2022/6243 (Lexpera, Erişim Tarihi:16.06.2024).

ante veya ex post olarak yapılmasına göre gerekse de değerlendirmeyi yapan kişiye göre farklı sonuçlar verebilecek bir kriterdir. Örneğin, Yargıtay kararlarına sıklıkla konu olan, kimliği belli olmayan bir kişi tarafından telefonla yapılan bir ihbarın ceza soruşturması açılmasını gerektiren bir başlangıç şüphesi teşkil ettiği iddiası, oldukça tartışmaya açıktır. Zira kişilerin lekelenmeme hakkının korunması için savcılığa ulaşan ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması halinde soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmesi gereken bir ceza muhakemesinde, ayrıca herhangi bir delille desteklenmeyen bilinmeyen bir kişiden gelen bir ihbarın varlığının, içeriğinin somutluğu ve ihbarda bulunan kişinin güvenilirliği bilinmeden her durumda bir ceza soruşturmasını gerektirecek hal olarak kabul etmek, pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim, AİHM de organize suçlarda ve terör suçlarında ‘makul şüphe’ kavramının, suçun kamu düzenini bozucu etkisi nedeniyle, başka suçlara oranla daha farklı standartlara göre değerlendirilmesi gerektiğini, ancak elde edilen istihbari bilginin de objektif gözlemciyi ikna edebilecek düzeyde nesnel verileri içermesi durumunda dikkate alınarak kişi hakkında işlem yapılmasını kabul etmektedir. Alman hukuku öğretisinde, soruşturmanın başlatılması bakımından yetkili makamın savcılık makamı olduğu, bir suç şüphesinin varlığının farkına varılması durumunda savcılık makamının gerçeği araştırmakla yükümlü olduğu, suçun işlendiğine dair yeterli olgusal emare varsa savcılığın soruşturmayı başlatması gerektiği; ancak bu aşamadan sonra koruma tedbirlerine başvurulabileceği, suç şüphesi yokken koruma tedbirlerine başvurulmasının hukuka aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir⁶³.

Türk hukukunda önleme araması ile elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin problemin asıl olarak üç kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasına ilişkin mutlak değerlendirme yasağının kabul edilmiş olmasıdır. Amerika, Almanya, İngiltere, Fransa ve diğer gelişmiş diye kabul edilen ülkelerin hiçbirinin hukuk sisteminde geçerli olmayan mutlak değerlendirme yasağı yaklaşımı, Yargıtay’ın somut olayın özelliklerine göre

⁶³ SCHEINFELD, Jörg / WILLENBACHER, Sarah: “Anfangsverdacht bei Anzeige gegen Unbekannt”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, s. 1357.

aynı kriteri farklı şekilde uygulamasına neden olmakta, beklenenin aksine hukuki istikrardan ziyade çelişkilere yol açmaktadır⁶⁴.

İkinci sebep, ceza soruşturmasının sadece Cumhuriyet savcılar tarafından başlatılıp yürütülebilmesi ile adli ve idari kolluk ayrımının kurumsal gereklerinin yerine getirilmemiş olması gibi daha yapısal bir durumdan kaynaklanmaktadır. Öncelikle 5271 sayılı CMK ile kabul edilen ceza soruşturmasının sadece Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılması ve yürütülmesi uygulaması⁶⁵, kolluğun disipline edilmesi gibi pratik bir ihtiyaçtan kaynaklanan isabetsiz bir uygulamadır. Bu durum, mevcut ceza muhakemesi uygulamasında soruşturma şüphesi ortaya çıkmasına rağmen savcıların kolluktan dosyayı belli bir olgunluğa ulaşana kadar kendilerine getirmemelerini istemelerine engel olmamakta, bu ise kolluğun kendince yöntemler geliştirmesine yol açarak birçok durumda elde

⁶⁴ Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde söz konusu ülkelerin hukuk sisteminde hangi yaklaşımların geçerli olduğu ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde mutlak değerlendirme yasağı yaklaşımının benimsenmesinin Türk hukukunda ne türden çelişkili uygulamalara yol açtığı konusunda bakınız: **ŞENOL**, Cem, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Ankara 2018, s. 97 vd.

⁶⁵ Öğretide, kolluğa yapılan ihbar veya şikâyetin kolluk tarafından kabulü ile kolluk tarafından yapılan ilk işlemle birlikte ceza soruşturmasının başlamış olacağı, soruşturmayı savcılık işlemleri ile başlatmak ve kolluğun yaptığı işlemleri soruşturma dışında değerlendirmenin mümkün olmadığı, bir görüş olarak savunulmaktadır. **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s. 33; Bu görüşe birkaç sebeple katılmıyoruz. Öncelikle yazarların da dikkat çektiği üzere, Yazı İşleri Yönetmeliği m.108, f.4-b gereğince adli kolluk mercileri tarafından düzenlenen fezlekeli evrakın Cumhuriyet başsavcılığına gelmesi üzerine evrak kaydedilerek soruşturma numarası alır. İkinci olarak CMK m.158, f.6'da düzenlenen ve Cumhuriyet savcılarına yapılan bir ihbar üzerine söz konusu ihbar veya şikâyeti önce soruşturma yapılmasına yer olup olmadığı bakımından inceleme yükümlülüğü yükleyen düzenleme karşısında, kolluğa yapılan ihbar veya şikâyet üzerine kolluğun işlemleri ile soruşturmanın başlayacağı şeklindeki görüşün kabulü, bu şekilde kolluğa yapılan ihbar ve şikâyet üzerine başlayan soruşturmalarda CMK m.158, f.6 gereğince SYOK kararı verilememesi sonucunu doğuracaktır. Uygulamada da soruşturmanın ancak Cumhuriyet savcısının UYAP'a soruşturmayı kaydı ile başladığı kabul edilmekte, kolluğun bundan önceki işlemleri araştırma faaliyeti altında yürütülmektedir; Alman hukuku öğretisinde de soruşturmayı başlatma yetkisinin savcılık makamında olduğu; başlangıç şüphesinin var olup olmadığını denetleyen savcılık makamının soruşturmanın başlatılıp başlatılmaması hususunda takdir yetkisinin bulunduğu ve bu takdir yetkisinin yargısal denetime tabi tutulamayacağı ifade edilmektedir. **KNAUER**, Christoph / **KUDLICH**, Hans / **SCHNEIDER**, Hartmut, *Kölbel/Ibold*, Münchener Kommentar, Münih 2024, § 162, kn. 24.

edilen delillerin hukuka uygunluğuna gölge düşürmektedir. Hem Cumhuriyet savcılarının hem de adli kolluğun kurumsal olarak Adalet Bakanlığına bağlı olarak yeniden yapılandırılmasının hayata geçirilmemiş olması, söz konusu uygulamadan kaynaklı problemleri artırmaktadır.

Probleme yol açan üçüncü sebep, Türkiye’de siyasi sebeplerle ortaya çıkmış bir durumdur: Kolluğun kurumsal yapılanmasında, çalışma prensipleri ve gereklilikleri tamamen farklı olan istihbarat faaliyeti ve kolluğun aynı kurumsal yapı içerisinde yer alması. Bir ihtimal ve belirsizlik alanında faaliyet gösteren, gerçekten ziyade olasılıklarla ilgilenen istihbaratın aksine adli kolluk, olgusal gerçeğin tespiti ve bunu ispatlayacak deliller ile ilgilenir. Türkiye’de genel idari ve adli kolluk teşkilatı olan polis ve jandarmanın aynı zamanda istihbarat teşkilatı konumunda olması, aynı personelin hem istihbaratçı hem idari kolluk hem de adli kolluk olarak görev yapmasına yol açmaktadır. Buna karşın, istihbari bilgilerin delil olarak kullanılmasına ilişkin açık kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Hukuka aykırı deliller konusunda mutlak değerlendirme yasağı benimsendiği için, hukuka aykırı deliller konusunda nispi değerlendirme yasağı nedeniyle istihbari bilgilerin delil olarak kullanılmasının önünde önemli engeller bulunmayan diğer ülkelerin aksine, kolluğun yapılanmasına ilişkin problem ve mevzuat eksikliği, uyuşturucu ve terör suçları gibi önemli suçlarla mücadelede zafiyet yaratmaktadır. Önleme araması ile elde edilen delillerin hukuka uygun mu aykırı mı sayılacağına ilişkin sorunlar, uygulamada yukarıda sayılan sebeplerin ortaya çıkardığı ve ortaya çıkarmaya devam edeceği bir sorundur.

Yukarıda izah edilen ceza muhakemesi sürecinin yürütülmesinde sorunlara yol açan kök sebeplerin kısa vadede ortadan kalkması mümkün değildir. Mevcut durumda ise kanaatimizce ortada açık bir ceza soruşturması sürecinin bulunmadığı durumlarda, bir hâkim tarafından verilen önleme araması kararına dayanılarak gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması isabetli değildir. Zira kolluğun, ortada açılmış bir ceza soruşturmasının bulunmadığı hallerde ex ante bir değerlendirme ile gerçekleştirdiği arama işleminin, ex post bir değerlendirme ile olayda arama işleminin hemen öncesinde ortaya suç şüphesinin çıktığı, bu sebeple durumun Cumhuriyet savcısına intikal ettirilerek alınacak adli arama kararı ile arama işlemi yapılması gerektiği yönündeki yaklaşım, güvenlik olaylarının gerçek hayattaki akışı ile örtüşmemektedir. Daha da ötesi Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 61-158 sayılı kararında da ifade edildiği gibi aynı Sulh Ceza Hâkimliğince verilen ‘adli’

ya da 'önleme' arama kararının, somut olaydaki sonuçları ve muhatabın arama koruma tedbirinin icrası ile ihlal edilen hakları açısından ne gibi bir esaslı fark doğuracağı izaha muhtaçtır. Dolayısıyla Yargıtay tarafından elde edilen delillerin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı konusunda uygulanan, önleme aramasının yapıldığı sırada ceza soruşturması başlatacak şüphenin ortaya çıkıp çıkmadığı kriterinin, bir ceza soruşturması bulunup bulunmadığı şeklinde uygulanmasının daha doğru ve tutarlı sonuçlar vereceği, ayrıca kişilerin lekelenmeme hakkını koruma açısından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Örneğin, kolluğa şehirlerarası seyahat eden X firmasına ait bir otobüste A yolcusunun veya yolculardan birinin bagajında uyuşturucu taşıdığı ihbar edilmiş olsun. Başkaca delille desteklenmeyen böylesi bir ihbarın başlangıç şüphesine yeterli delil olarak kabulü, ortada kim olduğu belli olmayan bir kişiden gelen iddia dışında suç işlendiği izlenimi veren bir hal bulunmadığı için doğru olmaz. Bilakis böylesi bir ihbara dayanılarak kişiler hakkında doğrudan bir ceza soruşturması başlatılması, arama sonucunda uyuşturucu bulunamaması durumunda A kişinin hiç ilgisinin olmadığı uyuşturucu ticareti gibi bir suç nedeniyle kayıtlara girmesine neden olur ve hiç şüphesiz lekelenmeme hakkını ihlal eder. Dolayısıyla bu durumda, kollukça araştırılması gereken, ancak bir ceza soruşturması başlatmaya yeterli olmayan bir iddia vardır. Bu iddianın araştırılması ve hâkim tarafından verilmiş önleme araması kararına dayanılarak yapılan arama sonucunda delil elde edilmesi durumunda elde edilen delilin hukuka aykırı sayılması isabetli değildir. Yine kolluğun mesleki tecrübe ile durdurduğu bir yayanın çantasında veya seyir halindeki aracın bagajında arama yaptığı durumlarda da ortada bir ceza soruşturması başlatılması için gerekli koşul olan suç işlendiği izlenimi veren halin varlığını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Burada kolluğun mesleki tecrübesi ile kontrol etme ihtiyacı duyduğu bir durum bulunmaktadır. Bunun olayın akışı içerisinde hemen savcıya haber verilerek onun emri ile bir ceza soruşturulmasının başlatılması gereken bir an olarak kabulü, hayatın olağan akışı ile uyumlu değildir.

Bu gibi durumlarda ortaya çıkan problemlerin çözümü açısından en isabetli yol ise özel olarak önleme araması genel olarak ise suç işlenmesinin önlenmesi için başvuru bütün tehlike tedbirlerinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti konusunda açık bir kanuni düzenleme yapılması olur.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m. 158/6)", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 10, S. 1, 2022, s. 153-209.
- AKDEMİR**, Mehmet: *Türk Hukukunda Önleyici Arama*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.
- AKKOYUNLU**, Sencer Abdullah: "Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na Göre Önleme Aramasında Yetki ve Yetki ile Alakalı ve Önemli Bazı Hususlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3, 2024, s. 407-460.
- AKSOY**, Şemsettin: *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 2007.
- ALDEMİR**, Hüsnü: *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, 3. Baskı, Ankara 2019.
- AYDIN**, Murat: *Arama ve El Koyma*, 2. Baskı, Ankara 2012.
- AYDIN**, Murat: "Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 7, S. 66, s. 14-21.
- AYYILDIZ**, Hakan: "Kolluk Faaliyetlerinin Denetimi Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 143, 2019, s. 143-180.
- BIÇAK**, Vahit: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2018.
- BOYRACI**, Ali: "Önleme Araması Kararına Dayanılarak Gerçekleştirilen Arama Sonucunda Elde Edilen Uyuşturucu Maddelerin Hukuka Aykırı Delil Olup Olmadığı Sorunu", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 48, 2022, s. 129-155.
- BÖREKÇİ**, Eşref Barış: "Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 3, S. 17, 2020, s. 89-113.
- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul 2021.
- DOĞAN**, Duygu Çağlar: "Ceza Muhakemesinde Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 23, S. 92, 2011, s. 157-180.
- ERYILMAZ**, M. Bedri: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara, 2012.

- ERYILMAZ**, M. Bedri: Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003.
- GÖKCEN**, Ahmet / **BALCI**, Murat / **ALŞAHİN**, M. Emin / **ÇAKIR**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.
- HAKERİ**, Hakan / **ÜNVER**, Yener: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2021.
- KARAKEHYA**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024.
- KESKİN KIZIROĞLU**, Serap: " Türk Hukukunda Arama ve Elkoyma", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2008, s. 143-162.
- KESKİN KIZIROĞLU**, Serap: "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 1, 2009, s. 139-168.
- KIZILKAYA**, Ezgi: "Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Gözaltı ve Elkoyma", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010, s. 507-542.
- KNAUER**, Christoph / **KUDLICH**, Hans / **SCHNEIDER**, Hartmut: Münchener Kommentar, Münih 2024.
- KUNTER**, Nurullah/ **YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- ÖNOK**, Murat: Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar, İstanbul 2015.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **BACAKSIZ**, Pınar: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2006, s. 145-206.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZBEK**, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999.
- ÖZEN**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2019.
- ÖZTÜRK**, Bahri / **EKER KAZANCI**, Behiye / **GÜLEÇ**, Sesim Soyer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara 2019.
- ÖZTÜRK**, Bahri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2020.

- PARLAR**, Ali / **ÖZTÜRK**, Mustafa: Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma, İstanbul 2020.
- SCHEINFELD**, Jörg / **WILLENBACHER**, Sarah: "Anfangsverdacht bei Anzeige gegen Unbekannt", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, s. 1357-1361.
- ŞAHİN**, Cumhur/ **GÖKTÜRK**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2022.
- ŞAHİN**, Cumhur: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
- ŞEN**, Ersan / **MAVIŞ**, Mert: "Önleme Araması Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesişmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 186, 2022, s. 144-150.
- ŞEN**, Ersan: "Park Hâlindeki Araçlarda Önleme Araması", 2014 (<https://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/park-halindeki-araclarda-onleme-aramasi,9123>)
- ŞENOL**, Cem: Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Ankara 2018.
- YAYLA**, Mehmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Ankara 2016.
- YENİDÜNYA**, A. Caner / **İÇER**, Zafer: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.
- YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2024.
- YENİSEY**, Feridun: Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- YURTLU**, Fatih: "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, s. 289-312.