



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

24

YIL:7, SAYI:24, OCAK 2016

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Aşkın GÜVEN
Hâkim
Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi
Rifat İNANÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı
Eğitim Merkezi Başkanı
Mehmet GEDİK
Strateji Geliştirme Daire Başkanı
Dr. İhsan BAŞTÜRK
Yargıtay Üyesi
Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay Üyesi

*

KAPAK TASARIM/COVER DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atfı sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anil Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükğüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargın
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taa.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA** **1**
Postconflict Toplumlarda BM'nin Demokratikleşmeye Katkısı ve Sınırları
Contribution to Democratization and Limits of UN in Postconflict Societies
- Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU** **15**
Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
Açısından Haksız Ticari Uygulamalar
*Unfair Commercial Practices from the Point of the Turkish Commercial
Code and The New Law on the Protection of Consumer*
- Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ** **59**
Sayısal (Dijital) Verilerde Yakalama Sonrası Arama: Amerikan Yüksek
Mahkemesinin *Riley V. California* Kararı Sonrası Amerikan Hukukunun
Değerlendirilmesi
*The Search for Digital Data Incident to Arrest: an Evaluation of American
Law After Riley v. California Decision of the United States Supreme Court*
- Doç. Dr. Cenk AKİL** **89**
Medeni Muhakeme Hukukunda Karşı Dava
The Counter Suit in the Civil Procedure
- Doç. Dr. Selami TURABİ** **121**
Anayasa Mahkemesinde Bireysel Başvuruların İncelenme Usulleri
Examination Procedures of Individual Applications in Constitutional Court
- Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK** **149**
Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve
Kayda Alınması Suçu (TCK m. 133)
*The Offence of "Tapping and Recording of Conversations Between the
Individuals" (Turkish Criminal Code, Article 133)*

Yrd. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU **199**

28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının
(BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle
İlgili Genel Bir Değerlendirme

*Translation of Swiss Federal Court Decision Dated 28.02.2008
(BGE 134 III 241) and General Assessments about Right
to Know One's Origin*

Dr. Alptekin Burak BOYDAK **227**

Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı
Rücu İlişkisi (İç İlişki)

*Retracment Relationship Between Principal Employer-Subcontractor
Based Joint Liability (Internal Relationship)*

Dr. Cengiz APAYDIN **245**

Bilişim Sistemine Girme Suçu

Pertaining to Access to IT Systems

Dr. İlhami ÖZTÜRK **309**

Vergi Hukuku Kapsamında Anonim Şirketlerin Tüzel Kişi Yönetim Kurulu
Üyelerinin Kanuni Temsilci Sıfatıyla Sorumluluğu

*Liability of Legal Entity Members of the Board of Directors
of Joint Stock Companies in Their Capacity as Legal Representative
of the Company Within the Context of Tax Law*

Dr. Uğur ERSOY **335**

İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m.117)

Violation of Freedom of Work and Labor (TCC Art.117)

Dr. Ergin ERGÜL **401**

Klasik Toplumsal Sözleşme Teorilerinin Yönetim Biçimlerine Etkisi

*The Influence of Classical Social Contract Theories
on Forms of Government*

Dr. Gökhan TANERİ	433
Sosyal Medyada Paylaşım Sorumluluğu <i>Social Media Sharing Responsibility</i>	
Arş. Gör. Köroğlu KAYA	461
İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller <i>Prohibition of Torture and Illegal Evidences in The Context of Protection of Human Rights and Penal Policy</i>	
Arş. Gör. İsmail YAZICIOĞLU	513
Beklentiler İle Gerçekler Arasında “Yeni Anayasa” <i>“New Constitution” Between the Expectations and Realities</i>	
Burak POLAT	545
Ulusal ve Uluslararası Yargı İçtihatları Çerçevesinde Savunma İçin Yeterli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma İlkesi (İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ m.6/3-b) <i>In the Light of National and International Judicial Precedents Principle of Having Adequate Time and Facilities for the Preparation of Defence (ECHR art. 6/3-b)</i>	
Gökhan ERDOĞAN	565
Bağımsız İdari Otoriteler <i>Independent Regulatory Agencies</i>	
Uğur BAHADIR	599
Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177) <i>Freeing of Animals Risking Others’ Lives</i>	
Salim Yunus LOKMANOĞLU	621
Deneme Süreli İş İlişkisi <i>Employment Relations With a Trial Term</i>	

Hüseyin ERDEM

639

İslam-Osmanlı Aile Hukukunda Gayrimüslimler
Non-Muslims In Islam-Ottoman Family Law

Berat DUMAN

663

Türk Hukukunda Geri Verme Kurumu ve Usulü
The Procedure of Extradition in Turkish Law

Rasim TÜTÜNCÜ

703

Askeri Personelin Soruşturma ve Yargılama Usulü
The Investigation and Jurisdiction Procedure That Applies for Military Personnel

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Tarzlanmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

POSTCONFLICT TOPLUMLARDA BM'NİN DEMOKRATİKLEŞMEYE KATKISI VE SINIRLARI

Contribution to Democratization and Limits of UN in Postconflict Societies

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA*

ÖZET

BM günümüzde insani nedenler ve güvenlik politikası nedenleri ile sadece yeni çatışmaları önlemeye değil, aynı zamanda çatışma sonrası güvenliği sağlamaya ve ekonomiyi yeniden canlandırmaya yönelik siyasi kurumların inşası misyonlarını yerine getirmektedir. BM örgütü evrensel karakteri nedeni ile postconflict toplumlara siyasi gelişmelerinde yardım sunma potansiyeline sahiptir.

Makalede çok sayıda BM misyonunun ümit edildiği şekilde başarı getirmediğine, bununla beraber evrensel bir örgüt olarak BM'nin bu çerçevede demokrasiyi enstrüman olarak kullanmaktan öteye giden bir olanağa sahip olmadığına ilişkin tartışmalara ışık tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: BM Barış Misyonları, BM'nin Demokrasi Yaklaşımı, Postconflict Toplum, Demokrasinin İşlevi.

ABSTRACT

At the present time UN undertakes the missions of construction of political corporations for not only prevent new conflicts but also provide the post conflict security and reinvigorate the economy by the reason of humanitarian reasons and security policy. UN organization has accommodation potent to post conflict societies for their political developments because of universal character.

This article sets light to discussions on failure of UN mission at will. However UN has not another opportunity beyond democracy instrument in this framework as a universal organization.

Keywords: UN Peace Missions, Democracy Approach of UN, Post-Conflict Society, Function of Democracy.

◆◆◆◆

BM üyeleri için belli bir siyasi sistem öngörülmemektedir. BM anlaşmasının 2.madde 1.fıkrası çeşitlilik yaklaşımı ile hangi hükümet şekli benimsenirse benimsensin, üye devletlerin aynı uluslararası hukuk sujeliğinden istifade edeceğini ve egemen eşitliğini vurgulamaktadır.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, farsava@atilim.edu.tr.

BM anlaşmasının rejimler bakımından sergilediği tarafsızlık soğuk savaş döneminde ideolojik olarak savaşan devletlerin evrensel örgütte biraraya gelmesini sağlamıştır. Bu nedenle Apartheid politikasının mahkûm edilmesi istisnası dışında¹ üye devletlerin siyasi sistemlerine ilişkin konuların BM tarafından ele alınmaması şaşırtıcı görülmemektedir. Doğu-Batı uyumsuzluğu esnasında insan hakları bağlamında hernekadar siyasi katılım konusu gündeme gelmiş olsa da, bunun mütecanis bir demokrasi yaklaşımı ile tartışıldığını söylemek mümkün değildir². Ancak 1980'lerin sonunda, üçüncü demokratikleşme dalgası esnasında çok partili demokrasiye sahip üye devlet sayısında artış ile beraber demokrasi konusu BM'nin gündemine gelmiştir. Doğu blokunda yer alan devletlerde komünizmin çöküşü ile birlikte çoğulcu demokrasi modellerine alternatif ideolojiler evrensel seviyede önemini yitirmiştir.

BM Genel Kurulu bunun sonucu olarak 1988'den itibaren periyodik seçim prensibini vurgulayan ve BM'nin seçim yardımının önemini dile getiren kararlar almıştır³. BM örgütü sömürgeciliğin sona erdirilmesi süreci esnasında seçimlerde ve referandumlarda yardım gerçekleştirerek tecrübeler kazanmıştır. Nikaragua bu bağlamda 1989'da BM'den seçim gözlemciliği talep eden ilk bağımsız üye devlettir. Bu şekilde BM örgütünün ulusal seçimlerde yeni bir misyonu başlamıştır. 1990'lı yıllarda ulusal seçimlerin organizasyonu ve doğrulanması (verification), referandumlar BM'nin ana görev alanı iken, bugün teknik yardım ön planda yer almaktadır. 1991'den itibaren 100 devlet BM'den seçim yardımı talebi yapmıştır⁴.

Seçim yardımı yanısıra BM ulusal demokratikleşme sürecini değişik projelerle desteklemektedir. Örneğin BM'nin geliştirme programı bütçesinin yarısı demokratikleşme görevleri için tahsis edilmiştir. 2005'te sivil toplumu desteklemeye ve bu şekilde demokrasi sürecine daha kapsamlı katılımı sağlamaya matuf BM demokrasi fonu oluşturulmuştur. Seçimlerin teşviki ötesinde BM örgütü darbelerden sonra demokratik olarak seçilmiş hükümetlerin yeniden tesisi için çalışmaktadır⁵. Haiti ve Sierra Leone'deki 90'lı yıllardaki askeri operasyonlar BM'nin bu alanda sistematik uygulamasına yol açmamıştır.

¹ UNGA Res 1761(XVII), 6.11.1962; A/RES/36/162 (16.12.1981)

² Louis Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, 1981, 28

bknz.: A/RES/43/157 (18.12.1988); A/RES/47/139 (18.12.1992)

⁴ <http://www.un.org/wcm/content/site/undpa/main/issues/elections>

⁵ Haiti'deki askeri darbeden sonra ihdas edilen resolusyon için bknz.: Resolution 940 (31.07.1994); Sierra Leone için ambargo öngören ve Kabbah hükümetinin yeniden göreve gelmesi için alınan karar için bknz.: Resolution 1132 (08.10.1997)

Post-conflict toplumlarda demokratik kurumların oluşturulması

Demokrasinin teşviki paralelinde uluslararası camiada ulusal uyumsuzluklara müdahale bakımından güçlü bir yaklaşımın mevcut olduğu görülmektedir. Bloklamanın sona ermesi ile beraber Güvenlik Konseyinin tasarruf ehliyetinin arttığı ve sürekli üyelerin veto hakkını nadir olarak kullandığı görülmektedir. Bu bağlamda Güvenlik Konseyi BM anlaşmasının VII. bölümünde öngörülen sınır aşan boyutu bulunmayan durumlara ilişkin yetkilerini daha çok kullanmaya başlamıştır⁶. Bu müdahalelere insani nedenler ve güvenlik politikası nedenleri esas alınmaktadır. Uluslararası camianın bir bölümü etik olarak insan hakları ihlallerine izin verilmemesi ve insan hakları ihlallerinin askeri müdahaleyi meşru kıldığı konusunda mutabıktır⁷. Ancak bu nedenler dışında ulusal güvenlik çıkarları da başka devletlerin kurumsal yapısına müdahaleye yol açabilmektedir. Bu gelişme egemenliği bir takım asgari standartların yerine getirilmesi koşulu ile kabul eden yeni yaklaşımla bağlantılıdır⁸. “Failed states” yahut “post-conflict states” olarak nitelendirilen devletler için Güvenlik Konseyi kapsamlı barış misyonları öngörmektedir.

BM barış misyonları sadece yeni çatışmaları önlemeye değil, aynı zamanda geleneksel olarak güvenliği sağlamaya ve ekonomiyi yeniden canlandırmaya matuf siyasi kurumların inşasını da kapsamaktadır. Demokrasi, iyi yönetim ve rule of law post-conflict ajandanın parçalarını oluşturmaktadır⁹. Örneğin 90’ yıllarda El Salvador için öngörülen ONUSAL ve Mozambik için öngörülen ONUMOS barış misyonları ordunun küçültülmesi, sisteme yeniden entegre edilerek reforma tâbi tutulması, yeni bir polis gücünün oluşturulması, seçim ve hukuk sisteminin reforma tâbi tutulması, insan haklarının himayesinin güçlendirilmesi gibi oldukça kapsamlı bir görev listesi içermekteydi¹⁰. Özellikle direnişçilerin silahsızlandırılarak siyasi sisteme entegre edilmesi barışçı demokratik çözümler bakımından önemli adımlar olarak değerlendirilmiştir. Misyonun diğer önemli boyutu çok partili seçimlerin gerçekleştirilmesinde yardım sağlanmasına ilişkindi. Bunun anlamı seçim prosedürünün seçmen listesinin tarafsız bir seçim komisyonu tarafından hazırlanmasından, basın ve düşünce özgürlüğünün, toplantı ve seyahat

⁶ Krş.: S/RES/788 (19.11.1992); S/RES/794 (03.12.1992); S/RES/929 (22.6.1994); Bruno Simma, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed. 2002, 722 vd.

⁷ insani müdahale için bkz.: Simon Chesterman, *Just War Just Peace? Humanitarian Interventions and International Law*, 2000; eleştirel yaklaşım için bkz.: Anne Orford, *Reading Humanitarian Intervention*, 2003

⁸ bkz.: Robert Jackson (Hrsg.), *Sovereignty at the Millenium*, 1999

⁹ Charles T.Call/Susan E.Cook, *On Democratization and Peacebuilding*, *Global Governance* 9 (2003), 233

¹⁰ Oisin Tansey, *Regime Building, Democratization and International Administration*, 2009, 17

özgürlüğünün teminine kadar her aşamasının takip edilmesi idi. Başarılı olarak gerçekleştirilen ulusal seçimler misyonu sona erdirmekte ve BM tarafından sıkça "exit strategy" olarak nitelendirilmektedir.

BM barış misyonları bağlamında seçimlere odaklanılması literatürde eleştirilmektedir¹¹. 2000'de hazırlanan Brahimi raporunda da (Report of the Panel on United Nations Peace Operations, A/55/305-S/2000/809) seçimlerin kapsamlı demokratikleşme prosesinden izole olarak mütalâa edilmemesi gerektiğine dikkat çekilerek, post-conflict toplumlarda sivil toplumun rolü, hukuk devletinin güçlendirilmesi ve insan hakları himayesinin güçlendirilmesi hususları vurgulanmıştır. Bununla beraber 2008 tarihli Capstone-Doktrini'nin öngördüğü gibi seçim yardımı barış misyonlarının en temel parçası olarak kabul edilmektedir¹².

BM tarafından barış misyonları için yayınlanan prensipler ve direktifler seçim yardımına iki bakımından önemli bir fonksiyon biçmektedir. Güvenlik görevlerinin, bağımsız yargının ve insan haklarının ana unsur olması yanı sıra, Capstone-doktrini serbest ve dürüst seçimler ertesinde siyasi kurumların oluşturulmasının barışın stabilize edilmesi ve misyonun başarısında önemli bir unsur olduğunun altını çizmektedir. Demokrasinin güçlendirilmesini barış misyonlarının amacı olarak gören Brahimi raporunun tersine olarak Capstone-doktrininde demokrasiden açık olarak söz edilmemektedir. Bu farklılığa rağmen içerik olarak yaklaşımda bir ayrılık bulunmamaktadır. Demokratik kurumların oluşturulması bunun ötesinde özellikle uluslararası yönetimler bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Ağır ulusal krizler nedeniyle Güvenlik Konseyi VII.bölüm hükümlerine göre geçici olarak bir bölgenin yönetimini kendisinin üstlenmesini ve ulusal aktörler yerine tüm yahut kısmi devlet yetkilerini kendisinin kullanmasını barış misyonu kapsamı bağlamında öngörebilir. Bu tür bir misyon, demokratikleşme misyonunun ana konusu olmasa da, yönetilen topraklarda demokratik bir sistemin oluşturulması amacı ile bağlantılıdır.

Güvenlik Konseyi bu amaçla 1272 (1999) sayılı resolusyonu ile Doğu Timor'da güvenliğin temini ve insani yardım için UNTAET misyonunu görevlendirmiştir. 1999'da yapılan Doğu Timor'un bağımsızlığına ilişkin referandum ertesinde ağır toplumsal olaylar yaşanmıştır. Bu nedenle resolusyonda ilk sırada düzenleyici siyasi önlemler dile getirilmiştir. UNTAET misyonu bunun dışında kendi kendini yönetme bakımından ulusal kapasitenin geliştirilmesi ve demok-

¹¹ Thomas Carothers, The End of the the Transition Paradigm, Journal of Democracy 13 (2002), 5.Vol.

¹² bknz.: http://pbpu.unlb.org./pbps/library/ Capstone_ Doctrine_ENG.pdf

ratik kurumların oluşturulması konusunda düzenlemeler öngörmektedir. BM Güvenlik Konseyi Kosova'da UNMIK misyonunu oluşturduğu resolusyonunda ilk sırada demokratikleşmeden söz etmiştir. Misyonun en önemli amacı olarak 1244 sayılı (1999) resolusyonda "provisional democratic self-governing institutions"dan söz edilmiştir (paragraf 10). Güvenlik Konseyi UNMIK misyonu bağlamında Kosova'ya demokratik bir gelecek hazırlama iradesini Kosova'nın görüşmelerle belirlenecek gelecekteki statüsünün demokratik ilerleme koşuluna bağlanmasını destekleyerek ortaya koymuştur. Barış misyonları ile karşılaştırıldığında dış aktörlerin siyasi yapının yeniden şekillenmesinde doğrudan rol oynaması nedeniyle uluslararası toprak yönetimlerinde iç işlere daha yoğun bir müdahale ortaya çıkmaktadır. BM yönetimleri anayasa yapım prosedürüne nezaret etmekte ve siyasi güç oluşumunu etkileyecek çerçeve kurallar öngörmektedir. Tansey, uluslararası yönetimlerin büyük ölçüde demokratik rejimin inşasında yer aldığına ve gerek misyonun süresini belirleyerek dolaylı şekilde, gerekse sahip olduğu yetkiler muvacehesinde denetim gücü olarak yeni rejimin şekillenmesinde etki yaptığına dikkat çekmektedir¹³.

BM'nin demokrasi uygulamalarına esas olan meşruiyet stratejileri

Post-conflict toplumların inşasında bugün standart olarak demokratik kurumların oluşumunu öngören demokrasi modeli esas alınmaktadır. BM barış misyonlarının amacı güvenliğin yeniden tesisi ve ekonominin yeniden inşası ötesinde seçimlerle meşru kılınan devletin kurumsal yapısının oluşturulmasıdır. BM Şartı'nın BM örgütüne demokrasiyi destekleme görevi vermemesi nedeni ile evrensel örgüt olarak BM'nin demokratik devlet yapılarına verdiği ayrıcalığın meşruiyetinin analiz edilmesi gerekmektedir. En geç soğuk savaş ertesinden itibaren çok partili demokrasiyi toplumsal temel değer olarak kabul eden Avrupa'da, Latin Amerika'da, Afrika'da yer alan bölgesel örgütlerden farklı olarak BM bünyesinde mukayese edilebilir bir yaklaşım ortaya çıkmamıştır. Hernekadar demokratik devlet sayısı BM örgütünün kurulmasından itibaren oldukça artmış olsa da – 20.yüzyıl demokrasi yüzyılı olarak nitelendirilmektedir – bütün BM üye devletleri yönetim şekli olarak demokrasiyi kabul etmemiştir. BM örgütü demokrasiyi destekleme görevini dolaylı olarak BM amaçlarına demokrasinin yaptığı pozitif etkiler nedeniyle dolaylı olarak istihraç etmektedir.

¹³ bkz.: Oisin Tansey, ibid, s.41 vd.

Evrensel seviyede demokrasi konusunda uzlaşma eksikliği

BM örgütü bünyesinde farklı yönetim şekillerine sahip devletlerin biraraya gelmesine olanak sağlamıştır. BM örgütüne üyelik için yegane kriter üye olacak devletin barış seven ve BM şartından doğan mükellefiyetleri yerine getirme ehliyetine ve iradesine sahip devlet olmasıdır. 1945 tarihli San Francisco Konferansında sadece demokratik devletlerin örgüte üye olması konusu tartışılmakla beraber, eşitlik ve evrensellik adına devletler arasında siyasi kurumları nedeniyle ayırım yapılmaması yönündeki görüş ağırlık kazanmıştır¹⁴. Bu şekilde BM kuruluşundan itibaren farklı siyasi sistemlere sahip devletlere (diktatoryadan çok partili demokrasilere kadar) bünyesinde yer vermektedir.

Farklı siyasi rejimlere birarada yer verme yaklaşımında bugüne kadar bir değişiklik olmamıştır. Bununla beraber doğu-batı uyumsuzluğunun sona ermesi ve batı demokrasilerinin zaferi yönetim şekline ilişkin tarafsızlıkta ısrar konusunda tereddüte yol açmıştır. Çok partili demokrasinin sürekli olarak kapsam kazandığına ilişkin inanç 1990'lı yıllarda evrensel bir demokrasi normunun oluşumundan söz edilmesine yol açmıştır (bknz.: Thomas Martin Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, AJIL 86 (1992), 46 vd.). Gelişen demokrasi hakkı yaklaşımına göre sadece çok partili seçimlerle oluşan hükümetler halklarını meşru olarak temsil etme yetkisine sahiptir. Bu yaklaşıma göre genel bir demokrasi normunun oluşumu kendi kaderini belirleme hakkının ve katılımcı insan haklarının gelişimi olarak görülmektedir. İnsan haklarının merkezinde yer aldığı kabul edilen ve 2.dünya savaşı ertesinde uluslararası metinlerde yer alan siyasi katılım hakkı demokratikleşme paralelinde önem kazanmış ve içerik olarak somutlaşmıştır (Gregory H.Fox/Brad R.Roth, *Introduction: The Spread of Liberal Democracy and its Implications for International Law*, bknz.: G.H.Fox/B.R.Roth (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University Press 2000, 11). Bu durum artan şekilde seçim yardımlarının yapıldığı BM uygulaması ve serbest seçim prensibinin vurgulandığı BM Genel Kurul resolüsyonları ile kanıtlanmaktadır. Söz konusu gelişme uluslararası camiada ortak bir kanaatin oluştuğuna yönelik bir yanılgıya yol açabilir. 1988 tarihli "Enhancing the Effectiveness of the principle of Periodic and Genuine Elections-Resolution" hernekadar çoğulcu bir seçim prosesinin gerekliliğinden söz etse de, çok partili sisteme sonraki resolüsyonlarda açık bir şekilde atf devam etmemiştir. Takip eden resolüsyonlar siyasi, ekonomik, sosyal kültürel sistemlerini bağımsız olarak belirlemeyi egemen devletlerin hakkı olarak kabul etmiştir

¹⁴ Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States*, Cambridge 2004, 263 vd.

ve genel bir seçim modelinin olmadığını vurgulamıştır [bknz.: A/RES/44/146 (15.12.1989); A/RES/45/150 (18.12.1990); A/RES/46/136 (17.12.1991)]. Bu çekince “Respect for the Principles of National Sovereignty and Non-interference in the internal Affairs of States in Electoral Processes” başlıklı karşı resolusyonlarda vurgulanmıştır (bknz.: A/RES/44/147 (15.12.1989)).

BM Genel Kurul resolusyonlarına bütünü ile bakıldığında ne serbest seçimlerle ilgili bir standart üzerinde, ne de çok partili seçimlerle ilgili genel bir uluslararası hukuk kuralı üzerinde uluslararası camiada bir kanaat ve uzlaşma olduğu görülmektedir. BM insan hakları komisyonunda 1999’da “Promotion of the Right to Democracy” başlıklı (Resolution 1999/57) resolusyona ilişkin tartışmalar da bu durumu teyit etmektedir. Üye devletlerde artan şekilde demokratikleşme görülmesine karşın BM platformunda karara bağlanan resolusyonlarda bu çerçevede bir karşı duruş ortaya çıkmaktadır. BM üyesi devletlerin Millenium Declaration’unda yaptıkları demokrasiyi teşvik çerçevesinde hiçbir zahmetten kaçınılmasına yönelik niyet bildirimi ve 2005 tarihli dünya zirvesi nihai dökümanında yer alan demokrasinin evrensel bir değer olduğuna ilişkin açıklama, uluslararası camiada uluslararası hukuk bağlamında bir demokrasi normu konusunda bir uzlaşma sağlanamaması ile çelişkili bir durum yaratmaktadır. Kavram olarak tanımlanmadığı ve muayyen kriterlere bağlanmadığı nispette demokrasinin kapsamlı olarak kabul görmesi zordur. Genel bir demokrasi modeli öngörmeyen ve demokrasinin belli bir tanımının yapılmasını kabul etmeyen BM Şartı, BM üyesi devletlerin demokrasi konusunda hukuken bir düzenleme yapmak yerine esnek bir siyasi ideale istinat etme iradesini yansıtmaktadır. BM örgütünün demokrasi yaklaşımı bu nedenle üyelerini çok partili demokrasiye hukuken ayrıcalıklı bir statü sağlayan genel bir demokrasi anlayışına yönlendirmeye matuf değildir¹⁵. BM’nin demokrasi anlayışını daha çok demokrasi ve BM amaçları arasındaki pozitif ilişki şekillendirmektedir.

BM amaçları üzerinden dolaylı olarak meşruiyetin sağlanması

BM anlaşmasının dibacesi gelecek nesilleri savaşın esaretinden korumak, insanların temel haklarına olan inancı yeniden güçlendirmek, sosyal ilerlemeyi ve özgürlük içinde yaşam standardını daha yükseltmeyi amaç olarak vurgulamaktadır. Bu amaçlar BM anlaşmasının 1.madde ve 55.maddesinde de yerini almıştır. BM örgütünün önemli amaçlarının demokratik devlet şekli ile bağlantısının özellikle açık olarak BM Genel Sekreteri Boutros Ghali’nin 90’lı yıllardaki barış ajan-

¹⁵ Niels Petersen, Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, 2009

dasında kurulduğu görülmektedir¹⁶. Ghali bu çerçevede demokratik prensiplere saygının sosyal yapının tüm seviyelerinde –devletlerde ve devlet yapılanmalarında – ne derece önemli olduğuna dikkat çekmiş ve demokratik uygulamalar arasında “obvious connection” in yeni ve istikrarlı siyasi düzende barışın, güvenliğinin korunması için ne derece önemli olduğunu vurgulamıştır (paragraf 59).

Gerek devletlerin kendi bünyesinde, gerekse devletler arasında ilişkilerde demokrasinin barışı teşvik eden etkisi yeniden demokrasi ajandasında gündeme gelmiştir¹⁷. Boutros Ghali devletlerde iç barışın demokrasi ile temin edilebileceğini, zira seçilmiş hükümetlerin güçlerini halklarına karşı daha az kötüye kullanacakları düşüncesine vurgu yapmıştır. Aynı şekilde uluslararası ilişkilerde de demokrasinin olumlu etkisi olmaktadır. Zira, demokrasilerde hükümetler halkına hesap vermek zorundadır. Bu da diğer devletlerle askeri çatışmaları daha az olası kılan sonuç doğurmaktadır. Savaşın riziko ve yükünü taşımak durumunda olan halk oldukça tedbirli bir yaklaşımla askeri operasyonları destekleyecektir. BM Genel Sekreteri Ghali Kant'ın demokrasi barışına ilişkin tezini bu şekilde siyaset biliminde ampirik çalışmalarla yeniden canlandırmıştır. Michael W.Doyle 80'li yıllarda 1817'den itibaren yapılan savaşları incelemiş ve sonuç olarak demokratik devletler arasında ekonomik ve stratejik çıkar çatışmalarına rağmen bir barış ortamının oluştuğu tespitini yapmıştır¹⁸.

Ghali demokrasinin iç ve dış barış için rolünün yanısıra önemli bir geliştirici boyutuna da dikkat çekmiştir. Ghali gelişme ile ilgili ajandasında demokratik değişimin derhal ekonomik büyümeye yol açmayacağını, ancak uzun vadede demokrasi olmaksızın ekonomik gelişmenin olmasının mümkün olmadığına, tersine ekonomik krizlerin doğabileceğine dikkat çekmiştir. Ghali demokratikleşme ile ilgili ajandasında demokrasinin meşruiyet ve kararlara katılım yöntemleri ile etkin gelişme stratejilerine yol açacağı görüşünü dile getirmiştir. Bu tez de bilim dünyasında ampirik çalışmalarla güçlendirilmiştir. Amartya Sen “Development as Freedom” başlıklı kitabında işlevsel bir demokratik düzende asla yokluğun olmayacağı sonucuna varmıştır¹⁹. Buna ilave olarak Ghali demokratikleşme ajandasında demokratik kurumların insan haklarının himayesi üzerindeki pozitif etkisini dile getirmiştir. Buna göre özgür seçilmiş hükümetler bireysel ve azınlık haklarını koruma bakımından daha yetkindir. Demokrasi, gelişme ve insan hakları arasındaki bağlantı ve karşılıklı birbirini güçlendirici

¹⁶ bknz.: A/47/277 – S/25111 (17.6.1992)

¹⁷ bknz.: A/51/761 (20.12.1996)

¹⁸ Michael W.Doyle, Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Philosophy and Public Affairs, Vol. 12, No.3 (1983), 213 vd.

¹⁹ Amartya Sen, Development as Freedom, 2001

etki Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı nihai bildirisinde de karşımıza çıkmaktadır. Demokrasi ve barış, ekonomik ve sosyal gelişme ve insan haklarının himayesi arasındaki pozitif bağlantı teoride ve uygulamada tartışılrsa da, bu bağlantının uluslararası politikanın temel prensibi olarak BM örgütünün demokratik kurumların yaygınlaştırılmasına ilişkin rolünde ana meşruiyet dayanağı oluşturduğunu reddetmek mümkün değildir²⁰.

BM Genel Sekreteri Kofi Annan da sefeli gibi barış, gelişme ve demokrasi ve insan hakları arasında bağlantıyı kabul ederek, bunların karşılıklı olarak birbirlerini tamamladığını ve BM Şartı'nın önemli boyutlarını oluşturduğunu kabul etmiştir²¹. Barış için öngörülen 15 yıl sonra BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon aynı şekilde BM'nin barışı temin için demokrasinin teşvik edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Ban Ki-moon 2009'da BM aktörleri için intern ilişkilerde yönlendirici, bunun ötesinde BM için demokratik uygulamaların yaygınlaştırılmasında dayanak olacak demokrasi rehberi yayınlamıştır²². BM'nin demokrasiyi desteklemesi bağlamında Ban Ki-moon BM'nin istinat ettiği üç sütundan hareket etmiştir. Bunlar barış ve güvenlik, ekonomik ve sosyal ilerleme, gelişme ve insan haklarının himayesidir. Ban Ki-moon'a göre demokrasi bu hedeflere erişmek için sadece bir araçtır. Demokratik kurumlar uzun vadeli istikrar ve güvenliği temin edecektir, barışçıl diyalogu mümkün kılacaktır ve iyi bir yönetim, gelişme ve insan haklarının himayesi için uygun çerçeveyi sağlayacaktır. Özet olarak, BM örgütünün demokrasi yanlısı önlemleri dolaylı olarak BM Şartı'nın amaçlarının yerine getirilmesine matuf olarak söz konusu amaçlardan istihraç edilmektedir.

BM'nin minimize edilmiş demokrasi yaklaşımı

BM'nin demokrasiyi araçsal bir mantıkla kapsamlı bir toplumsal yaklaşım yerine sadece hedefleri gerçekleştirecek bir araç olarak desteklemesinden minimal bir demokrasi yaklaşımına sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu minimize edilen yaklaşım yönetilenlerle yönetenler arasındaki ilişkiyi düzenleyen teorik bir yapının eksikliğinden ileri gelmektedir. Muayyen bir siyasi gelenek ve felsefeden bağımsız olarak demokrasinin araç olarak kullanılması demokrasinin kendisinin amaç olma yaklaşımını ortadan kaldırmaktadır. Siyasi değerler yerine şekli kurumsal boyut ön plana çıkmaktadır. BM örgütünün muayyen

²⁰ Albert Otto Hirschman, On-and-Off Connection between Political and Economic Progress, The American Economist Review 84 (1994), s.343. vd.

²¹ bkz.: A/52//513

²² bkz.: <http://www.un.org/en/globalissues/democracy>; bkz.: Roland Rich, UN Guidance Note on Democracy (special Document), Journal of Democracy, Vol 21, No.2 April 2010, s.182-186

bir kültürel içerikle sınırlanması mümkün olmayan evrensel demokrasi yaklaşımından farklı olarak demokrasiyi teknik yardım olarak gören pragmatik içi boşaltılmış demokrasi yaklaşımının sürekli siyasi kurumsallaşmaya ne ölçüde uygun düştüğü tartışılmaktadır. Bu çerçevede post-conflict toplumlarda minimize edilmiş demokrasi yaklaşımının ne tür etkiler doğurduğu konusunun BM'nin demokrasi yaklaşımının pozitif ve negatif yanları muvacehesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

İçeriği boşaltılmış demokrasi yaklaşımının bölgesel uyuşmazlıklarda çerçeve oluşturması

BM örgütünün sonuç doğurmaya matuf demokrasi desteği post-conflict toplumlarda sorunların çözümünde bir şans olarak görülebilir. Herhangi bir ideolojiye istinat etmeyen minimize edilmiş demokrasi yaklaşımı kimseye yabancı olmayan bir toplumsal model olarak toplumların şekillenmesinde işlev görebilir. Bölgesel değer yargıları BM'nin zayıf içerikli demokrasi yaklaşımını zenginleştirebilir ve kültürel anlayışa uygun olarak BM'nin demokrasi yaklaşımına içerik kazandırılabilir. Bu bakış açısı BM'nin "local norms and practices must be taken into consideration and weaved into emerging democratic institutions and processes" şeklinde ifade edilen resmi yaklaşımına uygun düşmektedir. BM'nin içi boşaltılmış demokrasi yaklaşımının batı demokrasisini saf dışı bıraktığı yolunda eleştiri yapılmaktadır. BM'nin muayyen bir siyasi geleneğe istinat etmeyen, demokrasiyi hedeflere ulaşmak için bir araç olarak mütalâa eden yaklaşımının BM'nin ulusal kurumların oluşturulmasına ve toplumun kendi siyasi kaderini belirlemesine ilişkin çerçeveyi belirleyen ulusal siyasi gelişmelere daha az müdahale olasılığı vermesi nedeniyle olumlu görülmesi mümkündür.

BM misyonlarının demokratikleşme araçları extern normlarla öngörülme-yip, iç dinamiklerle geliştirilmeye açıktır²³. BM örgütü evrensel karakteri nedeni ile post-conflict toplumlara siyasi gelişmelerinde yardım sunma potansiyeline sahiptir. Diğer unilateral ve bölgesel demokrasi destekçilerine nazaran BM'nin davranış modeli kültürel olarak esnek ve tarafsız nitelik taşımaktadır²⁴. Newman BM'nin çalışmalarını toplumun kapasitesini arttırıcı, birlikte belirleme yeteneğini geliştirici olarak nitelemektedir. Demokratikleşme prosesi sa-

²³ Simon Chesterman, *Imposed Constitutions, Imposed Constitutionalism, and Ownership*, 37(4) *Connecticut Law Review* (Summer 2005), 154

²⁴ E.Newman, *UN Democracy Promotion: Comparative Advantages and Constraints*, bkzn.: E. Newman/R.Rich (Hrsg.), *The UN Role in Promoting Democracy: Between Ideals and Reality*, 2004, s.200

vaşan muhaliflerin silahsızlandırılması ile onların siyasi partiler olarak sisteme entegre olmalarını kolaylaştırmakta ve askeri nitelikliği olmayan diyalog zemini yaratmaktadır. BM örgütü bu çerçevede katkıları ile toplumsal diyalogu şekillendirebilir ve uzun vadeli bir perspektif oluşturabilir. Sivil toplumun teşvik edilmesi ve kadınların siyasi yapılanmaya dahil edilmesi ile siyasete katılanların elitlerle sınırlı kalmamasını sağlayabilir²⁵. Düşünce, basın ve toplantı özgürlüğü güçlendirilerek siyaset dışı bırakılanların söz konusu özgürlüklerden yararlanması sağlanabilir. Mevcut siyasi denge BM misyonunun çekilmesi eresinde tam olarak değişirse dahi, eşitliği ve özgürlüğü içeren demokrasi kültürünün temelini en azından atmış olduğu varsayılmaktadır.

Tarafsız gözükten BM demokrasi yaklaşımı batının öngördüğü bir yaklaşım mıdır?

İdeolojik olarak içi boşaltılmış bir demokrasi yaklaşımının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. İdeolojisiz demokrasi yaklaşımının da bir ideoloji teşkil ettiği ve çıkarların korunması veya devam etmesine hizmet ettiği ileri sürülmektedir (S.Choudhry, Old Imperial Dilemmas and the New Nations-Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Politics, Coun.L.Rev.37 (2004-2205), 933 vd.). Dış aktörlerin siyasi kurumsallaşmada müdahil olması çerçeve koşulların siyasi sonuç olarak onlar tarafından belirlenmesine yol açmaktadır. Gerçek bir özerklik anlamında “local ownership” prensibi bu nedenle tam olarak hiçbir zaman gerçekleşmemektedir. Ulusal kurumsallaşma ile devletler iç dinamiklerle şekillendirilmekte ve bu şekilde gücün nasıl ve ne şekilde yeniden kazanılacağı belirlenmektedir. Bu durum otonom siyasi karar alma sürecinin kurumsal olarak önceden öngörüldüğü alternatifsiz demokratik yönetimlerin oluşumuna yol açmaktadır²⁶. Bu bakış açısı ışığında siyasi tasarruf olanakları için olanak yaratılmasından çok, tasarruf olanaklarının sınırlandırılmasından söz edilmesi doğru gözükmektedir. Demokratik kurumsallaşma ile sadece toplumların kendileri tarafından belirlenen çerçevede varlık göstermeleri olanağı yaratılmamakta, aynı zamanda başka bir siyasi yapılanmanın olanak dışı bırakılması güvence altına alınmaktadır. Kendi kaderini belirlemenin temel boyutu bu çerçevede kaybolmaktadır. Bu çerçevede “post-conflict” devletin demokrasisi batı standartlarından uzak başka bir içerik kazanmaktadır. Demokrasi tesis etme gayretleri prensip olarak batılı olmayan devletlere

²⁵ Philipp Dann, The Internationalization of the Constituent Power of the Nation, bkz.: Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009, 501 vd.

²⁶ S.Hameiri, Capacity and Its Fallacies: International State Building as State Transformation, Millenium-Journal of International Studies 38 (2009), s.55 vd.

matuf ortaya çıkmaktadır. Eski Yugoslavya örneğinde olduğu gibi batılı devletlerin demokratikleştirilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da yönetimle ilgili sorunların bulunduğu devlet yapıları karşımıza çıkmaktadır²⁷. Uluslararası toplumun demokratikleştirilmesi ile bu devletler batılı liberal devletlerin modeline uyum sağlamaktadır.

Bu çerçevede BM örgütünün zayıf demokrasi yaklaşımı üzerinden batı emperyalizminin Truva atı gibi kurumsal yapı ihracı üzerinden bu devletleri kontrolü altına alması ve BM örgütünün demokrasi yaklaşımının başka amaçlar için etkin bir araç olarak kullanılma riski gözardı edilmemelidir. Çok sayıda BM misyonu ümit edildiği şekilde bir başarı getirmemiştir²⁸. İdeolojik motivasyon olmaksızın toplumda temel değişimlerin gerçekleştirilebilmesi konusunda tereddütler bulunmaktadır. BM'nin demokrasi yaklaşımı bu anlamda kimlik yaratma bakımından yetersizdir.

Minimize edilmiş demokrasi yaklaşımında bir başka kritik konu da şekli kurumsal boyuta siyasi ideolojiye nazaran öncelik verilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile minimize edilmiş demokrasi yaklaşımı demokratik kurumların yönetim (administrativ process) sürecinin bir parçası olarak oluşturulmasının bir sonucu olarak siyasi nitelikli temel konulara ilişkin uyuşmazlıkların teknokratlar tarafından çözülebileceği yanılığısına yol açabilmektedir.

Sonuç

BM örgütünün demokrasi yaklaşımının pozitif ve negatif boyutunun birarada mütalâa edilmesi ne BM yardımıyla demokratikleşme sürecinin baştan reddedilmesine, ne de bu durumun idealize edilmesine yol açmaktadır. Bu çerçevede post-conflict toplumlarda BM'nin demokratikleşmeye katkısının getirdiği olanak ve sınırların aydınlığa kavuşturulması gerekmektedir.

Evrensel örgüt olarak BM demokrasi projesini enstrüman olarak kullanmaktan öteye giden bir olanağa sahip değildir. Bu sebepler ışığında BM siyasi bir ideolojiye değil, çok partili demokrasilerin BM Şartı'nda yer alan amaçlara pozitif etkisine istinat etmektedir. Bu yaklaşım muvacehesinde demokrasi amaçlar için, diğer bir ifade ile, barış, refah ve insan hakları için araç olarak kabul edilmektedir. Minimalize edilmiş demokrasi yaklaşımının doğal olarak kendi sınırları bulunmaktadır; BM'nin zayıf demokrasi yaklaşımı bununla bera-

²⁷ Hilary Charlesworth, *Law After War*, *MelbJIntLaw*. 8 (2007), 244 vd.

²⁸ bkz.: G.H.Fox, *International Law and the Entitlement to Democracy After War*, *Global Governance* 9(2003), 187 vd.

ber mutlak olarak değerlerden yoksun değildir. Emperyalizm tehlikesine ilişkin olarak bu çerçevede ortaya çıkan uyarılar yersiz değildir. BM'nin demokrasi yaklaşımının siyaseti arka plana atarak tarafsız bir nitelik taşıması belki daha büyük bir problem oluşturmaktadır. BM'nin bu sorunun bilincinde olduğunu Ban Ki-moon'un demokrasinin BM tarafından desteklenmesi bağlamında teknik boyut üzerinde durması yanısıra, demokrasiyi siyasi bir süreç olarak nitelendirmesi teyit etmektedir²⁹.



KISALTMALAR

AJIL	The American Journal of International Law
MelbJIntLaw	Melbourne Journal of International Law
ONUMOZ.	United Nations Observation Mission of Mozambique
ONUSAL	UN Observation Mission in El Salvador
UNGA	United Nations General Assembly
UNMIK	The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo
UNTAET	United Nations Transitional Administration in East Timor
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

KAYNAKÇA

Albert Otto Hirschman On-and-Off Connection between Political and Economic Progress, The American Economist Review 84 (1994).

Anne Orford Reading Humanitarian Intervention, 2003.

Bruno Simma The Charter of the United Nations: A Commentary, 2nd ed. 2002

Charles T.Call/Susan E.Cook On Democratization and Peacebuilding, Global Governance 9 (2003)

Edeard Newman UN Democracy Promotion: Comparative Advantages and Constraints, bkz.: E.Newman/R.Rich (Hrsg.), The UN Role in Promoting Democracy: Between Ideals and Reality, 2004

Gregory H.Fox International Law and the Entitlement to Democracy After War, Global Governance 9(2003)

²⁹ bkz: <http://www.un.org/en/globalissue/democracies>

Gerry Simpson Great Powers and Outlaw States, Cambridge 2004

Gregory H.Fox/Brad R.Roth Introduction: The Spread of Liberal Democracy and its Implications for International Law, bkz.: G.H.Fox/B.R.Roth (Hrsg.), Democratic Governance and International Law, Cambridge University Press 2000

Hilary Charlesworth Law After War, MelbJlntLaw. 8 (2007)

Louis Henkin The International Bill of Rights, 1981

Michael W.Doyle Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Philosophy and Public Affairs, Vol. 12, No.3 (1983),

Niels Petersen Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, 2009

Oisín Tansey Regime Building, Democratization and International Administration, 2009,

Philipp Dann The Internationalization of the Constituent Power of the Nation, bkz.: Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009

Roland Rich UN Guidance Note on Democracy (special Document), Journal of Democracy, Vol 21, No.2 April 2010

Robert Jackson Sovereignty at the Millenium, 1999

Sujit Choudhry Old Imperial Dilemmas and the New Nations-Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Politics, Coun.L.Rev.37 (2004-2205)

Shahar Hameiri Capacity and Its Fallacies: International State Building as State Transformation, Millenium-Journal of International Studies 38 (2009)

Simon Chesterman Just War Just Peace? Humanitarian Interventions and International Law, 2000

Simon Chesterman Imposed Constitutions, Imposed Constitutionalism, and Ownership, 37(4) Connecticut Law Review (Summer 2005)

Thomas Carothers The End of the the Transition Paradigm, Journal of Democracy 13 (2002), 5.Vol.

Thomas Martin Franck The Emerging Right to Democratic Governance, AJIL 86 (1992)

TÜRK TİCARET KANUNU VE YENİ TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN AÇISINDAN HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR

*Unfair Commercial Practices from the Point of the Turkish Commercial Code
and The New Law on the Protection of Consumer*

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU*

ÖZET

Yeni “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” satıcı veya sağlayıcıların tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalarını yasaklamıştır. Yeni kanuna dayanılarak çıkarılan “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği” haksız ticari uygulamanın şartlarını ve per se haksız ticari uygulama sayılacak halleri ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Ayrıca teşebbüslerin kendi ve teşebbüslerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kurallarına aykırı davranışları Türk Ticaret Kanunu’na göre haksız rekabet aynı zamanda da haksız ticari uygulamadır. Fakat her iki kanunda haksız ticari uygulamanın şartları, sonuçları, yaptırımı ve haksız ticari uygulama iddiasıyla dava açabilecek kimseler farklı şekilde düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, Haksız Ticari Uygulama, Haksız Ticari Uygulama Karanesi, Per Se Haksız Ticari Uygulama, Tüketici, Mesleki Özen Yükümlülüğü.

ABSTRACT

The new “Law on Consumer Protection” prohibits unfair commercial practices of the trader or supplier against consumers. The “Directive on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices”, which was issued based on the new law, regulates the terms of the unfair commercial practices and the activities to be regarded as per se unfair commercial practices in a detailed way. Also, the practices of the traders which are contrary to the good faith affecting the relationship between the traders themselves as well as between the traders and customers are deemed both unfair competition and unfair commercial practices by the Turkish Commercial Code. However, unfair trade practices’ terms, results, sanctions, and those who have right to sue are organized in different ways under both laws.

Keywords: Unfair Competition, Unfair Commercial Practice, Presumption of the Unfair Commercial Practice, Per Se (Conclusive Presumption) Unfair Commercial Practice, Consumer, Duty of the Professional Diligence.

◆◆◆◆

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.
mtopcuoglu@hotmail.com

I) Haksız rekabet ve haksız ticari uygulama

A. Genel olarak

Yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan (ETKHK)¹ farklı olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)², tüketici bakımından *haksız ticari uygulamaları*³ özel olarak düzenlemiştir⁴. Tüketicinin⁵ bir mal veya hizmete karşı ekonomik davranış biçimini (iradesini) bozan, aldatıcı ya da saldırgan nitelikteki uygulamalar haksız ticari uygulamadır (TKHK m. 62/1).

Dürüstlük kuralına ve mesleki özen ilkesine aykırı ticari uygulamalar, TKHK açısından haksız ticari uygulama; TTK açısından da haksız rekabet olarak kabul edilecektir⁶. Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK)⁷ haksız rekabet ve haksız ticari uygulama tanımlanmamıştır. Fakat Kanun'un "Amaç ve ilke" başlıklı 54/2 hükümden hareketle haksız rekabeti, rakipler ile tedarik edenler ve müşteriler (tüketici, perakendeci, toptancı, acente veya tek satıcı)⁸ arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu durumda TTK'nın, rakipler ile tedarik edenler ve

¹ RG, 08.03.1995, S. 22221.

² RG, 28.11.2013, S. 28835. Kanun hakkında genel değerlendirme için bkz. CEYLAN, Ebru, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 2, 2015, s. 76-178; YILDIRIM, Abdulkerim, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, S. 1-2, s. 1015-1047.

³ Haksız ticari uygulamaya ilişkin düzenlemeler, "EU Unfair Commercial Practices Directive" (OJ, 11.6.2005, L 149/26) esas alınarak hazırlanmıştır. Söz konusu direktifin, AB Haksız Rekabet Hukuku uygulaması için dönüm noktası olduğu kabul edilmektedir. Bkz. HANDIG, Christian, "The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?", EBLR, 2005, s. 1117 vd.

⁴ Kanunun getirdiği yenilik ve değişiklikler için bkz. AYDOĞDU, Murat, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2013, s. 6 vd.

⁵ TKHK'da "tüketici" kavramı, "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" (m. 3/1.k) şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKÇAAL, Mehmet; UYUMAZ, Alper "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2013, s. 243-247.

⁶ NOMER ERTAN, N. Füsün (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, p. 1128.

⁷ RG, 14.02.2011, S. 27846.

⁸ Müşteri kavramının tüketicileri de kapsadığı kuşkusuzdur. Bkz. TTK m. 54, 55 gerekçesindeki açıklamalar.

müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamaları haksız ticari uygulama ve pek tabii haksız rekabet olarak kabul ettiği söylenebilecektir⁹. Görüldüğü gibi haksız ticari uygulamaları hem TTK hem de TKHK yasaklamaktadır¹⁰. Bu düzenleme çeşitliliği karşısında haksız rekabet hükümlerinin tüketiciler bakımından pratik değerinin, azaldığı hatta ortadan kalktığı düşünülebilir¹¹. Ancak tüketici menfaatlerini koruma görev ve yetkisine sahip özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin dava açma hakkının haksız ticari uygulamalar istisna tutularak ortak tüketici menfaatleriyle sınırlandırılması, TKHK'yı (m. 73/6) TTK'nın (m. 56/3) gerisinde bırakmıştır.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (HTUY)¹², tüketiciye yönelik ticari uygulamayı, "bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olarak ticari uygulamada bulunan taraftan gerçekleştirilen eylem, ihmal, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dâhil olmak üzere her türlü ticari uygulama" (m. 4/1.p) şeklinde tanımlamaktadır¹³. Bu tanım dikkate alındığında, satıcı veya sağlayıcının, mal veya hizmetlerin tedariki, satış ya da sunumu süreciyle doğrudan bağlantılı olan ve alıcının (başta tüketici olmak üzere tek satıcı, acente, toptancı, perakende işletmeleri gibi) karar verme iradesini etkileyebilecek iş veya işlemlerinin tümüne "ticari uygulama" denilecektir. Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda¹⁴ da benzer tanıma rastlanmaktadır¹⁵.

⁹ Krş. KOYUNCUOĞLU, Hikmet; ÖZKUL, Zeynep, "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku", İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s. 214.

¹⁰ Haksız ticari uygulamaların, TTK dışında, culpa in contrahendo, dürüstlük kuralı ve sözleşmeye aykırılık, haksız fiil sorumluluğu yönleriyle Medeni ve Borçlar; hukuki, cezai ve idari yaptırım yönleriyle de Medeni Usul, Ceza ve İdare Hukuku ile bağlantılı olduğu kuşkusuzdur. Bkz. European Commission – DG Justice, Final Report - Study on the Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU – Part 1: Synthesis Report, 22 December 2011, s. 28 vd [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucpd_final_report_part_1_synthesis.pdf (08.07.2015)].

¹¹ Bkz. FINGER, Manuela; SCHMIEDER, Sandra, "The New Law Against Unfair Competition: An Assessment", *German Law Journal*, Vol.: 6, No: 1, s. 203 vd; HANDIG, The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law? s. 1131, 1132.

¹² RG, 10.01.2015, S. 29232.

¹³ HTUY'nin, tanımlamak istediği ibareyi, cümle içinde iki defa tekrar ederek kendisiyle açıklamak istemesi doğru olmamıştır.

¹⁴ Act Against Unfair Competition [(AAUC), BGBl, 03.03. 2010, Part I, p. 254]. Genel bilgi için GÖKSOY, Yasar Can, Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, 2007, s. 143-174; FINGER, SCHMIEDER, The New Law Against Unfair Competition: An Assessment, s. 201 vd.

¹⁵ "Commercial practice" shall mean any conduct by a person for the benefit of that person's

Taraflarına göre haksız ticari uygulamayı üç kısma ayırmak mümkündür:

- 1) Bir teşebbüsün, rakip olup olmadığına bakılmaksızın diğer bir teşebbüse karşı yaptığı haksız ticari uygulama,
- 2) Bir teşebbüsün tüketiciye karşı yaptığı haksız ticari uygulama,
- 3) Tüketicinin tüketiciye karşı yaptığı haksız ticari uygulama.

Bir teşebbüsün diğer bir teşebbüse karşı icra ettiği haksız ticari uygulama, haksız rekabet hükümlerine tabi olacaktır (TTK m. 54 vd). Yine bir teşebbüsün tüketici sıfatını taşıyan diğer bir teşebbüse veya tüketiciye karşı gerçekleştirdiği haksız ticari uygulamalar haksız rekabet yönüyle TTK (m. 54 vd), haksız ticari uygulama yönüyle de TKHK (m. 62) hükümleri kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁶. Tüketicinin tüketiciye karşı yaptığı haksız ticari uygulama ise hile (TBK m. 36, 39) veya haksız fiil (TBK m. 49 vd) şartları çerçevesinde muamele görecektir. Bu çalışmada sadece ilk iki hal incelenecektir.

B) Haksız rekabet ve uygulama alanı

1) Genel olarak

Haksız rekabet hukukunun temeli, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının hâkim kılınması, kimsenin başkaları karşısında hak etmediği bir üstünlüğe yeltenmemesi, sadece emek ve gayretine dayanması anlayışıdır¹⁷. Ticari faaliyetlerin yürütülmesi sürecinde rekabet hakkının kötüye kullanılması, sağlayıcıların zayıf konumdaki alıcılarını (acentacı, tek satıcı vs) ve tüketiciyi sömürmesi mümkündür. Piyasa aktörlerinin dürüst rekabet anlayışından saparak, rakibi veya ürünlerini kötülemesini ya da kendini yahut ürünlerini gerçeğe aykırı bilgilerle öne geçirmeye çalışmasını hatta küçük alıcıları ve tüketiciyi istismar etmesini hem TTK (54) ve TBK (m. 57) hem de TKHK (m. 62) yasaklamıştır.

or a third party's business before, during, or after, the conclusion of a business transaction, which conduct is objectively connected with promoting the sale or the procurement of goods or services, or with the conclusion or the performance of a contract concerning goods or services" (AAUC, §.2, 1.1).

¹⁶ Ayrıca bkz. ABBAMONTE, Giuseppe B., "The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach", Columbia Journal of European Law, Vol: 12, 2006, s. 699-701; REICH, Norbert, "Harmonisation of European Contract Law: With Special Emphasis on Consumer Law", China-EU Law J, 2011, 1, s. 59.

¹⁷ Bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 454, 455; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 1132, 1133; GÜVEN, Şirin, Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012, s. 42 ve dnpn 127.

2) Haksız rekabet

Yürürlükten kaldırılan TTK'da (ETTK)¹⁸ haksız rekabet, “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suis-timali” olarak tanımlanmış idi (m. 56). TTK'da haksız rekabeti tanımlayan bir hüküm yoktur. Kanun koyucu tanım yerine, genel bir ilke benimsemekle yetinmiştir: “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır” (TTK m. 54/2). Bu hükümden hareketle haksız rekabeti, rakip veya sağlayıcılarla müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı davranışlar olarak tanımlayabiliriz.

Rakiplerle tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı davranışların konusu, tüketici dışında mağdurun işletmesiyle ilgili olmadığı sürece haksız rekabetten söz edilemez. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, mağdurun doğrudan işletmesi, ürünleri, üretim ve satış süreci ile ilgili veya bu iş ya da işlemlerle fonksiyonel olarak bağlantılı menfaatlerini ihlal etmelidir¹⁹. İşletmenin, “ticari işletme” niteliği veya işletenin “tacir” sıfatını taşıması şart değildir²⁰. Mağdurun işletmesi veya onunla fonksiyonel olarak bağlantılı menfaatlerini ihlal etmeyen dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, haksız fiil (TBK m. 49 vd) veya kişiliği koruyan (TMK m. 24, 25) hükümler kapsamında değerlendirilecektir. Bu husus, TTK m. 54 hükmünden açıkça anlaşılmasa da haksız rekabet hükümlerinin, haksız fiillere göre özel düzenleme niteliği taşımasının gerekçesini oluşturmaktadır. Bu yüzden, ETK m. 56'daki “iktisadi rekabet” ile ifade edilmek istenen vurgunun, TTK m. 54'e aktarılmaması bir eksikliktir²¹. Sosyal, siyasi veya ticari olsun hayatın her

¹⁸ RG, 09.07.1956, S. 9353.

¹⁹ “Haksız eylemin özel bir türü olan haksız rekabeti oluşturan eylemin kim tarafından, hangi şekilde, hangi yolla meydana getirilmiş olduğunun bu eylemin sübutu açısından bir önemi bulunmayıp, yapılan eylemin haksız olarak bir ticari işletmeye, ticari faaliyete zarar verip vermediği, güven içinde devam etmesi, işlemleri gerekli ticari rekabet ortamını bozup bozmadığı hususu üzerinde durulmalıdır” Y. 11. HD, T. 21.02.2010, E. 2008/9072, K. 2010/591 [Kazancı İçtihat Programı (26.01.2015)].

²⁰ “Gerek haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler gerekse Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtilen herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu yönündeki tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulunan temel hüküm uyarınca bir ticari işletmeye, şirkete yönelik olarak yapılan eylemlerin haksız rekabet oluşturması için bu eylemleri yapanların tacir olmaları veya haksız rekabete maruz kalan şahıs, şirket veya işletme ile aynı konularda işgal etmeleri gerekmemektedir” Y. 11. HD, T. 21.02.2010, E. 2008/9072, K. 2010/591 [Kazancı İçtihat Programı (26.01.2015)].

²¹ Bu durumun sebebi, TTK m. 54 gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır: “Eski kanun ‘iktisadi rekabet’ten söz ederdi. Bu kavram hukukî olmadığı gibi, anlam ve içeriği de belirsizdi; karşıt kavramı olan ‘iktisadî olmayan (gayri iktisadî) rekabet’ ile anlamlandırılmak

alanında rekabet ve bu hakkın her halükarda kötüye kullanılması ihtimali vardır. Aralarında siyasi veya ailevi sorunlar bulunan bir tacirin rakibi için yolsuzluk, ahlaksızlık, geçimsizlik ithamlarında bulunması, onun işletmesi, ürünleri, üretim veya satış politikalarıyla irtibatlı olmadığı sürece haksız rekabet sayılmayacaktır. Söz konusu ithamlar, TTK m. 54 anlamında rakipler arası ilişkileri olumsuz etkilese de haksız rekabet değil haksız fiil veya kişiliğin korunması hükümleri kapsamında değerlendirilecektir. Buna karşılık tüketiciler için fiilin haksız rekabet sayılmasında, ürün veya hizmet tercihlerinin (karar verme özgürlüklerinin) dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla etkilenmiş olması yeterlidir.

Dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla rekabet hakkı ihlal edilen kimselerin “rakip” olmaları şart değildir. Bilindiği gibi sağlayıcı ile acentası veya tek satıcısı ya da çalışanlar yahut müşteriler birbirinin rakibi değildir. Bu yüzden haksız rekabet ile mücadele amacı sadece rakiplerle sınırlandırılmaz²².

Rakipler, tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı fiiller, “haksız ve hukuka aykırı” olmakla birlikte söz konusu hukuka aykırı fiiller ancak zarar veya zarar tehlikesi bulunması şartı ile engellenebilecektir. TTK m. 54, rekabet ortamını (dürüst ve bozulmamış rekabet), piyasa katılanlarının (rakipler, tedarik edenler ve müşteriler) rekabet hakkını ve tüketicileri korumaktadır. Haksız rekabeti tarif eden TTK m. 54/2, “zarar” unsuruna yer vermemiştir. Buna karşılık haksız rekabete ilişkin bütün müesseselerin harekete geçirilebilmesi imkânı, zarar veya zarar tehlikesi şartına bağlanmıştır. Hiç şüphesiz zarar tehlikesinin yeterli görülmesi, dava yolunu kolaylaştıracaktır. Zarar, TTK m. 56’da belirtildiği üzere, bir kimsenin müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatlerinin haksız rekabetten olumsuz etkilenmesi sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Tazminat davası için zararın varlığı şarttır ancak hukuka aykırılığı bizzat kanun tarafından kabul edilmiş bir fiilin, dava yoluyla tespitinin veya durdurulmasının, zarar ya

yoluna gidince de kavramı yorumlamak iyice zorlaşıyordu. Ayrıca, iktisadî rekabet “rakipler arası rekabet”i akla getiriyordu. Yeni metin dürüst ve bozulmamış rekabet kavramı ile hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da “bozulmamış”, “engellenmemiş”, “kısıtlanmamış” rekabeti esas alır ve engellenmiş, bozulmuş, kısıtlanmış rekabete sonuçlar bağlar. Tüm bu kavramlar hukukîdir. ... 6762 sayılı Kanununun 56 ncı maddesine göre bir eylemin haksız rekabet olabilmesi için dürüst davranış kurallarını ihlâl etmesi yetmez. Bu ihlâl in ayrıca iktisadi rekabetin kötüye kullanılması niteliğini taşıması da gerekir”. Ayrıca bkz. YÜRÜK, Ayşe Tülin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı, 2013, C. 13, s. 45, 46.

²² Bkz. FINGER, Manuela; SCHMIEDER, Sandra, “The New Law Against Unfair Competition: An Assessment”, German Law Journal, Vol. 06, No. 01, 2005, s. 204.

da zarar tehlikesinin bulunmaması gerekçesiyle istenememesi izahı güç bir durumdur²³.

3) Haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı

Yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunu'nun (m. 48) haksız rekabetle ilgili hükmü, özüne dokunulmaksızın yeni Türk Borçlar Kanunu'na²⁴ (m. 57) alınmıştır. Söz konusu hükmün, uygulama alanı bulunmadığı veya hayli sınırlı olduğu yolundaki tartışmaların dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. TBK m. 57'ye göre, gerçeğe aykırı haber veya ilanlar ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sebebiyle bir kimsenin müşterilerinin azalması veya azalma tehlikesiyle karşılaşması halinde haksız rekabetten söz edilecektir²⁵. Zarar gören kişi, haksız rekabete yol açan davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. TBK m. 57 hükmünün düzenlediği haksız rekabet, dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık anlayışına dayanmaktadır. Gerçeğe uygun olmayan haber yaymanın veya ilan vermenin dürüstlük kuralına aykırılığında şüphe yoktur.

Ticari işlere ait haksız rekabet hallerinde TTK m. 54 vd hükümleri uygulanacaktır (TBK m. 57/2). Fakat TTK m. 54 vd. hükümleri incelendiğinde haksız rekabet anlayışının, ticari işlerle bu anlamda TTK'da düzenlenen fiil ve işlemler, ticari işletme veya tacirle sınırlandırıldığını söylemek mümkün değildir²⁶. Tanımlama ve sınırlama yapılmaksızın "bütün katılanların menfaati", "rakipler", "tedarik edenler", "müşteriler" gibi kavramların seçilmesi bu sonucu doğrulamaktadır²⁷.

TTK, haksız rekabetin uygulama alanını ticari işlerle sınırlandırmamakla²⁸

²³ Aynı yönde bkz KAYAR, İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2013, s. 268.

²⁴ RG, 04.02.2011, S. 27836.

²⁵ Bkz. ANTALYA, O. Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2013, s. 521.

²⁶ Bkz. NOMER ERTAN (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/), *Ticari İşletme Hukuku*, p. 1134-1136; ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2015, s. 322; POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2012, s. 319, 320; AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 2015, s. 375; KARAHAN, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Konya 2013, s. 210-212; ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2013, s. 152-154; BİLGİLİ, Fatih; DEMİRKAPI, Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, Bursa 2014, s. 231, 232.

²⁷ Ayrıca bkz. AKSOY, Mehmet Ali, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Doktora Tezi, 2011, s. 26-30; FINGER, SCHMIEDER, *The New Law Against Unfair Competition: An Assessment*, s. 204.

²⁸ "(D)avalının davacının ticari faaliyetine zarar verici nitelikteki eylemlerinin tespiti halinde tacir olmaması bu durumun haksız rekabet sayılmasını engelleme(z)" Y. 11. HD, T.

birlikte adi işlerle ilgili haksız rekabete TBK m. 57/2'nin uygulanacağına işaret eden düzenlemeyi de görmezden gelmemek gerekir. Adi işlerle ilgili haksız rekabet mağduru talebini TTK m. 54 vd hükümlerine veya TBK m. 57/1 hükmüne dayandırabilecektir. Ancak haksız rekabet mağduruna TTK m. 56 hükmünün bahsettiği hak ve yetkiler, TBK m. 57'ye göre daha geniş olduğundan sözkonusu hükmün, fiilen uygulama imkânı bulamayacağı söylenebilir.

4) Kanunda sayılan haksız rekabet halleri ve önemi

TTK m. 55 özellikle haksız rekabet sayılacak halleri altı ana başlık (a-f) halinde sıralamış ve her bir başlık altında çok sayıda haksız rekabet davranışlarına yer vermiştir. Bu başlıklar ve altında zikredilen haksız rekabet davranışları sınırlı sayıda değil, örnek kabilinden haksız rekabet fiilleridir. Örnek haksız rekabet fiillerinin iki pratik sonucu olduğu söylenebilir: İspat kolaylığı sağlaması ve TTK m. 62/1.a'daki ceza davası yolunun örnek haksız rekabet fiilleriyle sınırlandırılması.

TTK m. 54/2 hükmü kapsamında dürüstlük kuralına aykırı her türlü davranış yasaktır. Bu temel kural bir yana Kanunun, özellikle işaret ettiği ve altı ana başlık halinde sıraladığı haksız rekabet örnekleri somut olay bakımından ispat kolaylığı sağlayacaktır. Bir davranış veya ticari uygulamanın TTK m. 55/2'de işaret edilen örneklerden birisi ile örtüşmesi durumunda, davacının varlığı sabit olan sözkonusu davranış veya uygulamanın haksız rekabet niteliği taşıdığını ispat etmesine ihtiyaç olmayacaktır²⁹. Ayrıca uyumsuzluğu halle yetkili olan mahkemenin, işaret edilen örneklerle örtüşen davranış veya uygulamanın haksız rekabet sayılıp sayılmayacağını araştırmasına gerek kalmayacaktır³⁰.

Örnek haksız rekabet hallerinin ikinci önemli sonucu, ceza sorumluluğuna ilişkindir. TTK m. 62 hükmü, TTK m. 55/1'de yazılı haksız rekabet fiillerini kasten işleyenler için hapis ve adli para cezası öngörmüştür. Fakat Ceza Hukukundaki kıyas yasağı veya suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği, sadece TTK m. 55/1'de alt başlıklar halinde ve açıkça zikredilen haksız rekabet fiilleri ile TTK m. 62/1.b-d'deki fiiller şikâyet üzerine cezalandırılabilir. Şu halde maddede doğrudan sayılmayan ancak TTK m. 54/2 hükmü kapsamında haksız fiil oluşturabilecek fiillerin cezalandırılması imkânı bulunmamaktadır³¹.

21.02.2010, E. 2008/9072, K. 2010/591 [Kazancı İçtihat Programı (26.01.2015)].

²⁹ Krş. FINGER, SCHMIEDER, The New Law Against Unfair Competition: An Assessment, s. 206, 207.

³⁰ Bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 324.

³¹ Ayrıca bkz. TTK m. 62 gerekçesi.

C) Haksız ticari uygulama

1) Genel olarak

Haksız ticari uygulama, mal veya hizmetlerin tedariki, satış ya da sunumu süreciyle doğrudan bağlantılı olan ve müşterinin karar verme iradesini etkileyen dürüstlük kuralına aykırı iş veya işlemlerin tümüdür. Bu başlık altında incelenecek haksız ticari uygulama halleri bir teşebbüsün; diğer bir teşebbüse ve tüketici sıfatını taşıyan teşebbüs ile tüketiciye karşı gerçekleştirilen haksız ticari uygulamalardır³². Bu yüzden haksız rekabet yönüyle TTK m. 55'te sayılan hususlar ile TKHK m. 62 hükmünün getirdiği ilkeler ve HTUY'deki ilke ve haksız ticari uygulama halleri ayrı ayrı incelenecektir.

2) Tüketicinin aydınlatılması ve bilinçlendirilmesi yükümlülüğü

Rekabet şartlarının hâkim olduğu ve çok sayıda alternatif ürünün bulunduğu piyasalarda, mal veya hizmetlerin fiyatı, kalitesi, nitelikleri, ömrü gibi tercih sebepleri bakımından tüketiciyi koruyacak tedbirlerin başında, tüketici bilincinin artırılması yolu gelmektedir. Bilgili veya aydınlatılmış bir tüketicinin, ihtiyaç duyduğu mal ya da hizmetle ilgili isabetli tercih yapması güçlük arz etmez³³. Bu yüzden başta Anayasamız Devlete, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alma ödevini yüklemiştir (m. 172). Kamu yararı gereği olarak tüketicinin en üst düzeyde korunması hedeflenmiş, özel düzenlemeler yapılmıştır. TKHK'nın amacı, tüketicinin; aydınlatılması ve bilinçlendirilmesi ile ilgili önlemlerin alınması³⁴, sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik çıkarlarının korunması, zararlarının tazmin edilmesi, çevresel tehlikelerden korunması, kendilerini koruyucu girişimlerinin özendirilmesi ve nihayet bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmelerin teşvik edilmesidir (m. 1).

Yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmelerin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenerek bir nüshasının tüketiciye teslimi (m. 4/1); tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, yazılı şekilde sözleşmenin ekinde gösterilmesi (m. 4/4); mal üzerine veya ambalajına kolaylıkla okunabilecek şekilde ayıba ilişkin açık-

³² Bkz. OSUJI, Onyeka K. , "Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK - A Distorted Picture of Uniform Harmonization?", J Consum Policy, 2011, 34, s. 437 vd.

³³ Bkz. REICH, Harmonisation of European Contract Law: With Special Emphasis on Consumer Law, s. 59-61.

³⁴ Tüketici bilincini arttırmak için Kanun, örgün ve yaygın eğitim kurumları ders programlarına tüketici dersleri konulması ve ülke genelinde yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşlarına yayın yapma zorunluluğu getirmiştir (m. 59).

layıcı bilgiye yer verilmesi, aynı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilmesi (m. 10/3); cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirilmesi (m. 18/2); tüketici kredisi, konut finansmanı ve ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, kredi verenin sözleşme öncesi bilgi formunu, tüketiciye sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi (m. 23, 24/2, 33, 40/2); iş yeri dışında kurulan, mesafeli, devre tatil, paket tur sözleşmelerinde tüketicinin bilgilendirilmesi zorunluluğu (m. 47, 48, 49, 50/4, 51); tüketicinin ödeyeceği tüm vergiler dâhil malın satış fiyatı ve birim fiyatını gösteren, üretim yeri ve ayırıcı özelliklerini içeren etiket konulması veya liste asılması (m. 54); Türkçe tanıma ve kullanma kılavuzları verilmesi (m. 55); Reklam Kurulu kararlarının açıklanması (m. 63/10); tüketicinin korunması, bilinçlendirilmesi ve yasal haklarını kullanmaları konusunda özendirilmesi amaçlarına yönelik tüketici ödülleri verilmesi (m. 60) hususlarının, topluca TKHK'nın tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali ayrıca, hal ve şartlara göre haksız rekabet teşkil edebilecektir (TTK m. 55/1.a-9, 10)³⁵.

Dürüstlük kuralı gereği taraflar (satıcı veya sağlayıcı ile tüketici) arasında, tüketici işlemiyle ilgili görüşmelerin başlamasıyla birlikte birbirlerini koruma yükümlülüğü doğar. "Culpa in contrahendo sorumluluğu"³⁶ olarak ifade edilen, taraflar arasındaki sosyal temasla başlayan ve özel güven ilişkisine dayanan bu sorumluluk anlayışına göre taraflar, birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerine zarar vermemekle yükümlüdür³⁷. Bu sorumluluğun tabii sonucu

³⁵ Bkz. AKSOY, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, s. 117.

³⁶ Culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 80-86; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 1128-1138; DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Madeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 7 vd, GEZDER, Ümit, Türk / İsviçre Hukukunda Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009; YALMAN, Süleyman, Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006; ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 134 vd. AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995; BAYGIN, Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, 2000, C. IV, S. 12, s. 345-377.

³⁷ "... Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak

olarak satıcı veya sağlayıcı, tüketiciye karşı, sözleşme görüşmesinin yürütülmesine özen göstermek, mal veya hizmetlerle ilgili bilgi vermek, gerekli ve yeterli açıklamalarda bulunmak, dürüstlük kuralından kaynaklanan önlemleri almak ve özeni göstermek zorundadır³⁸. Sorumluluk açısından sözleşmenin kurulup kurulmamasının, geçerli olup olmamasının önemi yoktur³⁹. İçeriği açıklanmamış olsa da TKHK’da öngörülen “mesleki özen” (m. 62/1) yükümlülüğünün, culpa in contrahendo sorumluluğunun, satıcı veya sağlayıcı bakımından ete kemiğe büründürülmüş hali olduğu düşünülebilir⁴⁰. Öyleyse TKHK’nın, culpa in contrahendo sorumluluğuyla birlikte, satıcı veya sağlayıcıyı, satış ya da sunum faaliyetleri sürecinde tüketicinin iradesini etkileyecek konularda, onu bilgilendirmeyi mesleki özen yükümlülüğünün gereği olarak kabul ettiği söylenebilecektir.

3) TTK açısından haksız ticari uygulama

Rakipler ve tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar hukuka aykırı kabul edilmiştir (TTK m. 54/2). Kanun, “ticari uygulama”yı tanımlamamış fakat “dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” (TTK m. 55) başlığı altında haksız ticari uygulama örneklerine işaret etmekle yetinmiştir. Madde gerekçesindeki⁴¹ açıklamalar da ticari uygulama hakkında bir fikir vermemektedir. Kanun’un, haksız rekabetin amacını (m. 54/2) ve haksız rekabet örneklerini (m. 55) düzenleyen hükümleri dikkate alındığında, dürüstlük kuralına aykırı iş ve işlemlerin “davranış” ve “ticari uygulama” şeklinde icra edildiği, bu yüzden her iki halin haksız rekabet sayılması bakımından aralarında bir fark gözetilmediği söylenebilir. Öyleyse haksız ticari uygulama, haksız rekabetin

aykırı davranış, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Fikret Eren, a.g.e., s. 1084, 306 vd., İlhan Ulsan, a.g.e., s. 286)”, YHGK, 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623 [Kazancı İçtihat Programı (11.07.2015)]

³⁸ Tüketici, satıcı veya sağlayıcının kusurunu ispat etmek zorunda değildir. Ayrıca sorumluluk için zamanaşımı süresi 10 yıldır. Bkz. DEMİRCİOĞLU, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, s. 349 vd.

³⁹ Bkz. BULUT, Uğur, “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 330.

⁴⁰ Krş. COLLINS, Hugh, “Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices”, The Modern Law Review, 2010, 73(1), s. 98, 99.

⁴¹ “Dürüstlük kuralına aykırılık ya davranışlarla ya da ticarî uygulamalarla olur. Davranışlar ve ticarî uygulamalar iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğe ters, aldatıcı, yanıltıcı, kandırıcı olabilir. İsviçre Kanununun gerekçesinde ifade edildiği üzere dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticarî uygulamalar rekabetin işlevsel kurallarını zedeler, rekabetten beklenen sonuçların alınmasını engeller”.

tüketicilere karşı gerçekleştirilen ve mağduru tüketici olan dürüstlük kuralına aykırı davranış şeklidir⁴².

Daha önce de ifade edildiği gibi, satıcı veya sağlayıcının mal veya hizmetlerin tedariki, satış ya da sunumu süreciyle doğrudan bağlantılı olan ve *alıcının* karar verme yeteneğini etkileyebilecek iş veya işlemlerinin tümü “ticari uygulama” olarak kabul edilecektir. Mal veya hizmetlerin satış ya da sunumu süreciyle doğrudan bağlantılı olan ve işletme organizasyonunun içinde (ticari temsilci, ticari vekil) yahut dışında (kapıdan satışlar, pazarlamacı) çalışan kimselerin faaliyetleri de ticari uygulama kapsamına girecektir⁴³. Unutmamak gerekir ki “alıcı” kavramı, TKHK da olduğu gibi sadece tüketici ile sınırlı değildir. Bir teşebbüsün diğer bir teşebbüse ve tüketiciye karşı icra ettiği dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamalar, haksız rekabet ve haksız ticari uygulama sayılacaktır. TTK m. 55’te bahsedilen örnek haksız ticari uygulamalar şunlardır:

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar⁴⁴,

⁴² Krş. NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 1128.

⁴³ Bkz. STEENNOT, Reinhard, “Are rules prohibiting the doorstep selling of certain goods and prohibiting the itinerant selling of goods and services without prior authorization compatible with the EU-Treaty and the Unfair Commercial Practices Directive?”, Working Paper Series, Financial Law Institute, Ghent University, 2013, s. 10 [<http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2013-04.pdf> (03.07.2015)].

⁴⁴ Bu başlık altında yer verilen örnek uygulamalar:

- “1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,
2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,
3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembollerini kullanmak,
4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,
5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınırlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,
6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,
7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek⁴⁵,

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma⁴⁶,

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak⁴⁷.

8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,
9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriye yanıltılmak,

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak” (TTK m. 55/1.a).

⁴⁵ Bu başlık altında gösterilen örnek uygulamalar:

“1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek” (TTK m. 55/1.b).

⁴⁶ Bu başlık altında gösterilen örnek uygulamalar:

“1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak” (TTK m. 55/1.c).

⁴⁷ “Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

4) TKHK açısından haksız ticari uygulama

a) Genel olarak

Yürürlükten kaldırılan TKHK'da haksız ticari uygulamaya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş idi. TKHK, haksız ticari uygulamanın esaslarını ve tabi olduğu sonuçları düzenlemiştir. Haksız ticari uygulama" sayılacak haller, ayrıca ve ayrıntılı olarak HTUY'de gösterilmiştir (m. 28-31).

Kanun haksız ticari uygulamayı, mesleki özenin gereklerine uymayan, ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozan yahut önemli ölçüde bozma ihtimali bulunan uygulamalar şeklinde tarif etmektedir⁴⁸. Ayrıca tüketicinin maruz kaldığı aldatıcı ve saldırgan uygulamalar, özellikle haksız ticari uygulama olarak nitelendirilmiştir (TKHK m. 62/1). Buna göre iki tür ticari uygulamanın haksızlığından kuşku duyulmayacaktır. Bunlar, tüketici kararını etkileyen uygulamalar ile haksızlığı karine olarak kabul edilen ticari uygulamalardır.

b) Haksız ticari uygulamanın şartları

aa) Genel olarak

TTK bakımından bir ticari uygulamanın haksız sayılabilmesi için sözkonusu uygulamanın dürüstlük kuralına aykırı olması ve satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasındaki ilişkileri etkilemesi yeterlidir. Hâlbuki TKHK, bir ticari uygulamanın haksızlığını kabul edebilmek için ek kriterler aramaktadır. Aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamalar ile per se haksız ticari uygulamalar dışında bir ticari uygulamanın haksızlığından söz edebilmek için birbiriyle bağlantılı üç temel şartın gerçekleşmesine ihtiyaç vardır. Bunlar:

- 1) Ticari uygulama mesleki özenin gereklerine uymamalı,
- 2) Ticari uygulama ortalama tüketicinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini etkilemeli veya etkileme ihtimali bulunmalı,
- 3) Tüketici davranışını bozan etki "önemli" ölçüde olmalıdır.

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur (TTK m. 55/1.f).

⁴⁸ Bkz. ARNOLD, Richard, "English Unfair Competition Law", IIC, 2013, 44, s. 67; PONCIBÒ, Cristina, "The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step", London Law Review, Vol. 1, No. 2, 2005, s. 4, 5 [<http://ssrn.com/abstract=1097069> (05.06.2015)].

Görüldüğü gibi bir ticari uygulamanın haksız olarak nitelendirilmesinde TKHK'nın aradığı kriterler TTK'ya göre daha ağırdır.

bb) Mesleki özen ilkesine aykırılık

Yukarıda “tüketicinin aydınlatılması” başlığı altında işaret edildiği gibi mesleki özen yükümlülüğü, culpa in contrahendo sorumluluğunun satıcı veya sağlayıcı açısından özel görünüş şeklini ifade etmektedir. AB “Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi”nde mesleki özen, dürüst pazar uygulamasına ve/veya satıcının faaliyet alanında geçerli iyi niyet kurallarına uygun olarak tüketicilere karşı göstermesi gereken yeterli dikkat ve ihtimam yükümlülüğü şeklinde tanımlanmıştır⁴⁹. TKHK ve HTUY, “mesleki özen” ilkesi hakkında bir tanım veya açıklamaya yer vermemekle birlikte bu yükümlülüğün de dürüstlük kuralına dayandığı kuşkusuzdur. Fakat mesleki özen yükümlülüğünün kapsamı, dürüstlük kuralından daha geniştir. Satıcı veya sağlayıcı haklarını kullanırken, borçlarını yerine getirirken karşısındakinin kendine duyduğu güvene, iş hayatının gerektirdiği dikkat ve özene, toplumdaki ahlak, namus ve doğruluk esaslarına uygun hareket etmek zorundadır⁵⁰. Satıcı veya sağlayıcının özen yükümlülüğünün sınırlarının tespitinde, aynı alanda geçerli iş hayatı şartları ve yine aynı alanda faaliyet gösteren dikkatli, özenli ve basiretli bir satıcının tutumu esas alınacaktır⁵¹. Örneğin bir oto galerisinden kilo metresi düşürülmüş araç satın alan tüketiciye karşı satıcı, durumu bilmesede hatta bilmemekte mazur görülse bile sorumlu kabul edilecektir⁵².

Mesleki özen yükümlülüğü için bu kriteri tanımlayan diğer düzenlemelerden⁵³ ve satıcının çoğunlukla tacir olması ihtimalinden hareketle aynı alanda

⁴⁹ “(P)rofessional diligence’ means the standard of special skill and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers, commensurate with honest market practice and/or the general principle of good faith in the trader’s field of activity” [Unfair Commercial Practices Directive (OJ, 11.6.2005, L. 149/22), Art. 2.h]. Bkz. TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, “An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive”, A Report for the Department of Trade and Industry, 18 May 2005 [http://www.berr.gov.uk/files/file32095.pdf (02.07.2015)], s. 4-11.

⁵⁰ Dürüstlük kuralı için bkz. AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, s. 166 vd.

⁵¹ Bkz. COLLINS, Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices, s. 98; ABBAMONTE, The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach, s. 705, 706.

⁵² Ayrıca bkz. ABBAMONTE, The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach, s. 705, 706; AKSOY, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, s. 173.

⁵³ Hukukumuzda “mesleki özen” kriterini tanımlayan şu düzenlemelere dikkat çekmekte fayda görüyoruz:

faaliyet gösteren “basiretli” bir satıcının satış ve sunum sürecinde müşterilerine göstereceği dikkat ve özen esas alınmalıdır. Bu yönüyle mesleki özen yükümlülüğünün, objektif bir “özen” ölçüsü getirdiğini, satıcının ticari faaliyetlerinde, kendi teknik bilgisi, yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı alanda faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir satıcıdan beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu vurguladığı söylenebilecektir⁵⁴. Bu anlamda satıcı, satış veya sunumunu yaptığı ürün ya da hizmetlerle ilgili tüketicinin karar verme yeteneğini etkileyecek olumlu ve olumsuz özellikleri, nitelikleri, şartları, uygulama ve yöntemleri bilir, bilmesi gerekir. Satıcı, tüketicinin, bilmesi halinde kararını değiştirebilecek önemdeki özelliklerin (hususiyetlerin) farkındadır; bu olumlu veya olumsuz özelliklerin gizlenmesi ya da (ihmal) değiştirilmesi durumunda yanılacağına bilincindedir.

Satıcı veya sağlayıcı tacir ise mesleki özen yükümlülüğünü, “basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü”nün gereği olarak görmek gerekir. Bilindiği gibi tacir, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tabidir. Bu yükümlülük sebebiyle tacirin, ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde; bilgili, tedbirli, özenli ve öngörülü hareket etmesi şarttır⁵⁵. Tacirin, tüketicinin karar verme iradesinde etkili olabilecek hususlarda onu *gerekli, yeterli ve doğru* bilgilerle aydınlatması zorunludur. Zira satıcı veya sağlayıcının, tüketiciyi, bir ürün

“Mesleki özen ve titizlik, basiretli bir bağımsız denetçinin aynı koşullar altında ayrıntılara vereceği önemi, göstereceği dikkat ve gayreti ifade eder” [Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ, S. X, No. 22 (RG, 12.06.2006, S. 29196, Mükerrer) m. 14/1].

“Mesleki özen, mesleki hizmetlerin yerine getirilmesinde dikkatli, derinlemesine ve zaman esasına göre hareket edilmesini öngörür” [Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik (RG, 19.10.2007, S. 26675), m. 11/2].

“Yetkili derecelendirme kuruluşlarının görevlendirdiği derecelendirme komitesi üyeleri ve derecelendirme uzmanları, derecelendirme görevinin planlanması, yürütülüp sonuçlandırılması ve derecelendirme notunun verilmesi safhalarında gerekli mesleki özen ve titizliği göstermek zorundadırlar. Bu kişilerin göstereceği özen ve titizlik, dikkatli ve basiretli bir derecelendirme komitesi üyesi ya da derecelendirme uzmanının aynı koşullar altında ayrıntılara ve bulgulara vereceği önemi, göstereceği dikkat ve gayreti ifade eder [Derecelendirme Kuruluşlarının Yetkilendirilmesine ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG, 17.04.2012, S. 28267), m. 11/2].

⁵⁴ Bkz. TJONG TJIN TAI, Eric, “Professional Diligence as a Standard in European Private Law” TILBURG PRIVATE LAW WORKING PAPER SERIES, No. 01/2015, s. 3-6 [http://www.ssrn.com/link/Tilburg-Private-Law.html (05.06.2015)].

⁵⁵ “... (D)avali... K.T.’nin elektrik malzemesi alım-satımı ile iştiğal etmesi sebebiyle satışa sunduğu emtianın taklit marka ile üretilmiş ürün olduğunu bilmesi ... 6102 Sayılı TTK’nın 18/2 maddesinin bir gereği”dir (Y 11. HD, 27.5.2014, E. 2014/3391, K. 2014/9751).

veya hizmetle ilgili ayrıntılı olarak bilgilendirme yükümlülüğü yoktur⁵⁶. Tüketicinin, ihtiyaçlarına veya isteğine uygun ürünü seçebilmesi için rakip veya ikame ürünleri tanınması gerekir. Dolayısıyla tüketicinin doğru karar verebilmesi, talep ettiği ürün konusunda, gerekli ve yeterli ölçüde (ürünün fiyatı, özellikleri, ömrü, garanti ve servis hizmetleri gibi rakip ürünlerle karşılaştırma yapmaya yarayacak kriterler) bilgilenmiş olmasına bağlıdır.

cc) Tüketici kararının etkilenmesi veya etkilenme ihtimalinin bulunması

Bir eyleminin haksız ticari uygulama kabul edilmesinde satıcı veya sağlayıcının mesleki özen yükümlülüğünü ihlal etmesi yeterli değildir. Ayrıca satıcı veya sağlayıcının eylemi, tüketicinin ekonomik davranış biçimini etkilemeli ya da etkileme ihtimali taşımalıdır. Böylece tüketici, gerçek durumu bilmesi durumunda taraf olmayacağı hukuki işleme taraf olmalıdır. Ticari uygulamanın haksız olarak nitelendirilmesinde, tüketicinin davranış biçimini etkileme ihtimalinin varlığı da yeterli görülmüştür.

Kararı etkilenen veya etkilenme ihtimali olan “tüketici” sıfatına da açıklık getirilmiştir. Tüketici işleminin tarafı olan kişinin, “ortalama tüketici” ya da mal veya hizmetin “yöneldiği grubun ortalama üyesi” olması yeterlidir. Dikkate alınacak tüketici bakımından bilgili, özenli veya basiretli gibi sıfatlar aranmayacak, makul düzeyde bilgiye sahip olması yeterli görülecektir⁵⁷. HTUY, ortalama tüketiciyi “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” olarak nitelendirmiştir (m. 4/1.j). Ortalama tüketici kriterinde mal veya hizmetin hitap ettiği müşteri çevresi önemlidir. Özel ürünlerde hedef müşteri (çocuk – yetişkin, genç – yaşlı, kadın – erkek, avukat, eczacı, doktor, mühendis gibi) çevresine göre makul düzeyde bilgiye sahip tüketici, belirleyici olacaktır⁵⁸.

dd) Etkinin önemli olması

Haksız ticari uygulamadan söz edebilmek için uygulamanın, mesleki özen yükümlülüğüne aykırı düşmesi, tüketicinin karar verme özgürlüğünü etkilemesi ve etkinin önemli derecede olması şarttır. Tüketici, haksız ticari uygulamanın

⁵⁶ TWIGG-FLESNER, PARRY, HOWELLS, NORDHAUSEN, An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive, s. 17, 18.

⁵⁷ Krş. PONCIBÒ, The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step, s. 9, 10.

⁵⁸ Ortalama tüketici hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TWIGG-FLESNER, PARRY, HOWELLS, NORDHAUSEN, An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive, s. 15 vd.

etkisi ve rolü ile hukuki işleme taraf olmalıdır⁵⁹. Haksız ticari uygulama ile taraf olunan tüketici işlemi arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Satıcı veya sağlayıcının davranışı olmasa idi bile tüketici, hukuki işleme taraf olmaya razı olmuş, sözkonusu davranış sadece tüketicinin kararını pekiştirmiş ya da cesaretlendirmiş ise haksız ticari uygulamadan bahsedilemeyecektir. Bu durumda satıcı veya sağlayıcının davranışı ile taraf olunan tüketici işlemi arasındaki illiyet bağı kesilmiş olacaktır. Bir ürünün gramajı, etkin maddesi veya sayısı azaltılarak rakip ürünlere göre daha ucuz fiyata satılmasında, bu durumu bilmeyen tüketicinin yanıltılması önemlidir. Ancak kutu içeriğine göre 400 tablet vitamin ürünü bulunması gerekirken, birkaç tablet eksik çıkması önemli derecede etki olarak görülmemelidir⁶⁰.

d) Haksız ticari uygulama karinesi

İş hayatı tecrübesinin ve tüketici deneyimlerinin, belirli nitelikteki uygulamaların mesleki özen gereklerine ters düşeceği ve tüketici iradesini etkileyeceği kanaatini güçlendirdiği söylenebilir⁶¹. Kanun, tüketicilerin bilinçli karar vermeleri anlayışına dayanmaktadır. Aldatıcı ve saldırgan nitelikte olan uygulamaların, tüketici iradesini sakatlayacağı varsayımı kuvvetle muhtemel olduğundan bu haller, “özellikle” ifadesiyle vurgulanmış ve yasaklanmıştır (TKHK m. 62/1). Öyleyse karine olarak, aldatıcı ve saldırgan satış yöntemlerinin haksız ticari uygulama sayıldığı söylenebilir. Ancak aldatıcı ve saldırgan satış yöntemleri de dâhil haksız ticari uygulama iddiasında, ispat yükünü satıcı ya da sağlayıcıya yükleyen TKHK m. 62/2 hükmü karşısında, karinenin pratik bir değeri olmayacaktır. Fakat kanun, bir ticari uygulamanın, “aldatıcı” veya “saldırgan” olarak nitelendirilmesinde dikkate alınacak kriterleri göstermemiş, genel olarak haksız ticari uygulamaların tespitine ilişkin esasların yönetmelik ile düzenleneceğine işaret etmekle yetinmiştir.

Kanunun kabul ettiği haksız ticari uygulama karinesi iki kısımdan oluşmaktadır. Satıcı veya sağlayıcı, bir kısım ticari uygulamanın aksini ispat edebilecektir. TKHK m. 62/1’de, “özellikle” hukuka aykırı kabul edilen ve ayrıntıları HTUY’de (m.29-31) gösterilen -aldatıcı ve saldırgan- ticari uygulamalar böyledir. Bir kısım haksız ticari uygulamanın ise aksini ispat yolu kapatılmıştır. Satıcı

⁵⁹ Krş. ABBAMONTE, The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach, s. 706, 707; COLLINS, Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices, s. 101, 102.

⁶⁰ Bkz. COLLINS, Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices, s. 101.

⁶¹ TWIGG-FLESNER, PARRY, HOWELLS, NORDHAUSEN, An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive, s. 5.

veya sağlayıcı, TKHK m. 62/4'te bahsedilen ve HTUY Ek'inde işaret edilen -aldatıcı ve saldırgan- ticari uygulamaların aksini ispat imkânından mahrum bırakılmıştır. Her iki karinenin dayandığı olguların başlığı, "aldatıcı" ve "saldırgan" ticari uygulamalar olduğundan karıştırılmaya müsaittir. TKHK m. 62/1 ve 4'teki ifadeler, bu karışıklığı pekiştirecek niteliktedir. Özellikle HTUY'deki düzenlemenin⁶², bu ayırımı yapmaksızın, *aldatıcı* ve *saldırgan* (m. 29-31) uygulamalar ile Ek'te yer alan uygulamaları her hâlükârda (aksi ispat edilemeyecek) haksız ticari uygulama kabul etmesi, son derece yanlıştır ve sorunlara gebe dir.

Aldatıcı veya saldırgan ticari uygulama iddiası, HTUY m. 29-31'de işaret edilen nitelikteki davranışlara dayandırılıyorsa, sözkonusu uygulamanın ayrıca haksızlığını ispata gerek kalmayacaktır. Satıcı veya sağlayıcı ticari uygulamasının, mesleki özen ilkesine ters düşmeyeceğini, tüketicinin bilinçli hareket etmesini engellemeyeceğini dolayısıyla haksız sayılmayacağını ispatla yükümlüdür.

Tüketici iradesini etkileyebilecek aldatıcı veya saldırgan uygulamaları HTUY üç başlık halinde (m. 29-31) düzenlemiştir:

aa) Aldatıcı eylemler

Satıcı veya sağlayıcının; yanlış ya da yanıltıcı bilgilendirmesi sebebiyle tüketicinin, bilseydi taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan uygulamaları, aldatıcı olarak nitelendirilecektir⁶³. Tüketicinin aslında taraf olmayacağı bir işleme, satıcı veya sağlayıcının yanlış ya da yanıltıcı bilgilendirmesi sebebiyle taraf olması şart değildir. Satıcı veya sağlayıcının eyleminin, bu sonuca yol açma ihtimali bulunması da yeterlidir. Böylece aldatıcı eylemlerin uygulama alanı genişletilmiştir. Bu yüzden HTUY m. 29/3'te yer verilen hallerin maddenin uygulama alanına herhangi bir katkı sağlamayacağı düşünülmektedir⁶⁴.

⁶² "29 uncu maddede yer alan aldatıcı eylemler, 30 uncu maddede yer alan aldatıcı ihmaller ve 31 inci maddede yer alan saldırgan ticari uygulamalar ile Ek'te yer alan aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilir" (m. 28/4).

⁶³ Bkz. PONCIBÒ, The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step, s. 5; WILLETTS, Chris, "Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive", J Consum Policy, 2010, 33, s. 253, 254.

⁶⁴ Satıcı veya sağlayıcının şu uygulamaları aldatıcı eylem olarak değerlendirilecektir:
"a) Bir mal ya da hizmetin varlığı, mahiyeti, tedariki, faydası, riski, uygulaması, içeriği, aksesuarları, satış sonrası hizmetleri, üretim yöntemi ve tarihi, ifası, amaca uygunluğu, miktarı, teknik özellikleri, menşei, kullanımından beklenen sonuçları, üzerlerinde yapılan test ve kontrollerin sonuçları, çevreye olan etkileri ve diğer önemli özellikleri,
b) Ticari uygulamada bulunanın taahhütlerinin kapsamı, pazarlama sürecinin mahiyeti,

TTK m. 55/1.a kapsamındaki çoğu örnek haksız rekabet halinin, ayrıca TKHK bakımından aldatıcı eylem sayılacağı kuşkusuzdur. Bu anlamda satıcı veya sağlayıcının; kendisi, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunması; yanıltıcı şekilde rakibinin malları iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırması; müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltması; seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunması⁶⁵ haksız rekabet olduğu kadar hasız ticari uygulamadır.

Tüketicinin, aldatmaya ilişkin TBK (m. 31, 39) hükümlerinin bahsettiği imkânlardan yararlanma hakkı saklıdır.

bb) Aldatıcı ihmaller

Satıcı veya sağlayıcının, tüketicinin, mal ya da hizmetlere ilişkin kararını etkileyebilecek hususları gizlemesi veya bu hususlarda suskun kalması aldatıcı ihmal olarak değerlendirilecektir⁶⁶. Eylem veya ihmalin hukuka aykırılığı bakımından tüketicinin, farkında olması durumunda tercih etmeyeceği bir mal veya hizmeti, nitelikleri gizlendiği ya da geçiştirildiği için satın alması yeterlidir. Bundan başka mal veya hizmetlerin suskun kalınan, örtülen, laf kalabalığına

sponsor desteği, yetkili otoriteler tarafından mal veya hizmetin onaylandığına ilişkin ifade veya sembolleri,

c) Bir mal veya hizmetin fiyatı, fiyatının hesaplanma yöntemi, ödeme koşulları ya da belirli bir fiyat avantajı,

ç) Tüketicinin sahip olduğu yasal haklar veya karşılaşılabileceği riskler,

d) Bir mal veya hizmete ilişkin servis, yedek parça, değiştirme veya tamir hizmetleri,

e) Ticari uygulamada bulunanın veya temsilcisinin; kimliği, mal varlığı, yetenekleri, statüsü, kurum veya kuruluşlara üyelik bilgileri, sahip olduğu ticari haklar, fikri ve sinai mülkiyet hakları, yetkili otoritelerden ödül ve nişan kazanmış olması gibi nitelikleri, sıfatları, unvanları ve diğer hakları.

Bir ticari uygulamanın, ortalama tüketicinin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya bozma ihtimali bulunması ve aşağıdaki olasılıkları içermesi halinde aldatıcı olduğu kabul edilir:

a) Rakibinin malı, hizmeti, markası veya diğer bir ayırt edici özelliği ile karışıklığa sebep olması.

b) Ticari uygulamada bulunanın, bağlı olduğu meslek odaları ve benzeri kuruluşların ve varsa bunların üst kuruluşlarının, ilgili faaliyet alanına veya belirli bir ticari uygulamaya ilişkin düzenlemiş oldukları davranış kurallarında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi” (m. 29).

⁶⁵ “Satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur” (TTK m. 55/1.a-6).

⁶⁶ Bkz. WILLETTS, Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive, s. 254-258.

getirilen veya geçiştirilen nitelikleri⁶⁷, tüketicinin kararını etkileme potansiyelini taşıdığından yine aldatıcı ihmal sayılacaktır. Zira kanun, bu kuvvetli varsayım sebebiyle aldatıcı uygulamaları (eylem ve ihmal), mesleki özen ve tüketici iradesinin etkilenmesi şartlarını aramaksızın özellikle haksız ticari uygulama olarak vasıflandırmıştır (TKHK m. 62/1)⁶⁸.

Satıcı veya sağlayıcının, mal veya hizmetlerin ayırt edici özelliklerini (miktar, kullanım amaçları, tehlikeleri, ömrü veya satış sonrası hizmetleri) gizlemesi, haksız ticari uygulama ile birlikte haksız rekabet (TTK m. 55/1.a-9) teşkil edecektir⁶⁹.

Aldatıcı ihmal iddiasının değerlendirilmesinde, somut olay şartları belirleyici olacaktır. Tüketici kararını etkileyebilecek bilginin paylaşılmaması mazur görülecek gerekçelerden (mücbir sebepler, iletişim araçlarındaki sorunlar, zaman kısıtı gibi) kaynaklanmışsa aldatıcı ihmalden söz edilemeyecektir⁷⁰. Bu ihtimalde tüketici, şartları çerçevesinde, TBK'nın hataya ilişkin hükümlerine (m. 30-35) dayanabilecektir.

Per se haksız sayılan uygulamalar hariç, satıcı veya sağlayıcı, davranışının aldatıcı olmadığını ispatla yükümlüdür (TKHK m. 62/2).

cc) Saldırgan ticari uygulamalar

Satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye fiziksel ya da psikolojik etkisi sebebiyle onun, bir mal veya hizmete ilişkin seçim kararını (özgürlüğünü) bozan yahut bozma tehlikesi taşıyan davranışları saldırgan (agresif veya gerilla satış yön-

⁶⁷ Bkz. WILLETTTS, Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive, s. 258.

⁶⁸ Bu yüzden HTUY m. 30/1'deki düzenleme yanıltıcıdır: "Ticari uygulamada bulunanın bir hukuki ilişki kurmak amacıyla tüketiciye yöneltmiş olduğu öneride önemli bir bilgiyi gizlemesi, ... ve bu durumların ortalama bir tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açması ya da yol açma olasılığının bulunması halinde aldatıcı ihmalin varlığı kabul edilir". Aldatıcı uygulamada bulunan satıcının mesleki özen yükümlülüğünü ihlal ettiği, aldatıcı davranışların tüketici iradesini etkileyeceği veya etkileme potansiyeli taşıdığı peşinen kabul edilmiştir.

⁶⁹ AB ülkelerinde, aldatıcı eylem ve ihmallerin en yaygın haksız ticari uygulama türü olduğu ifade edilmektedir (European Commission – DG Justice, Final report - Study on the Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU – Part 1: Synthesis Report, s. 86).

⁷⁰ "Ticari uygulamanın içerik ve şartlarının tüketiciye aktarılması için kullanılan iletişim aracının zamansal veya mekânsal sınırlamaları nedeniyle gerekli bilgilerin verilemediği hallerde, aldatıcı ihmalin var olup olmadığının değerlendirmesi, söz konusu sınırlamalar ve ticari uygulamada bulunanın bilgiyi tüketicilere diğer araçlarla sunmak için aldığı önlemler dikkate alınarak yapılır" (m. 30).

temi) ticari uygulamadır⁷¹. HTUY m. 31/1 hem eksiktir hem de ek kriterlerle uygulama kabiliyeti sınırlandırılmıştır. Madde ifadesinden tüketiciye yönelik psikolojik baskının saldırgan (agresif veya gerilla) satış yöntemi kabul edilip edilmeyeceği açık değildir. Hâlbuki bu gün teknolojik imkânların yardımıyla ve profesyonel yöntemlerle tüketicileri psikolojik baskı altında tutarak yapılan işlemler, fiziksel etkiye göre daha yaygın bir uygulamadır. Israrlı ev veya iş yeri ziyareti, sms, ya da e-posta gönderimi; uzman satış elemanları vasıtasıyla bir araya getirilen ve ikramda bulunulan tüketicilere, sınırlı bir zaman diliminde karar vermelerini temin etmeye yönelik satış programları yöntemleri ile devre mülk vb satımı saldırgan ticari uygulamadır⁷².

Somut olayda, fiziksel veya psikolojik baskının, tüketicinin seçme özgürlüğünü etkilemesi şart değildir, bu yönde bir tehlikenin varlığı da yeterlidir. Yukarıda ifade edildiği gibi saldırgan uygulamalar, karine olarak haksız ticari uygulama kabul edilmiştir. Bu yüzden ek olarak etkinin “önemli ölçüde” olması ve tüketicinin bu sebeple aslında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması şartlarının aranması gereksizdir⁷³. Zira amaç, tüketicinin bilinçli karar verme yeteneğini korumak ise etkinin ağırlığı (önemi) veya hukuki işleme taraf olma şartları aranması tereddütler yol açacaktır.

Satıcı veya sağlayıcının, müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırma-

⁷¹ Bkz. GÜVEN, Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, s. 73 vd; WILLETTS, Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive, s. 259, 260; PONCIBÒ, The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step, s. 7.

⁷² Saldırganlığın tespitinde aranacak hususlar şunlardır:
“a) Ticari uygulamanın zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığı,
b) Ticari uygulamanın tehdit ya da hakaret içeren söz veya davranışlar içerip içermediği,
c) Tüketicinin muhakeme yeteneğini bozduğu bilinen doğal afet gibi bir felaket ya da aynı derecede bir başka durumun ticari uygulamada bulunan tarafından, tüketicinin mal veya hizmete ilişkin kararını etkilemek için kötüye kullanılıp kullanılmadığı,
ç) Tüketicinin, sözleşmeyi feshetme ya da başka bir mala, hizmete veya ticari uygulamada bulunana yönelme gibi haklarını kullanmak istemesi karşısında, ticari uygulamada bulunan tarafından getirilen ağır veya orantısız sözleşme dışı bir engelin bulunup bulunmadığı,
d) Hukuka aykırı bir eylemde bulunulacağı tehdidinin olup olmadığı” (m. 31). Krş. HANDIG, The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?, s. 1128.

⁷³ “Bir ticari uygulamanın; taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yoluyla ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozması veya bozma olasılığı taşıması ve tüketicinin bu sebeple normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması halinde saldırgan olduğu kabul edilir” (HTUY m. 31/1). Krş. WILLETTS, Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive, s. 259, 260.

cak, psikolojisini bozacak, çaresiz bırakacak satış yöntemleri kullanması, haksız ticari uygulama ile birlikte haksız rekabet (TTK m. 55/1.a-8) teşkil edecektir⁷⁴.

Tüketici, TKHK imkânları dışında “tehdit” (m. 31/2.b, d) altında yaptığı sözleşmeyi TBK m. 37-39 hükmünden yararlanarak feshedebilir mi? Somut olaya göre saldırgan satışların “tehdit (korkutma, ikrah)” ile kesişen tarafları olabilir. Tehdit (korkutma) sebebiyle sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilebilmesi için korkutulan, kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı olmalıdır. Bundan başka bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidiyle sözleşme yapılmışsa korkutanın, diğer tarafın (korkutulan) zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması gerekir (TBK m. 38). Görüldüğü gibi “ağır ve yakın zarar tehlikesi”, “aşırı menfaat” şartları, TKHK m. 62 hükmüyle kıyaslandığında cazip görünmemektedir. Anılan hükme göre, saldırgan satış iddiasının aksini ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya bırakılmış ve özellikle HTUY ekinde sayılan haller bakımından per se (aksinin ispatı mümkün olmayacak) hukuka aykırılık anlayışı benimsenmiştir. Tüketici, şartları çerçevesinde, isterse her iki kanunun bahsettiği imkânlardan [sözleşmenin feshi, onamış sayılma ile birlikte tazminat hakkı (TBK m. 39), saldırgan satış yönteminin durdurulması (THK m. 62/4, 63/1, 73/6), tazminat hakkı] birlikte yararlanabilecektir. Ancak satıcı veya sağlayıcı [mesleki amaçlarla mal veya hizmet sunan veya bu kişiler adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi (TKHK m. 3/1.ı, i; HTUY m. 4/1.o)] dışındaki kimseler tarafından yapılan, örneğin tüketiciden tüketiciye yönelik saldırgan satışlar için BK m. 37-39 hükümleri yegâne başvuru hükümleri olacaktır.

dd) Haksız ticari uygulama varsayımı (per se haksız ticari uygulama)

İspat hakkı, kanuni bir haktır. Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir (HMK m. 189/1; 27). TKHK, haksız ticari uygulama iddiasının aksini ispat yükünü, satıcı veya sağlayıcının omuzlarına bırakmış; aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamaları, yine satıcı veya sağlayıcı tarafından aksi ispat edilinceye kadar haksız ticari uygulama kabul etmiş, belirli nitelikteki ticari uygulamaları ise behemehâl yasaklamış ve aksini ispat yolunu kapatmıştır. Tüketici, aldatıcı veya saldırgan ticari uygulama (HTUY m. 29-31) olarak nitelendirdiği ihmal ya da eylemleri ispat etmekle yetinecektir. Doğal olarak satıcı veya sağlayıcı, isnat edilen eylem ya da ihmallerin haksız ticari

⁷⁴ Bkz. GÜVEN, Şirin, “Saldırgan Satış Yöntemleri ve Reklamlar”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 397-408.

sayılamayacağını ispat edebilecektir (HMK m. 190/2). Fakat TKHK m. 62/4'te işaret edilen ve HTUY ekinde sayılan uygulamaların, satıcı veya sağlayıcı bakımından aksini ispat imkânı olmayacaktır.

Bilindiği gibi karşı taraf, *kanunda öngörülen istisnalar dışında*, kanuni karinenin aksini ispat edebilir (HMK m. 190/2). TKHK, aksi ispat edilemeyecek bir kanuni karine kabul etmiştir (m. 62/4). Kanun, aksinin ispatı mümkün olmayan karine kapsamına girecek olguları bizzat düzenlemek yerine, yönetmelik hükümlerine atıfla yetinmiştir. Taraflardan birini, ispat hakkından mahrum bırakan karinenin, yönetmelik marifetiyle uygulamaya geçirilmesi tartışmaya açıktır. Tartışma bir yana bırakılırsa kanun, aksi ispat edilemeyen, çürütülmesi mümkün olmayan bir karineye yer vermiştir. Kimi ticari uygulamaların, hayat tecrübelerine göre, mesleki özen yükümlülüğünü ve tüketici davranışlarının behemehâl ihlal edeceği varsayılmıştır.

Somut olayda HTUY'de sayma yoluyla gösterilen uygulamalardan birine dayanan tüketici, ayrıca sözkonusu uygulamanın mesleki özen yükümlülüğünün gereklerine uymadığını, karar verme iradesini etkilediğini veya aldatıcı yahut saldırgan (TKHK m. 62/1) nitelik taşıdığını ispat etmekten kurtulacaktır. En önemlisi, satıcı veya sağlayıcının da tüketicinin dayandığı uygulamanın, haksız ticari uygulama sayılamayacağını ispat etme imkânından mahrum olmasıdır. Bu yüzden HTUY ekinde "*Haksız Ticari Uygulama Olarak Kabul Edilen Örnek Uygulamalar*" başlığındaki *örnek* ifadesi doğru değildir⁷⁵. İspat hakkı, kanuni bir haktır⁷⁶. Yönetmelik hükümlerini, kıyas veya yorum yoluyla genişleterek bu hakkın kullanılmasını sınırlandırmak veya bertaraf etmek mümkün değildir. Dolayısıyla satıcı veya sağlayıcının, Ek'te yer verilenler dışındaki davranışların, pekâlâ haksız ticari uygulama sayılamayacağını ispat hakkı saklıdır (TKHK m. 62/2).

e) Haksız ticari uygulamanın ispatı

aa) Genel olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuza (HMK)⁷⁷ göre ispat yükü, aksine hüküm bulunmadıkça, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (m. 190/1). Taraflar, kural olarak, iddia veya savunmalarını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür (TMK m. 6). Her iki kanundaki

⁷⁵ Mehaz Yönergedeki (Unfair Commercial Practices Directive), "her halükarda haksız sayılan ticari uygulamalar" (Commercial Practices which are in all Circumstances Considered Unfair) şeklindeki başlık doğru olanıdır.

⁷⁶ "Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir" (HMK m. 189/1).

⁷⁷ RG, 04.02.2011, S. 27836.

aksine hüküm olmadıkça ifadesinden anlaşılacağı üzere ispat yükü ve sırası yer değiştirebilir. Kanun koyucu ispat yükünü, kimi hallerde hakkaniyet, kimi hallerde dürüstlük kuralı gereği değiştirmiştir⁷⁸. Bu istisnalardan birisi de TKHK m. 62’de düzenlenen haksız ticari uygulama iddiasıyla ilgilidir.

Haksız rekabetin varlığını iddia eden, ispatla yükümlüdür⁷⁹. Buna karşılık TKHK tüketiciyi, ticari uygulamanın haksızlığını ispat külfetinden kurtarmıştır. Haksız ticari uygulama iddiasıyla karşılaşan satıcı, uygulamasının “haksız ticari uygulama” sayılmayacağını ispatla yükümlüdür (TKHK m. 62/2). Kanun, haksız ticari uygulama iddiasında bulunan tüketiciyi (davacı) ispat yükünden kurtarmış, aksini ispat yükünü satıcı veya sağlayıcının (davalı) omuzlarına bırakmıştır.

İspatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturacaktır (HMK m. 187). Buna göre ispatı gereken hususlar, isnat edilen haksız ticari uygulama, eylem veya ihmal ile maruz kalınan zararın miktarıdır.

bb) Tüketicinin ispat yükü

Tüketici, satıcı yahut sağlayıcının, bir mal veya hizmetin satış ya da sunum sürecindeki iradesini etkileyen uygulamasını ispat etmekle yetinecektir. Başka bir ifadeyle davacının (tüketici), bilseydi kabul etmeyeceği bir tüketici işleminin sebebi ve tarafı olan davalıya (satıcı veya sağlayıcı) ait dürüstlük kuralına aykırı eylemini ya da ihmali ispat etmesi kâfidir. Öyleyse tüketici, hem davalının eylem veya ihmali hem de sözkonusu eylem veya ihmali kararı yahut taraf olduğu işlem üzerindeki etkisini gösterecektir. Aldatıcı veya saldırgan ticari uygulamalar, potansiyel olarak mesleki özen yükümlülüğüne aykırı ve tüketici iradesini etkileyeceği varsayımına dayandığından, bu hususların ayrıca ispatı gerekmez. Böylece davalının dürüstlük kuralına aykırı eylem veya ihmali olmasaydı davacı, tüketici işlemine taraf olmaz idi denilebilmelidir.

cc) Satıcı veya sağlayıcının ispat yükü

Satıcı veya sağlayıcı, her şeyden önce, iddia edilen eylem veya ihmali hiç vaki olmadığını, çalışanları ya da ifa yardımcılarını dâhil kendisine atfedilemeyeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. Davalı, iddia edilen uygulamaları (eylem veya ihmal) inkar etmemekle birlikte sözkonusu uygulamaların,

⁷⁸ Bkz. AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul 2012, s. 204-212.

⁷⁹ “İspat külfetinin, haksız rekabet olduğunu, öne süren davacıda olduğu gözönünde bulundurulmalı”dır (Y 11. HD, 14.3.2002, E. 2001/10574, K. 2002/2316).

davacının kararında, bu sebeple tüketici işlemine taraf olmasında etkili ya da mesleki özen kurallarına aykırı yahut aldatıcı veya saldırgan ticari uygulama olmadığını ispat edebilirse sorumluluktan kurtulacaktır.

Satıcı veya sağlayıcının, ayrıntıları HTUY ekinde sayma yoluyla gösterilen ve her hâlükârda haksız kabul edilecek ticari uygulamaların (TKHK m. 62/4), aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

5) HTUY açısından haksız ticari uygulama

a) Genel olarak

Yönetmelik, haksız ticari uygulamayı, “Mesleki özenin gereklerine uymayan ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin, bir mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozan veya bozma ihtimali olan her türlü ticari uygulama” şeklinde tanımlamaktadır (HTUY m. 4/1.d). Tanımın öz itibarıyla TKHK m. 62/1’deki esasları yansıttığı söylenebilir. HTUY’ya göre iki tür haksız ticari uygulama vardır. İlki mesleki özen ilkesini ihlal etmesi ve tüketici kararını etkilemesi şartıyla yasak kapsamına giren ticari uygulamalardır. İkincisi ise mesleki özen ilkesine aykırılığı varsayımı ve tüketici davranışını etkileme potansiyeli gereği yasaklanması kabul edilen ticari uygulamalardır. Fakat ikinci tür haksız ticari uygulamayı, kendi içinde iki gruba ayırmak zorunludur. TKHK 62/1 ve 4 dikkate alındığında, yönetmeliğin bir ayırım yapmaksızın aldatıcı (m. 29, 30) ve saldırgan (m. 31) uygulamalar ile Ek’te yer alan uygulamaları her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul etmesi yanlıştır. Zira HTUY m. 29, 30’da bir uygulamaya “aldatıcı” veya “saldırgan” niteliği kazandıracak vasıflara yer verilmiştir. Tüketici, sözkonusu hükümlerden birinin varlığını ispat etmekle yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır. Satıcı veya sağlayıcı iddia edilen uygulamayı inkar edebilir, aldatıcı veya saldırgan olmadığını ispat edebilir. Buna karşılık Ek’te yer alan uygulamaların aksini ispat etmek mümkün değildir.

Yönetmelikte, haksız ticari uygulamanın esasları tespit edilmiş, per se haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek haller sınırlı sayıda ve iki başlık altında gösterilmiştir. Per se yasak uygulamalar dışındaki aldatıcı ve saldırgan haksız ticari uygulamalara ilişkin ilkeler, “haksız ticari uygulama karinesi” başlığı altında incelenmiştir. Tekrardan kaçınmak için bu başlık altında sadece per se haksız ticari uygulama olarak kabul edilen hallere yer verilecektir.

b) Per se haksız ticari uygulamalar

Yönetmelik, per se haksız ticari uygulama sayılacak halleri iki başlık halinde sınıflandırmıştır. Bu hallerle açıkça örtüşmeyen ticari uygulamalar, tüketici

iradesini bozduğu ölçüde haksız ticari uygulama olarak kabul edilecektir⁸⁰. Bu yüzden tebliğ ekindeki “örnek uygulamalar” başlığının hatalı ve per se yasak kabul edilen hallerin sınırlı sayıda olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Per se haksız uygulama halleri, TKHK’nın ve Yönetmeliğin haksız ticari uygulamalara ilişkin hükümlerinin uygulamasını kolaylaştıracaktır⁸¹.

Tüketiciye yönelik uygulamalardan bir kısmı, herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmadan tabiatları gereği (per se) haksız ticari uygulama olarak nitelendirilmiştir. Kanunun, ayrıntılarını yönetmelik düzenlemesine bıraktığı “her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek uygulamalar” (TKHK m. 62/4), aksi ispat edilemeyecek bir karineye işaret etmektedir. Söz konusu ticari uygulamalar, görünümleri veya etkileri itibarıyla, tüketicinin, bir mal ya da hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozacağı yahut bozma ihtimali bulunacağı varsayımı ile yasaklamıştır. Bu anlayışa göre tüketici menfaatlerine ve pek tabii kamu yararına aykırı (TKHK m. 1) belirli nitelikteki ticari uygulamalar, mahiyetleri dolayısıyla ve başkaca bir şart aranmaksızın yasaktır.

HTUY ekinde gösterilen ve per se yasak kabul edilen aldatıcı veya saldırgan uygulamalar, AB Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi’ndeki hallerle paralellik arz etmektedir. Aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamalar behemehâl haksız ticari uygulama sayılacak, aksini ispat mümkün olmayacaktır. Haksız ticari uygulamada bulunanın savunma hakkı (TKHK m. 62/2), kısıtlandığı hatta bertaraf edildiği için yönetmelik ekindeki haller yorum veya kıyas yoluyla genişletilemeyecektir. Bu yüzden yönetmelik ekinde iki ayrı başlıkta düzenlenen ve per se yasak kabul edilen somut haksız ticari uygulamaları aynen aktarıyoruz.

aa) Aldatıcı Ticari Uygulamalar

1) Ekonomik birliklere, meslek odaları ve kuruluşlarına, borsalara ve varsa bunların üst kuruluşlarına üye olunmamasına rağmen, kendini üye gibi tanıtmak ve bu tür kuruluşların düzenlemiş olduğu davranış kurallarına tabi olduğunu iddia etmek.

2) Yetkili otoritelerden gerekli izinleri almaksızın bir kalite işareti, güven işareti, çevresel işaret ya da benzerini kullanmak.

3) Gerçeğe aykırı olarak, bir davranış kuralının kurum veya kuruluşlarca onaylandığını iddia etmek.

⁸⁰ Bkz. ABBAMONTE, The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach, s. 704.

⁸¹ Ayrıca bkz. HANDIG, The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?, s. 1123, 1124.

4) Gerçeğe aykırı olarak, ticari uygulamaların veya bir mal ya da hizmetin kurum veya kuruluşlarca onaylandığını ya da bunlar için izin alındığını iddia etmek.

5) Mal veya hizmetin özellikleri ve teklif edilen fiyat dikkate alındığında, ticari uygulamada bulunanın makul sayılabilecek bir süre ve miktarda söz konusu mal veya hizmeti ya da bunların muadillerini belirtilen fiyattan sunamaya çağına veya başka bir yerden tedarik edemeyeceğine ilişkin yeterli bilgi sahibi olmasına rağmen, tüketiciyi bu konuda uyarmaksızın mal veya hizmetleri o fiyattan edinmeye davet etmek.

6) Mal veya hizmetleri belirli bir fiyattan edinmeye davet ettikten sonra, başka bir mal veya hizmeti pazarlamak amacıyla;

a) Davete konu olan mal veya hizmeti tüketiciye göstermeyi reddetmek,

b) Söz konusu mal veya hizmete ilişkin siparişleri almayı ya da makul bir süre içinde ifa etmeyi reddetmek,

c) Mal veya hizmetin ayıplı bir örneğini göstermek.

7) Tüketicinin ani bir karar vermesini sağlamak ve bilinçli bir tercih yapması için gerekli fırsat veya zamandan mahrum bırakmak amacıyla, gerçeğe aykırı olarak bir mal veya hizmetin sadece çok kısıtlı bir süre içerisinde belirli şartlar altında sunulacağını belirtmek.

8) Gerçeğe aykırı olarak, bir mal veya hizmetin sunulmasının yasal olduğunu belirtmek ya da böyle bir izlenim oluşturmak.

9) Kanunun tüketiciye tanıdığı hakları ticari uygulamada bulunanın önerisini ayırmedici bir niteliği olarak göstermek.

10) Tüketicinin mal veya hizmeti edinmemesi halinde kendisine ya da ailesine yönelecek olası bir tehlikenin varlığı, niteliği ve kapsamına ilişkin gerçek dışı bir iddiada bulunmak.

11) Gerçeğe aykırı olarak, ticareti bırakmak, işyerini taşımak veya faaliyet konusunu değiştirmek üzere olduğunu iddia etmek.

12) Belirli bir mal veya hizmetin şans oyunlarında kazanmayı kolaylaştırdığını iddia etmek.

13) İlgili mevzuatına aykırı olarak, bir mal veya hizmet hakkında sağlık beyanında bulunmak.

14) Tüketiciyi, bir mal veya hizmeti normal piyasa şartlarından daha elverişsiz koşullarda almaya ikna etmek amacıyla, mal ya da hizmetin piyasa koşulları veya piyasada bulunma olasılığı hakkında yanlış bilgilendirmek.

15) Bir ticari uygulamada, tanımlanmış bir ödül veya muadili belirtilmeksizin yarışma yapılacağını veya ödül verileceğini iddia etmek.

16) Teslimat için yapılması gereken zorunlu ve makul masraflar haricinde, tüketicinin bir malı edinebilmesi için ödeme yapması gerektiği durumlarda, o mal için bedelsiz, bedava, ücretsiz veya bunun gibi tanımlamalarda bulunmak.

17) Gerçeğe aykırı olarak, kendi ticareti, işletmesi, zanaatı ya da mesleği ile ilgili olarak hareket etmediğini iddia etmek, bu doğrultuda izlenim oluşturmak veya kendisini tüketici olarak tanıtmak.

18) Bir mala ilişkin satış sonrası servis hizmetlerinin, Türkiye dışında başka ülkelerde de mevcut olduğuna ve bunlardan yararlanılabileceğine dair yanlış izlenim oluşturmak.

bb) Saldırgan Ticari Uygulamalar

1) Ticari uygulamada bulunan ile tüketici arasında amaçlanan hukuki ilişki kurulana kadar tüketicinin işyerinden ayrılamayacağı izlenimini oluşturmak.

2) Sözleşme yükümlülüğünü yerine getirme hali dışında, tüketicinin meskenini terk etme ve geri gelmeme yönündeki ikazlarına aldırmadan tüketicinin evine ziyaretler yapmaya devam etmek.

3) Taraf olduğu bir hukuki ilişkiye dayanarak herhangi bir talepte bulunan tüketiciden, talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz etmesini istemek, ücret ödemesini talep etmek ya da sistematik olarak konuyla ilgili görüşmekten kaçınmak ve bu yollarla onu hukuki haklarını kullanmaktan caydırmaya çalışmak.

4) Tüketickiye, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek.

5) Ödül veya benzeri bir menfaat söz konusu olmamasına rağmen, tüketicinin bunları talep edebilmek için para ödemesi ya da bir masrafta bulunması gerektiği hallerde, bu ödül veya menfaati kazandığı, kazanacağı veya belirli bir eylemde bulunması halinde kazanacağı doğrultusunda yanlış izlenim oluşturmak.

II) Haksız ticari uygulamanın yaptırımı

A) Genel olarak

Haksız ticari uygulamanın ve haksız rekabetin sonuçları; hukuki, cezai ve idari yaptırım olarak TTK ve TKHK'da farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu yüzden haksız ticari uygulamanın yaptırımını, haksız rekabet olarak TTK ve TKHK hükümleri bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

B) TTK açısından haksız ticari uygulamanın yaptırımı

1) Genel olarak

Bir teşebbüsün (satıcı veya sağlayıcı), tüketici (gerçek veya tüzel kişi) sıfatını taşıyan kimselere karşı yürüttüğü dürüstlük kuralına aykırı davranışlar haksız rekabettir. Taraflardan birinin tüketici olduğu haksız rekabet fiillerinin, aynı zamanda haksız ticari uygulama kabul edileceğine daha önce işaret etmiş idik. Bu yüzden tüketici, haksız ticari uygulama sayılan fiillere karşı, haksız rekabet ile ilgili hukuki ve cezai yaptırım yollarına başvurabilecektir. TTK, haksız rekabet hükümlerini ihlal eden kimselere karşı hem hukuki hem de cezai yaptırım öngörmüştür.

2) Hukuki yaptırım

Teşebbüslerin (rakipler, sağlayıcılar) aralarındaki veya kendileri ile müşterileri arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı bilumum uygulamalar, haksız rekabettir (TTK m. 54/2). Mağdur, haksız rekabetin tespitini, durdurulmasını, haksız rekabet sonucu ortaya çıkan maddi durumun düzeltilmesini isteyebilecektir. Ayrıca mağdur, haksız rekabet faili kusurlu ise maruz kaldığı zararlarının telafi edilmesini de talep edebilecektir (TTK m. 56/1). Haksız rekabet sebebiyle dava açabilecek olan kimseler; mağdur teşebbüsler, tüketiciler, odalar ve borsalar ile tüzüklerine göre üyelerinin veya tüketicilerin menfaatlerini korumaya yetkili özel ya da kamu hukuku tüzel kişileridir. Son gruptaki davacılar:

- a) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar,
- b) Statülerine veya tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan meslekî ve ekonomik birlikler (Otomotiv Distribütörleri Derneği, Türkiye Beyaz Eşya Sanayicileri Derneği gibi),
- c) Tüzüklerine göre *tüketicilerin* ekonomik menfaatlerini koruyan özel hukuk tüzel kişileri (tüketici dernek ve vakıfları),
- d) Kuruluş kanunlarına göre *tüketici* menfaatlerini koruma görev ve yetkisi-ne sahip kamu hukuku tüzel kişileri (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı⁸², Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı⁸³ gibi), doğrudan mağdur olmadıkları için tazminat

⁸² “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın görevleri şunlardır: ... Evrensel kabul görmüş tüketici haklarının sağlanması ve korunmasına yönelik hukuki ve idari tedbirler almak, tüketicinin korunmasını sağlayıcı inceleme, araştırma ve düzenlemeler yapmak” (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG, 08.06.2011, S.27958 Mükerrer), m.2/1.j, 11).

⁸³ “Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğü’nün görevleri şunlardır: ... Bitki, hayvan, gıda ve yem güvenirliliğini gözeterek tüketiciyi ve halk sağlığını korumak amacıyla tedbirler almak”

davası dışındaki diğer davaları (tespit, men ve düzeltme) açabileceklerdir⁸⁴. Ayrıca, düzeltme davası kapsamında kaçınılmaz ise haksız ticari uygulamaların sürdürülmesinde etkili olan araçların ve malların imhası da istenebilecektir. Buna karşılık ekonomik çıkarları zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşan müşterilere, haksız rekabet vasıtası veya ürünlerinin (malların) imhasını isteme hakkı tanınmamıştır (TTK m. 56/2). Bu sonuç, aldatici veya dürüstlük kurallarına aykırı davranış ve uygulamalara karşı kolektif mücadele amacı güden haksız rekabet anlayışı ile örtüşmemektedir. Hatta TTK m. 56/2 hükümünden hareketle tüketici menfaatlerini koruma amacı veya görevi bulunan özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinin de haksız rekabet vasıtası ya da ürünlerinin imhasını isteyemeyecekleri düşünülebilir.

Kanun koyucu, müşteriler bakımından özel olarak düzenlediği istisnaya, diğer davacılar bakımından bilerek ya da unutkanlık sonucu yer vermemiştir. Müşterilerle ilgili istisnayı, haksız rekabetle mücadele ve özellikle caydırıcılık bakımından özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerini de kapsayacak şekilde genişletmek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla özel hukuk veya kamu tüzel kişilerinin tazminat davası dışında, TTK m. 56/1.a-c'deki davaları açabilmeleri, haksız rekabet vasıtası ve ürünlerinin imhasını isteyebilmeleri mümkündür.

Ekleme gerekir ki haksız rekabetin engellenmesi ve ortaya çıkan maddi durumun düzeltilmesine ilişkin hüküm, haksız rekabet konusu malları, ticari amaçla edinmiş kişiler hakkında da uygulama imkânı bulur (TTK m. 56/4).

Tüketicinin haksız rekabet ve haksız ticari uygulama sebebiyle açacağı davada görevli mahkeme, tüketici mahkemesidir⁸⁵. Bilindiği gibi taraflarının, tacir

(Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG, 08.06.2011, S.27958 Mükerrer) m.7/1.ğ).

⁸⁴ Bkz. BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, "Elektronik Ortamda Haksız Rekabet", TAAD, Yıl:5, S. 18, 2014, s. 86.

⁸⁵ Aksi fikir için bkz. NARBAY, Şafak; KESİCİ, Buğra, "Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine "Kısa Bir Değerlendirme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 224-233. Yazarlar konuyla ilgili şu açıklamayı yapmaktadır: "... (i)lgili pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsten aşırı fiyatlandırma (excessive pricing) yoluyla mal satın alan bir tüketicinin uğramış olduğu fiilî zarar (overcharge injuries) dolayısıyla açacağı davanın asliye hukuk mahkemesi nezdinde görülmesi gerekir. Burada ilk önce, hukukî işlem kavramı bakımından meseleye netlik kazandırılması gerekir. Bir kere, aşırı fiyatlandırma şeklindeki uygulamalarda, eylemin kaynağı, bir hukukî işlem değil bizatihi haksız fiilin kendisidir. Tüketici mahkemelerinin görev alanı bakımından da belirleyici olan nokta burasıdır. Diğer taraftan, alıcının, tüketici sıfatıyla giriştiği hukukî işlem her ne kadar satım sözleşmesi olarak nitelendirilse de aşırı fiyatlandırma şeklindeki eylemin mahiyeti itibarıyla bir haksız fiil olması karşısında, tüketici işlemi ile doğrudan irtibatı bulunmadığından, tüketici mahkemelerinin görevli olduğundan

olup olmadıklarına bakılmaksızın, TTK'da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları, ticari dava olarak kabul olunur (TTK m. 4/1)⁸⁶. Bu yüzden aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın, tüm ticari davalara bakmakla görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 5/1)⁸⁷. Bu kuralın istisnalarından birisi, TKHK gereği tüketici işlemleri ve *tüketiciye yönelik uygulamalardan* doğan davalardır⁸⁸. Diğer kanunlarda düzenleme olsa bile, tüketicinin taraf olduğu işlem ve uygulamalara, her hâükarda TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanacaktır (TKHK m. 83/2; 73/1)⁸⁹. Dolayısıyla tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalardan ve aynı zamanda haksız rekabet olarak kabul edilen eylem ve ihmallerden doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli mahkeme, tüketici mahkemeleridir⁹⁰. Tüketici mahkemelerinde açılan davalar, harçtan muaftır (TKHK m. 73/2).

Tüketici mahkemesinin görevli olduğu uyuşmazlıklar, değeri belirli bir

söz edilemeyecektir" (s. 228).

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün, aşırı fiyatlandırma yoluyla tüketiciyi sömürmesi hem bir rekabet ihlali [Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RG, 13.12.1994, S. 22140), m. 6] hem de TKHK kapsamında haksız ticari uygulamadır. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün, konumundan yararlanarak tüketiciyi istismar etmesi, dürüstlük kurallarına ve mesleki özen ilkesine aykırıdır. Seçme imkânı olmayan tüketici, normal şartlar altında taraf olmayacağı bir tüketici işlemine taraf olmaktadır. Bu yüzden haksız ticari uygulama kapsamında değerlendirilmesi mümkün olan hakim teşebbüs eylemi ve sonuçlarına ilişkin taleplerde, tüketici mahkemelerinin görevli olması gerekir (TKHK m. 62, 83/2).

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, p. 213 vd; AYHAN, Rıza, "Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 21 vd; NARBAY, KESİCİ, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine "Kısa Bir Değerlendirme, s. 207-262.

⁸⁷ Mahkemelerin görevine ilişkin kurallar, kamu düzenindedir (HMK m. 1). Görevsizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 20/1).

⁸⁸ Krş. NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 1187; YÜRÜK, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler, s. 50, 51; BULUT, Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, s. 334 vd.

⁸⁹ Bu sonuç, yetersiz alt yapı ve imkânlarla görev yapmaya çalışan hakem heyetlerinin ve tüketici mahkemelerinin iş yükünü arttıracığı ve yeni sorunlara neden olabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. GERMEYAN, Rüştü, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri", İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s. 130, 137.

⁹⁰ Krş. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, p. 217.

miktarın⁹¹ üzerindeki uyuşmazlıklardır⁹². Değeri belirli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklar için hakem heyetine başvuru zorunlu olduğu gibi, bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için de tüketici hakem heyetine başvurulamayacaktır (TKHK m. 68/1)⁹³.

3) Cezai yaptırım

TTK, haksız rekabet faillerini, tazminat sorumluluğu dışında belirli hal ve şartlarla hem hürriyeti bağlayıcı ceza hem de adli para cezası ile cezalandırmıştır. Böylece haksız rekabet failine ya üst sınırı iki yıl olmak üzere hürriyeti bağlayıcı ceza ya da adli para cezası verilebilecektir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)⁹⁴ sistemine göre adli para cezasının ödenmemesi, hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşecektir⁹⁵. Haksız ticari uygulama olarak ceza yaptırımını gerektiren fiiller, üç başlık altında toplanabilecektir:

1) TTK m. 55'teki haksız rekabet fiillerinden birini kasten işlemek,

2) Kişisel durumu, ürünleri, ticari faaliyetleri ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek,

d) Çalışanların veya ifa yardımcılarının, cezayı gerektiren haksız rekabet fiilini önlememek veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmemektir. Haksız rekabet suçlarının takibi, şikâyete tabidir. Davacı, ayırım yapmaksızın, hukuk davasını

⁹¹ Bu miktar, görevli mahkemenin bulunduğu yere göre değişmektedir. Uyuşmazlığın değerine göre öngörülen sınır ilçe için 2.200, iller için 3.300, büyükşehir statüsünde bulunan iller için 2.200 ile 3.300 Türk Lirası arasındadır (TKHK m. 68/1). Ancak büyükşehir belediyesi statüsündeki illerle ilgili eşikler sorunlara gebe dir.

⁹² "Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir" (TKHK m. 69/3).

⁹³ Tüketici hakem heyetleri hakkında bkz. GERMEYAN, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri, s. 129 vd.

⁹⁴ RG, 12.10.2004, S.25611.

⁹⁵ Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine, belli bir süre içinde, adli para cezasını kısmen veya tamamen ödemezse, ödenmeyen miktarın karşılık geldiği gün kadar hapis cezasına maruz kalır. Adli para cezasının miktarı, hükümlünün ekonomik ve şahsi halleri göz önünde bulundurularak bir gün karşılığı, en az yirmi en fazla yüz TL aralığında belirlenir (TCK m. 52/2, 4). Fakat hapis cezasına dönüştürülen adli para cezasında azami süre sınırı üç yıldır. Ancak birden fazla hükümlü adli para cezalarına mahkûmiyet halinde bu süre beş yıl olarak kabul olunmuştur (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (RG, 29.12.2004, S.25685), m. 106/7, 3). 5275 sayılı Kanun ayrıca, üst sınır sebebiyle hapis cezası ile karşılanamayan adli para cezasının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmesini kabul etmiştir (m. 106/11).

açma hakkına sahip bulunan kimselerdir (TTK m. 62). Haksız rekabet fiili, bir tüzel kişinin işleri ile ilgili ise ceza hükmü, tüzel kişi adına hareket eden kimseler (yönetici veya temsilciler) hakkında uygulanır. Ayrıca bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisi hakkında güvenlik tedbirlerine karar verilebilecektir. Bu doğrultuda iznin verdiği yetki kötüye kullanılarak sözkonusu tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptali gerekecektir (TCK m. 60)⁹⁶.

4) İdari yaptırım

TTK'da haksız rekabet failine karşı idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat TKHK'da, ticari reklam ve haksız ticari uygulamalarla ilgili düzenleme, denetim ve inceleme yapmak üzere, tüzel kişiliği olmayan bir Kurul oluşturulması öngörülmüştür (m. 63). Oluşturulan Reklam Kurulu kararlarını uygulamakla yükümlü kurum, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'dır (TKHK m. 63). Reklam Kurulu Yönetmeliği'ne (RKY)⁹⁷ göre kurulun görevi, ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenleme, inceleme ve gerektiğinde denetim yapmak, inceleme veya denetim sonuçlarına göre belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında idari yaptırım uygulamaktır (m. 7).

Kurula başvuru hakkına sahip olan kimseler sınırlandırılmamıştır. Kurul, re'sen veya şikâyet üzerine harekete geçer. Gerçek kişiler ve tüketici sıfatı aranmaksızın tüzel kişiler, haksız reklam ve ticari uygulamalara karşı denetim veya inceleme yapması amacıyla kurula başvurabilecektir (RKY m. 8). Sınırlandırma olmadığı için rakiplerin, aralarında rekabet ilişkisi bulunmayan teşebbüslerin de haksız reklam ve ticari uygulamalara karşı kurula başvurabilecekleri anlaşılmaktadır. Kurul, yaptırım olarak, haksız reklam ve ticari uygulamanın süreli veya süresiz durdurulması ya da düzeltilmesi kararı ile idari para cezası kararını, ayrı ayrı veya birlikte verebilecektir (TKHK m. 77/13).

C) TKHK hükümleri açısından haksız ticari uygulamanın yaptırımı

1) Genel olarak

Tüketiciler ve diğer dava açma hakkına sahip olanlar, TTK m. 56 ve 62 hükümleri çerçevesinde haksız rekabet failine karşı hukuki ve cezai sorumluluk sürecini işletebilecektir. Buna karşılık aynı kişilerin, TKHK hükümlerine dayanana-

⁹⁶ Ayrıca bkz. KOYUNCUOĞLU, ÖZKUL, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku, s. 219.

⁹⁷ RG, 03.07.2014, S. 29049.

rak haksız ticari uygulamada bulunana karşı kullanabilecekleri hukuki imkânlar TTK'nın bahsettiği imkânlar kadar geniş değildir.

Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine asliye ticaret mahkemesi bakacaktır (TTK m. 5/1)⁹⁸. Bu kuralın aksini düzenleyen bir hüküm TKHK'da bulunmaktadır. Haksız ticari uygulamalardan doğacak uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir (TKHK 73/1). Aynı zamanda haksız rekabet teşkil eden haksız ticari uygulamalara karşı TTK hükümleri çerçevesinde açılmak istenen davalar da tüketici mahkemelerinde açılacaktır. Haksız ticari uygulamalara karşı tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde dava açılabilir (TKHK 73/5).

2) Hukuki yaptırım

TKHK, tüketicinin açabileceği davalara ilişkin bir düzenleme içermese de mağdur olarak o, tüketici menfaatlerini korumakla görevli veya yetkili özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin açabileceği davaları (TKHK 73/6) evleviyetle açabilmelidir. Tüketici, haksız ticari uygulamada bulunana karşı, hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi, durdurulması hatta maruz kaldığı zararların giderilmesi talebini ileri sürebilecektir. Bununla birlikte TTK m. 56/3'ten farklı olarak özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin dava (tespit, önleme ve durdurma) haklarını, haksız ticari uygulama ve reklamları istisna tutarak daraltan TKHK m. 73/6 hükmünün gerekçesini izah etmek mümkün değildir.

Malların ayıplı olması durumunda tüketici, ayıbın tespitini, ortadan kaldırılmasını; üretiminin veya satışının durdurulmasını toplatılmasını, risk var ise imhasını talep edebilecektir. Hükmün etkisi satıcı veya sağlayıcı ile sınırlı değildir, ayıplı malları ticari amaçla elde bulunduran kimseleri de kapsamaktadır (TKHK 74/1, 2)⁹⁹.

⁹⁸ Bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, p. 216, 217; AYHAN; ÖZDAMAR; ÇAĞLAR, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 67 vd.

⁹⁹ Kanunun ayıplı ifa ile ilgili yaklaşımı hakkında bkz. ATAMER, Yeşim M.; BAŞ, Ece, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, S. 1, 2014, s. 21 vd; AYDOĞDU, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, s. 22 vd; AKÇAAL, UYUMAZ, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme, s. 257 vd; KAYA, Ferman, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Ayıplı Mal Kavramının İncelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 2, 2015, s. 64-75.

Tüketici, haksız ticari uygulama sonucunda maruz kaldığı zararlarını (maddi veya manevi) satıcı ya da sağlayıcıdan isteyebilecektir. Her ne kadar TKHK, tazminat talebinin, “imha edilen malla” (m. 74/2) ve yiyecek taklidi ürünleri satın alan tüketicilerin uğradıkları maddi ve manevi zararlarla (m. 79/5) sınırlı olduğu izlenimi verilse de tüketici, haksız ticari uygulama ile uygun illiyet bağı içerisinde kalan tüm zararlarının tazmini için dava açabilecektir. Örneğin tüketici, satış sonrası servis hizmetlerinden bütün ülkelerde ücretsiz yararlanabileceği; bir mal veya hizmetin birlikte ya da ayrı ayrı edinilmemesi halinde kendisi yahut ailesinin bir tehlikeyle karşılaşacağı iddiasıyla ikna olup sözkonusu mal veya hizmeti edinmişse, bu sebeple maruz kaldığı zararlarının giderimini isteyebilmelidir. Tüketici tazminat talebi için haksız rekabet (TTK m. 56/1.d), sözleşmeye aykırılık (TBK m. 112 vd) hatta haksız fiil (TBK m. 49) hükümlerine dayanabilecektir (TKHK m. 83/1).

Satıcı veya sağlayıcının kusurunu ayrıca ispata ihtiyaç yoktur. Zira satıcı veya sağlayıcının davranışı, mesleki özen gereklerine uygunsa haksız ticari uygulamadan, aykırı ise kusursuzluğundan söz edilemeyecektir. Bir ticari uygulamanın haksızlığı birbirine bağlı iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır: Mesleki özen yükümlülüğüne aykırılık ve bu durumun tüketicinin karar verme özgürlüğünü etkilemesi veya etkileme ihtimalinin bulunması (TKHK m. 62/1). Mesleki özen yükümlülüğü özü itibarıyla, dürüstlük kuralına, basiretli hareket etme yükümlülüğüne dayandığından, kusursuzluk için gerekli dikkatin sarf edilmesi şarttır. Örneğin bir malın kullanma kılavuzundaki hatalı değerleri satıcıyı yanıltmışsa, tüketici iradesi etkilenmiş olsa bile ona atfedilecek bir haksız ticari uygulamadan ve pek tabii kusurdan bahsedilemeyecektir.

Tüketici, zararını, satıcı veya sağlayıcının haksız ticari uygulamaya vücut veren eylem ya da ihmali, zarar ile haksız ticari uygulama arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmekle yetinecektir. Satıcı veya sağlayıcı, dava konusu eylem ya da ihmalinin; mesleki özen gereklerine aykırı ve tüketici iradesi üzerinde etkili olmadığını, aldatıcı yahut saldırgan nitelik taşımadığını ispat etmek zordur (TKHK m. 62/2). Ancak per se haksız ticari uygulamaların aksini ispat etmek mümkün değildir.

TTK m. 56 hükmünün aksine TKHK 73/6, özel hukuk ve kamu tüzel kişilerinin dava açma hakkını kısıtlamıştır. Haksız ticari uygulamaların ve reklamların etkisinin, bireysel tüketici menfaatleriyle sınırlı bir zarara sebep olduklarını, “genel olarak tüketicileri ilgilendir”mediğini düşünmek isabetli değildir. Anılan hükme göre, “(t)üketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel

olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir”. TKHK m. 73/6 ve 74 hükümleri dava ve talep hakkını iki açıdan sınırlandırmıştır. Bunlardan ilki, özel hukuk ve kamu tüzel kişilerine (tüketici örgütleri, Bakanlık ile ilgili piyasayı düzenleyen kamu kurum ve kuruluşları) *haksız ticari uygulamalara (m. 62)* karşı dava hakkı tanınmamasıdır. Haksız ticari uygulamalar (ve ticari reklamlar) dışında dendiğine göre genel tüketici menfaatlerini ihlal etse, “Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi” olsa bile özel hukuk veya kamu tüzel kişileri; aldatici, tüketicinin ekonomik davranış biçimini bozan ya da saldırgan ticari uygulamalara karşı dava açamayacaktır. İkinci sınırlama -haksız ticari uygulama araçları veya- malların toplatılması ve imhasına ilişkindir. TKHK malların toplatılması ve imhasını, haksız ticari uygulama (haksız rekabet) ürünü olup olmamasına bakmaksızın ayıplı olması ve risk taşıması şartlarına bağlamıştır (m. 74). Malların, tek başına veya birlikte haksız ticari uygulama ürünü ya da ayıplı olması imhasını gerektirmez. Ancak “risk” taşıyan mallar imha edilebilecektir. Risk kavramının ağırlığı ve içeriğine ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir¹⁰⁰.

Görüldüğü gibi, tüketici menfaatlerini gözeten özel hukuk ve kamu tüzel kişilerinin dava açma hakkını; TTK m. 56/3 tüketici lehine genişletmiş, TKHK (m. 73/6, 74) ise sınırlandırmıştır. Mevcut halleriyle maalesef TTK m. 56/3 ile TKHK m. 73/6 çelişmektedir. Özel veya genel kanun anlayışıyla bu çelişkiyi gidermek mümkün değildir. Aynı konuyu düzenleyen ETKHK m. 23/4 hükmünün¹⁰¹, TKHK m. 73/6’dan daha ileri olduğu açıktır.

3) Cezai yaptırım

Haksız ticari uygulama için TKHK’da ceza yaptırımını bulunmamaktadır. Ancak şartları çerçevesinde tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında ve serbest meslek sahibi kişiler tarafından,

¹⁰⁰ TKHK’nın atf yaptığı (m. 3/1.j; 10/3; 74/3; 76/4; 79/3) “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (RG, 11.07, 2001, S. 24459) ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili Yönetmelikte (RG, 17.01.2002, S. 24643) sık sık “risk”ten söz edilmekle birlikte tanım yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında risk kavramını, insan sağlığının, can ve mal güvenliğinin; hayvan ve bitki varlığının, genel olarak çevrenin zarara uğrama tehlikesine maruz kalması olarak anlamak mümkündür.

¹⁰¹ ETKHK m. 23/4 hükmüne göre, “Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler”.

mesleklerinden dolayı hileli davranışlarla tüketiciyi aldatarak, kendilerine veya başkasına bir yarar sağlamaları nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturabilir. Bu durumdaki fail, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m. 158/1). Ayrıca tüketicinin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş yiyecek veya içecek şeyleri veya ilâçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye de bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adlî para cezası verilecektir (TCK m. 186).

4) İdari yaptırım

“Ceza hükümleri” başlığını taşıyan TKHK m. 77 hükmü incelendiğinde, öngörülen yaptırımların idari yaptırım olduğu görülecektir¹⁰². İdari yaptırım mekanizmasını işletecek kurum, Reklam Kuruludur. Dava açma hakkı dışında, haksız reklam ve ticari uygulamaları durdurma, düzeltme ve yapanlara idari para cezası verme hususlarında görevli bu kurul marifetiyle tüketicilerin ayrıca korunması hedeflenmiştir. Kurul, mal veya hizmet piyasalarını re’sen veya şikâyet üzerine inceleme, düzenleme ve denetim yapma, denetim sonucuna göre haksız ticari uygulamaları durdurma yetkisine sahiptir (TKHK m. 63; 78/1). Tüketici isterse haksız ticari uygulamanın tespiti, durdurulması, ortaya çıkan maddi durumun düzeltilmesi ve zararın telafisi için dava açar (TTK m. 56/1, 2; TKHK m. 73/6) isterse de idari işlem yaptırmak için Reklam Kuruluna başvurur. Tüketicinin dava açması, Reklam Kuruluna başvurmasını veya Reklam Kuruluna başvurması ayrıca dava açmasını engellemez. Tüketici, her iki yolu ayrı ayrı kullanabileceği gibi birlikte de kullanılabilir (TKHK m. 77/20). Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Reklam Kurulu kararlarını uygulamakla yükümlü tutulmuştur (TKHK m. 63). Reklam Kurulu tarafından verilen ve GTB tarafından uygulanan idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulacaktır. Fakat tüketici ve ticaret hukuku alanına ilişkin haksız ticari uygulamalarla ilgili yargı denetiminin, idari yargıya bırakılması isabetli değildir.

Reklam Kurulu, re’sen veya şikâyet üzerine harekete geçecektir. “Başvuru” başlıklı RKY m. 8’de, kurula kimlerin başvurabileceği hakkında bir açıklık bulunmamakla birlikte menfaatleri ihlal edilen veya bu tehlikeyle karşılaşabilecek olan tüketiciler ile tüketici menfaatlerini korumakla görevli / yetkili özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişilerinin başvurabileceklerini kabul etmek gerekir. Hatta bir sınırlandırma olmadığına göre tüketici sıfatını taşımayan rakip te-

¹⁰² Bkz. KARABULUT, Orhun, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında “Ceza Hükümleri” (77.Madde)”, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s. 104.

şebhüslerin şikâyet yoluyla Reklam Kurulunu harekete geçirmesi mümkündür. Şikâyet başvuruları, Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü'ne doğrudan veya Kurula intikal ettirmek üzere Ticaret İl Müdürlüklerine yapılabilir. Şikâyetler, Genel Müdürlüğe veya İl Müdürlüklerine yazılı bir dilekçe ile elden, posta veya Tüketici Bilgi Sistemi üzerinden elektronik ortam yoluyla iletilebilecektir¹⁰³.

Reklam Kurulu, re'sen veya şikâyet üzerine yapacağı denetim sonucunda haksız ticari uygulamada bulunan satıcı veya sağlayıcının uygulamasını durdurabileceği gibi idari para cezası da verebilir. Kurul, haksız ticari uygulamayı, ya tedbiren en fazla üç aya kadar ya da süresiz olarak durdurabilir. Satıcı veya sağlayıcıya, haksız ticari uygulamanın gerçekleştirildiği piyasa büyüklüğüne göre beş bin TL'den elli bin TL'ye kadar idari para cezası verilebilecektir (TKHK m. 77/13)¹⁰⁴. İdari para cezalarının, kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmesi şarttır (TKHK m. 78/3).

Durdurma ve para cezaları birlikte veya ayrı ayrı uygulanabilecektir (TKHK m. 77/13). Satıcı veya sağlayıcı, durdurma veya idari para cezası kararının iptali için kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini engellemez (TKHK m. 78/1, 2).

III) Sonuç

Haksız ticari uygulamayı hem TKHK hem de TTK yasaklamıştır. Böylece haksız rekabet hükümlerinin pratik değerinin, tüketiciler bakımından sınırlandırıldığı hatta ortadan kalktığı düşünülebilir. Fakat yasağın kapsamı, şartları, sonuçları ve haksız ticari uygulamaya karşı dava yetkisine sahip olan kişiler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır.

TTK açısından teşebbüsler veya teşebbüslerle müşteriler arasındaki bir uygulamanın haksız rekabet (ticari uygulama) sayılması, dürüstlük kuralına aykırı olmasına bağlıdır. Hâlbuki TKHK, bir ticari uygulamanın haksızlığı için mesleki

¹⁰³ Başvuru sahibi gerçek veya tüzel kişinin adını, soyadını TC kimlik numarasını, adresini; tüzel kişinin ise unvanını ve adresini içermeyen başvurular Kurulca değerlendirmeye alınmaz. Kurula başvuruda, şikâyetle ilgili bilgi ve belgelerin de eklenmesi gerekir (RKY m. 8/1, 2).

¹⁰⁴ Kanunda, "hakkında haksız ticari uygulamanın ... beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. ... İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır". Herhalde kastedilen idari para cezasının, haksız ticari uygulamanın etki alanına göre takdir edilmesidir. Aksi halde Ege ve Marmara bölgelerinde icra edilen haksız ticari uygulama ile sadece Ankara'da uygulanan haksız ticari uygulamaya beş bin TL idari para cezası verilmesi gerekir ki hakkaniyete uymayacağı açıktır.

özen yükümlülüğüne aykırılık ve tüketici iradesinin etkilenmiş olması şartlarını aramaktadır.

Haksız rekabet ile ilgili sonuçlar bakımından kural olarak fiilin (ticari uygulamanın) tarafları arasında fark yoktur. TTK, haksız rekabet olarak teşebbüsler veya bir teşebbüs ile tüketici arasındaki ilişkiyi etkileyecek dürüstlük kuralına aykırı davranışları dikkate alır (TTK m. 54/2). Buna karşılık TKHK'nın uygulama alanı sadece bir teşebbüs ile tüketici arasındaki ilişkileri etkileyen haksız eylem veya ihmallerle sınırlandırılmıştır.

Haksız rekabetin varlığını iddia eden, ispatla yükümlüdür. İddialarını, TTK m. 55'teki örneklerden birine dayandıran kimsenin, ayrıca iddiasının haksız rekabet teşkil ettiğini ispat etmesine ihtiyaç yoktur. Hâlbuki tüketicinin, iradesini etkileyen haksız ticari uygulama olarak nitelendirdiği olguları göstermesi yeterlidir; ayrıca sözkonusu olguların haksız ticari uygulama sayılacağını ispat etme külfeti bulunmamaktadır. Satıcı veya sağlayıcı (ticari uygulamada bulunan), uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür (TKHK m. 62/2). Unutmamak gerekir ki per se haksız ticari uygulamaların aksini ispat imkânı yoktur.

Haksız ticari uygulamaları yasaklayan TKHK ve TTK'nın dava açma yetkisini düzenleyen hükümleri, paralel değildir. Tüketici menfaatlerini koruma görev ve yetkisine sahip özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin dava açma hakkını, ortak tüketici menfaatleriyle sınırlandıran TKHK m. 73/6 hükmünün, TTK m. 56/3 ve ETKHK m. 23/4 hükümlerinin gerisinde kaldığı kuşkusuzdur. Hâlbuki haksız ticari uygulamaların ve reklamların etkisinin, bireysel tüketici menfaatleriyle sınırlı bir zarara sebep olduklarını, "genel olarak tüketicileri ilgilendir"mediğini iddia etmek yanlıştır. TTK m. 56/3 ile çelişen TKHK m. 73/6 hükmü, haksız ticari uygulamaya ilişkin sınırlandırma kaldırılarak özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerine, bedeli hazineye ödenmek üzere tazminat davası açma hakkı tanıyacak şekilde değiştirilmelidir.

Tüketici, TTK (TTK m. 56/1, 2) ve TKHK'dan (TKHK m. 73/6) doğan dava hakkını kullanarak haksız ticari uygulamanın tespitini, durdurulmasını, ortaya çıkan maddi durumun düzeltilmesini ve zararının telafisini isteyebilecektir. Dava hakkına ek olarak tüketici, haksız ticari uygulama hakkında idari işlem yaptırmak için Reklam Kuruluna başvurabilecektir. Tüketici, iki imkânı ayrı ayrı veya birlikte kullanabilir (TKHK m. 77/20).



KAYNAKÇA

ABBAMONTE, Giuseppe B., “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal of European Law*, Vol: 12, 2006, s. 699-712.

AKÇAAL, Mehmet; UYUMAZ, Alper “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2013, s. 241-276.

AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul 2012.

ANTALYA, O. Gökhan, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 2013.

ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2015.

ARNOLD, Richard, “English Unfair Competition Law”, *IIC*, 2013, 44, s. 63–78.

ATAMER, Yeşim M.; BAŞ, Ece, “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, C. 88, S. 1, 2014, s. 19-60.

AYDOĞDU, Murat, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2013, s. 1-62.

AYHAN, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, s. 13-64.

AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 2015.

BİLGİLİ, Fatih; DEMİRKAPI, Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, Bursa 2014.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet”, *TAAD*, Yıl:5, S. 18, 2014, s. 79-112.

COLLINS, Hugh, “Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices”, *The Modern Law Review*, 2010, 73(1), s. 89-118.

ÇEKER, Mustafa, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, Adana 2013.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.

FINGER, Manuela; SCHMIEDER, Sandra, “The New Law Against Unfair Competition: An Assessment”, German Law Journal, Vol. 06, No. 01, 2005, s. 201-216.

HANDIG, Christian, “The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, EBLR, 2005, s. 1117-1132.

GERMEYAN, Rüştü, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri”, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s. 129-142.

GÖKSOY, Yasar Can, Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, 2007, s. 143-174.

GÜVEN, Şirin, Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012.

GÜVEN, Şirin, “Saldırgan Satış Yöntemleri ve Reklamlar”, *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 397-408.

KARABULUT, Orhun, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında “Ceza Hükümleri” (77.Madde)”, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s. 103-116.

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2013.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968.

KAYAR, İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2013.

KAYA, Ferman, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Ayıplı Mal Kavramının İncelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 2, 2015, s. 64-75.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

KOYUNCUOĞLU, Hikmet; ÖZKUL, Zeynep, “Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku”, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s. 211-221.

NARBAY, Şafak; KESİCİ, Buğra, “Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine “Kısa Bir Değerlen-

dirme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 207-262.

OSUJI, Onyeka K. , “Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK - A Distorted Picture of Uniform Harmonization?”, J Consum Policy, 2011, 34, s. 437–453.

PONCIBÒ, Cristina, “The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step”, London Law Review, Vol. 1, No. 2, 2005, s. 317-337 [<http://ssrn.com/abstract=1097069> (05.06.2015)].

POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.

REICH, Norbert, “Harmonisation of European contract law: with special emphasis on consumer law”, China-EU Law J, 2011, 1, s. 55–94.

STEENNOT, Reinhard, “Are Rules Prohibiting the Doorstep Selling of Certain Goods and Prohibiting the Itinerant Selling of Goods and Services without Prior Authorization Compatible with the EU-Treaty and the Unfair Commercial Practices Directive?”, Working Paper Series, Financial Law Institute, Ghent University, 2013, s. 10 [<http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2013-04.pdf> (03.07.2015)].

TJONG TJIN TAI, Eric, “Professional Diligence as a Standard in European Private Law” TILBURG PRIVATE LAW WORKING PAPER SERIES, No. 01/2015, s. 3-6 [<http://www.ssrn.com/link/Tilburg-Private-Law.html> (05.06.2015)].

TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, “An Analysis Of The Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive”, A Report for the Department of Trade and Industry, 18 May 2005 [<http://www.berr.gov.uk/files/file32095.pdf> (02.07.2015)].

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.

WILLETTS, Chris, “Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive”, J Consum Policy, 2010, 33, s. 247–273.

YILDIRIM, Abdulkerim, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, S. 1-2, s. 1015-1047.

YÜRÜK, Ayşe Tülin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı, 2013, C. 13, s. 45-51.

SAYISAL (DİJİTAL) VERİLERDE YAKALAMA SONRASI ARAMA: AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİNİN RILEY V. CALIFORNIA KARARI SONRASI AMERİKAN HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Search for Digital Data Incident to Arrest: an Evaluation of American Law
After Riley V. California Decision of the United States Supreme Court*

Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCI*

ÖZET

Amerikan Yüksek Mahkemesi 25 Haziran 2014 tarihinde vermiş olduğu Riley v. California kararında yakalama sonrası arama bakımından açık bir kural koymuştur. Söz konusu karara göre, yakalama sonrası arama öğretisinin kolluk kuvvetlerine yakalanan kişinin üzerindeki eşyaların yanı sıra yakın kontrolündeki eşyaları da arama yetkisi vermesine rağmen, kolluk kuvvetleri taşınabilir telefonlarda yakalama sonrası arama yapamayacaklardır. Mahkeme, öğretide ve içtihat hukukunda üzerinde uzlaşa olduğu şekilde yakalama sonrası aramanın amaçlarının kolluk kuvvetlerinin güvenliği sağlamak ve delillerin yok edilmesini önlemek olduğunu belirtmiştir. Taşınabilir telefonlarda depolanan sayısal veriler, *Chimel* kararında söz edilen riskleri ortaya çıkarmazlar. Mahkeme söz konusu kararı verirken, taşınabilir telefonlar üzerinde depolanan sayısal verilerin niceliksel ve niteliksel bakımdan yakalanan kişinin üzerinde olan diğer nesnelere farklı olduğunu ifade etmiştir. Taşınabilir telefonların milyonlarca sayfa belge, binlerce resim ve yüzlerce video depolayabilmesi bazı bağlantılı mahremiyet sonuçlarını ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle, taşınabilir telefonlar birçok farklı bilgi türünü tek bir yerde toplamaktadır. İkinci olarak, taşınabilir telefonların kapasiteleri bir tür bilgiyi öncekilerden farklı olarak kümülatif şekilde bir arada taşımaya olanak sağlar. Son olarak taşınabilir telefonlar üzerindeki verilerin, yıllar öncesine kadar izi sürülebilir. Mahkeme; suçun önlenmesi ile özel hayatın gizliliği arasındaki dengede, tercihini özel hayatın gizliliği yönünde kullanmıştır. Mahkemenin kararından Türk hukuku bakımından da çıkarılacak sonuçlar mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi, Delil, Arama, Yakalama Sonrası Arama, Sayısal Delil.

ABSTRACT

The United States Supreme Court has established a bright-line rule with regard to search-incident-to-arrest in the decision of Riley v. California bearing the date of 25 th June 2014. According to the decision in question, although the search-incident-to-arrest doctrine generally allows a law enforcement officer to search items on an arrestee's person as well as objects within an arrestee's immediate control,

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, olgundegirmenci@gmail.com

law enforcement officers will not be able to search mobile phones after arrest. The Supreme Court, as it is agreed upon by the case-law and criminal-law upon, has indicated that aims of search incident-to-arrest is to protect officers' safety and to prevent the imminent destruction of evidence. The digital data stored on mobile phones do not constitute the risks mentioned in *Chimel* decision. While giving a ruling the Supreme Court has expressed that cell phones differ in both a quantitative and a qualitative sense from other objects that might be carried on an arrestee's person. That mobile phones can store millions of pages of text, thousands of pictures, or hundreds of videos constitute several interrelated privacy consequences. Primarily a mobile phone collects many distinct types of information in one place. Secondly, the capacity of mobile phones allows to convey one type of information all together cumulatively which is different from the previous ones. Lastly, the data on the mobile phones can be traced back to many years. The court has used its vote for privacy in the balance between prevention of crime and privacy. From the decision of the Court there are consequences for the Turkish Law as well.

Keywords: Criminal Procedure, Evidence, Search, Search-Incident-to-Arrest, Digital Evidence.



GİRİŞ

Amerikan Yüksek Mahkemesi (the Supreme Court of the United States), 25 Haziran 2014 tarihinde, yakalama sonrası kişi üzerinde bulunan taşınabilir telefonlarda depolanan sayısal verilerde arama yapılabilmesi için arama kararının gerekli olduğuna oybirliği ile karar vermiştir.¹ Söz konusu karar, taşınabilir telefonlar üzerinde depolanan sayısal verilerin, arama kararı olmaksızın yakalama sonrası arama işlemine tabi tutulamayacağı konusunda Yüksek Mahkemenin ilk kararı olma özelliği taşımaktadır.

2012 yılı verilerine göre her 25 Amerikalıdan birisinin kolluk kuvvetleri tarafından yakalama işlemine uğradığı göz önüne alındığında², akıllı telefonlar ve taşınabilir bilgisayarlarda yakalama sonrası karar gerekmeksizin arama yapılıp yapılamayacağı hususu önem kazanmaktadır. Yüksek Mahkemenin söz konusu kararı, yakalama sonrası fiziksel eşyaların aranması ile ilgili önceki kararlarından farklılık sergilemiş ve söz konusu farklılığın nedeni olarak da taşınabilir telefonların kendi özgü doğaları ile veri depolama kapasitelerinin fazlalığını göstermiştir.

¹ Karar için bkz. www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf, Erişim Tarihi: 03 Temmuz 2014.

² WAHRER, Benjamin, "What is the Scope of Searches of Cell Phones Incident to Arrest? United States v. Wurie and the Return of Chimel", *Maine Law Review*, Vol. 66:2, 2014, s. 592.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin söz konusu kararından önce, Kanada Yüksek Mahkemesi de taşınabilir telefonlarla ilgili benzer bir karar vermiştir. 23 Mayıs 2014 tarihinde *R v Fearon* kararında Kanada Yüksek Mahkemesi, taşınabilir veri taşıma aygıtlarında arama kararı olmaksızın veya acil durum istisnası dışında yakalama sonrası arama yapılmasının olanaksız olduğu sonucuna varmıştır. Kanada Yüksek Mahkemesinin söz konusu kararı ile Kanada mahkeme içtihatlarında ve öğretisinde ileri sürülen yakalama sonrası taşınabilir veri taşıma aygıtlarında yüzeysel bakışla (cursory look)³ aramanın mümkün olduğu yönündeki görüş de etkisini yitirmiştir.⁴

Yüksek Mahkemenin kararına konu olan olaylarda, kişi üzerinde bulunan taşınabilir telefonlarda arama yapılmıştır. Bununla birlikte Mahkemenin kararı incelenecek olursa, taşınabilir telefonlardan ziyade sayısal veri taşıyan tüm araçlar için uygulanabilir olduğu görülecektir. Söz konusu araçların ayrı bir kategoride değerlendirilmesinin nedeni sayısal veri depolama yetenekleri olduğundan dolayı çalışmamızı sayısal verilerde arama ile sınırlandırmayı uygun bulduk.

I. AMERİKAN HUKUKUNDA ARAMA KAVRAMI

Amerikan Federal Anayasası'nın 4'üncü Ek (the Fourth Amendment)'i, kişileri makul olmayan arama ve el koymalara karşı korumaktadır. 4'üncü Ek, arama ve el koyma için olası neden (probable cause)⁵ üzerine verilen arama kararının (search warrant) varlığını gerekli kılmaktadır.⁶

³ Ontario Yüksek Mahkemesi'nin *R v Plious* kararında değinmiş olduğu yüzeysel bakış izni, taşınabilir veri depolama araçlarının parola ile korunmamış olduğu durumlarda yüzeysel kontrolü ile sınırlıdır. Parolanın aşılması da dâhil olmak üzere teknik analiz ve incelemeler, arama kararı olmaksızın yapılamamaktadır (PENNY, Steven, "Searches of Digital Devices Incident to Arrest: R v Fearon", Constitutional Froum Constitutionnel, Vol. 23, No. 2, 2014, s. 1).

⁴ PENNY, s. 1-3.

⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre olası neden, suçlu olduğu düşüncesi için makul bir gerekçedir. Olası neden, kişinin mahkumiyetini meşru kılacak delilden daha az bir şüphe nedeni iken sadece şüphe de değildir (COLB, Sherry F., "Probabilities in Probable Cause and Beyond: Statistical Versus Concrete Harms", Law and Contemporary Problems, Vol. 73, September 2010, s. 72; KINPORTS, Kit, "Diminishing Probable Cause and Minimalist Searches", Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 6, 2009, s. 650; HALL, Daniel E., Criminal Law and Procedure, Sixth Edition, USA 2012, s. 371).

⁶ SCHWARTZ, Paul M., "German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance", Hastings Law Journal, Vol. 54, April 2003, s. 764; LUNDBERG, J.C., "When is a Phone a Computer", Washington Journal of Law, Technology & Arts, Vol. 8, Issue 4, Winter 2013, s. 477; COUILLARD, David A., "Defogging the Cloud: Applying Fourth Amendment Principles to Evolving Privacy Expectations in Cloud Computing, Minnesota Law Review, Vol. 93, 2009, s. 2207; SOLOVE, Daniel J., "Fourth

Tarihsel açıdan 4'üncü Ek, 1791 yılında siyasi şüpheliler ile kaçakçılık şüphesi altında bulunanlara karşı yayınlanan genel arama kararlarına tepki amacıyla düzenlenmiş olmasına karşın⁷, teknolojinin gelişimi ile beraber Amerikan Yüksek Mahkemesi, 4'üncü Ek ile ilgili birçok yeni istisna tanıırken, 4'üncü Ek'in kapsama alanını da genişletmiştir. Yüksek Mahkeme, kişilerin hakları ile devletin suç önleme görevi arasındaki ince çizgiyi gözeterek, gerçek dünyada uygulanabilir olan birçok kural ve istisnayı, sayısal alana da taşımıştır.⁸

Amerikan hukukunda, özellikle ileri teknoloji cihazların kullanımı karşısında hangi fiillerin arama olduğu, mahremiyet (privacy) hakkı⁹ eksenli çözüme kavuşturulmaktadır.¹⁰ Bu kapsamda; kişilerin meşru mahremiyet beklentilerine¹¹ müdahale teşkil eden eylemler genel olarak arama şeklinde değerlendirilmektedir.¹²

Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference", Fordham Law Review, Vol. 74, Issue 2, 2005, s. 747 vd.

⁷ **FRAENKEL**, Osmond K., "Concerning Searches and Seizures", Harvard Law Review, Vol. 34, 1921, s. 361 vd; **RADOS**, Susan A., "United States v. Payton: Redefining the Reasonableness Standard for Computer Searches and Seizures", Golden Gate University Law Review, Vol. 40, 2010, s. 303.

⁸ **HOLLEY**, Benjamin, "Digitizing the Fourth Amendment: Limiting the Private Search Exception in Computer Investigations", Virginia Law Review, Vol. 96, 2010, s. 679; **JULIE**, Richard S., "High – Tech Surveillance Tools and the Fourth Amendment: Reasonable Exceptions of Privacy in the Technological Age", American Criminal Law Review, Vol. 37, 2000, s. 131, 132; **DRIPPS**, Donald A., "Dearest Property': Digital Evidence and the History of Private 'Papers' as Special Objects of Search and Seizure", The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 103, No. 1, 2013, s. 49-109; **TATICCHI**, Mark, "Redefining Possessory Interests: Perfect Copies of Information as Fourth Amendment Seizures", The George Washington Law Review, Vol. 78, 2010, s. 477.

⁹ ABD hukukunda mahremiyet hakkı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **BOZLAK**, Ayhan, Anayasa Ek 4. Madde Kapsamında ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, İstanbul 2015, s. 17 vd.; **İNCEOĞLU**, Sibel, "ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, C.Ç 19-20, 1997-1998, s. 173 vd.

¹⁰ **ŞAHİN**, İlyas, "ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu, Şartla Salıverme ve Adli Kontrole Tabi Kişilerle İlgili Aramalar", TAAD, Y. 4, S. 14, Temmuz 2013, s. 503; **DEĞİRMENCİ**, Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 283 vd.

¹¹ Makul mahremiyet beklentisi ölçütü (reasonable-expectation-of-privacy test), 1967 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *United States v. Katz* kararında, Yargıç Harlan'ın çoğunluk görüşüne katılan oy gerekçesinde iki aşamalı bir ölçüt olarak yer almıştır. Söz konusu ölçüte göre kişinin eşya üzerindeki subjektif mahremiyet beklentisi açığa vurulmuş olmalı ve bahsi geçen beklenti makul olmalıdır.

¹² **FISHMAN**, Clifford S., "Searching Cell Phones After Arrest: Exceptions to the Warrant and Probable Cause Requirements", Rutgers Law Review, Vol.:65:4, 2013, s. 998; Amerikan hukukunda sayısal verilerde arama konusunda detaylı bir çalışma için bkz. **GOTTLIEB**, David J., "The Fourth Amendment and the Digital Revolution", Prof.Dr.Feridun Yenisey'e Armağan, Beta Yayıncılık, C. I, Ankara 2014, s. 851 – 860.

Makul mahremiyet beklentisi ölçütü uyarınca kişiler, mahremiyet hakkını muhafaza ettikleri eşyaları üzerindeki beklentilerini açığa vurmaları gereklidir. Örneğin *Bond v. United States* kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, eşyalarını şeffaf olmayan bir çantaya koyarak otobüs yolcu bölümüne yerleştiren kişinin mahremiyet beklentisini açığa vurduğunu ifade etmiştir.¹³ Öğrencilerin okul çantalarının muhteviyatı bakımından mahremiyet beklentisinin bulunduğunu ifade eden *Doe ex rel. Doe v. Little Rock School District*¹⁴ kararı, el çantaları için kişilerin mahremiyet beklentilerinin bulunduğunu belirten *United States v. Freire*¹⁵ kararı incelediğinde mahkemelerin, maddi mallar bakımından mahremiyet beklentisini iki ana faktör üzerine inşa ettiği görülmektedir: kişinin taşıyıcı içindekileri gizleme gayreti ve gizlenen nesnelere ait doğası.¹⁶

Kişilerin üzerinde mahremiyet beklentilerinin olduğu ve söz konusu iradelerini açığa vurduğu mallar üzerinde, söz konusu beklentilerini ihlal edecek ve insan müdahalesine maruz bırakacak eylemleri arama olarak niteleyebiliriz. Öğretide özellikle sayısal verilerin herhangi bir şekilde insan müdahalesine maruz bırakılması arama olarak değerlendirilmiştir.¹⁷ Örneğin *Kyllo v. United States* kararında, bir evden yayılan kızıl ötesi dalgaların toplanması suretiyle kolluk kuvvetleri tarafından evin termal haritasının çıkarılması arama olarak kabul edilmiştir. Söz konusu karar, meskene herhangi bir fiziksel müdahale bulunmasa bile, meskenden yayılan bazı dalgaların kullanılması suretiyle ev içi aktivitelerin insan müdahalesine maruz bırakılmasını arama olarak değerlendirdiğinden dolayı emsal nitelikte bir karardır. Bu bağlamda Amerikan hukukunda arama, klasik aramaya göre daha geniş bir kavramı ifade etmektedir.

Konumuz olan taşınabilir bilişim cihazlarda yapılan aramalar bakımından ise taşınabilir cihazlara içindeki verilerin alınması amacıyla yapılan her türlü fiziksel müdahale arama olarak değerlendirilmektedir. Amerikan mahkemeleri de, arama kavramını belirttiğimiz şekilde yorumlamaktadırlar.¹⁸

II. ARAMA KARARI GEREKTİRMEYEN ARAMALAR

Anayasa'nın 4'üncü Ek'i, tüm aramaları değil, makul olmayan aramaları yasaklamaktadır. 4'üncü Ek "olası neden"i tanımlamadığı gibi, olası nedenin yokluğunda aramanın makul olup olmadığı ve arama kararının gerekip gerekmediği

¹³ COUILLARD, s. 2209.

¹⁴ *Doe ex rel. Doe v. Little Rock School District*, 380 F. 3d 349, 351, 353 (8 th Cir. 2004).

¹⁵ *United States v. Freire*, 710 F.2d 1515, 1519 (11 th Cir. 1983).

¹⁶ COUILLARD, s. 2211.

¹⁷ KERR, *Searches and Seizures in a Digital World*, Harvard Law Review, Vol. 119, 2005, s. 559.

¹⁸ FISHMAN, s. 999.

noktasında da bir açıklığa sahip değildir. 4'üncü Ek'in söz konusu boşluğu içtihat hukuku tarafından doldurulmuştur.¹⁹ Bu kapsamda, arama kararı olmadan yapılan aramalar, arama kararına ihtiyaç duyulmayan istisnalardan birisi kapsamında değerlendirilemezse aramanın makul olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Arama kararı gerektirmeyen durumlar, içtihat hukuku ile oluşturulmuş ve sınırlı sayıda olmayan durumlardır. Arama kararı istisnalarının birçoğunun sınırları yeterince iyi çizilmiş olmadığı gibi mahkeme kararları arasında da birçok çelişki bulunmaktadır. Çalışmamızda söz konusu istisnaların bazılarında değindikten sonra, yakalama sonrası aramayı da içerisine alan “zorlayıcı durumlar istisnası” (the exigent circumstances exception)'na açıklık getirmeye çalışacağız.

İstisnalardan ilki aşikâr biçimde belli olma (plain view doctrine) öğretisidir. Söz konusu öğreti, Türk hukukundaki tesadüfen elde edilen delil kavramına karşılık gelen, içtihat hukukunun yaratmış olduğu bir istisnadır. Geleneksel aşikâr biçimde belli olma öğretisinde, açık bir biçimde gözle görülen ve arama yapan kolluk kuvvetinin söz konusu delile erişme hakkının bulunduğu durumlarda, ilgili delil, arama kararında belirtilmese bile el konularak, delil olarak kullanılabilir.²⁰ *United States v. Carey* kararında Yüksek Mahkeme, aşikâr biçimde belli olma ilkesinin, bir eşyadan diğerine devam eden genel bir arama şeklinde anlaşılacağına işaret etmiştir.²¹ Aşikâr biçimde belli olma, arama kararı gerektirmeyen durumdan ziyade, el koyma kararı gerektirmeyen bir durum olarak değerlendirilmektedir.

Kişinin, verileri üzerinde mahremiyet beklentisinin bulunmadığı durumlarda 4'üncü Ek kapsamındaki korumadan yararlanamaz. Bu durumun sonucu olarak özellikle kişi tarafından ifşa edilen verilere el konulması bakımından arama kararına ihtiyaç duyulmaz. Örneğin web günlükleri (blog), web sitelerine gönderilen postalar (website posts) ve web sitelerine konan bilgiler, kişi tarafından dış âleme yansıtıldığı için üzerinde mahremiyet hakkı beklentisi bulunmaz. Bu bilgilerin kullanılması bakımından da arama kararına ihtiyaç duyulmamaktadır.²²

¹⁹ **FISHMAN**, s. 1000; Amerikan hukukunda arama kararı hakkında detaylı bilgi için bkz. **AYDIN**, Murat, “Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kararı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 66, Şubat 2012.

²⁰ **O'LEARY**, Kaitlyn R., “What the Founders Did Not See Coming: The Fourth Amendment, Digital Evidence, and the Plain View Doctrine”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLVI, 2013, s. 213; **LEIBMAN**, Alain, “Computer Search and Seizure Under the Fourth Amendment: The Dilemma of Applying Old – Age Principles to New – Age Technology”, *The Bureau of National Affairs*, 2011, s. 4.

²¹ **LUNDBERG**, s. 479; **TREPEL**, Samantha, “Digital Searches, General Warrants, and the Case for the Courts”, *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 10, 2007, s. 130.

²² Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Illinois v. Andreas* kararı (463 U.S. 765, 1983). Bkz. **CASTRO**,

Rıza ile aramada da arama kararına gerek kalmaksızın arama yapılabilir. Özellikle birden fazla kişi tarafından kullanılan bilgisayarlarda, kullanıcıların farklı parola korumalı hesaplara sahip olması durumunda, sadece parola korumalı hesap sahibinin arama için rıza göstereceği içtihat hukukunda kabul edilmektedir. *Trulock v. Freeh* kararında²³, parola koruması bulunan bilgisayarda, parola korumalı alana erişim yetkisi bulunmayan şüphelinin kız arkadaşı tarafından verilen rızanın geçerli bir rıza olmadığı belirtilmiştir. Benzer şekilde *United States v. Andrus*²⁴ kararında reşit olan oğlunun parola korumalı bilgisayarı için babanın verdiği rıza geçerli bir rıza olarak kabul edilmemiştir. Rıza ile aramada, rıza gösteren kişinin arama konusunda rıza göstermek için ehil olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Bu bağlamda; a. Rıza gösteren kişinin, bilgisayara erişmesi ve kontrol altında bulundurması ve b. Hakkında arama yapılan kişinin erişmesine müsaade etmediği alanlar hakkında bilgi sahibi olması gerektiği belirtilmektedir.²⁵ Rızanın, mutlaka şüpheli veya sanık tarafından gösterilmiş olması da gerekli değildir. *United States v. Matlock*²⁶ kararında ise bilişim sistemlerinde arama bakımından hakkında arama kararı verilen kişinin değil, söz konusu sistem üzerinde müşterek kontrolü bulunan bir kişinin rıza göstermesi yeterli sayılmıştır.²⁷

Amerikan hukukunda 4'üncü Ek'in, sadece resmi görevlilerinin ihlallerine karşı koruma sağladığı yönünde bir uzlaşma vardır. Bu kapsamda, bilişim sistemlerinde üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen aramalar, bazı durumlarda 4'üncü Ek'in ihlali olmayacaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, üçüncü kişi doktrini (third party doctrine) veya özel arama istisnası (private search exception) denilen, arama kararına ihtiyaç duyulmayan bu arama için iki şart aramaktadır; a. öncelikle ilk aramayı yapan kişi kamu görevlisi olmamalı veya kamu görevlisinin talimatı ile hareket etmemelidir, b. ikinci olarak kamu görevlisi tarafından yapılan ikinci arama, birinci aramanın sınırlarını aşmamalıdır.²⁸

Alicia, Technology for Computer Forensics, A Thesis Submitted to the Faculty of Graduate School of the University of Colorado for the Degree of Master of Engineering Department of Computer Science, 2009, s. 5.

²³ *Trulock v. Freeh*, 275 F. 3d 391, 398, 403 (4 th Cir. 2001).

²⁴ *United States v. Andrus*, 483 F.3d 711, 719-22 (10 th Cir. 2007).

²⁵ **BERG**, Terrence, "Practical Issues in Searching and Seizing Computers", Thomas M. Cooley Journal of Practical and Clinical Law, Vol. 27, 2004-2005, s. 35.

²⁶ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

²⁷ **SMITH**, Michael, "The Fourth Amendment, Password Protected Computer Files and Third Party Consent Searches: The Tenth Circuit Broadens the Scope of Warrantless Search", Denver University Law Review, Vol. 85, Issue 3, 2008, s. 707.

²⁸ **HOLLEY**, Benjamin, "Digitizing the Fourth Amendment: Limiting the Private Search Exception in Computer Investigations", Virginia Law Review, Vol. 96, 2010, s. 679.

Birinci şart bakımından, özel şahıslar tarafından elde edilen deliller, özel şahıslar delili elde ederken herhangi bir yasa hükmünü ihlal etse bile savcılık makamınca kullanılabilir. ²⁹ Bilgisayarlarda yapılan aramalarda, daha çok ikinci şart bakımından Amerikan mahkemelerinin farklı kararlar verdiği görülmektedir. İkinci şartın yerine getirilmesi için birinci aramayı yapan özel şahsın arama yaptığı sınırın dışında, kolluk kuvvetleri tarafından bir arama yapılmamalıdır.

Arama kararı gerektirmeyen bir diğer arama türü ise sınır aramalarıdır. Sınır aramaları kapsamında, Amerikan hükümeti, ülke sınırlarını korumak için yabancı ülkelere ABD'ye gelen kişiler ve eşyaları üzerinde özel bir denetim yapma ihtiyacı hissetmektedir. Sınır aramaları, kolluk tarafından şüphe üzerine yapılan aramalardan nitelik olarak farklıdır. Sınır aramalarında görevliler, herhangi bir makul nedene veya şüpheye dayanmaksızın ve arama kararı olmaksızın kişileri ve üzerlerindeki bilişim sistem aygıtları dâhil her türlü eşyayı arayabilmektedirler. Sınır aramalarının anayasaya uygunluğu konusunu tespit etmek için mahkemeler tarafından bir ölçüt uygulanmaktadır; arama olağan mıdır? Arama olağan ise makuldür ve herhangi bir şüpheye ihtiyaç duymamaktadır. ³⁰ Yüksek Mahkemeye göre *“bir arama fazla ihlal edici değilse veya fiziki olarak bir değişiklik ya da zarar içermemekte ise olağan olarak nitelenebilir.”* ³¹

Makul şüphe olmadan sınırdan yapılan aramaları, iki istisna dışında Amerikan Yüksek Mahkemesi anayasaya uygun bulmuştur. ³² Öncelikle arama fazla ihlal

²⁹ Bilgisayarlarda arama bakımından, birinci şartın da uygulanmaması gerektiği yönünde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar için bkz. **SHAH**, Monica R., “The Case for a Statutory Suppression Remedy to Regulate Illegal Private Party Searches in Cyberspace”, Columbia Law Review, Vol. 105, 250, s. 205 vd.

³⁰ **FONTECCHIO**, Ari B., “Suspicionless Laptop Searches Under The Border Search Doctrine: The Fourth Amendment Exception That Swallows Your Laptop”, Cardozo Law Review, Vol. 31, No. 1, 2009, s. 242 vd.

³¹ *Flores v. Montano*, 541 U.S. 149, 152 (2004); **ŞAHİN**, İlyas, “ABD Federal Mahkemelerinin Sınırlarda Bilgisayar Aramalarına İlişkin Kararları ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010, s. 285; **CORBETT**, Patrick E., “The Future of the Fourth Amendment in a Digital Evidence Context: Where Would the Supreme Court Draw the Electronic Line at the International Border”, Mississippi Law Journal, Vol. 81, Number 5, 2012, s. 1272; **ALZAHABI**, Rasha, “Should You Leave Your Laptop at Home When Traveling Abroad?: The Fourth Amendment and Border Searches of Laptop Computers”, Indiana Law Review, Vol. 41, 2008, s. 161 – 186.

³² *Flores v. Montano*, 541 U.S. 149, 152 (2004); **ABRAMOWITZ**, Elkan – **BOHRER**, Barry A., “Expansion of Border Searches to Laptops, Electronic Items”, New York Law Journal, Vol. 239, No. 87, Tuesday, May 6, 2008, s. 1 vd.; **JAMES**, Carolyn, “Balancing Interests at the Border: Protecting Our Nation and Our Privacy in Border Searches of Electronic Devices”, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 27, Issue 1, s. 219 vd.

edici (highly intrusive) nitelikte olmayacaktır. İkinci olarak ise özellikle rahatsız edici bir tarzda (particularly offensive manner) yapılmayacaktır.³³ Sınır aramalarına ilişkin kuralların bilgisayarlar bakımından da geçerli olup olmadığı hususu Amerikan mahkemeleri tarafından bazı kararlarda ele alınmıştır. Örneğin *United States v. Ickes*³⁴ kararında, sınır görevlilerinin bilgisayarda suç teşkil eden materalin bulunduğu yönünde geçerli nedenlerinin olmasına dayanılarak arama yapılmıştır. *United States v. Romm*³⁵ kararında ise dizüstü bilgisayarın olası neden olmaksızın aranmasını 9'uncu Bölge Temyiz Mahkemesi, Amerika sınırları içerisinde uluslararası hava alanında olmasından dolayı sınır aramaları doktrini çerçevesinde anayasaya uygun bulmuştur. Gerek *Ickes* gerekse de *Romm* kararında Mahkemeler, şüphe olmaksızın sınırdaki arama yapıp yapılamayacağı sorunu çözümsüz bırakmışlardır.³⁶ Şüphe olmaksızın arama yapılabilmesi hususu 2008 yılında *United States v. Arnold* kararında 9'uncu Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından ele alınmış ve açık bir şekilde sınır aramaları doktrini çerçevesinde olağan ve makul bir arama olduğuna karar vermiştir.³⁷

Bazı durumlarda, kolluk kuvvetlerinin maruz kaldığı zorlayıcı/acil durum, arama kararı alınmasını objektif olarak olanaksız kılabilmektedir. Bu durumda kolluk kuvvetlerinin kendi emniyetlerini sağlayabilmesi veya kişilerin mevcut delilleri yok etmesini önleyebilmesi için arama kararı olmadan arama yapabilmesi gerekmektedir. Zorlayıcı durum istisnası, böyle bir zorunluluğun sonucu olarak doğmuştur. Yakalama sonrası yapılan aramanın da (the-search-incident-to-arrest)³⁸ kapsamı içerisinde değerlendirildiği zorlayıcı durum istisnasının iki amacı bulunmaktadır.³⁹ Öncelikle kolluk kuvvetlerinin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelebilecek tehlikelerin önlenmesi, ikinci olarak da mevcut delillerin yok edilmesinin engellenmesidir.⁴⁰ Bu kapsamda yakalama yapan kolluk

³³ FONTECCHIO, s. 243.

³⁴ *United States v. Ickes*, 393 F.3d 501 (4 th Cir. 2005).

³⁵ *United States v. Romm*, 455 F. 3d 990, 994 (9 th Cir. 2006).

³⁶ FONTECCHIO, s. 244, 245.

³⁷ FONTECCHIO, s. 246.

³⁸ Öğretinin detayları ve tarihsel gelişimi hakkında bkz. ROSE, Robert G., "The 'Search-Incident-to-Arrest [But Prior-to-Securement] Doctrine: An Outline of the Past, Present and Future", Regent University Law Review, Vol. 23, 2011, s. 425 – 446.

³⁹ *Chimel v. California* kararına kadar yakalama sonrası aramaya ilişkin iki önemli karar; 1914 yılında verilen *Weeks v. United States* ve *Carroll* kararıdır. Her iki kararda da, yasaya uygun olarak yapılan yakalama sonrasında kişinin üzerinde bulunan suç ile ilgili delilleri tespit ve elkoyma yetkisinin arama kararına gerek duyulmadan icra edilebileceği vurgulanmıştır (CORRADI, Sara M., "Be Reasonable! Limit Warrantless Smart Phone Searches to Gant's Justification for Searches Incident to Arrest", Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 3, Spring 2013, s. 945).

⁴⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi *Chimel v. California* kararında, belirtilen iki gerekçe üzerine

kuvveti, yakalanan kişiyi, kolluk görevlisine zarar verecek herhangi bir silaha ulaşmasını engellemek için, yakalanan kişinin uzanabileceği alanlarda arama yapabilecektir.⁴¹

III. RILEY V. CALIFORNIA KARARINA KADAR YAKALAMA SONRASI ARAMA ÖĞRETİSİNİN GELİŞİMİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere yakalama sonrası arama öğretisi, içtihat hukuku tarafından geliştirilmiş bir öğretilerdir. Söz konusu öğreti, olası neden üzerine verilen arama kararına dayanarak kişilerin mahremiyet beklentilerine müdahale edilebileceğini öngören Anayasanın 4'üncü Ek'inde yer alan düzenlemelere istisna teşkil etmektedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Riley v. California* kararına kadar, yakalama sonrası aramaya ilişkin sorunları ele aldığı kararlarına genel olarak göz atmak konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Yüksek Mahkeme 1969 yılında vermiş olduğu ve yakalama sonrası arama bakımından temel teşkil eden *Chimel v. California* kararında⁴², arama kararı olmaksızın yakalama sonrası aramanın ancak aramayı yapan kolluk kuvvetlerinin güvenliğini sağlamak veya delilleri muhafaza etmek amaçlarına yönelmesi durumunda meşru kabul edilebileceğini belirtmiştir.⁴³

Yüksek Mahkeme öncelikle 1969'da vermiş olduğu *United States v. Robinson* kararında⁴⁴ sonra ise 1973'de vermiş olduğu *United States v. Chadwick* kararında⁴⁵ yakalama sonrası aramanın kapsamını genişletmiştir. Yakalanan kişinin üzerinde ve yakın ilişkisi içinde bulunan eşyaların da (personal property immediately associated with the person of the arrestee) aramaya tabi kılınabileceği kararlaştırılmıştır.⁴⁶

yakalama sonrası arama kararı olmadan yapılan aramayı meşru hale getirmiştir (**ORSO**, Matthew E., "Cellular Phones, Warrantless Searches, and the New Frontier of Fourth Amendment Jurisprudence", Santa Clara Law Review, Vol. 50, Number 1, 2010, s. 200; **STARBUCK**, Jackie L., "Redefining Searches Incident to Arrest: Gant's Effect on Chimel", Penn State Law Review, Vol. 116, Number 4, s. 1253 vd.).

⁴¹ **ORSO**, s. 201.

⁴² *Chimel v. California*, 359 U.S. 752 (1969).

⁴³ **DUNN**, Gibson, "U.S. Supreme Court Extends Fourth Amendment Protection to 'Digital' Searches for the First Time in Landmark Decision", <http://www.gibsondunn.com/publications/pages/Supreme-Court-Extends-Fourth-Amendment-Protection-to-Digital-Searches-for-First-Time-in-Landmark-Decision.aspx>, Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2014, s. 2; **CORRADI**, s. 946.

⁴⁴ *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).

⁴⁵ *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1 (1977).

⁴⁶ **DUNN**, s. 2; **CORRADI**, s. 946; **GISSEL**, Richard, "Search Incident to Arrest of Personal

2009 yılında verilen *Arizona v. Gant* kararında⁴⁷, yakalama sonrası arama öğretisi, yakalandığı esnada araç içerisinde bulunan kişiler bağlamında değerlendirilmiştir. Buna göre yakalanan kişinin hareket kabiliyeti henüz kısıtlanmamışsa, araç içerisinde uzanabileceği tüm yerlerde arama yapılabilecektir. Bu aramanın makul gerekçesi kolluk kuvvetlerinin emniyetlerinin sağlanmasıdır. Bunun yanı sıra yakalamaya neden olan suç ile ilgili delillerin bulunduğuna inanmak için makul nedenlerin var olması hâlinde araç içerisinde de arama yapılabilecektir.⁴⁸

Taşınabilir telefonların yakalama sonrası aramaya tabi kılınıp kılınmayacağı noktasında eyalet mahkemeleri ve federal mahkemeler tarafından verilmiş birçok karar bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu kararlarda bir istikrarın bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Nitekim Georgia, Massachusetts ve Kaliforniya Yüksek Mahkemelerinin yanı sıra Dördüncü, Beşinci ve Yedinci Bölge Temyiz Mahkemeleri taşınabilir telefonların yakalama sonrası aranabilmesini mümkün görürken, Florida ve Ohio Yüksek Mahkemelerinin⁴⁹ yanı sıra Beşinci Bölge Temyiz Mahkemesinin yargı alanında bulunan ilk derece mahkemelerinden bazıları aksi fikri kararlarında savunmuşlardır.⁵⁰

Konumuzla ilgili olarak yakalama sonrası arama çoğunlukla, yakalanan kişiler üzerinde bulunan taşınabilir telefonlarda arama yapılması üzerine yargı kararlarına konu olunmuştur. Yakalama sonrası aramada *United States v. Chadwick* kararında, “kişi ile birlikte olan eşya (associated with)” statüsü yaratılmış ve kişi ile birlikte olan eşyanın aranması bakımından, yakalamadan sonra bir süre geçse bile aramanın mümkün olabildiğine karar verilmiştir. Genel olarak taşınabilir telefonlarda, özellikle delillerin yok edilmesini engellemek için arama yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak söz konusu aramanın yakala-

Electronic Devices”, for the Defense, Vol. 18, Issue 4, s. 6 vd.

⁴⁷ *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009).

⁴⁸ **DUNN**, s. 2; *Arizona v. Gant* kararının detaylı değerlendirmesi için bkz. **STEWART**, Ben E., “Cell Phone Searches Incident to Arrest: A New Standart Based on *Arizona v. Gant*”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 99, 2010 – 2011, s. 579 – 600; **FOLEY**, Sean, “The Newly Murky World of Searches Incident to Lawful Arrest: Why the *Gant* Restrictions Should Apply to All Searches Incident to Arrest”, *Kansas Law Review*, Vol. 61, 2012, s. 753 – 784.

⁴⁹ Ohio Yüksek Mahkemesi *State v. Smith* (920 N.E. 2d 949 – 2009) kararında yakalama sonrası arama için arama kararına ihtiyaç bulunduğunu ifade etmiştir. Bu konuda detaylı bir değerlendirme için bkz. **THERIAULT**, Alexis P., “Constitutional Law – Warrants Required to Search Cell Phones Seized Incident to Arrest – *State v. Smith*, 920 N.E. 2 d 949 (2009)”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIV, 2011, s. 317 325.

⁵⁰ **DUNN**, s. 1; Ayrıca bkz. **SWINGLE**, H. Morley, “Smartphone Searches Incident to Arrest”, *Journal of Missouri Bar*, January-February 2012, s. 26; Detaylı bilgi için bkz. **CORRADI**, s. 948.

manın akabinde yapılması gerektiği, kolluğun taşınabilir telefon üzerinde hâkimiyetin sağlanmasından sonra arama yapılabilmesi için arama kararına ihtiyaç duyacağı ifade edilmektedir. *United States v. Park*⁵¹ davasında, kolluk kuvvetleri tarafından yakalama sonrasında elde edilen taşınabilir telefonda, yakalamadan 90 dakika sonra yapılan arama hukuka aykırı bulunmuştur. Kararda Mahkeme, kolluk kuvvetlerinin, kişiyi taşınabilir telefonundan arındırdığına ve telefonun üzerinde kolluk kuvvetlerinin tam bir hâkimiyet sağladığına işaret etmiştir. Dolayısıyla artık herhangi bir delilin yok edilme olanağı olmadığından dolayı, arama kararı olmaksızın taşınabilir telefonda arama yapılamayacaktır.⁵² Özellikle akıllı telefonlarla birlikte yakalama sonrası aramaya ilişkin tartışmalar artmıştır. Genel olarak öğretinin, taşınabilir telefonlarda yakalama sonrası aramaların son derece sınırlı yapılması yönünde eğilimi olduğunu söylemek mümkündür. *Gershowitz*, akıllı telefonlarda yakalama sonrası arama ile ilgili şu çözümleri önermektedir⁵³;

- Yakalama sonrası aramanın sadece bir suça (kabahatlerde uygulanmaması) bağlı olan arama ile sınırlı olması,
- Yasa Koyucuların, akıllı telefonlar bakımından daha koruyucu hükümleri yasalaştırması,
- Yakalama sonrası aramanın, akıllı telefona el konulduğu anda açık olan uygulamalarla sınırlı olarak yapılması,
- Akıllı telefonlarla ilgili aramanın “beş adım araması” ile sınırlandırılması⁵⁴,
- Cihazda saklanan veri ile cihaz aracılığıyla ulaşılabilecek uzakta saklanan veri arasında bir ayırım yapılması.

Öğretide taşınabilir telefonlarda yakalama sonrası aramanın sınırlandırılmasına ilişkin ileri sürülen görüşlerin temel nedeni, taşınabilir telefonların veri depolama kapasitelerinin ve veri işleme yeteneklerinin artmış olmasıdır. Söz konusu görüşler, kişilerin taşınabilir telefonları üzerinde saklamış oldukları verileri bakımından sahip olduğu mahremiyet haklarının ihlal edilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

⁵¹ *United States v. Park*, No. CR 05-375 SI, 2007 WL 1521573 (N.D. Cal. May 23, 2007).

⁵² **ORSO**, s. 203 vd.

⁵³ **GERSHOWITZ**, Adam M., “The iPhone Meets the Fourth Amendment”, *UCLA Law Review*, vol. 27, 2008, s. 56 vd.; Ayrıca bkz. **ORSO**, s. 203 vd.

⁵⁴ Yazar tarafından ifade edilen beş adım araması; a. telefonun açılması, b. ağ gezgininin açılması, c. Web tabanlı elektronik posta hesabının yazılması, d. Hesaba girilmesi, e. Mesaj klasörünün açılması. Kolluk kuvveti, beş adımı gerçekleştirdiğinde, tahrif edilecek herhangi bir suç delili bulamazsa, aramayı sona erdirecektir (Bkz. **GERSHOWITZ**, s. 54 – 56).

IV. RILEY V. CALIFORNIA KARARININ SAYISAL VERİLERDE YAKALAMA SONRASI ARAMA KONUSUNA YAKLAŞIMI

Yüksek Mahkemenin kararına konu olan olaylar biri eyalet mahkemesi diğeri ise bölge temyiz mahkemesi olmak üzere iki mahkemeden temyiz incelemesi için önüne gelmiştir. Bunlardan ilki Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin *Riley v. California*⁵⁵, diğeri ise Birinci Bölge Temyiz Mahkemesinin *United States v. Brima Wurie* kararıdır⁵⁶.

İlk kararda, şikâyetçi David Riley araç kayıt etiketlerinin süresinin dolması üzerine polis memuru tarafından durdurulmuştur. Durdurma esnasında, polis memuru Riley'in ehliyetinin süresinin dolduğunu tespit etmiştir. Aracın polis merkezine çekilmesinden sonra araç içerisinde yapılan aramada gizlenmiş bazı ateşli silahlar bulunmuştur. Yakalama esnasında, Riley'in pantolon cebinde bulunan taşınabilir telefona el konulmuştur. Taşınabilir telefonda bazı bilgilere ulaşılmış ve mesajlarda bulunan bazı kelimelerin bir suç örgütü ile ilişkisinin bulunduğu tespit edilmiştir. Yakalamadan yaklaşık iki saat sonra, suç örgütleri üzerine uzman bir polis memuru tarafından taşınabilir telefonda detaylı arama yapılmıştır. Söz konusu polis memuru, örgüt üyelerinin çoğunlukla silahla çekilmiş fotoğraflarını taşınabilir telefonlarında bulduğundan hareketle fotoğraflarda arama yapmış ve silahla çekilmiş bazı fotoğraflar bulmuştur. Bulunan fotoğraflardan birisi de, daha önce bir silahla saldırı olayına karışan bir arabanın önünde çekilmiştir. Söz konusu delillere dayanarak Riley silahla adam vurma, yarı otomatik silah ile saldırı ve cinayete teşebbüsten mahkûm edilmiştir. Riley, taşınabilir telefonunda yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu için söz konusu delillerin dosyadan çıkarılması talebinde bulunmuş ancak talepleri reddedilmiştir.⁵⁷

İkinci kararda ise Brima Wurie olağan polis devriyesi sırasında uyuşturucu satışı yaparken tespit edilmiştir. Wurie yakalanmış ve polis merkezine götürülmüştür. Polis merkezinde yakalanan kişiden ele geçirilen iki telefona da el

⁵⁵ Kararın detaylı bir değerlendirmesi için bkz. **LAMPARELLO**, Adam –**MacLEAN**, Charles, “Back to the Future: Returning to Reasonableness and Particularity Under the Fourth Amendment”, Iowa Law Review Bulletin, Vol. 99, 2014, s. 101 – 114.

⁵⁶ Kararın detaylı bir değerlendirmesi için bkz. **O'CONNOR**, Evan, “The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in United States v. Wurie”, Boston College Law Review, Vol. 55: E. Supp., 2014, s. 59 – 73.

⁵⁷ Supreme Court of the United States, Nos. 13-132 and 13-212, David Leon Riley, Petitioner v. California on writ of Certiorari to the Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One (13-132), United States, Petitioner v. Brima Wurie, on writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the First Circuit (13-212), Opinion of the Court, 573 U.S. _ (2014), s. 1-2.

konulmuştur. Merkeze gelişinden beş veya on dakika sonra, el konulan telefonlardan birisinin “evim” adı ile kayıtlı bir aboneden sürekli çağrı aldığı tespit edilmiştir. Aynı zamanda telefonun ekran koruyucusu olarak bir siyahi kadın ile bir çocuğun resminin bulunduğu görülmüştür. Telefona erişim sağlanarak ilgili abonenin numarası tespit edilmiştir. Numaranın kayıtlı olduğu yere gidildiğinde posta kutusunda Wurie’nin adının yazılı olduğu ve pencereden görülen kadının, taşınabilir telefonda fotoğrafı bulunan kadın olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine arama kararına dayanarak evde arama yapılmış ve ateşli silahın yanı sıra uyuşturucu madde bulunmuştur. Wurie, ateşli silah buldurmanın yanı sıra uyuşturucu madde ticareti yapmak ve satmak için uyuşturucu madde buldurmaktan dolayı mahkûm edilmiştir. Wurie, taşınabilir telefonunda yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu iddiası ile delillerin dosyadan çıkarılması talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme tarafından verilen talebin reddi kararı, Birinci Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından Anayasanın 4’üncü Ek’inin ihlal edildiği gerekçesiyle bozulmuştur.⁵⁸

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Chimel* ve *Robinson* kararlarının verilmesinden sonra teknolojideki hızlı değişimleri ve taşınabilir veri depolama araçlarının günlük hayatımızın bir parçası olmasını dikkate alarak, söz konusu kararlardaki mantığın taşınabilir veri depolama araçları bakımından uygulanamaz olduğuna karar vermiştir.⁵⁹

Yüksek Mahkeme, taşınabilir veri depolama araçlarının kolluk kuvvetlerine zarar verebilecek veya kişinin kaçmasını sağlayacak bir araç olarak kullanılmasının imkânsızlığını değerlendirmek suretiyle *Chimel* kararının bu bağlamda uygulanamaz olduğuna karar vermiştir. Her ne kadar taşınabilir veri depolama araçlarının içerisinde, tıraş jileti gibi zarar verici araçların saklanması mümkün ise de, kolluk kuvvetleri taşınabilir veri depolama aracının fiziksel emniyetini sağlayacak tedbirleri almaya yetkilidir.⁶⁰

Mevcut delilleri karartma riskine karşılık olarak da Mahkeme, taşınabilir veri depolama aracının emniyet altına alınmasından sonra yakalanan kişinin veri depolama aracına erişerek verileri silmesi riskinin de ortadan kaldırılmış olacağını ifade etmiştir. Her ne kadar taşınabilir veri depolama araçlarının, uzaktan erişmek suretiyle üzerindeki verileri silmek mümkün ise de (remote data wiping), kolluk kuvvetleri söz konusu erişimleri engellemek için gerekli tedbirleri alabilecektir (örneğin taşınabilir telefonu kapatarak bataryasını çı-

⁵⁸ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, s. 3, 4.

⁵⁹ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, s. 9.

⁶⁰ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, s. 10, 11.

karması veya sinyal iletişimini engellemek için taşınabilir telefonu faraday kafesi⁶¹ korumalı çantalarda taşınması gibi).⁶²

Yüksek Mahkeme, taşınabilir veri depolama araçlarında bulunan veriler ile kişinin üzerinde taşıdığı klasik eşyalar arasında bir değerlendirme yapmış ve taşınabilir veri depolama araçlarının kapasitelerinde meydana gelen artış sonucu gelişen mahremiyet endişelerine de işaret etmiştir. Mahkemeye göre taşınabilir veri depolama araçları birçok bilgi türünü tek bir yerde toplamaktadır. Söz konusu bilgiler kişinin özel hayatını tüm detayları ile ifşa edebilecek ve taşınabilir veri depolama aracının alındığı zamana kadar gidebilecektir.⁶³ Ayrıca taşınabilir veri depolama araçlarında bulunan bilgiler, klasik eşyalardan niceliksel olduğu gibi niteliksel açıdan da farklıdır. Söz konusu araçlar ile Internet aramaları, ağ gezgini geçmişi gibi bilgilere ulaşılabileceği gibi kişinin zaman içerisinde bulunduğu lokasyonlar ve uygulama programlarının (apps) kaydettiği diğer özel hayata ilişkin verilere de ulaşmak mümkündür.

Yüksek Mahkeme kararında bulut bilişime de değinmiştir.⁶⁴ Mahkemeye göre taşınabilir veri depolama araçları vasıtasıyla ulaşılabilecek veriler, sadece cihazlarda yerel olarak depolanmamaktadır. Ulaşılabilen verilerin birçoğu uzak depolama aygıtlarında depolanmakta ve Internet erişimi vasıtasıyla ulaşılmaktadır. Yakalama sonrası aramayı yapan kolluk kuvvetleri tarafından hangi verilerin yerel olarak depolandığı, hangi bilgilerin ise bulutta saklandığı bilgisine erişilmesi zordur. Bu durumda aramanın, yasal olarak müsaade edilenin ötesine geçmesi ve sınırlarının kişi haklarına müdahale teşkil edecek şekilde genişletilmesi ihtimal dâhilindedir.⁶⁵

Riley v. California kararında varmış olduğu sonuç ile kişilerin özel hayatlarına ilişkin mahremiyet beklentilerini korumak adına, kolluk kuvvetlerinin suç ile mücadelesini zorlaştırdığı noktasını Mahkeme kabul etmektedir. Bununla birlikte teknolojinin, insanların özel hayatlarına ilişkin çok sayıda veriyi ellerinde taşıyabilmesini mümkün kılması, söz konusu verilerin korunmasını, suç ile mücadeleyle kıyasla daha az korunur hale getirmemektedir.⁶⁶

⁶¹ Faraday korumalı çantalar, alüminyum folyo sarılı çantadır. Söz konusu koruma, iletişim yeteneği bulunan cihazların sinyal alışverişini kesmek suretiyle, ağa erişimini engellemektedir (WEMPE, Kevin, "United States v. Flores-Lopez: Protecting Privacy Rights in Cell Phone Searches Incident to Arrest", Kansas Law Review, Vol. 62, 2013, s. 211 vd.).

⁶² Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, s. 12, 14.

⁶³ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, s. 16-18.

⁶⁴ Bulut bilişimin teknik altyapısı ve bulut bilişimde veri arama ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİ, s. 155 – 159, 237 – 244.

⁶⁵ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, s. 21.

⁶⁶ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, s. 28.

Mahkemenin varmış olduğu sonuca katılan görüşünde Yargıç *Alito*, Amerikan Kongresine ve federe meclislere yönelik bir tavsiyeye de değinmektedir. Buna göre yasa koyucular, suç ile mücadele ve kişilerin özel hayatları arasındaki dengeyi hassas bir şekilde gözetmek suretiyle çeşitli durumları göz önüne alan farklılıkları yasal olarak düzenlemelidirler.⁶⁷

V. DEĞERLENDİRME VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN TESPİTLER

A. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Yüksek Mahkeme kararında taşınabilir telefonlar ve özellikle akıllı telefonları referans almak suretiyle sonuca ulaşmıştır. Bununla birlikte kararın tüm taşınabilir veri depolama araçları için (PDA, tablet veya palm bilgisayarlar gibi) öncelikle geçerli olduğunu ifade etmeliyiz. Bu bağlamda sayısal veriyi taşıyabilen tüm araçlar bakımından yakalama sonrası aramanın mümkün olmadığı belirtilmelidir. USB bellek veya CD/DVD gibi salt veri taşıyan araçların da yakalama sonrası aramaya tabi kılınamayacağı kanaatindeyiz. Nitekim Yüksek Mahkemenin, yakalama sonrası aramayı meşru kılacak argümanlarının hiçbirisi USB bellek/CD/DVD gibi araçlar için kullanılamayacaktır.

2. Yüksek Mahkeme, yakalama sonrası aramayla ilgili olarak daha önce vermiş olduğu *Chimel v. California*, *United States v. Robinson*, *United States v. Chadwick* ve *Arizona v. Gant* kararlarından farklı bir bakış açısı sergilemiştir. Bu bağlamda hem öğretide hem de mahkeme kararlarında üzerinde uzlaşa sağlanamayan bir durum olan, yakalama sonra taşınabilir veri depolama araçlarında arama hususunu, özel hayatın korunması lehine çözümlenmiştir.

3. Taşınabilir veri depolama araçlarında yakalama sonrası yapılan aramada da; kolluk kuvvetinin güvenliğinin sağlanması ve delillerin yok edilmesinin engellenmesi argümanları aramayı haklı kılmak için kullanılacaktır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme söz konusu iki argümanı da çürütmüştür. Nitekim taşınabilir veri depolama araçları ile kolluk kuvvetlerinin güvenliğine yönelik bir zarar riskinin oluşturulmasının düşük ihtimal olduğunu belirtmiştir. Taşınabilir veri depolama araçları; ne kolluk kuvvetlerinin güvenliğini tehlikeye düşürecek ne de yakalanan kişinin kaçmasını kolaylaştıracak bir araç olarak kullanılamayacaktır. Ayrıca taşınabilir veri depolama aracının muhafaza altına

⁶⁷ Supreme Court of the United States, Nos. 13-132 and 13-212, David Leon Riley, Petitioner v. California on writ of Certiorari to the Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One (13-132), United States, Petitioner v. Brima Wurie, on writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the First Circuit (13-212), Opinion of Alito J., 573 U.S. _ (2014), s. 1 – 6.

alınması yetkisi kollukta bulunmaktadır. Söz konusu yetkiyi kullanmak suretiyle yakalanan kişi ile taşınabilir veri depolama aracı arasındaki ilişkiyi de kolaylıkla kesebilecektir.

4. Taşınabilir veri depolama aracında bulunan ve yakalama konusu suç ile ilgili delillerin silinmesi riski de mevcuttur. Bunun önlenmesi bakımından da, yakalanan kişi ile cihaz arasındaki irtibatın kesilmesi önem kazanmaktadır. Yakalama ile beraber kişinin taşınabilir veri depolama aracına müdahale edememesi, herhangi bir tuşuna dokunamaması veya aracı etkin hale getirememesi sağlanmalıdır. Bu hususun sağlanması ile beraber delilin yok edilmesi riski de kısmen ortadan kaldırılacaktır.

5. Taşınabilir veri depolama aracının ağ bağlantısının olduğu durumlarda, ağ üzerinden ulaşmak suretiyle aracın içinde yer alan verilerin silinmesi de mümkündür. Bunu önlemek için bazı teknik tedbirlerin alınması gereklidir. Bu tedbirler bazen cihazın kapatılması ve bataryasının çıkartılması gibi basit tedbirler olabilirken⁶⁸, bazen faraday kafesi korumalı taşıma çantalarının içinde muhafaza edilmesi gibi ilave araca ihtiyaç duyan tedbirler olabilecektir.⁶⁹ Bahsi geçen tedbirlerin alınması ile uzaktan erişilmek suretiyle araç içerisinde delil olarak kullanılacak verilerin silinmesi önenebilecektir.

6. Amerikan hukukunda 4'üncü Ek bilgisayarlar da saklanan verilerin elde edilmesi bakımından uygulanabilmektedir. 1986 tarihli "Sahte Erişim Cihazı ve Bilgisayar Dolandırıcılığı Yasası"nda bilgisayar kavramının sınırları çok geniş olacak şekilde tanımlanmasından dolayı Amerikan öğretisinde hemen hemen her şeyin bilgisayar tanımının içerisine girdiği belirtilmiştir. Bu kapsamda kahve makineleri, mikrodalga fırınları, saatler, telefonlar, çocuk oyuncakları, MP3 oynatıcılar, buzdolapları, ısıtma ve klima sistemleri, radyolar, saatler, televizyonlar ve DVD oynatıcılar da bilgisayar olarak değerlendirileceği ileri sürülmektedir. Hatta bir adım ileri gidilerek tanımda yer alan "*herhangi bir veri depolama faaliyeti dâhil*" ifadesine göre ani bellekler (flash drives), CD ve DVD'lerin de bilgisayar kapsamında düşünüleceği belirtilmiştir.⁷⁰ Bu bakımdan

⁶⁸ Taşınabilir cihazların kapatılması ve bataryaların çıkarılması durumunda, işlem halindeki verilerin geriye dönülemez şekilde kaybedilmesi mümkündür. Bununla birlikte, taşınabilir cihazlar üzerindeki hassas verileri koruma altına alabilecek kadar eğitilmiş olmayan yakalamayı yapan kolluk kuvvetleri bakımından önerilen hareket tarzının daha güvenli olduğunu söyleyebiliriz.

⁶⁹ En etkin tedbir olarak cihaz üzerinde hassas ve kalıcı verilerin birebir kopyasının (adli kopyasının) alınması düşünülebilir. Ancak birebir kopyanın alınması teknik bilgi ve ekipmanı gerektirdiğinden dolayı, yakalama sonrası gerçekleştirilmesi olanaklı değildir (Detaylı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİ, s. 244 vd.).

⁷⁰ KERR, Orin S., "Vagueness Challenges to the Computer Fraud and Abuse Act", Minnesota

taşınabilir telefonlar hakkında verilen kararın, özellikle akıllı telefonların bilgisayar niteliğinde düşünülmesinden dolayı tüm bilişim araçları bakımından geçerli olduğu belirtilmelidir.

7. Yüksek Mahkeme, inceleme konumuz olan kararda, taşınabilir veri depolama araçlarında taşınan verinin nitelik ve nicelik bakımından özelliğini göz önüne alınarak, diğer eşyalardan farklılığına dikkat çekmiştir.⁷¹ Amerikan toplumunda taşınabilir veri depolama araçları kullanımının yaygınlaşmasının sonucu, toplumsal ihtiyaçlara cevap olarak Anayasa hükmünün teknoloji eksenli yorumlanması suretiyle konunun çözüme kavuşturulması ayrıca dikkat çekicidir. İçtihat hukukunu yaratan Mahkeme, toplumsal değişimlere ve teknolojik gelişmelere seyirci kalmamış, 18'nci Yüzyıla ait olan hükümleri ustalıklı yeniden yorumlamak suretiyle üç yüzyıl sonraki sorunlara çözüm getirmeye çalışmıştır.

8. Suç ile mücadele ve kişilerin özel hayatlarının korunması arasındaki dengeyi Yüksek Mahkeme, kişilerin özel hayatlarının korunması yönünde çözmüştür. Ancak katılan oy gerekçesinde de ifade edildiği üzere söz konusu Karar ile yasama organının görevine müdahale saiki ile hareket edilmemiştir. Yasama organının, özel şartlar içeren durumları ayrıca düzenlemesi gerektiği de tavsiye edilmiştir.

9. Riley kararı kolluk kuvvetlerinin yakalama sonrası taşınabilir veri depolama araçlarında arama yapma yetkisini ortadan kaldıran bir karardır. Bu karar ile birlikte özellikle öğretilen ileri sürülen ve özel hayata orantısız müdahale teşkil etmemesi için aramanın sınırlanmasına ilişkin önerilerin de⁷² önemi kalmamıştır. Ancak Yüksek Mahkemenin kararı yakalama anında kişi üzerinde

Law Review, Vol. 94, 2010, s. 1577, 1578; Ayrıca bkz. **DEĞİRMENCİ**, s. 40 vd.

⁷¹ Akıllı telefonların veri taşıma kapasiteleri üzerine verilen bir örnek ilgi çekicidir. Bugün sıradan bir akıllı telefonun hafızası, Lewis Carrol'ın 'Alice Harikarlar Diyarında' isimli eserinin tam metninin 220.000 kopyasını saklayabilecek niteliktedir (**SWINGLE**, s. 36; **OXTON**, Chelsea, "The Search Incident to Arrest Exception Plays Catch Up: Why Police May No Longer Search Cell Phones Incident to Arrest Without a Warrant", Creighton Law Review, Vol. 43, 2010, s. 1162). Bunun yanı sıra bir akıllı telefonla adres defterinizi, takviminizi, sesli mesajlarınızı düzenleyebilir; fotoğraflarınızı, müzik dosyalarınızı, filmlerinizi, elektronik postalarınızı saklayabilir; İnternet geçmişinizi kontrol edebilir; sosyal paylaşım sitelerinde yer alan kişisel verileriniz ile mali ve sağlık kayıtlarınızda yer alan bilgilere ulaşabilir; yer tespit işlemlerinizi günün her anında yapabilirsiniz (**KNOTT**, Jana L., "Is There an App for That? Reexamining the Doctrine of Search Incident to Lawful Arrest in the Context of Cell Phones", Oklahoma City University Law Review, Vol. 35, 2010, s. 455); Diğer değerlendirmeler için bkz. **KERR**, Orin S., "Foreword: Accounting for Technological Change", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 36, No. 2, 2013, s. 403 408.

⁷² **GERSHOWITZ**, s. 56 vd.; Ayrıca bkz. **ORSO**, s. 203 vd.

bulunan taşınabilir veri depolama araçlarına el koyma yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim kolluk kuvvetleri söz konusu araçlara el koyacak ve arama kararının alınmasından sonra söz konusu araçlarda depolanan sayısal delillere ulaşabilecektir.

10. Riley kararında kanaatimizce dikkat çekici bir nokta da; Yüksek Mahkemenin bulutta saklanan verilere özenli yaklaşımıdır. Mahkeme, Internet erişimi bulunan taşınabilir veri depolama araçları ile ulaşılan verilerin tamamının yerel olarak ilgili araçta saklanmadığına, bulut ortamında saklanması olasılığının fazla olduğuna değinmiştir. Bu kapsamda bulutta saklanan veriye de, yakalama sonrası aramada erişilmesini, özel hayata orantsız bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin bulut ortamında saklanan verinin, bulut ortamına erişim parolasını bilen herhangi bir kişi tarafından erişilerek silinebileceği olasılığını değerlendirmediyi belirtmeliyiz.⁷³

11. Riley kararı ile Amerikan öğretisinde sıklıkla değinilen taşınabilir veri depolama araçlarına konulan erişim şifresinin yakalama sonrası aramayı önleyip önlemediği tartışmasına da son verilmiştir. Yakalama sonrası aramalarda, kolluk kuvvetleri kişi ile yakın ilişki içerisinde bulunan eşyaları, kilitli olsa bile aramaya yetkilidir. Bu noktadan hareketle taşınabilir veri depolama araçlarına erişim şifresi konması durumunda, ilgili aracın aranamayacağı yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür. Bununla birlikte açık olarak ifade edilmektedir ki, erişim şifrelerinin engelleyici gücü hukuki değil, teknik açıdandır. Nitekim yakalama sonrası aramayı yapan ve teknolojik açıdan ekipman ve altyapıya sahip olmayan kolluk kuvvetleri, özellikle güçlü erişim şifrelerini aşarak taşınabilir veri taşıma aracında yer alan verilere ulaşamayacaktır. Bu durumda iki hareket tarzı takip edilmekteydi. Bunlardan ilki, taşınabilir depolama aracının sahibinden erişim şifresini açmasının talep edilmesidir. Bu hareket tarzında yakalanan kişinin tekrar cihaz ile irtibatı sağlandığı için verileri silme riski de ortaya çıkmaktaydı. İkinci olarak ise yakalanan kişiden erişim şifresinin talep edilmesidir. Bu durumda, Amerikan Anayasasının kişilerin kendi suçlayıcı delil göstermeye zorlanamayacağına ilişkin 5'nci Ekinin ihlali olacağı ileri sü-

⁷³ Taşınabilir telefonlar vasıtasıyla bulut ortamında veri depolanması ile ilgili bkz. **LUNDBERG**, s. 483; **GERSHOWITZ**, s. 27; Ancak belirtelim ki, öğretilerde bazı yazarlar tarafından taşınabilir telefonlarda yer alan olası delillerin silinebilmesi olanağının her zaman bulunduğu ileri sürülmektedir. Özellikle bulut ortamında veri saklayabilen cep telefonları bakımından (iPhone için iCloud ortamı gibi), bulut ortamındaki verilere ulaşıp elde edilmemesi durumunda, bulun ortam şifresi bulunan başka biri tarafından delillerin yok edilebilmesi olanağı mevcuttur (**CLANCY**, Thomas K., *Cyber Crime and Digital Evidence: Materials and Cases*, 2011, s. 187; **CORRADI**, s. 960).

rülmüştür.⁷⁴ Riley kararı sonrasında söz konusu tartışmalarında hukuki veya teknik bir anlamı kalmamıştır.

B. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN TESPİTLER

1. Türk hukuku bakımından öncelikle tespit edilmesi gereken husus, arama kararına dayanılmadan yakalama sonrası arama yapılıp yapılamayacağı hususudur. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 9'uncu maddesine göre *"Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını ara(yabilecektir)".*⁷⁵ Kişilerin üst aramaları esnasında yanlarında bulundurduğu tablet bilgisayarlar, akıllı cep telefonları ve taşınabilir bilişim sistemleri içinde kolluk kuvvetleri suç işlenmesini önlemek için arama yapıp yapamayacağı konusunda tereddüt yaşanabilecektir.⁷⁶

⁷⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **GERSHOWITZ**, Adam M., "Password Protected? Can a Password Save Your Cell Phone from a Search Incident to Arrest?", Iowa Law Review, Vol. 96, 2011; s. 1147 vd.; **DEĞİRMENCİ**, s. 264; **SMITH**, Michael, "Survey, The Fourth Amendment, Password-Protected Computer Files and Third Party Consent Searches: The Tenth Circuit Broadens the Scope of Warrantless Searches, Denver University Law Review, Vol. 85, 2008, s. 724; **McGREGOR**, Nathan K., The Weak Protection of Strong Encryption: Passwords, Privacy, and Fifth Amendment Privilege, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Vol. 12, 2010, 602, 603; **COLARUSSO**, David, "Heads in the Cloud, A Coming Storm the Interplay of Cloud Computing, Encryption, and the Fifth Amendment's Protection Against Self-Incrimination", Boston University Science and Technology Law, Vol. 17, 2011, s. 100.

⁷⁵ Bu konuda bkz. **CENTEL**, Nur – **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013, s. 383 vd.; Anayasal dayanağını 20 ve 21'nci maddelerde bulan "önleme araması", *"somut ve muhtemel tehlikenin yok edilmesi amacıyla, kişilerin üzerinde, eşyasında ve araçlarında, silah, patlayıcı madde gibi suç unsurları ve kendisi suç unsuru oluşturmamakla birlikte duruma göre suç işlemekte kullanılabilir (pet şişe, bozuk para, cep telefonu, radyo, çakmak gibi) eşyanın varlığı"*nin araştırılmasına yönelik bir arama türüdür. (Bkz. **ERYILMAZ**, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s. 161; **AKSOY**, Şemsettin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 2007, s. 45).

⁷⁶ Türk hukukunda arama müessesesi hakkında bkz. **ÖZBEK**, Veli Özer – **KANBUR**, Mehmet Nihat – **DOĞAN**, Koray – **BACAKSIZ**, Pınar – **TEPE**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 5. Baskı, Ankara Ekim 2013, s. 329 vd.; **ÜNVER**, Yener – **HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara 2013, s. 535 vd.; **KIZILKAYA**, Ezgi, "Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı", TBB Dergisi, 2010 (89), s. 507 vd.; **ÖZBEK**, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999; **ERYILMAZ**, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012, s. 437 vd.; **ÖZTÜRK**, Bahri – **KAZANCI**, Behiye Eker – **GÜLEÇ**, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi

2. Yukarıda da ifade edildiği üzere kişiler üzerinde taşıdıkları veri depolama araçlarında büyük veri yığınları depolayabilmektedirler. Söz konusu veriler kişisel veriler olabileceği gibi kişilerin özel hayatlarının dokunulmaz alanına ilişkin veriler de olabilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134'üncü maddesinde "*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında veya kütüklerinde*" arama yapılması özel bir usule tabi tutulmuştur.⁷⁷ Kanun Koyucuyu böyle bir tercihe götüren neden de kanaatimizce söz konusu araçlarda depolanan verilerin nitelik veya nicelik bakımından değeridir.

3. CMK m. 134 özel bir adli arama türü olsa da, Yasa Koyucunun sadece adli aramalarda bilişim sistemlerinde veri aranmasını özel kurallara bağlamak niyetinin bulunduğu, önleme aramalarında özel bir düzenleme getirmediğinden PVSK m. 9 kapsamında bilişim sistem araçlarında da her türlü arama yapılabilir olduğunu ileri sürmek temel hak ve hürriyetlere orantsız bir müdahale teşkil edecektir. Kanaatimizce suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne uygun arama yapan kolluk kuvvetleri, bilişim sistem araçlarında işlenen bir suçun delillerinin bulunduğunu veya bizzat ilgili aracın suçun işlenmesinde kullanıldığı konusunda bir şüpheye sahip olursa ilgili araca el koyacak ve ancak CMK m. 134'teki diğer koşullar sağlanarak alınan karar üzerine ilgili araçlarda arama mümkün olacaktır. Bu durumda kolluk kuvveti tarafından yapılan el koyma işlemi, bilişim sistemi üzerindeki verilere el koyma olarak algılanmamalı, kolluk doğrudan bilişim sistem aracının fiziksel varlığına el koyacak ve durumu Cumhuriyet savcılığına intikal ettirecektir.

4. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinde arama kararı ya da emri bulunmadan yapılacak aramalar düzenlenmiştir.⁷⁸ İlgili maddede göre haklarında tutuklama kararı bulunan şüpheli veya sanık (CMK m. 100 vd.); yakalama emri bulunan şüpheli, sanık veya hükümlü (CMK m. 98); zorla getirme kararı bulunan şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi (CMK m. 146) ve giyabi tutuklama kararı bulunan yurtdışında kaçak şüpheli veya sanık (CMK m. 247)'in yakalanması durumunda üstünde arama yapılacaktır. Benzer şekilde yakalanan kişinin kendisine, başkalarına veya yakala-

Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara 2013, s. 91 vd.; **ŞAHİN**, Cumhuriyet Muhakemesi Hukuku – I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014, s. 318 vd.

⁷⁷ **BAŞTÜRK**, İhsan, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S. 9, Ağustos 2010, s. 25.

⁷⁸ **ÜNVER**, Yener – **HAKERİ**, Hakan, Cumhuriyet Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 537; **ÖZTÜRK**, Bahri – **TEZCAN**, Durmuş – **ERDEM**, Mustafa Ruhan – **SIRMA**, Özge – **SAYGILAR KIRIT**, Yasemin F. – **ÖZAYDIN**, Özdem – **ALAN AKCAN**, Esra – **ERDEN**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 505.

ma işlemi yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılabilecektir.⁷⁹ Bu kapsamda sorun, kişilerin üzerlerinde taşınabilir bilgisayar, akıllı cep telefonlar, kişisel sayısal yardımcı (Personal Digital Asistant – PDA) bulunması durumunda, söz konusu cihazlarda da arama yapılabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. PVSK'nın 9'uncu maddesinde eşyadan bahsedildiğine göre lafzı yorumla, söz konusu bilişim araçlarının da eşya kapsamında olmasından dolayı, bilişim araçlarında da arama yapılabilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilir. Kanun Koyucu, bilişim sistemlerinde arama konusuna özel önem vermiş, bilişim sistemlerinde yapılan aramanın temel hak ve özgürlüklere zarar veren bir girişim olduğunu kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak da, CMK'nın 134'üncü maddesinde bilişim sistemlerinde aramayı sadece hâkim kararına tabi tutmuş, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının dahi arama kararı vermesine olanak tanımamıştır. Bu durumda, Cumhuriyet savcısına dahi tanımadığı bir yetkiyi, önleme araması kapsamında, mülki amire tanıdığını söylemek kanaatimizde doğru bir yorum olmayacaktır. PVSK'nın 9'uncu maddesi kapsamında yapılan önleme aramasının, bilişim sistemlerinde, program veya kütüklerinde arama yapılmasına olanak sağlamadığı kanaatindeyiz.

5. Amerikan Yüksek Mahkemesinin taşınabilir veri depolama araçlarının yakalama sonrası aramaya tabi kılınması durumunda ileri sürmüş olduğu endişeler Türk hukuku bakımından da uygulanabilir. Nitekim Türk hukukunda da, yakalama sonrası aramanın amacı; kolluk kuvvetlerinin güvenliğine zarar verecek araçlardan yakalananı soyutlama ve mevcut delillere zarar vermesini engellemektir. Bu bakımdan gerekli tedbirlerin alınması suretiyle söz konusu amaç gerçekleştirilebilir.

6. Öncelikle kolluk kuvvetlerinin güvenliğini sağlamak için ilgili araç ile yakalanan kişi arasındaki irtibat kesilmelidir. Bu irtibatın kesilmesinden sonra, kolluk kuvvetlerinin güvenliği sağlanabilecektir. İkinci olarak ise delillerin yok edilmesini engellemek için öncelikle yakalanan kişinin araca ulaşmasını engellemek gereklidir. Fiziksel temasın kesilmesinden sonra, elektronik temasın da kesilmesi başka bir anlatımla cihazın sinyal alıp göndermesinin engellenmesi

⁷⁹ Bkz. **Gülşen**, Recep, "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", *Fasikül Dergisi*, Ağustos 2010, S. 9, S. 17; **KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU**, yakalama sonrası tehlikenin önlenmesi amacıyla, silah denetimi biçiminde yapılan kontrollerde yazılı emir alınmasına gerek bulunmadığını ancak ayrıntılı arama yapılabilmesi için yazılı emire ihtiyaç bulunduğunu ifade etmektedir (**KUNTER**, Nurullah – **YENİSEY**, Feridun – **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 873).

gereklidir. Yüksek Mahkemenin kararında ifade edildiği gibi bu iki basit şekilde gerçekleştirilebilir. Öncelikle cihaz kapatılıp bataryası cihazdan ayrılması suretiyle sinyal alıp göndermesi genel olarak kesilebilir.⁸⁰ İkinci olarak faraday çantaları kullanılmak suretiyle sinyalin fiziksel olarak erişimi kesilebilir.

7. Özel bir ihtisasa sahip olmayan kolluk kuvvetlerine, taşınabilir veri depolama araçlarında arama yapma yetkisi tanımak, bazı durumlarda delillerin kaybı ile sonuçlanabilecektir. Bundan dolayı yakalama sonrasında ilgili aracı muhafaza altına alma yetkisini kolluk kuvvetlerine tanımak gereklidir. Ancak kolluk kuvvetlerinin arama kararı olmaksızın söz konusu araçlarda arama yapma yetkisinin bulunduğunu savunmak kanaatimizce güçtür.

8. Söz konusu cihazlarda arama yapma yetkisinin yasal dayanağı CMK m. 134'tür. Adli bir arama türünü düzenleyen CMK m. 134, yakalama sonrası aramalarda da uygulanabilecektir. Nitekim yakalamanın bir suçla bağlı olarak icra edildiği durumlarda, suçun delillerinin aranmasının adli arama olduğu açıktır.

9. CMK m. 134'ün lafzına bakıldığında “bilgisayarlar ve bilgisayar kütükleri” bakımından uygulanabilir olduğu görülecektir. CMK'da bilgisayar tanımı yapılmadığından dolayı, bilgisayarın akıllı telefonları da kapsayıp kapsamadığı tereddüt yaratabilecektir. CMK m. 134'ün sayısal veriyi esas alan bir düzenleme yapmak yerine, veriyi barındıran aracı esas alan bir düzenlemeye sahip olması kanaatimizce hatalıdır. Bununla birlikte özellikle akıllı telefonların birer mini bilgisayar olduğu akıld tutularak, bilgisayar kavramının geniş yorumlanması suretiyle verileri işleyen, barındıran, saklayan veya ileten her türlü aracı kapsamaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bilgisayar kavramı bu şekilde geniş yorumlandığında, CMK m 134'te yaratılan korumadan diğer araçlar da yararlanabilecektir.

SONUÇ

Amerikan Yüksek Mahkemesi, Riley v. California kararı ile birlikte öğretide ve içtihat hukukunda üzerinde uzlaşa sağlanamayan, tartışmalı bir husus olan yakalama sonrası arama konusunda açık bir kural koymuştur.

Mahkeme, kolluk kuvvetlerinin yakalama sonrasında taşınabilir telefonlarda arama yapma yetkisinin bulunmadığına karar vermek suretiyle konuyu insanların özel hayatının gizliliğine üstünlük tanımak suretiyle çözmüştür.

Taşınabilir telefonlarda yakalama sonrası arama yapılması; yakalama son-

⁸⁰ Bazı cihazların içerisinde ikinci bir batarya taşıdığı ve söz konusu bataryanın gizlendiği unutulmamalıdır.

rası aramanın amaçlarını gerçekleştirmek bakımından uygun bir yol değildir. Zira yakalama sonrası aramanın amaçları olan aramayı yapan görevlinin güvenliğinin sağlanması ve mevcut delillerin yok edilmesinin önlenmesi arama gibi insan haklarına müdahale teşkil eden bir yöntem yerine daha az müdahaleci yöntemlerle de sağlanabilecektir.

Yüksek Mahkemenin taşınabilir telefonları göz önüne alarak verdiği karar, tüm taşınabilir veri depolama araçları bakımından uygulanabilir. Nitekim söz konusu veri depolama araçları kişi üzerinde taşınmakta ve yakalama esnasında da kişinin üzerinde bulunmaktadır. Bu noktadan yaklaşıldığında aramaya tabi kılınması düşünülebilir. Mahkeme, kararı ile söz konusu usavurmanın önüne geçmekte ve tüm taşınabilir veri depolama araçları bakımından çözüm getirmektedir.

Türk hukuku bakımından da yakalama sonrası aramanın amaçları aynıdır. Bu durumda söz konusu amaçları gerçekleştirmek için taşınabilir veri depolama araçlarında arama uygun bir yöntem değildir. Bu bakımdan Türk hukuku için de yakalama sonrasında taşınabilir veri depolama araçlarında arama yapılması yerine söz konusu araçların muhafaza altına alınması tedbiri uygulanmalıdır.

Yakalamada muhafaza altına alınan taşınabilir veri depolama araçlarında suç ile ilgili delillerin bulunduğu kanaatine varılması durumunda arama kararına dayanarak arama yapılmalıdır. Burada arama kararı CMK m. 134 uyarınca alınmalıdır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

ABRAMOWITZ, Elkan – **BOHRER**, Barry A., “Expansion of Border Searches to Laptops, Electronic Items”, New York Law Journal, Vol. 239, No. 87, Tuesday, May 6, 2008.

AKSOY, Şemsettin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 2007.

ALZAHABI, Rasha, “Should You Leave Your Laptop at Home When Traveling Abroad?: The Fourth Amendment and Border Searches of Laptop Computers”, Indiana Law Review, Vol. 41, 2008.

AYDIN, Murat, “Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kararı”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 66, Şubat 2012.

BAŞTÜRK, İhsan, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S. 9, Ağustos 2010.

BERG, Terrence, “Practical Issues in Searching and Seizing Computers”, Thomas M. Cooley Journal of Practical and Clinical Law, Vol. 27, 2004-2005.

BOZLAK, Ayhan, Anayasa Ek 4. Madde Kapsamında ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, İstanbul 2015.

CASTRO, Alicia, Technology for Computer Forensics, A Thesis Submitted to the Faculty of Graduate School of the University of Colorado for the Degree of Master of Engineering Department of Computer Science, 2009.

CENTEL, Nur – **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013.

CLANCY, Thomas K., Cyber Crime and Digital Evidence: Materials and Cases, 2011.

COLARUSSO, David, “Heads in the Cloud, A Coming Storm the Interplay of Cloud Computing, Encryption, and the Fifth Amendment’s Protection Against Self-Incrimination”, Boston University Science and Technology Law, Vol. 17, 2011.

COLB, Sherry F., “Probabilities in Probable Cause and Beyond: Statistical Versus Concrete Harms”, Law and Contemporary Problems, Vol. 73, September 2010.

CORBETT, Patrick E., “The Future of the Fourth Amendment in a Digital Evidence Context: Where Would the Supreme Court Draw the Electronic Line at the International Border”, Mississippi Law Journal, Vol. 81, Number 5, 2012.

CORRADI, Sara M., “Be Reasonable! Limit Warrantless Smart Phone Searches to Gant’s Justification for Searches Incident to Arrest”, Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 3, Spring 2013.

COUILLARD, David A., “Defogging the Cloud: Applying Fourth Amendment Principles to Evolving Privacy Expectations in Cloud Computing, Minnesota Law Review, Vol. 93, 2009.

DEĞİRMENÇİ, Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

DRIPPS, Donald A., “Dearest Property’: Digital Evidence and the History of Private ‘Papers’ as Special Objects of Search and Seizure”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 103, No. 1, 2013, s. 49-109.

DUNN, Gibson, “U.S. Supreme Court Extends Fourth Amendment Protection to ‘Digital’ Searches for the First Time in Landmark Decision”, <http://www.gibsondunn.com/publications/pages/Supreme-Court-Extends-Fourth-Amendment-Protection-to-Digital-Searches-for-First-Time-in-Landmark-Decision.aspx>, Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2014.

ERYILMAZ, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003.

ERYILMAZ, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012.

FISHMAN, Clifford S., “Searching Cell Phones After Arrest: Exceptions to the Warrant and Probable Cause Requirements”, *Rutgers Law Review*, Vol.:65:4, 2013.

FOLEY, Sean, “The Newly Murky World of Searches Incident to Lawful Arrest: Why the Gant Restrictions Should Apply to All Searches Incident to Arrest”, *Kansas Law Review*, Vol. 61, 2012, s. 753 – 784.

FONTECCHIO, Ari B., “Suspicionless Laptop Searches Under The Border Search Doctrine: The Fourth Amendment Exception That Swallows Your Laptop”, *Cardozo Law Review*, Vol. 31, No. 1, 2009.

FRAENKEL, Osmond K., “Concerning Searches and Seizures”, *Harvard Law Review*, Vol. 34, 1921.

GERSHOWITZ, Adam M., “Password Protected? Can a Password Save Your Cell Phone from a Search Incident to Arrest?”, *Iowa Law Review*, Vol. 96, 2011.

GERSHOWITZ, Adam M., “The iPhone Meets the Fourth Amendment”, *UCLA Law Review*, vol. 27, 2008.

GISSEL, Richard, “Search Incident to Arrest of Personal Electronic Devices”, for the Defense, Vol. 18, Issue 4.

GÜLŞEN, Recep, “Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksizden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller”, *Fasikül Dergisi*, Ağustos 2010, S. 9.

GOTTLIEB, David J., “The Fourth Amendment and the Digital Revolution”, Prof. Dr.Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayıncılık, C. I, Ankara 2014.

HALL, Daniel E., *Criminal Law and Procedure*, Sixth Edition, USA 2012.

HOLLEY, Benjamin, “Digitizing the Fourth Amendment: Limiting the Private Search Exception in Computer Investigations”, *Virginia Law Review*, Vol. 96, 2010.

HOLLEY, Benjamin, “Digitizing the Fourth Amendment: Limiting the Private Search Exception in Computer Investigations”, *Virginia Law Review*, Vol. 96, 2010.

İNCEOĞLU, Sibel, “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C.Ç 19-20, 1997-1998.

JAMES, Carolyn, “Balancing Interests at the Border: Protecting Our Nation and Our Privacy in Border Searches of Electronic Devices”, *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 27, Issue 1.

JULIE, Richard S., “High – Tech Surveillance Tools and the Fourth Amendment: Reasonable Expectations of Privacy in the Technological Age”, *American Criminal Law Review*, Vol. 37, 2000.

KERR, Orin S., “Foreword: Accounting for Technological Change”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 36, No. 2, 2013.

KERR, Orin S., “Vagueness Challenges to the Computer Fraud and Abuse Act”, *Minnesota Law Review*, Vol. 94, 2010.

KINPORTS, Kit, “Diminishing Probable Cause and Minimalist Searches”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 6, 2009.

KIZILKAYA, Ezgi, “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, *TBB Dergisi*, 2010 (89).

KNOTT, Jana L., “Is There an App for That? Reexamining the Doctrine of Search Incident to Lawful Arrest in the Context of Cell Phones”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 35, 2010.

KUNTER, Nurullah – **YENİSEY**, Feridun – **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul 2010.

LAMPARELLO, Adam – **MacLEAN**, Charles, “Back to the Future: Returning to Reasonableness and Particulartiy Under the Fourth Amendment”, *Iowa Law Review Bulletin*, Vol. 99, 2014, s. 101 – 114.

LEIBMAN, Alain, “Computer Search and Seizure Under the Fourth Amendment: The Dilemma of Applying Old – Age Principles to New – Age Technology”, *The Bureau of National Affairs*, 2011.

LUNDBERG, J.C., “When is a Phone a Computer”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, Vol. 8, Issue 4, Winter 2013.

McGREGOR, Nathan K., *The Weak Protection of Strong Encryption: Passwor-*

ds, Privacy, and Fifth Amendment Privilege, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 12, 2010.

O'CONNOR, Evan, "The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in *United States v. Wurie*", *Boston College Law Review*, Vol. 55: E. Supp., 2014, s. 59 – 73.

O'LEARY, Kaitlyn R., "What the Founders Did Not See Coming: The Fourth Amendment, Digital Evidence, and the Plain View Doctrine", *Suffolk University Law Review*, Vol. XLVI, 2013.

ORSO, Matthew E., "Cellular Phones, Warrantless Searches, and the New Frontier of Fourth Amendment Jurisprudence", *Santa Clara Law Review*, Vol. 50, Number 1, 2010.

OXTON, Chelsea, "The Search Incident to Arrest Exception Plays Catch Up: Why Police May No Longer Search Cell Phones Incident to Arrest Without a Warrant", *Creighton Law Review*, Vol. 43, 2010.

ÖZBEK, Veli Özer – **KANBUR**, Mehmet Nihat – **DOĞAN**, Koray – **BACAKSIZ**, Pınar – **TEPE**, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 5. Baskı*, Ankara Ekim 2013.

ÖZBEK, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 1999.

ÖZTÜRK, Bahri – **TEZCAN**, Durmuş – **ERDEM**, Mustafa Ruhan – **SIRMA**, Özge – **SAYGILAR KIRIT**, Yasemin F. – **ÖZAYDIN**, Özdem – **ALAN AKCAN**, Esra – **ERDEN**, Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

ÖZTÜRK, Bahri – **KAZANCI**, Behiye Eker – **GÜLEÇ**, Sesim Soyer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara 2013.

PENNY, Steven, "Searches of Digital Devices Incident to Arrest: *R v Fearon*", *Constitutional Froum Constitutionnel*, Vol. 23, Nu. 2, 2014.

RADOS, Susan A., "United States v. Payton: Redefining the Reasonableness Standard for Computer Searches and Seizures", *Golden Gate University Law Review*, Vol. 40, 2010.

ROSE, Robert G., "The 'Search-Incident-to-Arrest [But Prior-to-Securement] Doctrine: An Outline of the Past, Present and Future", *Regent University Law Review*, Vol. 23, 2011, s. 425 – 446.

SCHWARTZ, Paul M., "German and U.S. Telecommunicatons Privacy Law: Le-

gal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance”, *Hastings Law Journal*, Vol. 54, April 2003.

SHAH, Monica R., “The Case for a Statutory Suppression Remedy to Regulate Illegal Private Party Searches in Cyberspace”, *Columbia Law Review*, Vol. 105, 2005.

SMITH, Michael, “Survey, The Fourth Amendment, Password-Protected Computer Files and Third Party Consent Searches: The Tenth Circuit Broadens the Scope of Warrantless Searches”, *Denver University Law Review*, Vol. 85, 2008.

SOLOVE, Daniel J., “Fourth Amendment Codification and Professor Kerr’s Misguided Call for Judicial Deference”, *Fordham Law Review*, Vol. 74, Issue 2, 2005.

STARBUCK, Jackie L., “Redefining Searches Incident to Arrest: Gant’s Effect on Chimel”, *Penn State Law Review*, Vol. 116, Number 4.

STEWART, Ben E., “Cell Phone Searches Incident to Arrest: A New Standart Based on Arizona v. Gant”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 99, 2010 – 2011, s. 579 – 600.

Supreme Court of the United States, Nos. 13-132 and 13-212, David Leon Riley, Petitioner v. Caliornia on writ of Certiorari to the Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One (13-132), United States, Petitioner v. Brima Wurie, on writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the First Circuit (13-212), Opinion of the Court, 573 U.S. _ (2014), s. 1-28.

Supreme Court of the United States, Nos. 13-132 and 13-212, David Leon Riley, Petitioner v. Caliornia on writ of Certiorari to the Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One (13-132), United States, Petitioner v. Brima Wurie, on writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the First Circuit (13-212), Opinion of Alito J., 573 U.S. _ (2014), s. 1 – 6.

SWINGLE, H. Morley, “Smartphone Searches Incident to Arrest”, *Journal of Missouri Bar*, January-February 2012.

ŞAHİN, İlyas, “ABD Federal Mahkemelerinin Sınırlarda Bilgisayar Aramalarına İlişkin Kararları ve Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89, 2010.

ŞAHİN, İlyas, “ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu, Şartla Salıverme ve Adli Kontrole Tabi Kişilerle İlgili Aramalar”, *TAAD*, Y. 4, S. 14, Temmuz 2013.

ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014.

TATICCHI, Mark, “Redefining Possessory Interests: Perfect Copies of Information as Fourth Amendment Seizures”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, 2010.

THERIAULT, Alexis P., “Constitutional Law – Warrants Required to Search Cell Phones Seized Incident to Arrest – *State v. Smith*, 920 N.E. 2 d 949 (2009)”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIV, 2011.

TREPEL, Samantha, “Digital Searches, General Warrants, and the Case for the Courts”, *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 10, 2007.

ÜNVER, Yener – **HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara 2013, s. 535.

ÜNVER, Yener – **HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

WAHRER, Benjamin, “What is the Scope of Searches of Cell Phones Incident to Arrest? *United States v. Wurie* and the Return of *Chimel*”, *Maine Law Review*, Vol. 66:2, 2014.

WEMPE, Kevin, “*United States v. Flores-Lopez*: Protecting Privacy Rights in Cell Phone Searches Incident to Arrest”, *Kansas Law Review*, Vol. 62, 2013.

www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf, Erişim Tarihi: 03 Temmuz 2014.

MEDENİ MUHAKEME HUKUKUNDA KARŞI DAVA

The Counter Suit in the Civil Procedure

Doç. Dr. Cenk AKIL*

ÖZET

Karşı dava açılmış bir davada davalı tarafın da aynı mahkemede davacıya karşı dava açmasıdır. Karşı dava açılabilmesi için davanın esasına ve usule ilişkin bir takım koşulların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Karşı dava açılabilmesi için her şeyden önce asıl davanın derdest olması gerekir. Bunun yanı sıra karşı davada ileri sürülecek talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması ya da bunun dışında kalan bir irtibatın bulunması gerekir. Karşı dava Kanunda aranan şartlar gerçekleşmeden açılırsa mahkeme talep üzerine veya resen karşı davanın asıl davadan ayrılmasına karar verir. Asıl dava ile karşı dava birlikte görülür. Karşı dava her şeyden önce usul ekonomisine hizmet eder. Asıl dava ve karşı dava aynı mahkemede görüldüğü için davalar hakkında çelişkili kararlar verilmesi ihtimali azalır. Karşı davaya karşı, karşı dava açılmaz. Karşı dava, cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içerisinde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle açılır. Asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi karşı davanın görülmesine engel teşkil etmez.

Anahtar Kelimeler: Medeni Muhakeme Hukuku, Asıl Dava, Karşı Dava, Usul Ekonomisi, Takas.

ABSTRACT

Counterclaim is bringing an action against to claimant by defendant in the same court for a case which is subjected to disput already. Making a counterclaim requires some essential and procedural requirements. First requirement of making a counterclaim is that the main case has to be pending. Also, claims in counterclaim and claims in the main case must have accounting, exchange, or any other relation between each other's. If counterclaim is made without circumstances which are required by law, the court can distinguish counterclaim from the main case either on its own initiative or at the request of a party. Counterclaim and main case will be joinde cases. Counterclaim firstly serves to procedural economy. One court hears the counterclaim and the main case, so the possibility of conflicting decisions may decrease. Counterclaim can not be brought against another counterclaim. Counterclaim can be brought with a rebuttal petition or with a petition to essential in time limit. Termination of the main case proceedings regarding any reason is not a restraint to the counterclaim proceedings.

* akilcenk@hotmail.com

Keywords: The Law of Civil Procedure, Main Case, Counterclaim, Procedural Judicial Economy, Exchange.



GİRİŞ

1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde uygulamada ve öğretide “karşılık dava”, “mukabil dava”, “davayı müteakibe” olarak adlandırılan¹ ve inceleme konumuzu oluşturan dava 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda “karşı dava” olarak zikredilmiştir. Bu nedenle biz de incelememizde “karşı dava” terimini kullanacağız. Karşı dava öğretide farklı şekillerde tanımlanmıştır. Benimsemiş olduğumuz tanıma göre karşı dava “kendisine dava açılmış bulunan davalının, Kanunun öngördüğü durumlarda -takas veya mahsup talebi ile yahut davacıya karşı asıl davaya bağlı olarak- esasa cevap süresi içinde, genellikle asıl davaya verilen cevapla birlikte, harç yatırarak davacıya karşı, (asıl) davanın açılmış olduğu mahkemede açtığı dava”dır².

Karşı dava kurumu her şeyden önce usul ekonomisine³ (HMK m. 30) hizmet etmektedir⁴. Asıl dava ile karşı dava birlikte incelenip karara bağlandığından

¹ Timuçin Muşul, Medenî Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2012, s. 269.

² Ejder Yılmaz, Davada Takas ve Mahsup Talebi, MİHDER 2010/2, s. 253. Karş. İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 280-281; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 512 vd.; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 244 vd.; Necip Bilge/Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 458 vd.; Abdurrahim Karlı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012, s. 404. Alman ve İsviçre hukuk öğretilerinde de benzer tanımlara rastlamak mümkündür. Örneğin bkz. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. B., München 1993, s. 552; Egon Schneider, Prozesstaktischer Einsatz der Widerklage, MDR 1998, s. 21; August Keller, Beiträge zur Lehre von der Widerklage, Zürich 1940, s. 2; Max Kummer, Grundriss des zivilprozessrechts: nach den prozessordnungen des kantons Bern und des Bundes, 3. B., Bern 1978, s. 116; Max Guldener, Das schweizerische Zivilprozessrecht, 3. B., Zürich 1979, s. 216; Martin Koenig, Die Widerklage im Eheprozess, Zürich 1977, s. 2; Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. B., Bern 1999, s. 202. Karş. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. B., Ankara 2013, s. 524; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013, s. 543. Benzer yönde bir tanım için bkz. Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. B., 2013, § 14 kn. 31.

³ Usul ekonomisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi, AÜHFD 2008/1, s. 243 vd.; Cumhuriyet Rüzgaresen, Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 23 vd.

⁴ Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, İflâs Hukukunda Takas, İstanbul 2013, s. 48. Alman hukuku bakımından bkz. Stefan Korte, Die Wider-und Drittwiderklage, JA 2005, s. 534; Keller, s. 3. İsviçre hukuku bakımından bkz. Berner Kommentar ZPO/Killas ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II, Bern 2012, § 224 kn. 2.

mahkeme her iki davanın konusunu oluşturan uyuşmazlıklar hakkında tam bir görüş sahibi olmakta; yargılama sonunda verilen kararın isabet derecesi artmakta ve birbirleriyle irtibatlı olan uyuşmazlıklar hakkında çelişik hükümler verilmesi önlenmektedir⁵. Yargılama müşterek olduğundan emek ve zamandan tasarruf edilir. Karşı dava aynı zamanda silahların eşitliği prensibini de hayata geçirmektedir⁶. Öte yandan, takasın karşı dava olarak ileri sürülebilme imkânı ödeme kabiliyetini haiz olmayan davacıya karşı davalının korunmasına da hizmet etmektedir⁷. Karşı dava alelade bir savunma aracı olmayıp bağımsız bir (karşı) iddiadır⁸.

I. TARİHÇE

Latince *reconventio* olarak bilinen karşı davanın kökeni Roma hukukunda Formula usulü (*Formularprozess*) dönemine kadar gitmektedir. Roma hukukunda legis actio (kanunî davalar) döneminde davakonusunun tekliği ilkesi geçerli olduğundan karşı dava kabul edilmemekteydi⁹. Formular usulü döneminde ise takas savunmasının kabul edilmesi durumunda davalının alacağıın takas beyanı üzerine sona eren kısmı hakkında verilen kararın da maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilmiştir¹⁰.

II. KARŞI DAVANIN KOŞULLARI

Karşı davanın açılabilmesi için esasa ve usule ilişkin bir takım koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Aşağıda önce karşı davanın esasa ilişkin koşulları, daha sonra da usule ilişkin koşulları üzerinde durulacaktır.

A. KARŞI DAVANIN ESASA İLİŞKİN KOŞULLARI

Karşı davanın açılması için asıl davanın davalısının takas veya mahsup talebinde bulunması ya da karşı dava ile asıl dava arasında irtibat bulunması gerekmektedir. Davalının takas veya mahsup talebinde bulunması durumunda

⁵ Jan Luckey, Die Widerklage gegen Dritte-Zeugen zum Abschluss freigegeben ?, MDR 13 (2002), s. 743; Jan Luckey, Probleme der parteierweiternden Widerklage- BGH, NJW 1996, 196, JuS 1998, Heft 6, s. 500; Hans Joachim Musielak ZPO/Heinrich ZPO, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 11. B., München 2014, § 33 kn. 1; Saenger, ZPO, 6. B., 2015, § 33 kn.1.

⁶ Saenger, ZPO § 33 kn.1.

⁷ Keller, s. 2.

⁸ Richard Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, 30. B., Köln 2014, § 33, kn. 8; Michael Huber, Die Widerklage, JuS 2007, s. 1079; Musielak ZPO/Heinrich ZPO § 33, kn. 11.

⁹ Hans Gautschi, Verrechnungseinrede und Widerklage im schweizerischen Prozessrecht, Bern 1946, s. 3; Koenig, s. 3.

¹⁰ Gautschi, s. 9. Ayrıca bkz. Koenig, s. 1.

ise asıl dava ile karşı dava arasında irtibat var sayılmaktadır.

1. Takas veya Mahsup İlişkisi Mevcut Olmalı

Davalı takas veya mahsup talebini alelade savunma vasıtası olarak¹¹ ileri sürebileceği gibi takas veya mahsup talebini karşı dava formatında da ileri sürebilir^{12, 13}. Başka bir deyişle, davalının takas için karşı dava açması aynı zamanda onun takas beyanında bulunduğu anlamına da gelir¹⁴. Bu nedenle öncelikle takas (ve mahsup) hakkında kısaca bilgi vermek uygun olacaktır.

Takas öğretide “Karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sonra ermesi” olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Takas yargılama dışında veya esnasında ileri sürülebilir. Konumuz açısından önemli olan takasın yargılama sırasında ileri sürülmesidir.

Yargılama sırasında ileri sürülen takas beyanının usul hukuku kurallarına mı yoksa maddi hukuk kurallarına mı tâbi olması gerektiği konusunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür¹⁶. Bu teoriler üzerinde durmayacağız. Ancak şu kadarını

¹¹ Davada takas veya mahsup savunmasının hukukî niteliği konusunda öğretide görüş ayrılıkları vardır. Hakim görüşe göre takas def’idir (Ansay, s. 245 vd.; Bilge/Önen, s. 459; Postacıoğlu, s. 281; Saim Üstündağ, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler, İÜHFİM 1959/1-4, s. 223; Kuru, Usul IV, s. 3896; Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 255). Azınlıkta kalan görüşe göre ise, takas, hakkı sona erdirici etkiye sahip bir itirazdır (Burcuoğlu, s. 20). Yargıtay’ın ise her iki görüşü de savunan kararlarına rastlamak mümkündür. Bkz. Yılmaz, Takas, s. 269 vd.

¹² Takasın salt savunma vasıtası olarak ileri sürülmesi ile karşı dava olarak ileri sürülmesinin sonuçları farklıdır. Bu farklar kısaca şu şekilde özetlenebilir: Takasın savunma vasıtası olarak ileri sürülmesi durumunda davacı tarafın mahkûm edilmesi söz konusu değildir. Bu halde takas savunması için harç da ödenmez. Öte yandan, takas beyanında bulunulması davalının davacının alacağını kabul ettiği anlamına gelir. Aynı şey karşı dava için her zaman söylenemez. Takasın savunma olarak ileri sürülmesi ve mahkeme tarafından haklı bulunması durumunda karşı alacak da ortadan kalkar. Buna karşılık karşı dava için her zaman aynı şey söylenemez; karşı dava kabul edilebileceği gibi ret de edilebilir (Keller, s. 11).

¹³ Davalının karşı alacağını takas savunması olarak değil de, karşı dava olarak ileri sürmesi onun davacının alacağı hakkında ciddi şüphelerinin olduğunu gösterir (Üstündağ, Yargılama, s. 518).

¹⁴ Özellikle davalının, davacının alacağı konusunda şüphesi varsa davalı takas savunmasında bulunmak yerine karşı dava ikamesini tercih edecektir (Schneider, s. 23).

¹⁵ Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 2010, s. 21. Karş. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. B., İstanbul 2011, C. 1, s. 605; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B., Ankara 2013, s. 1274; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 1012 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2012, s. 850; Halûk Burcuoğlu, Takas Savunmasının Hukukî Niteliği, BBD 1984/1, s. 17.

¹⁶ Teoriler hakkında bkz. Gautschi, s. 14; Üstündağ, Takas, s. 320; Topuz, Gökçen/Topuz, Seç-

belirtelim ki, bizim de katıldığımız hakim görüş konumunda bulunan maddi hukuk teorisine göre davalı dilekçesinin karşı tarafa tebliği ile takas gerçekleşmiş olur¹⁷.

Davalı salt kendisine karşı açılan davanın takas nedeniyle reddini değil de, kendi alacağına da hüküm altına alınmasını istiyorsa takas talebini karşı dava formatında ileri sürmelidir^{18, 19}. Davalının kendi alacağı için karşı dava açması hukuken takas beyanı anlamına gelir²⁰. Takas beyanının karşı dava yoluyla ileri sürülmesi halinde, mahkeme takasın şartlarının bulunduğu sonucuna varırsa, asıl davayı takas sebebiyle reddeder ve fazla alacağın asıl davacıdan alınmasına karar verir²¹. Davalının karşı dava açma niyetini açıkça ortaya koyması gerekir. Davalı karşı dava açtığını açıkça bildirmez ve takas nedeniyle davanın reddini isterse, karşı alacağı asıl davada istenen alacaktan fazla olsa bile, bununla davalının talebi, bir karşı dava olarak kabul edilemez²².

Davalı takas talebinin yanı sıra mahsup²³ talebini de karşı dava formatında ileri sürebilir. Davalının mahsup edilmesini istediği alacak kural olarak asıl dava konusu alacaktan daha az olacağından davalının söz konusu alacak için karşı dava açmakta hukukî menfaati olmayacaktır. Buna karşılık davalının mahsup edilmesini istediği alacak asıl alacaktan fazla ise, davalı mahsup ve bakiye alacak için karşı dava açabilecektir. Ancak bu halde de davalı karşı dava açmak zorunda olmayıp isterse bağımsız bir dava da açabilir. Yukarıda takasın karşı dava içinde ileri sürülmesi hakkında söylenenler mahsup talebi için de geçerlidir.

2. Karşı Dava ile Asıl Dava Arasında İrtibat Bulunmalı

Takas yahut mahsup talebi dışında asıl davaya yönelik olarak karşı dava açılabilmesi için asıl dava ile karşı dava arasında irtibat olması gerekir (HMK m.

kin: Takasın Davada İleri Sürülmesi, AÜHFD, 2008/3, s. 723.

¹⁷ Gautschi, s. 92.

¹⁸ Kuru, Usul IV, s. 3903; Aral, s. 219.

¹⁹ Kendi alacağının da hüküm altına alınmasını isteyen davalı muhakkak karşı dava açmak zorunda değildir. Davalı karşı dava yerine bağımsız bir dava açarak da böyle bir talepte bulunabilir (Yılmaz, Takas, s. 265).

²⁰ Aral, s. 219; Yılmaz, Takas, s. 265.

²¹ Postacioğlu, s. 281-282; Kuru, Usul IV, s. 3905; Üstündağ, Yargılama, s. 519; Aral, s. 219.

²² Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 527.

²³ Mahsup kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Aral, s. 23-24; Şemsettin Çuhacı, Takas ve Mahsup Kavramı Üzerine Bir İnceleme, Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 165; Lütfi Soner, Karşılık Davada İlk İtiraz ve Bu Davanın Dinlenme Olasılığı, TNBD 1976/10, s. 49.

132, 1/b)^{24, 25}. İrtibattan maksat asıl dava ile karşı davanın aynı veya benzer sebepten kaynaklanması ya da davalardan biri hakkında verilecek kararın diğeri de etkileyecek nitelikte olmasıdır (HMK m. 166, 4)²⁶. Asıl dava ile karşı dava arasında böyle bir irtibatın aranmasının sebebi birbiriyle ilgisi olmayan asıl ve karşı davanın aynı yargılamada ileri sürülmesi durumunda yaşanacak kargaşanın önüne geçilmesidir²⁷.

Alman hukukunda salt olgusal (fili) ya da ekonomik irtibatın yeterli olmadığı karşı dava ile asıl dava arasında “hukuki” irtibatın bulunması gerektiği ifade edilmiştir²⁸. Alman hukukunda dava ve karşı dava aynı hukuki ilişkiden kaynaklanmakta ise; her iki dava aynı objeye ilişkinse ve dava ve karşı davaya konu edilen talepler karşılıklı olarak birbirinin şartını oluşturmakta ise asıl dava ile karşı dava arasında irtibat olduğu kabul edilmektedir²⁹.

Örneğin, bir mimarın ücret alacağını dava etmesine karşılık, iş sahibi de plandan kaynaklanan hata nedeniyle tazminat talebiyle dava açmışsa, iki dava arasında irtibat var sayılır³⁰.

Aynı hukukî ilişkiden doğan talepler arasında irtibat olabileceği gibi, dava konusu olan şey de aynı ise talepler arasında irtibat var sayılır³¹. Karşı dava ile asıl dava arasındaki irtibata şu örnekler verilebilir³²:

- Davacının açmış olduğu müdahalenin önlenmesi davasına karşı, davalı asıl davacının müdahalesinin önlenmesi için karşı dava açabilir. .

²⁴ Bazı hukuk düzenlerinde böyle bir irtibat aranmamaktadır. Bkz. Jochen Schröder, *Widerklage gegen Dritte?*, AcP 164 (1964), s. 517; Ahmet Cahit İyilikli, *Mukabil Dava*, YD 2004/1-2, s. 157.

²⁵ Karşı dava ile asıl dava arasında buraya kadar anlatılan tarzda irtibat yok ise, davalının davalıya karşı açmış olduğu dava -Kanunda öngörülmuş bulunan süre içinde açılrsa dahi- teknik anlamda karşı dava olarak nitelendirilemez (Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. B., Ankara 2013, s. 869). Örneğin bkz. 2. HD, 22.1.1976 (YKD 1976/6, s. 805).

²⁶ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, İstanbul 2001, s. 3411; Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 527.

²⁷ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. 393.

²⁸ Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs ZPO*, 11. B., München 2012, kn. 321; Friedrich Stein/Martin Jonas/Herbert Roth, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. B., Tübingen 2014, § 33 kn. 28; Zöllner/Vollkommer, § 33 kn. 15. Karş. MüKoZPO/Patzina ZPO, § 33 kn. 1; Vogel, s. 203. Karşı görüş için bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 554. Yazarlara göre asıl dava ile karşı dava arasındaki irtibat hukuki olmak zorunda değildir.

²⁹ Keller, s. 31. Karş. Musielak, GK, kn. 321; Stein/Jonas/Roth, § 33 kn. 28; Zöllner/Vollkommer, § 33 kn. 15. Karş. MüKoZPO/Patzina ZPO, § 33 kn. 1; Guldener, s. 218.

³⁰ MüKoZPO/Patzina ZPO, § 33 kn. 20. Aynı yönde: Saenger, ZPO, § 33 kn. 3.

³¹ Üstündağ, *Yargılama*, s. 519. Karş. İyilikli, s. 156.

³² Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 527.

• Eşlerden birinin açmış olduğu boşanma davasına karşı, diğer eş de karşı dava olarak boşanma davası açabilir³³.

Buna karşılık davacının açmış olduğu tahliye davasına karşı, davalının kira sözleşmesiyle ilgisi olmayan (söz gelimi, ödünç sözleşmesinden doğan) bir alacak için karşı dava açması caiz değildir. Çünkü tahliye davası ile davalının alacak davası arasında irtibat yoktur³⁴.

Belirtmek gerekir ki, eğer özel bir kanun hükmü ile asıl davaya karşı, karşı dava açılabileceği düzenlenmişse, bu durumda asıl dava ile karşı dava arasında irtibat bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmaya gerek yoktur. Zira kanun getirdiği düzenleme ile bu irtibatın varlığını peşinen kabul etmiştir. Örneğin, hacizde ve iflasta üçüncü kişinin icra mahkemesinde açmış olduğu istihkak davasına yönelik, davalı alacaklının veya iflas idaresinin iptal davasını (İİK m. 277-284), karşı dava olarak açılabileceğine ilişkin hüküm (İİK m. 97, XVII) ile bu iki dava arasındaki irtibat kanunen kabul edilmiştir.

Asıl dava ile karşı dava arasındaki irtibat konusuna son vermeden önce tespit davasına karşı eda davasının veya bir eda davasına karşı tespit davasının karşı dava olarak açılıp açılmayacağı üzerinde de durmak gerekir. Şayet karşı dava olarak açılmak istenen dava, bağımsız bir dava olarak açılabilir, diğer tarafta derdestlik itirazında bulunma hakkı verecek idi ise, karşı dava caiz değildir. Buna karşılık, eda davası, kısmi davanın açılmasında olduğu gibi, hukukî ilişkinin tamamının tespitini kapsamıyorsa, hukukî ilişkinin tamamına şamil olmak üzere bir karşı (menfi) tespit davası açılabilir. Tespit davasına karşı, karşı eda davası açılabilmesinde ise tereddüt edilmemelidir. Zira bu halde davakonuları farklıdır ve sonradan açılan eda davası derdestliğe yol açmaz³⁵.

3. Hukukî Menfaat Bulunmalı

Davalının karşı dava açabilmesi için hukukî menfaatinin bulunması gerekir. Bu husus özellikle karşı davanın davacısının alacağına asıl davanın davacısının alacağından daha düşük olması durumunda tartışma konusu olmaktadır. Azınlıkta kalan görüşe göre, asıl davanın davalısının alacağı asıl davanın davacısının alacağından daha düşük olsa bile davalı karşı dava açabilir. Asıl davanın davalısı karşı dava açmakla esas davada talep edilen ve kendi alacağından fazla

³³ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 528.

³⁴ Kuru, Usul IV, s. 3919; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 528.

³⁵ Baki Kuru/Ali Cem Budak, Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010, s. 98; Baki Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, İstanbul 2003, s. 87; Uğur Aybeğ Kını, Karşılık Dava, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009, s. 18.

görünen alacağın incelenmesinden de vazgeçmek zorunda değildir³⁶. Hakim görüşe göre ise, davalının takasa konu ettiği alacak davacının alacağı ile aynı miktarda ya da ondan az ise, davacının davasını reddettirmek için takas savunmasında bulunması yeterlidir. Bu nedenle davalının böyle bir durumda karşı dava açmakta hukuki menfaati bulunmamaktadır³⁷. Buna karşılık, davalının alacağı, asıl davanın davacısının alacağından fazla ise ve karşı davacı bu miktarın da hüküm altına alınması istiyorsa karşı dava açmak zorundadır³⁸.

B. KARŞI DAVANIN USULE İLİŞKİN KOŞULLARI

1. Karşı Dava ile Asıl Dava Aynı Yargılama Usulüne Tâbi Olmalı

a. Karşı Dava ile Asıl Dava Aynı Yargı Yoluna Tâbi Olmalı

Davalı tarafından açılan davanın karşı dava olarak nitelendirilebilmesi için karşı dava ile asıl davanın aynı yargı yoluna tâbi olması gerekir³⁹. Bu itibarla idari yargının görev alanına giren bir dava adliye mahkemesinde karşı dava olarak açılmaz; aksi takdirde hukuk mahkemesinin bu durumu kendiliğinden gözeterek karşı dava olarak açılmış bulunan idari dava hakkında görevsizlik kararı vermesi gerekir⁴⁰.

b. Karşı Davada Görevli Mahkeme

Karşı dava asıl davanın görüldüğü mahkemede açılır. Bu itibarla görevli mahkeme asıl davaya bakan mahkemedir. Karşı dava, bir özel mahkemenin görevine girmekte ise, genel mahkemede bir davaya karşı, karşı dava şeklinde açılmaz; özel mahkemeye ayrı bir dava olarak açılmalıdır. Buna karşılık özel mahkemede görülmekte olan bir davaya karşı, genel mahkemenin görevine giren bir dava karşı dava olarak açılabilir ve özel mahkeme her iki davayı birlikte inceleyip karara bağlar⁴¹. Yargıtay da bu görüşte iken son zamanlarda vermiş olduğu bazı kararlarda böyle bir talebin ayrılması ve görevsizlik kararı verilme-

³⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 256.

³⁷ Postacıoğlu, s. 282; Üstündağ, Takas, s. 223; Aral, s. 219; Yılmaz, Takas, s. 264; Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 277-278; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545.

³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545; Berner Kommentar ZPO/Killas ZPO, § 224 kn. 11. Keller'e göre davalı karşı alacağını dava konusu etmiş ve karşı alacak, asıl alaktan fazla ise, takas savunması ile karşı dava aynı alacağın farklı kısımlarına isabet etmektedir (Keller, s. 106).

³⁹ Kuru, Usul IV, s. 3891; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545; Meral Sungurtekin Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 229. Aynı yönde: Saenger, ZPO, § 33 kn. 13; Keller, s. 18; Staehelin/Staehelin/Grolimund, ZPR, § 14 kn. 33.

⁴⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 525; Muşul, Usul, s. 271.

⁴¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 525.

si gerektiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır⁴². Bu görüş isabetli değildir.

Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre asliye hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davaya yönelik ticari dava, karşı dava olarak açılabilir. Bu halde, karşı davalı görev itirazında (TTK m. 5) bulunursa, asliye mahkemesi asıl dava ile karşı davanın ticaret mahkemesinde gönderilmesine karar vermelidir⁴³. 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun'un⁴⁴ 2 inci maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 5 inci maddesinde yapılan değişiklikle asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi haline getirildiğinden (TTK m. 5, 3) kanımızca asliye hukuk mahkemesinin görev itirazında bulunulmasını beklemeden görevsizlik ve gönderme kararı vermesi gerekir.

Buna karşılık, asliye ticaret mahkemesinde görülmekte olan bir ticari davaya karşı, asliye ve sulh hukuk mahkemesinin görevine giren bir dava, karşı dava olarak açılabilir ve ticaret mahkemesi her iki davayı birlikte inceleyip karara bağlayabilir⁴⁵.

Karşı dava bakımından sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesinin durumunu incelemeyen önce 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun görev konusunda 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı bir anlayış benimsemiş olduğuna işaret etmek gerekir. Şöyle ki; 6100 sayılı HMK, 1086 sayılı HUMK'tan farklı olarak sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesinin görev alanını belirlerken parasal bir ölçütten hareket etmemiştir. 1086 sayılı mülga HUMK'un asıl dava ile karşı davanın davakonusunun değerinin karşılaştırılması suretiyle karşı davaya bakacak görevli mahkemeyi tayin eden 5 inci maddesinin 6100 sayılı HMK'da bir karşılığı bulunmamaktadır.

6100 sayılı HMK ile görevin belirlenmesinde parasal ölçütten vazgeçildiğinden ve asıl görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu kabul edildiğinden (HMK m. 2,2), sulh hukuk mahkemesi tarafından görülen bir davaya karşı asliye hukuk mahkemesinin görevine giren bir dava karşı dava olarak açılırsa, sulh hukuk mahkemesi her iki dava hakkında da görevsizlik ve gönderme kararı vermeli ve her iki davaya da asliye hukuk mahkemesinde bakılmalıdır.

Davalının karşı dava açması üzerine asıl davaya bakan mahkeme görevsizlik kararı verirse, davacının veya davalının bu karar verildiği anda kesin ise bu

⁴² Örneğin bkz. 2. HD 14.06.2011, 10212/10449 (Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan, Medenî Usûl Hukuku Pratik Çalışmalar, 16. B., Ankara 2014, s. 309).

⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 526.

⁴⁴ RG 30.6.2012, S. 28339.

⁴⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 526.

tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir (HMK m. 20, 1, c. 1).

Hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davaya yönelik olarak açılan karşı dava için bir tahkim sözleşmesi (veya tahkim şartı) varsa (HMK m. 412, 413) hukuk mahkemesi, bu karşı davanın hakemde ayrı bir dava olarak açılması gerektiğini kendiliğinden gözetemez; gözetebilmesi için, asıl davacının (karşı davalının) cevap dilekçesinde karşı davanın hakemlerde açılması gerektiği yolunda tahkim ilk itirazında (HMK m. 116, 1/b) bulunması gerekir (HMK m. 413)⁴⁶. Asıl davacı, süresi içinde böyle bir itirazda bulunursa, hukuk mahkemesi, karşı davayı, davanın mahkemelerde açılması gerektiği gerekçesiyle usulden reddeder⁴⁷.

Karşı davaya konu edilen uyuşmazlığın halli hakemlere ait ise, davalı bunu karşı dava olarak mahkeme önüne getiremez⁴⁸. Buna karşılık asıl davacılar önünde görülmekte ise ve karşı davaya konu teşkil eden uyuşmazlık için de tahkim sözleşmesi yapılmış ise, davalı cevap süresi içinde vereceği dilekçe ile davacıya karşı hakemlerde bir karşı dava açabilir. Bu halde hakemler asıl dava ile karşı davayı birlikte inceleyip karara bağlar⁴⁹.

Asıl davaya bakan mahkemenin karşı davaya da bakabilmesi için asıl dava hakkında verilen kararı temyiz üzerine inceleyecek Yargıtay dairesi ile karşı dava hakkında verilen kararı temyiz üzerine inceleyecek Yargıtay dairesinin aynı olması gerekir mi? Yargıtay vermiş olduğu bir kararında asıl dava ile karşı davanın temyiz incelemesini yapacak dairelerin farklı olması durumunda asıl davaya bakan mahkemede karşı davanın açılmayacağı sonucuna varmıştır. Bahsi geçen karara göre; *“Davacı taraf tapuya dayanarak el atmanın önlenmesini istemiştir. Davalılar ise karşı davalarında zilyet olduklarını ileri sürerek davacının el atmasının önlenmesini talep etmişlerdir... (T)emyiz tetkik mercilerinin ayrı olmasından ötürü mülkiyet ve zilyetlik nedenlerine dayanılarak açılan davaların birlikte görülmesi mümkün değildir”*⁵⁰. Bu kararda savunulan görüşe katılmak mümkün değildir. Temyiz başvurusunun farklı dairelerde incelenecek olması asıl davaya yöneltilecek karşı davanın açılacağı mahkemenin

⁴⁶ Muşul, Usul, s. 271.

⁴⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 525.

⁴⁸ İyilikli, s. 152.

⁴⁹ Örneğin bkz. 15. HD, 15.11.1984, 1685/3521 (YHD 1986/6, s. 849-850).

⁵⁰ Senai Olgaç, Medeni Usul Hukukunda Görev ve Yetki, Ankara 1977, s. 230 (Kini, s. 22-23'den naklen).

belirlenmesinde belirleyici bir kriter değildir. Öte yandan temyiz incelemesinin farklı Yargıtay dairelerince yapılacak davalar açısından dahi kanunî şartlar dairesinde davaların birleştirilmesi mümkün olduğundan (HMK m. 166, 4) temyiz incelemesini yapacak dairelerin farklı olması tek başına asıl davaya karşı aynı mahkemede karşı dava açılmasına engel değildir.

c. Karşı Davada Yetkili Mahkeme

Yukarıda da belirtildiği gibi, karşı dava asıl davaya bakan mahkemede açılır. Dolayısıyla asıl davaya bakan mahkeme karşı davaya bakmaya da yetkilidir. Bununla birlikte, şayet Kanunda karşı dava bakımından kesin yetki öngörül-müşse asıl dava ve karşı dava asıl davaya bakan mahkemede değil, karşı dava ya bakma yetkisine sahip mahkemede görülür. Bu sonuca “Karşı davada yetki” başlıklı 13 üncü maddenin mefhumu muhalifinden ulaşmak mümkündür. Zira Kanunda “kesin yetkinin söz konusu olmadığı hallerde” asıl davaya bakan mahkemenin, karşı davaya da bakmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir (HMK m. 13). Karşı dava için kesin yetkinin söz konusu olduğu hallerde, karşı dava -eğer asıl dava için öngörülmüş bulunan yetkili mahkeme aynı zamanda karşı dava için de yetkili değilse- asıl davaya bakan mahkemede açılmaz⁵¹.

Kesin yetki halleri dışında, karşı dava Kanunun öngördüğü şartlar dairesinde açılmışsa, asıl davanın davacısı, açılan davaya karşı yetki itirazında bulunamayacaktır. Zira Kanun gereği (HMK m. 13) asıl davaya bakan mahkeme karşı dava için de yetkili kabul edilmiştir⁵².

Tacirler veya kamu tüzel kişileri aralarında yetki sözleşmesi yapmışlar (HMK m. 17) ve asıl dava buna uygun olarak sözleşme uyarınca yetkili kılınan mahkemede açılmışsa, yetki sözleşmesinin kapsamına giren karşı davanın da daha önce yapılmış yetki sözleşme ile yetkili kılınmış olan ve asıl davaya bakan mahkemede açılması gerekir. Davacı davasını yetki sözleşmesinde öngörülme-yen (yetkisiz) bir mahkemede açmış ve yetki sözleşmesinin kapsamına giren karşı davasını yetkili mahkemede açmak isteyen davalının öncelikle cevap dilekçesinde yetki ilk itirazında bulunması gerekir. Aksi takdirde yetkisiz mahkeme yetkili hale gelir (HMK m. 19, 2).

Bir mahkemenin yetkisi, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerine göre belirlenir (HMK m. 6, 1). Bu itibarla asıl davanın açıldığı mahkemede karşı dava açıldıktan sonra, davacı asıl davadan feragat etse (HMK m. 307) veya asıl davasını geri alsa (HMK m. 123) yahut davalı asıl

⁵¹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, İstanbul 2001, s. 458.

⁵² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 106.

davayı kabul etse⁵³ bile asıl davanın açılmış olduğu mahkeme karşı dava için yetkili kalmaya devam edecektir. Bu nedenle böyle bir durumda davacının davayı gören mahkemeyi sırf karşı dava açısından yetkisiz hale getirmek için davasından feragat etmesi dürüstlük kuralına (HMK m. 29) aykırı olacaktır⁵⁴.

2. Asıl Dava Derdest Olmalıdır

Karşı davanın açılabilmesi için varlığı aranan bir başka şart asıl davanın derdest⁵⁵ olmasıdır⁵⁶. Karşı dava daha önce açılmış bulunan bir davaya karşı açıldığından halen derdest bir dava olmadıkça karşı davadan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Bu itibarla, henüz açılmış bir asıl dava yok ise yahut açılmış bulunan dava davadan feragat, davayı kabul, davanın geri alınması, davanın açılmamış sayılması gibi bir nedenle ortadan kalkmış ise, ortada asıl dava olmayacağından karşı davadan bahsetmek de mümkün olmayacaktır⁵⁷.

3. Karşı Davanın Esasa Cevap Süresi İçinde Açılmış Olması Gerekir

1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda karşı davanın Kanunda öngörülen süre içerisinde açılmamış olması ilk itirazlar arasında sayılmaktaydı (HUMK m. 187/8) ve asıl davanın davacısının karşı davanın esasa cevap süresi içinde açılmamış olmasını ilk itiraz olarak ileri sürmesi durumunda mahkemenin karşı davanın reddine karar vermesi öğretide savunulmaktaydı⁵⁸. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda karşı davanın esasa cevap süresi içinde açılmamış olmasına ilk itirazlar arasında (HMK m. 116) yer verilmemiştir⁵⁹. HMK m. 133, 2 uyarınca karşı davanın esasa cevap süresi içinde açılmamış olması durumunda mahkeme kendiliğinden davaların ayrılmasına karar verecektir. Bu düzenleme ile mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde karşı davanın kabule şayan olmaması durumunda davanın reddine mi yoksa ayrılmasına mı karar verilmesi gerektiği yönündeki tartışmalar da son bulmuştur. Bu itibarla getirilen düzenleme isabetlidir.

⁵³ Guldener, s. 218.

⁵⁴ Bu yönde: 2. HD, 5.7.1974, 4543/4437 (YKD 1975/8, s. 88-89).

⁵⁵ Derdestlik hakkında geniş bilgi için bkz. Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. B., Ankara 2007, s. 4 vd.

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 544; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 525; Sungurtekin Özkan, s. 228. Alman hukuku bakımından bkz. Musielak ZPO/Heinrich ZPO, § 33 kn. 6; MüKoZPO/Patzina ZPO, § 33 kn. 12, 20; Saenger, ZPO, § 33 kn.11. İsviçre hukuku bakımından bkz. Vogel, s. 203.

⁵⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 544.

⁵⁸ Bilge/Önen, s. 461; Postacioğlu, s. 283.

⁵⁹ Yılmaz, Şerh, s. 870.

Öte yandan 6100 sayılı HMK ile karşı davanın açılma biçimi bakımından da 1086 sayılı mülga HUMK'taki düzenlemeden ayrılmıştır. Şöyle ki; 1086 sayılı mülga HUMK'ta karşı davanın ancak cevap dilekçesiyle açılabileceği hükme bağlanmıştı. HMK'da ise karşı davanın cevap dilekçesinin yanı sıra ayrı bir dilekçe ile de açılabileceği öngörülmüştür. Buna göre, karşı dava, davalı tarafından esasa cevap süresi içinde cevap dilekçesiyle açılabileceği gibi esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe ile de açılabilir (HMK m. 133, 1). Esasa cevap süresi yazılı yargılama usulünde dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 127, 1, c. 1). Şu halde, davalı karşı davayı kural olarak iki haftalık süre içerisinde açmak zorundadır. Durum ve koşullara göre cevap süresinin iki haftalık süre içinde hazırlanması zor ya da imkânsız ise, bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya bir defaya mahsus olmak ve bir ay geçmemek üzere ek süre verilebilmektedir (HMK m. 127, 1, c. 2). Davalı verilen bu süre içinde de karşı dava açma hakkına sahiptir.

Basit yargılama usulüne tâbi davalarda da cevap süresi dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 317, 2, c. 1). Dolayısıyla davalı bu süre içinde karşı dava açabilir. Buna karşılık, basit yargılama usulünde, yazılı yargılama usulünden farklı olarak davalıya verilebilecek ek süre bir ay değil, iki haftadır (HMK m. 317, 2, c. 2). Davalı iki haftalık ek süre içinde de karşı dava açabilecektir.

Cevap dilekçesi verme süresi adli tatil sonundaki uzama süresinden (HMK m. 104) yararlanacağından cevap dilekçesiyle karşı dava açma olanağı bu uzama süresinden de yararlanabilir⁶⁰.

Karşı davanın hangi tarihte açıldığının belirlenebilmesi için karşı davanın harca tâbi olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapmak gerekir. Karşı dava harca tâbi değilse, dava gider avansı (HMK m. 120) tahsil edildikten sonra, hâkimin cevap dilekçesini havale ettiği tarihte açılmış sayılır. Buna karşılık, cevap dilekçesinin hâkimin havale ettiği tarihte değil de, daha sonraki bir tarihte mahkeme kalemine teslim edildiği belgelenmişse, karşı davanın o tarihte açıldığının kabulü gerekir. Karşı davanın harca tâbi olması durumunda ise karşı dava kural olarak harcın ve gider avansının ödendiği tarihte açılmış sayılır. Buna karşılık, cevap dilekçesi mahkeme kalemine harcın ödendiği tarihte değil de, daha sonraki bir tarihte teslim edilmişse, karşı davanın cevap dilekçesinin teslim edildiği tarihte açıldığı kabul edilmelidir⁶¹.

⁶⁰ Umar, s. 397.

⁶¹ Kini, s. 54.

Buna karşılık, karşı davayı içeren cevap dilekçesi, harç alınmadan dava dosyasına konulmuş ve işleme tâbi tutulmuş ise, karşı davanın açılmış sayılması gerekir. Bu halde, karşı davanın harçları sonradan ödettirilmeli ve dava görülmelidir⁶².

Karşı davanın Kanunda öngörülen süreden sonra açılması durumunda mahkeme davaların ayrılmasına karar verecektir (HMK m. 133, 2). Karşı dava asıl davaya bakan mahkemenin görevine girmiyorsa ayrılan bu dava hakkında mahkemenin görevli mahkemeye gönderme kararı vermesi gerekir⁶³.

Karşı dava süresi içinde açılmamışsa yukarıda da belirtildiği gibi asıl davaya bakan mahkemenin ayırma kararı vermesi gerekir. Buna karşılık, mahkeme ayırma kararı vermemiş, davaları birlikte incelemiş ve sonuçta hukuken doğru karar vermiş ise, sırf ayırma kararı vermediği için vermiş olduğu kararın temyiz incelemesi sonucunda bozulmaması gerekir. Zira bu aykırılık, kararın başka türlü verilmesini gerektirecek nitelikte (HUMK m. 428, II) değildir.

Tekraren belirtelim ki, süresi içinde karşı dava açmamış olan davalının daha sonra ayrı (bağımsız) bir dava açması mümkündür⁶⁴.

Karşı dava açılmış ve mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucunda esas davadaki alacağın mevcut olmadığı sonucuna varılmışsa, karşı davada talep edilen alacak açısından eda hükmü verilebilir⁶⁵.

Karşı dava usulüne uygun olarak açılmadığı için açılmamış sayılmasına karar verilirse, karşı davaya konu edilen alacak için zamanaşımı kesilmiş olmaz⁶⁶. Ancak bu halde asıl davanın davalısının TBK m. 158'deki altmış günlük ek süreden yararlanması mümkündür⁶⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava ile ilgili hükümleri aksine özel düzenleme bulunmayan hallerde bağımsız bir dava olması nedeniyle karşı dava hakkında da uygulanacaktır (HMK m. 135).

Birinci dava ile arasında irtibat bulunan ikinci dava karşı dava açılması için Kanunun öngördüğü süreden sonra açılırsa iki dava arasında irtibat bulunsa dahi ikinci dava teknik anlamda karşı dava olarak nitelendirilemez. Bununla birlikte, aralarında irtibat olması nedeniyle bu (ikinci) davanın birinci dava ile birleştirilmesi mümkündür (HMK m. 166).

⁶² Kuru, Usul IV, s. 3953. Bkz. 11. HD, 10.2.1998, 8291/684 (Kuru, Usul IV, s. 3954).

⁶³ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 528; Kini, s. 28.

⁶⁴ Bkz. 15. HD, 9.2.1979, 92/237 (YHD 1980/4, s. 556-558).

⁶⁵ Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 256.

⁶⁶ Kuru, Usul IV, s. 3938.

⁶⁷ Kuru, Usul IV, s. 3939.

C. KARŞI DAVADA TARAFILAR

Karşı davada davacı asıl davanın davalısı; davalı ise asıl davanın davacısıdır. Davalı tarafta birden fazla kişi varsa ve bunlar ihtiyari dava arkadaşı iseler her biri yalnız başına asıl davacıya karşı, karşı dava açabilir⁶⁸. Buna karşılık, davalılar arasındaki arkadaşlık, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, dava arkadaşları, asıl davacıya karşı hepsi birlikte karşı dava açabilirler. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, davalı taraftaki mecburi dava arkadaşlarından her biri yalnız başına asıl davacıya karşı, karşı dava açabilir⁶⁹. Benzer şekilde davacılar arasında mecburi dava arkadaşlığı varsa, davalı(lar)ın karşı davayı hepsine yöneltmeleri gerekir. Davacılar arasındaki dava arkadaşlığı ihtiyari dava arkadaşlığı yahut şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise bu durumda davalı(lar)ın karşı davayı davacılarından birine veya birkaçına yöneltmeleri mümkündür. Asıl davanın davalısı karşı davayı davacı taraftaki ihtiyari dava arkadaşlarından yalnız birine karşı da açabilir. Buna karşılık, davacı tarafla maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı varsa, davalı, karşı davayı bunların tümüne karşı açmak zorundadır; bunlardan birine veya bazılarına karşı açamaz⁷⁰. Keza bir tarafta yer alan dava arkadaşları birbirleri aleyhine karşı dava açamaz. Fakat bir veya birden ziyade davalıya karşı, karşı dava açılabilir gibi, birkaç davalı da karşı dava açabilir. Kanuni veya akdi temsilci bu sıfatla bulunduğu davada kendi adına böyle bir dava açamaz⁷¹. Çünkü söz konusu davalarda temsilcinin açtığı veya ona karşı açılan bir dava bulunmamaktadır. Türk hukukunda karşı davanın yalnız asıl davanın davacısına karşı açılabilirliği, asıl davada taraf olmayan üçüncü kişilere karşı açılmayacağı; aksi halde mahkemenin üçüncü kişiye karşı da açılmış bulunan karşı davayı dikkate almadan, yalnız asıl davayı inceleyip karara bağlayacağı kabul edilmektedir⁷².

Davacı taraf yanında davaya katılmış bulunan fer'i müdahile karşı da karşı dava açamaz. Çünkü fer'i müdahil davada taraf değildir⁷³.

Yukarıda belirtildiği gibi, Türk hukukunda davada taraf olmayan üçüncü kişilerin karşı dava açamayacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Alman hukukunda ise durum farklı olup, karşı dava taraf karşı davası (*Parteiwiderklage*) ve üçüncü kişi

⁶⁸ Victor Merz, *Widerklage und eventuelle Widerklage*, ZbJV, C. 31, s. 374 vd.; Keller, s. 30.

⁶⁹ Kuru, *Usul IV*, s. 3949; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Konya 1991, s. 183; Kini, s. 58.

⁷⁰ Kuru, *Usul IV*, s. 3949.

⁷¹ Ansay, s. 244.

⁷² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, İstanbul 1995, s. 643.

⁷³ Kini, s. 59.

⁷⁴ Örneğin bkz. 11. HD, 1.6.2000, 1524/4972 (YKD 2000/11, s. 1708-1710).

karşı davası (*Dritterwiderklage*) başlıkları altında incelenmektedir. Üçüncü kişi karşı davası ile kastedilen davalının asıl davanın davacısının yanı sıra üçüncü bir kişiye karşı daha davasını yöneltmesi (mesela trafik kazası nedeniyle kendisine karşı dava açan davacıya karşı davalının hem davacıya hem de sigorta şirketine karşı dava açması) ya da asıl davanın davalısının karşı davayı sadece üçüncü kişiye yöneltmesidir⁷⁵. Alman hukukunda hakim görüş uyarınca asıl davanın davacısına ve üçüncü bir kişiye karşı, karşı dava açılması caizdir⁷⁶. Buna karşılık karşı davanın sadece üçüncü kişiye yöneltmesi kabul edilmemektedir. Zira karşı davadan bahsedebilmek için karşı davanın davalı tarafından asıl davacının davasına yöneltmesi gerekir⁷⁷. Davalının sadece üçüncü kişiye karşı açtığı karşı davaya yalıtılmış karşı dava (*isolierte Widerklage*) denilmektedir. Alman hukukunda yargı kararlarıyla istisnai olarak bu tip karşı davaya cevaz verilmiştir⁷⁸. Üçüncü kişinin davaya dâhil edilebilmesi için üçüncü kişinin asıl davanın taraflarıyla kişisel bir bağlantısının bulunması; ayrıca dava ile üçüncü kişi arasında maddî (esasa ilişkin) ve fiili (olgusal) sıkı bir irtibat bulunması gerekmektedir⁷⁹. Bundan başka Alman hukukunda yine yargı kararlarıyla üçüncü kişi tarafından dahi karşı dava açılabileceği kabul edilmektedir⁸⁰. Burada üçüncü kişi asıl davanın davacısına karşı, karşı dava açmaktadır⁸¹. Yargı kararlarıyla tanınan bu imkân öğretide eleştirilmiş ve karşı davanın her şeyden önce davalı tarafça açılan bir dava olduğu vurgulanmıştır. Burada ise asıl davanın davalısı pasif kalmakta; dava sadece üçüncü kişi tarafından açılmaktadır⁸². Alman hukukunda dava arkadaşlarının ve asli müdahilin karşı dava açabileceği; buna karşılık, fer'i müdahilin karşı dava açamayacağı kabul edilmektedir⁸³.

⁷⁵ Tobias Wagner, Die Widerklage, JA 2014, s. 658.

⁷⁶ MüKoZPO/Patzina, ZPO § 33 kn. 27 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 556; Stein/Jonas/Roth, ZPO § 33 kn. 41; Zöller/Vollkommer, ZPO § 33 kn. 18; Schröder, s. 531; Musielak ZPO/Heinrich ZPO § 33 kn. 21.

⁷⁷ Wagner, s. 658; Stein/Jonas, ZPO, § 33 kn. 28; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 33 kn. 23; MüKoZPO/Patzina ZPO, § 33 kn. 28.

⁷⁸ Thomas Riehm/Stefanie Bucher, Die Drittwiderklage, ZJP 123 (2010), s. 352 vd.

⁷⁹ Dirk Uhlmannsiek, Die Widerklage gegen Dritte-zulaessig trotz Zeugenausschaltung?, MDR 1996, s. 115.

⁸⁰ Bkz. Ioannis Mantzouranis, Die Widerklage mit Drittbeteiligung als Mittel zur Ausschöpfung des historischen Sachverhalts, ZJP 127 (2014), s. 376 vd.

⁸¹ Wagner, s. 659.

⁸² Wagner, s. 659; Musielak ZPO/Heinrich ZPO, § 33 kn. 19; Musielak, GK § 5 kn. 325; Stein/Jonas/Roth ZPO, § 33 Rn. 45; Eberhard Wieser, Zur Widerklage eines Dritten gegen einen Dritten, ZJP 86 (1973), s. 36 vd.

⁸³ Saenger, ZPO, § 33 kn. 14.

D. KARŞI DAVAYA CEVAP

Yazılı yargılama usulünde davacı (karşı davalı) karşı dava dilekçesi üzerine, cevap dilekçesi verebilir (HMK m. 126, 135). Karşı davacı da bu dilekçeye cevap verebilir. Nihayet asıl davanın davacısı da ikinci cevap dilekçesi verebilir (HMK m. 136, 1). Taraflara bu dilekçeler için tanınan süre karşı tarafın dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 136, 1).

Basit yargılama usulüne tâbi bir davaya yönelik olarak açılan karşı davaya, HMK m. 317, 2 ve 3 ile HMK m. 135 uyarınca iki haftalık süre içinde, asıl davanın davacısı (karşı davalı) tarafından cevap verilebilir⁸⁴.

Davalının asıl (karşı davacı) davaya cevap verme hakkı bulunduğu gibi normal bir davanın koşullarına sahip olan karşı davada davacı (karşı davalı) da karşı davaya cevap verebilir.

E. KARŞI DAVANIN İNCELENMESİ VE KARAR

Karşı dava ve asıl dava usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) uyarınca aynı dosya (esas) numarası altında birlikte görülür. Ancak bu durum dahi karşı davanın bağımsız bir dava⁸⁵ olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle asıl davanın herhangi bir nedenle sona ermesi diğer davanın görülmesine engel teşkil etmez (HMK m. 134). Aynı şey, karşı davanın sona ermesi bakımından da geçerlidir.

Karşı dava bağımsız bir “dava” olduğundan davalının salt asıl davanın reddini⁸⁶ yahut davacının alacağına mevcut olmadığını tespitini talep etmesi⁸⁷ karşı dava açtığı anlamına gelmeyeceği gibi, salt takas beyanında bulunmakla da karşı dava açılmış olmaz⁸⁸. Karşı dava ile de tıpkı asıl dava gibi karşı tarafın mahkûmiyeti talep edilmelidir⁸⁹.

Davalının takas beyanını salt savunma vasıtası olarak mı yoksa karşı dava formatında mı ileri sürmek istediği tam olarak anlaşılamiyorsa kanımızca hâ-

⁸⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 529.

⁸⁵ Umar, s. 397; Yılmaz, Şerh, s. 872. Alman hukuku bakımından bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 556; Herbert Fenn, Die fristgebundene Widerklage-ein Anschluss“rechtsmittel“ erster Instanz?, AcP 163 (1963), s. 152; Günther Joachim Lorff, Die Widerklage, JuS 1979/8, s. 570; Michael Nieder, Die Widerklage mit Drittbeteiligung, ZP 85 (1972), s. 437; Musielak ZPO/Heinrich ZPO, § 33 kn. 5. İsviçre hukuku bakımından bkz. Gautschi, s. 114; Koenig, s. 5; Berner Kommentar ZPO/Killas ZPO, § 224 kn. 1.

⁸⁶ Lorff, s. 570; MüKoZPO/Patzina ZPO, § 33 kn. 8; Berner Kommentar ZPO/Killas ZPO, § 224 kn. 4.

⁸⁷ Staehelin/Staehelin/Grolimund, ZPR, § 14 kn. 31.

⁸⁸ Berner Kommentar ZPO/Killas ZPO, § 224 kn. 11.

⁸⁹ Gautschi, s. 115.

kim davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) gereğince durumu açıklığa kavuşturabilmeli ve davalının talebini netleştirmesini isteyebilmelidir.

Karşı dava ile asıl davanın yargılama süreçleri müşterek olduğundan aksi yönde bir karar olmadıkça, tarafların ve mahkemenin yapmış oldukları usul işlemleri hem asıl dava hem de karşı dava için geçerlidir. Bununla birlikte, asıl dava ile karşı dava iki ayrı dava olduğundan dava şartları ve ilk itirazlar açısından ayrı ayrı incelenir.

HMK m. 134 uyarınca asıl davanın herhangi bir sebeple sonra ermesi karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz. Aynı şey karşı davanın sona ermesi bakımından da geçerlidir. Başka bir deyişle, karşı davanın herhangi bir sebeple sona ermesi de asıl davanın karara bağlanmasına engel teşkil etmez. Bu cümleden olarak asıl veya karşı davanın kabulü, asıl veya karşı davadan feragat edilmesi⁹⁰, asıl veya karşı davanın konusuz kalması yahut asıl veya karşı davanın geri alınması diğer davanın görülmesini engellemez⁹¹.

Davaların bağımsızlığı kendini ayrıca dava şartları üzerinde de gösterecektir. Bu itibarla davalardan biri için dava şartlarından birinin bulunmaması ve bu nedenle davanın reddi durumunda diğeri görülmeye devam edilecektir⁹².

Asıl dava ile karşı dava bağımsız olduğundan asıl dava yetkisizlikten dolayı reddedilse dahi karşı dava görülmeye devam edilir⁹³.

Asıl dava ve karşı dava birlikte görülmekle birlikte bağımsızlıklarını kaybetmediklerinden yargılama sonunda her biri için ayrı ayrı karar verilir⁹⁴.

Karşı davanın yargılamayı uzatmak gibi kötü bir niyetle açılması da mümkündür. Böyle bir durumda mahkemenin asıl dava ile karşı davanın ayrılmasına karar vermesi doğru olur⁹⁵. Öte yandan asıl dava karar aşamasına gelmiş; karşı dava ise uzunca bir yargılama yapılmasını gerektiriyorsa, bu durumda da davaların ayrılabilceği kabul edilmektedir⁹⁶.

Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda her iki alacağın da mevcut olduğu

⁹⁰ Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu Şerhi, I Teoriler, 3. B., İstanbul 1949-1950, s. 262.

⁹¹ Wagner, s. 656; Berner Kommentar ZPO/Killas ZPO, § 224 kn.5; Staehelin/Staehelin/ Grolimund, ZPR, § 14 kn. 32. Aynı yönde: 15. HD, 11.6.1980, 1483/1492 (YHD 1980/10, s. 1470). Kabul açısından bkz. Umar, s. 395.

⁹² Berner Kommentar ZPO/Killas ZPO, § 224 kn. 6.

⁹³ Musielak ZPO/Heinrich ZPO, § 33 kn. 10.

⁹⁴ 2. HD, 24.9.1998, 8358/9790 (YKD 1998/11, s. 1615-1616: Kini, s. 63).

⁹⁵ Keller, s. 37. Karş. Koenig, s. 15.

⁹⁶ Keller, s. 75.

sonucuna varırsa her iki tarafı da mahkûm eden bir karar vermez; mahkeme bu durumda iki alacağın da birbirini karşıladığı nispette davayı reddeder. Ancak bu iki talepten biri diğerini aşıyorsa, bu bakiye kısım için mahkûmiyet kararı verebilir⁹⁷.

Karşı dava salt bir savunma vasıtası olan takas beyanından farklı olduğu gibi çift taraflı davadan (*actio duplex*) da farklıdır. Çift taraflı davada ortada tek bir yargılama ve tek bir dava vardır. Karşı davada ise müşterek bir yargılama içerisinde görülen iki (bağımsız) dava söz konusudur⁹⁸. Çift taraflı davada davalı karşı dava açmaksızın hakkının hüküm altına alınmasını⁹⁹.

Usulüne uygun olarak açılmış bir karşı dava hakkında karar verilmemesi bozma sebebi teşkil eder¹⁰⁰.

F. KARŞI DAVAYA KARŞI, DAVA AÇILMASI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda karşı davaya karşı, dava açılmayacağı hükme bağlanmıştır (HMK m. 132, 3)¹⁰¹. Söz konusu hükmün gerekçesinde getirilen düzenleme ile karşı davanın tevali ettirilmesinin engellendiği ve böylelikle yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmek istendiği ifade edilmiştir¹⁰². Buna karşılık, öğretide asıl davanın davacısının karşı dava açılması hususunda hukukî menfaati olabileceğine ilişkin bazı örnekler verilmiştir. Söz gelimi, davacının açtığı kısmi davaya karşı davalının, davacının iddia ettiği alacağın tümünün mevcut olmadığının tespiti için karşı dava (menfi tespit davası) açması halinde asıl davacının, davalıya karşı asıl davasında saklı tuttuğu alacak kesimi için ek davasını karşı dava olarak açmasında hukuki menfaati olduğu gibi, davacının açtığı alacak davasına karşı, davalının takas ve fazla alacağının ödenmesi için karşı dava açması halinde asıl davacının, davalıdan başka bir alacağı daha olduğunu bildirerek, bu ve asıl dava konusu alacağın takası ile fazla alacağının ödenmesi karar verilmesi için davalıya karşı bir karşı dava aç-

⁹⁷ Üstündağ, Yargılama, s. 519.

⁹⁸ Koenig, s. 7.

⁹⁹ Staehelin/Staehelin/Grolimund, ZPR, § 14 kn. 31.

¹⁰⁰ Yılmaz, Takas, s. 266.

¹⁰¹ 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde bu konuda açık bir düzenleme bulunmamasına karşın karşı davaya karşı, dava açılmayacağı kabul edilmekteydi (Ansay, s. 246; Postacıoğlu, s. 284; Necmeddin Berkin, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 139). Bunun sebebi ise aksi düşüncenin kabulü halinde davakonusunun artırılmayacağına ilişkin hükmün bu yolla etkisiz hale getirilebilmesi idi (Ansay, s. 246).

¹⁰² Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejer Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 39. B., Ankara 2013, s. 178, dn. 180. Bu görüş kanuni düzenlemeden önce öğretide de savunulmaktaydı. Bkz. Bilge/Önen, s. 464. Karş. Sungurtekin Özkan, s. 228.

makta da hukukî menfaati vardır¹⁰³. *Kuru*'ya göre, davacının karşı davaya karşı dava açmada hukukî menfaati bulunan hallerde, davacıya karşı, karşı dava açma imkânı verilmeyecek olursa, davacı ikinci talebini içeren ikinci davasını ayrı bir dava olarak açabilir ve bu yeni dava ile asıl dava ve karşı dava arasında irtibat olursa bu davaların birleştirilmesini isteyebilir. Bu durumda, davacıya bu birleştirme olanağını, karşı davaya karşı, dava açmak suretiyle tanımakta sakınca olmayacaktır. Çünkü karşı davaya karşı, dava açılması, ayrı açılan davaların birleştirilmesine oranla daha çabuk ve basit bir yol olduğundan, usul ekonomisine de uygun olacak; davacı ile davalı arasındaki menfaat dengesine de zarar vermeyecektir.

Türk ve İsviçre hukukundan¹⁰⁴ farklı olarak, Alman hukukunda karşı davaya karşı, dava açılabilceği (*Wider-Widerklage*) kabul edilmektedir¹⁰⁵. Buna gerekçe olarak silahların eşitliği prensibi gösterilmektedir¹⁰⁶.

G. ISLAH YOLUYLA KARŞI DAVA AÇILMASI

Islah yoluyla karşı dava açılıp açılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Islah yoluyla karşı dava açılmayacağını savunan Üstündağ görüşünü şu sözlerle açıklamıştır: “(K)arşı davanın dermeyanına usulün ileri safhalarında da cevaz verilirse, dava talebi ve karşı talebin aynı zamanda müzakere konusu olmasındaki menfaatler çiğnenmiş olur. Aslında karşı dava bu menfaati gerçekleştirmek için tesis edilmiştir. Dava değiştirmede davacı veya davalı davaya yepyeni bir talep hakkı sokmayıp, eski davanın bazı esasları mahfuz kalacak şekilde onu değiştirmeye teşebbüs ederler. Hâlbuki burada davalı yepyeni ve müstakil bir talep hakkını derdest kılmak istemektedir ki, bu da dava değiştirme esaslarının kıyasen uygulanması ile sonradan bir müteakıl davaya ikame imkânı tanımağa engel olacaktır”¹⁰⁷.

Islahla karşı dava açılabilceğini savunan *Yılmaz*'a göre ise, karşı davanın varlık nedeni davacı ile davalı arasındaki karşılıklı hukukî işlemlerde takas veya mahsup ilişkisinin var olması yahut davacının davası ile davalının karşı davası arasında irtibat bulunması durumunda birden fazla uyumsuzluğu, aynı mahkeme eliyle bir arada görmenin getirdiği “çelişik karar çıkma ihtimali”nin ortadan kaldırılması, emek ve zaman tasarrufu sağlanmasıdır. Islah yoluyla karşı davaya

¹⁰³ Kuru, Usul IV, s. 3957.

¹⁰⁴ Bkz. İMUK m. 224, 3.

¹⁰⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 557; Zöllner/Vollkommer, ZPO, § 33 kn. 28; Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 33 kn. 35; MüKoZPO/Patzina ZPO, § 33 kn. 25.

¹⁰⁶ Wagner, s. 656.

¹⁰⁷ Üstündağ, Yasak, s. 97-98, dn. 167b.

izin verilmemesi durumunda, birden fazla dava açılacak ve bu davalar, birleştirme kararı verilmedikçe, ayrı ayrı görülecektir. Böyle bir durumda ayrı mahkemelerin birbiriyle çelişik kararlar verme olasılığı bir yana gereksiz yere her bir dava için ayrı ayrı emek ve zaman harcanacaktır. Bu nedenle, karşı davanın açılıp açılmaması konusunda ortaya çıkan tereddütlerde, karşı dava açılmasına olanak verme yolunun tercih edilmesi daha uygun olur¹⁰⁸. Kaldı ki, takas beyanı hukukî niteliği itibarıyla bir def'idir. Islahla def'i ileri sürülebildiğine göre, islahla karşı dava açılabilmesinde de herhangi bir sakınca olmamalıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (m. 202, II) savunmanın genişletilmesi yasağının başlangıcı farklı düzenlendiğinden, cevap dilekçesi ile açılmayan karşı davanın HMK m. 141'in tanıdığı olanaklar çerçevesinde ikinci cevap dilekçesi ile hatta davacının ön inceleme duruşmasına mazeretsiz gelmemesi halinde de açılabilmesi gerekir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise islah ile karşı dava açılması mümkün değildir¹⁰⁹. Islahla karşı dava açılmasına müsaade edilmezse, davalı, karşı dava açılmasına izin verilmediği için ayrı bir dava açmak zorunda kalacaktır. Bu ise, Anayasanın emredici hükümlerinden (AY m. 141, IV) usul ekonomisi (HMK m. 29) ilkesine aykırı düşecektir.

Yargıtay ise islahla karşı dava açılmayacağı kanaatindedir: *“Cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen savunma ve def'inin cevap dilekçesinin sonradan islahı suretiyle ileri sürülmesi mümkün ise de, ayrı ve müstakil bir dava olan karşılık davanın cevap dilekçesinin sonradan islahı suretiyle açılması usulen mümkün değildir”*¹¹⁰.

H. TERDİTLİ KARŞI DAVA

Karşı dava ikamesi usuli bir işlem olması hasebiyle esasen şarta bağlanmaz ise bu onun terditli olarak açılmayacağı anlamına gelmez. Davalı terditli karşı davayı, davacının davasının reddedilmesi ya da kabul edilmesi ihtimaline binaen açabilir¹¹¹. Davalı terditli karşı davada şu taleplerde bulunacaktır: 1) Asıl davacının istediği alacak mevcut olmadığından asıl davanın reddine, asıl davacıdan alacaklı olduğundan bu alacağın tahsiline, 2) Davacının alacağının mevcut olmadığı sonucuna varılması durumunda ise bunu davacıdan olan ala-

¹⁰⁸ Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukukunda Islah, 4. B., Ankara 2013, s. 453. Aynı yönde: Kuru, Usul IV, s. 3945.

¹⁰⁹ Yılmaz, Islah, s. 453.

¹¹⁰ 2. HD, 9.9.2009, 13544/15234 (Kazancı-Bilişim).

¹¹¹ Muşul, Terdit, s. 153. Karş. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 556. Yazarlara göre terditli karşı dava ancak davalının asıl davanın reddine yönelik talebi ile karşı dava arasında gerçek terdit ilişkisi (*wirkliches Eventualverhaeltnis*) var ise açılabilir.

çağıyla takas edilmesine¹¹². Davalı karşı davayı karşı davanın kabulü ihtimaline binaen (*eigentlicher Eventualantrag*) açabileceği gibi, davanın reddi yönündeki talebinin kabul edilmesi ihtimaline binaen (*uneigentlicher Eventualverhaelt-nis*) de açabilir¹¹³.

Davalı açabileceği iki karşı davayı asıl ve yardımcı dava olarak terdit ilişkisi içine sokabileceği gibi diğer bir savunma sebebinin de karşı dava ile terdit ilişkisi içine sokabilir. Bu halde, davalı birinci sırada bir savunma sebebi ileri sürmekte ve bunun ret veya kabul edilmesi şartıyla da ikinci sırada yardımcı (terditli) olarak karşı dava açmaktadır¹¹⁴. Davalının açabileceği iki karşı davayı terdit ilişkisi içine sokması halinde ikinci sırada yer alan yardımcı karşı dava birinci sırada yer alan asıl karşı davanın başarılı veya başarısız olması şartıyla açılmış olmaktadır. Davalının birinci sırada diğer bir savunma sebebinin ileri sürmesi, ikinci sırada ise yardımcı olarak karşı dava açması halinde ise aslında karşı davasını davacının başarılı veya başarısız olması şartıyla açmış olmaktadır. Zira davalı karşı davasını, birinci sırada yer alan asıl savunma sebebinin ret veya kabul edilmesi şartıyla açmakla – bu savunma sebebi davacının davasının başarısız olmasına yönelik olduğundan- aslında davalı, karşı davasını davacının davası ile terdit ilişkisi içine sokmuş olmaktadır. Davalının bir talebi, davacının davasının reddedilmesi şartıyla ve diğer bir talebi davacının davasının kabul edilmesi şartıyla terditli karşı dava olarak ileri sürmesi de mümkündür¹¹⁵.

I. KARŞI DAVADA KANUN YOLLARI

Asıl dava ile karşı dava, kanun yolları bakımından birbirlerinden bağımsız olduğundan, gerek temyiz (gerekse istinaf) sınırı her iki dava için ayrı ayrı belirlenir. Dolayısıyla davacının ya da davalının menfaati Kanunda belirtilen sınırın altında kalırsa o taraf kanun yoluna başvuramaz. Bununla birlikte karşı tarafın yaptığı kanun yolu başvurusuna katılabilir. Her iki dava hakkında verilen karara karşı kanun yoluna gitmek mümkün olmakla birlikte taraflardan biri hükme karşı kanun yoluna başvurmazsa hüküm kesinleşir.

Kanun yoluna götürülen (asıl davaya yönelik olarak açılan karşı davaya ilişkin) hüküm, üst mahkemece bozulursa, bu bozmanın süresinde kanun yoluna götürülmediği için kesinleşmiş olan diğer davaya ilişkin hükme bir etkisi olmayacaktır¹¹⁶.

¹¹² Kuru, Usul IV, s. 3906; Aral, s. 221.

¹¹³ Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 33 kn. 32. Karş. Vogel, s. 202.

¹¹⁴ Muşul, Terdit, s. 153.

¹¹⁵ Muşul, Terdit, s. 153.

¹¹⁶ Kuru, Usul IV, s. 3964; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 530.

Her iki davanın bağımsız olmasının bir başka sonucu da davalardan biri hakkında verilmiş bulunan kararın kesin ya da kesinleşmiş olmasının diğeri hakkında verilecek kararın da kesin ya da kesinleşmiş olması sonucunu doğurmasıdır.

HMK m. 357, 1 uyarınca istinaf mahkemesinde karşı dava açılmaz. İstinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya baktığı sınırlı haller dışında istinaf mahkemesine doğrudan doğruya dava açılmaması bu düzenlemeye gerekçe gösterilmiştir¹¹⁷. Ancak gerekçe ile Kanun metni arasında uyumsuzluk vardır. Zira Kanunda hiçbir istisnadan bahsedilmeksizin istinaf mahkemesinde karşı dava açılmayacağı hükme bağlanmıştır. İstinaf mahkemesinde karşı dava açılmasının yasaklanmasının sebebi kanımızca istinaf incelemesinin sürüncemede kalmasının önlenmek istenmesinden kaynaklanmaktadır. Zira ilk derece yargılaması sırasında açılmamış bir karşı dava ilk kez istinaf derecesinde açılırsa, istinaf mahkemesi bir yandan ilk derece mahkemesince verilen kararı kanun yolu mahkemesi olarak denetleyecek diğer yandan karşı davayı adeta ilk derece mahkemesi gibi görmek zorunda kalacaktır. Bu durum ise yargılamanın uzamasına yol açabilecektir. Bu nedenle istinaf derecesinde karşı dava açılmaması kuralı kanımızca prensip olarak isabetlidir. Bununla birlikte istinaf mahkemesine takdir yetkisi tanınarak istisnai bir takım hallerde istinaf derecesinde de karşı dava açılmasına cevaz verilmesi yönünde bir düzenleme yapılması daha doğru olurdu. Nitekim Alman hukukunda AMUK m. 533, 2'de zikredilen sınırlar içerisinde istinaf derecesinde de karşı dava açılabileceği kabul edilmiştir¹¹⁸.

Karşı dava ile asıl dava bağımsız birer dava olduğundan temyiz yoluna başvuruda taşınır mal ve alacak davaları açısından aranan menfaat sınırına (HUMK m. 427, II) ulaşıp ulaşılmadığı belirlenirken iki dava ayrı ayrı ele alınacaktır¹¹⁹.

İ. KARŞI DAVADA YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİ

Karşı dava asıl dava ile aynı mahkemede ve aynı dosya numarası ile görülür. Bununla birlikte karşı dava ayrı bir dava olduğundan karşı dava açan davalıdan harç alınır (HarçK m. 6, I). Harç yatırılmadan karşı dava açılmış sayılmaz ve karşı dava hükümleri uygulanmaz¹²⁰.

¹¹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, Kanun, s. 374, dn. 478.

¹¹⁸ Bu konuda bkz. Michael Nieder, Sonderregeln der Widerklage in Faellen von Drittbeteiligung, MDR 1979/1, s. 13; Musielak ZPO/Heinrich ZPO, § 33 kn. 6.

¹¹⁹ Örneğin bkz. 11. HD, 19.3.1986, 825/1581 (YHD 1986/5, s. 712).

¹²⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 529.

Yargılama sonucunda asıl dava ile karşı dava hakkında ayrı ayrı vekâlet ücreti takdir edilir¹²¹.

Karşı davada takas talebi ileri sürülmüş ve mahkeme bu iddiayı haklı bularak asıl alacak ile karşı alacağı takas etmiş ve ortaya çıkan fark hüküm altına alınmışsa, hesaplanacak vekâlet ücreti ve ilam harcı hüküm altına alınan miktara göre belirlenir¹²².

Karşılık dava da bağımsız bir dava olduğundan karşı davacı da karşı dava açarken ayrı başvurma harcı ile peşin karar ve ilam harcı ödemekle yükümlüdür¹²³.

Mahkeme hükmünde asıl dava için ayrı, karşı dava için ayrı karar ve ilam harcı alınmasına karar verir. Karşı dava, bağımsız bir dava olduğundan, mahkemenin, asıl dava ve karşı dava için ayrı ayrı vekâlet ücreti takdir etmesi gerekir (AAÜT m. 8)¹²⁴.

Avukat ile müvekkil arasında ücret sözleşmesi yapılmamışsa, avukat, müvekkili tarafından, asıl dava ve karşı davanın müddeabihleri toplamı üzerinden asgari ücretini tarifeye göre isteyebilir¹²⁵.

Vurgulayarak belirtmek gerekir ki, karşı dava için vekâlet ücreti takdir edilebilmesi için her şeyden önce ortada usulüne uygun olarak açılmış bulunan bir karşı davanın bulunması gerekir. Dolayısıyla asıl davanın davalısı alacağını karşı dava olarak değil de, takas olarak ileri sürmüşse, davalı yararına vekâlet ücretine hükmedilemez¹²⁶.

SONUÇ

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu yürürlükten kaldıran 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile karşı dava konusunda da bir takım değişikliklere gidilmiştir. Her şeyden önce karşı davanın usulüne uygun olarak açılmaması durumunda asıl davaya bakan mahkemenin talep üzerine veya resen karşı davanın, asıl davadan ayrılmasına karar verebileceği öngörülmüştür. Getirilen bu düzenleme ile yargılamanın sürüncemede kalması önlenerek usul ekonomisi ilkesi hayata geçirilmiştir. Bu bakımdan getirilen düzenleme

¹²¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 546.

¹²² 4. HD, 31.3.1986, 2153/3846 (Serhat Tolga Sezer, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Takas, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 31).

¹²³ Örneğin bkz. 3. HD, 13.2.1957, 1454/1181 (Kini, s. 59).

¹²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 546; Özcan Atalay, Uygulamada Takas ve Mahsup, ABD 1980/1, s. 12. Örneğin bkz. 3. HD, 18.12.1975, 6734/6685 (Kuru, Usul IV, s. 3963).

¹²⁵ Örneğin bkz. 4. HD, 16.4.1973, 10779/4720 (Kuru, Usul IV, s. 3964).

¹²⁶ Kini, s. 61. Örneğin bkz. 4. HD, 3.11.1972, 3236/8575 (Kini, s. 61).

isabetlidir. Karşı davanın cevap dilekçesinin yanı sıra aynı süre içerisinde ayrı bir dilekçe ile açılmasına olanak tanınmasıyla karşı davanın açılması kolaylaştırılmıştır. Süresinden sonra karşı dava açılması durumunda ise mahkemenin kendiliğinden davaların ayrılmasına karar vereceği öngörülme suretiyle bir yandan önceki Kanun döneminde görülen karşı davanın reddine karar verilmesi yönündeki alışkanlığın önüne geçilmeye; diğer yandan yargılamanın uzaması önlenmeye çalışılmıştır. Asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesinin karşı davanın görülmesine engel olmayacağı yolundaki hüküm de karşı dava ile asıl davanın birbirinden bağımsız olduğunu ortaya koyması bakımından yerindedir. Kanunda –mukayeseli hukuktaki örneklerden farklı olarak- karşı davaya karşı, karşı dava açılmayacağına hükme bağlanması suretiyle yargılamanın sürüncemede kalması haklı olarak önlenmek istenmiştir. Özetle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile karşı dava hakkında getirilen düzenlemelerin büyük ölçüde isabetli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte karşı davanın taraflarının kimler olabileceği sorusu cevapsız kalmıştır. Özellikle üçüncü kişilerin karşı davadaki konumları hakkında düzenlemeye gidilmesi ve davacının yanı sıra üçüncü bir kişiye karşı da karşı dava açılabilmesini öngören bir düzenleme üzerinde düşünülmelidir. Keza, asıl dava ile karşı dava arasında mevcut olması gereken irtibattan ne anlaşılacağı konusunda Kanun suskun kalmıştır. Kanımızca, Kanunun 132 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde bu konuda davaların birleştirilmesi için aranan bağlantıyı düzenleyen 166 ıncı maddesinin dördüncü fıkrasına açıkça atıf yapılması daha doğru olurdu.

◆◆◆◆

KISALTMALAR CETVELİ

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AcP	: Archiv für civilistische Praxis
AD	: Adalet Dergisi
AK	: Avukatlık Kanunu
AMUK	: Alman Medeni Usul Kanunu
AY	: Anayasa
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.:	Baskı
BBD	: Balıkesir Barosu Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
dn.	: dipnot
HarçK	: Harçlar Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İMUK	: İsviçre Medeni Usul Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblaetter
JuS	: Juristische Schulung
Karş.	: Karşılaştırınız
kn.	: Kenar notu
m.	: madde

MDR	: Monatschrift für Deutsches Recht
MüKo	: Münchener Kommentar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TNBD	: Türkiye Noterler Birliği Dergisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZbJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZPR	: Zivilprozessrecht
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

KAYNAKÇA

- Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N.:** Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.
- Ansay, S. Ş.:** Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Aral, F.:** Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. B., Ankara 2010.
- Atalay, Ö.:** Uygulamada Takas ve Mahsup (ABD 1980/1, s. 10-13).
- Belgesay, M. R.:** Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu Şerhi, I Teoriler, 3. B., İstanbul 1949-1950.
- Berkin, N.:** Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- Berner Kommentar,** ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II, Bern 2012.
- Bilge, N./Önen, E.:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Burcuoğlu, H.:** Takas Savunmasının Niteliği (Balıkesir Barosu Dergisi, 1984, S. 19, s. 17-21).
- Çuhacı, Ş.:** Takas ve Mahsup Kavramı Üzerine Bir İnceleme, Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 159-172.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B., Ankara 2013.
- Fenn, H.:** Die fristgebundene Widerklage-ein Anschluss"rechtsmittel" erster Instanz? [AcP 163 (1963), s. 152-177].
- Gautschi, H.:** Verrechnungseinrede und Widerklage im schweizerischen Prozessrecht, Bern 1946.
- Guldener, M.:** Das schweizerische Zivilprozessrecht, 3. B., Zürich 1979.
- Huber, M.:** Die Widerklage, JuS 2007, s. 1079 vd.
- Hanağası, E.:** Davada Menfaat, Ankara 2009.
- İyilikli, A. C.:** Mukabil Dava (YD 2004/1-2, s. 147-164).
- Karslı, A.:** Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012.
- Keller, A.:** Beitrage zur Lehre von der Widerklage, Zürich 1940.
- Kılıçoğlu, A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2012.
- Kini, U.A.:** Karşılık Dava, Yayım lanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009.
- Kummer, M.:** Grundriss des zivilprozessrechts: nach den prozessordnungen des kantons Bern und des Bundes, 3. B., Bern 1978.

- Koenig, M.:** Die Widerklage im Eheprozess, Zürich 1977.
- Korte, S.:** Die Wider-und Drittwiderklage, JA 2005, s. 534-539.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 39. B., Ankara 2013, (Kuru/Arslan/Yılmaz, Kanun).
- Kuru, B./Budak, A. C.:** Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010.
- Kuru, B.:** Medeni Usul Hukuku El Kitabı, İstanbul 1995, (Kuru, El Kitabı).
- Kuru, B.:** Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2003, (Kuru, İstirdat).
- Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001, (Kuru, Usul I).
- Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001, (Kuru, Usul III).
- Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001, (Kuru, Usul IV).
- Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001, (Kuru, Usul VI).
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, (Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul).
- Lorff, G. J.:** Die Widerklage, JuS 1979/8, s. 569-574.
- Luckey, J.:** Die Widerklage gegen Dritte- Zeugen zum Abschluss freigegeben?, MDR 13 (2002), s. 743-745.
- Luckey, J.:** Probleme der parteierweiternden Widerklage – BGH, NJW 1996, 196 JuS 1998, Heft 6, s. 499-503.
- Mantzouranis, I.:** Die Widerklage mit Drittbeteiligung als Mittel zur Ausschöpfung des historischen Sachverhalts, ZJP 127 (2014), s. 375-399).
- Merz, V.:** Widerklage und eventuelle Widerklage, ZbJV, C. 31, s. 362 vd.
- Musielak, H. J.:** Grundkurs ZPO, 11. B., München 2012, (Musielak, GK).
- Musielak, H. J.:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 11. B., 2014, (Musielak ZPO).
- Muşul, T.:** Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. B., Ankara 2009, (Muşul, Terdit).
- Muşul, T.:** Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2012, (Muşul, Usul).
- Münchener Kommentar** zur ZPO, 4. B., München 2013.
- Nieder, M.:** Die Widerklage mit Drittbeteiligung, ZJP 85 (1972), s. 437-465.

- Nieder, M.:** Sonderregeln der Widerklage in Faellen von Drittbeteiligung, MDR 1979/1, s. 10-13.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.:** Medeni Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013.
- Postacioğlu, İ.:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Riehm, T./Bucher, S.:** Die Drittwiderklage, ZZP 123 (2010), s.347-361.
- Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.:** Zivilprozessrecht, 15. B., München 1993.
- Rüzgaresen, C.:** Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013.
- Saenger,** Zivilprozessordnung, 6. B., 2015.
- Schneider, E.:** Prozeßtaktischer Einsatz der Widerklage, MDR 1998, s. 21-24.
- Schröder, J.:** Widerklage gegen Dritte? [AcP 164 (1964), s. 517 vd.].
- Sezer, S. T.:** Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Takas, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Soner, F. L.:** Karşılık Davada İlk İtiraz ve Bu Davanın Dinlenme Olanığı (TNBD 1976/10, s. 48-55).
- Staehelein, A./Staehelein, D./Grolimund, P.:** Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. B., 2013.
- Stein, F./Jonas, M./Roth, H.:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. B., Tübingen 2014.
- Sungurtekin Özkan, M.:** Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.
- Tanriver, S.:** Medeni Usul Hukukunda Derdestlik, 2. B., Ankara 2007.
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.:** Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Topuz, G./Topuz, S.:** Takasın Davada İleri Sürülmesi, AÜHFĐ, 2008/3, s. 719 vd.
- Uhlmannsiek, D.:** Die Widerklage gegen Dritte-zulaessig trotz Zeugenausschaltung?, MDR 1996, s. 114-116.
- Ulgar, O.B.:** Medeni Usul Hukukunda Karşılık Dava, Ankara 2011.
- Ulukapı, Ö.:** Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- Umar, B.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1. B., Ankara 2011.

Üstündağ, S.: Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler (İÜHFM 1959/1-4, s. 218 vd.), (Üstündağ, Takas).

Üstündağ, S.: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, (Üstündağ, Yasak).

Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, (Üstündağ, Yargılama).

Yılmaz, E.: Davada Takas ve Mahsup Talebi (MİHDER 2010/2, s. 247 vd.).

Yılmaz, E.: Usul Ekonomisi (AÜHFD 2008/1, s. 243 vd.).

Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukukunda Islah, 4. B., Ankara 2013, (Yılmaz, Islah).

Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2013, (Yılmaz, Şerh).

Wagner, T.: Die Widerklage, JA 2014, s. 655-659.

Wieser, E.: Zur "Widerklage" eines Dritten gegen einen Dritten, ZZP 86 (1973), s. 36 vd.

Zöllner, R./Vollkommer: Zivilprozessordnung, 30. B., Köln 2014.

ANAYASA MAHKEMESİNDE BİREYSEL BAŞVURULARIN İNCELENME USULLERİ

Examination Procedures of Individual Applications in Constitutional Court

Doç. Dr. Selami TURABI¹

ÖZET

Bireysel başvuruların incelenmesinde en önemli usul kurallarından birisi başvuruların duruşma açılmaksızın evrak üzerinden incelenip karara bağlanmasıdır. İncelemeler dosya üzerinden olduğu için çoğu işlemler için tarafların bilgilendirilmesi usulü bulunmamaktadır. Duruşma yokluğu dolayısıyla tarafların mahkemeye gidip gelmeleri veya birçok bilgi ve belgeye karşı tarafların düşüncelerinin sorulması gibi birçok hukuk ve ceza muhakemesi usulü burada uygulanmamaktadır.

Diğer bir önemli usul kuralı ise bireysel başvurularda duruşma olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesinin (Mahkeme) kurumlardan doğrudan bilgi ve belge toplayabilmesi, tanık dinleyebilmesi, keşif ve bilirkişi incelemesine müracaat edebilmesidir. Elde ettiği bilgi ve belgeleri taraflara tebliğ etmesi gerektiğine dair bir kural bulunmamaktadır. Gerekli görmesi halinde taraflara tebliğ sistemi vardır. Mahkemenin şeffaf olmayan bu kapalı çalışma sistemi kimi zaman eleştirilere de sebebiyet vermektedir.

Bireysel başvurularda incelemeler kayıt sırasına göre ilk kayıttan başlanarak yapılmaktadır. Ancak Mahkeme, başvuruların konuları itibarıyla önemine ve aciliyetine göre de belirlediği kriterler çerçevesinde farklı bir inceleme sıralaması da yapabilmektedir.

Örneğin tedbir kararları ile başvurucunun yaşam hakkına, tutuklulukla ilgili özgürlük ve güvenlik hakkına veya maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne yönelik başvurular önem ve aciliyet arz eden başvurular olarak değerlendirilerek diğerlerine göre öncelikle ele alınıp incelenmektedir.

Anayasa Mahkemesiyle ilgili en tartışmalı usul konularından birisi de Anayasa Mahkemesinin süper temyiz mahkemesi gibi inceleme yapıp yapmadığı hususudur. Hemen çoğumuz bu soruya elbette Anayasa Mahkemesi süper temyiz mercii değildir şeklinde cevap vermiştir. Aslında bu konu görünüşte hem anayasal hem de yasal olarak güvence altına alınma ihtiyacı hissedilmiş ve güvenceye alınmıştır. Ancak Mahkemenin verdiği kararlar incelendiğinde konunun hiç de öyle görüldüğü gibi olmadığı yönündedir.

¹ Hâkim / Genel Müdür Yardımcısı, Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Anayasa Mahkemesi Eski Raportörü, selami.turabi@adalet.gov.tr

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Bireysel Başvuruların İncelenme Usulleri, Bireysel Başvuruda Usul.

ABSTRACT

One of the most important procedural rules in the examination of individual applications is to examine and conclude applications over documents without conducting any hearing. Since the applications are made over files, there is no procedure to inform the parties as for many proceedings. Due to lack of hearing, a large number of civil and criminal procedures such as going to courts or asking the opinions of the parties in the face of many information and documents are not implemented here.

Another important procedural rule is that the Constitutional Court (the Court) can collect information and documents directly from institutions, hear witnesses, apply to viewing and court expert examination although hearing is not available in individual applications. There is not any rule requiring the Court to notify these information and documents to the parties. Where it considers necessary, there is a notification system to the parties. This closed and non-transparent working system sometimes gives rise to criticisms.

In individual applications, examinations should be made starting from the first registration according to the sequence of registration. However, the Court can also make a different examination sequence in the framework of the criteria set out by it based on their importance and urgency in respect of their subjects.

For example, temporary injunctions and the applications for right to life, right of freedom and security related to detention or the integrity of material and spiritual assets are evaluated as applications which carry importance and urgency. Thus, they are addressed and examined by giving them more priority when compared to others.

One of the most controversial procedural issues regarding the Constitutional Court concern the issue as to whether or not the Constitutional Court conducts examination as a super appeal court. I suppose almost many of us answered this question by stating, 'It is certainly not a super appeal authority'. In fact, there arose a need to secure this issue both constitutionally and legally and was done so. Nevertheless, when the decisions rendered by the Court are examined, the issue is apparently not what it seems.

Keywords: Individual Application, Constitutional Court, Admissibility Criteria, Examination Procedures of Individual Applications, Procedure in Individual Application.



I. GENEL AÇIKLAMALAR

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması ile 1982 Anayasasının yargıya ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikle 1960'lı yıl-

lardan beri ülkemizde tartışılan bireysel başvuru hakkı, yeni bir hak arama yolu olarak hukuk sistemimize dâhil edilmiştir.

Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden “herkes” bireysel başvuru hakkına sahiptir. Bunun anlamı bir hakkın bireysel başvuruya konu olabilmesi için aynı zamanda hem Anayasada hem de AİHS’nde (taraf olunan ek protokoller dâhil) yer alan haklardan birinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir².

Kişiler arasındaki uyuşmazlıklar bireysel başvuru dışındadır. Başvuru konusu hakkın Türkiye Cumhuriyetinin egemenlik sınırları içinde kamu gücünü kullanan bir makam tarafından ihlal edilmesi gerekir. Zira bireysel başvuruda kamu gücü karşısında korumasız durumdaki bireyin haklarının garanti altına alınması temel amaçtır. Örneğin işkence ve eziyet yasağı, hak arama hürriyeti, özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı, din ve vicdan hürriyeti, ifade hürriyeti, toplantı ve örgütlenme hürriyeti, mülkiyet hakkı, eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi, eşitlik ve etkili başvuru hakkı ile ilgili her türlü ihlal bireysel başvuru konusu olabilir.

Kanun, yönetmelik ve içtüzük gibi yasama ve idarenin düzenleyici işlemleri doğrudan bireysel başvuruya konu edilemez. Bu işlemlerin kişiye uygulanması ve bunun da bir hak ihlaline yol açması gerekir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine bireysel başvuru yapılamaz. Örneğin, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şuranın terfii işlemleri Anayasanın açıkça yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden olduğu için bireysel başvuru yoluna konu teşkil etmez.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun başlamasıyla birlikte bireyler Anayasa Mahkemesine başvurabilecekleri gibi diledikleri takdirde AİHM’e de başvurabilirler. Buna engel bir düzenleme yoktur. Bununla beraber Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, iç hukukun bir parçası hâline geldiğinden, AİHM’e başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir yol olarak da ortaya çıktığı gözden uzak tutulmamalıdır. Son AİHM kararlarının da aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.

Bireysel başvuruların “bireysel başvuru formu” kullanılarak veya başvuru formunda bulunması gereken bütün bilgileri içeren ve aynı formatta olan bir dilekçeyle yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine başvurular şahsen yapılmalıdır. Mektup, telgraf ya da elektronik iletişim araçları kullanılarak baş-

² TURABİ, Selami; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara 2015, s.21.

vuru yapılmasına imkân tanınmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin yetkisine müteallik konular dört ana başlık altında toplanmaktadır. Bunlar; kişi bakımından yetkisizlik, yer bakımından yetkisizlik, zaman bakımından yetkisizlik ve konu bakımından yetkisizlik hususlarıdır.

II. BİREYSEL BAŞVURU

A. Terim Tanım

Bireysel başvuru terimi³ Anayasal bir terim olmasına rağmen doktrinde kavram sorununun yaşandığı görülmektedir. Bireysel başvuru yerine “Anayasa şikâyeti” teriminin de kullanıldığına rastlamaktayız⁴. Ancak biz Anayasamızda ifade edildiği gibi “Bireysel başvuru” kavramının kullanılmasının yerinde olduğu görüşündeyiz.

Bireysel başvuru kavramını; Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden AİHS kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin diğer iç hukuk başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte tasarlanan bir hak arama yolu şeklinde tanımlayabiliriz⁵.

B. Bireysel Başvurunun Ayırıcı Özellikleri

1. Bireysel başvuru için başvurucunun hukuki bir yararı olmalıdır. Başvurucunun güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi gerekmektedir⁶.

2. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kanunlarda öngörülmüş

³ Kavram için bkz: **ANAYURT Ömer**; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, AÜHF, Ankara 2014, **DOĞRU Osman**; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2013.; **FENDİOĞLU Hasan Tahsin**; Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2013, s.35.; **GÖZÜBÜ-YÜK Şeref**; Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1995.; **REİD Karen**; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul 2000.; **YOKUŞ Sevtap**; Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2015.; **HAMDİMİR Berkan**; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2015.; **KORKMAZ Ramazan**; Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2015.; **ÖZBUDAK Çoşkun**; Bireysel Başvuru, Yazarın Kendi Yayını 2014.; **KARAMAN Ebru**; Bireysel Başvuru, İstanbul 2014.

⁴ **SABUNCU, M.Yavuz / ESEN, A. Selin**; Türkiye için Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı:21, Ankara 2004, s.230.; **GÖZTEPE, Ece**; Anayasa Şikâyeti, AÜHF Yayınları No.: 530, Ankara 1998.; **ŞİRİN, Tolga**; Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013.

⁵ **TURABİ**, “Bireysel Başvuru Rehberi”, s.22. Diğer tanımlar için bkz: **UZUN, Cem Duran**; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikâyeti), Beklentiler ve Riskler, Seta Analiz, Ankara 2012, s.6.; **TURAN, Hüseyin / KAPLAN, Recep**; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara 2015, s.3.

⁶ Konuyla ilgili bkz.: **ERGÜL Ergin**; Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara 2012, s.22.

olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı başvurucu tarafından tüketilmiş olmalıdır.

3. Başvuru, anayasal açıdan bir öneme sahip olmalıdır.

4. Bireysel başvuru, Anayasada belirtilen hakları ihlal edilenlere tanınan özel bir hak arama yolu olup diğer hak arama yollarına göre yöntemi ve sonuçları itibarıyla farklı yönleri bulunmaktadır.

5. Bireysel başvurunun varlık nedeni, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini önlemek; ihlal gerçekleşmişse ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktır.

6. Bireysel başvuru kural olarak kamu gücü işlemlerine karşı yapılır. Dolayısıyla bireysel başvuruda kamu gücü karşısında korumasız durumdaki bireyin haklarının garanti altına alınması temel amaçtır.

7. Bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur⁷. İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi, öncelikle tüm idare ve yargı mercilerinin görevidir. Zira idare ve yargı mercileri bireysel hak ihlallerinin önlenmesinde daha etkin konumdadırlar. Bu nedenle söz konusu şikâyetlerin Anayasa Mahkemesine intikal ettirmesinden önce ilgili mercilerin bu ihlalleri gidermeleri beklenir.

8. Bireysel başvuru, ek bir istinaf ya da temyiz yolu da değildir. Kanun yolunda ortaya çıkan her türlü hukuka aykırılığın giderilmesi değil, ancak Anayasada işaret edilen haklardan birinin ihlali iddiası, bireysel başvuruya konu olabilmektedir.

C. Bireysel Başvurunun Kapsamı

Bireysel başvuru, ihlale neden olduğu ileri sürülen kamu gücü işlemleri aleyhine yapılabilir. Bireysel başvuru konusu kamu gücü davranışı bir eylem ya da işlem şeklinde olumlu bir davranış olabileceği gibi yapılması gereken bir işlem ya da eylemin yapılmaması biçiminde olumsuz bir davranış da olabilecektir⁸.

Kamu gücünün ihmali nitelikteki işlemlerinin bireysel başvuruya konu edilebilmesi ancak kamu organlarının bir işlemde bulunma zorunluluğunun olduğu hâllerde mümkün olabilecektir. Öte yandan bireysel başvuruya konu olabilecek olan işlemler, bireyler bakımından bağlayıcı ve emredici kamu gücü

⁷ **URAL, Sami Sezai**; Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013, s.257.

⁸ http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf, s.6, erişim 31.5.2015

işlemleridir. Başvuru konusu olabilecek işlemin bireyin temel anayasal hakkını ihlal etmesi gerekeğinden, bağlayıcı nitelikte olmayan işlemler (örn. genel direktifler, kurum içi görüş bildirimleri, bilirkişi raporları, öneri ya da tavsiyeler vs.) bireysel başvuru konusu edilemez⁹.

Yasama işlemleri (kanun, içtüzük vb.) ile idarenin düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik vb.) doğrudan bireysel başvuruya konu edilemez. Ancak bu durum, yasama işlemi ya da düzenleyici işlemin kişiye uygulanması ve bunun da bir hak ihlaline yol açması hâlinde söz konusu uygulama işlemi aleyhine bireysel başvuru yapılmasına engel oluşturmamaktadır¹⁰.

Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine hiçbir şekilde bireysel başvuru yapılamaz. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetimin türü önemli değildir. Anayasa Mahkemesinin kararı, ister Yüce Divan sıfatıyla hareket ederken isterse siyasi partilerin anayasallık veya malî denetimi çerçevesinde verilsin, bireysel başvuruya konu yapılması mümkün değildir. Öte yandan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şuranın terfii işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları gibi Anayasanın açıkça yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi imkânı olmayan işlemlerdir¹¹.

D. Bireysel Başvuruyla İlgili Mevzuat

Bireysel başvuru, 1982 Anayasasının 148., 149. ve geçici 18. maddelerinde, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un özellikle 45 ilâ 51. maddelerinde ve 12/7/2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde yer almaktadır.

E. Kabul Edilebilirlik Kriterleri

Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvurulara ilişkin uygulanan kabul edilebilirlik kriterleri, 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesinin içtüzüğü dikkate alınarak belirli sıralamaya tabi tutulmuştur¹². Bu sıralama hiyerarşik bir yapıya sahip olup bu hiyerarşi listesinde yer alan kriterlerden önce gelen,

⁹ http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf, s.7, erişim 31.5.2015

¹⁰ http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf, s.7, erişim 31.5.2015

¹¹ http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf, s.8, erişim 31.5.2015

¹² FENDİOĞLU, s.41.

başvuruda karşılanmışsa sonra gelen diğer kriterler açısından inceleme yapılmasına gerek görülmemektedir. Ancak bu hiyerarşinin çok katı uygulandığı da söylenemez. Bazen en kolay hangi kriterden yaklaşarak dava çözülecekse doğrudan o kriter üzerinden gidilip davaların çözüldüğü de görülmektedir¹³.

Örneğin, başvuru konusu hak, Anayasa ve Sözleşme kapsamında güvence altına alınan hakların kapsamına girmiyorsa konu bakımından yetkisizlik (*ratione materiae*) nedeniyle reddedilir. Bu durumda başvuru yollarının tüketilmesi, otuz gün kuralına uyulması, başvurunun temellendirilmiş olması gibi daha sonra gelen kriterlere uygunluk açısından incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

Kabul edilebilirlik kriterleri hiyerarşisi 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesinin iç tüzüğü dikkate alınarak şöyle sıralanmaktadır¹⁴.

Kabul Edilebilirlik Kriterleri

A. Bireysel Başvuru Bürosu Aşaması

Şekil eksikliği incelemesi (6216 S.Kanun m. 48/1, İçtüzük m. 66/1)

B. Komisyon Ve Bölümler Aşaması

1. Mükerrer başvuru

2. Mahkemenin yetkisine ilişkin kabul edilmezlik nedenleri (6216 S. Kanun m. 45/1, 46/1)

a. Kişi bakımından yetkisizlik

b. Yer bakımından yetkisizlik

c. Zaman bakımından yetkisizlik

d. Konu bakımından yetkisizlik

3. Başvuru yollarının tüketilmesi (6216 S.Kanun m. 45/2)

4. 30 gün kuralı¹⁵ (6216 s. Kanun madde 47/5)

5. Açıkça dayanaktan yoksunluk (6216 S.Kanun m. 48/2)

¹³ Benzer uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da benimsendiği görülmektedir. Bkz: **HARRIS David / O'BOYLE Michael /WARBRICK Colin**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013, s.785.

¹⁴ TURABİ, "Bireysel Başvuru Rehberi", s.77-78.; Ayrıca bkz: GÜVEYİ Nazmiye; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, İstanbul 2015.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66/3. maddesi hükmü gereği komisyonlarca yapılacak inceleme

- a. Bir ihlalin olmadığına açık olduğu şikâyetler
 - b. Kanıtlanmamış şikâyetler¹⁶
 - c. Karmaşık ve zorlama şikâyetler,
 - d. Temyiz mercii şikâyeti
6. Başvuru hakkının kötüye kullanılması (6216 S.Kanun m. 51)
 7. Başvurunun Anayasal açıdan önem taşıması ve önemli bir zararın bulunmaması (6216 S.Kanun m. 48/2)
 8. Düşme talebi (6216 S.Kanun m. 50/5)

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN İNCELENME USULÜ

A. Genel Açıklamalar

Bireysel başvuruların incelenmesinde en önemli usul kurallarından birisi başvuruların duruşma açılmaksızın evrak üzerinden incelenip karar verilmesidir. Bu sebeple aslında içeride bir serbestiyet vardır. İncelemeler dosya üzerinden olduğu için çoğu işlemler için taraflara tebligat yoktur. Duruşma olmadığı için de tarafların gelip gitmeleri veya belgelere karşı tarafların düşüncelerinin sorulması gibi birçok hukuk ve ceza muhakemesi usulü burada uygulanmamaktadır.

Bireysel başvuruda başvurular kayıt sırasına göre ilk kayıttan başlanarak inceleme yapılmaktadır. Ancak Mahkeme, başvuruların konuları itibarıyla önemine ve aciliyetine göre de belirlediği kriterler çerçevesinde farklı bir inceleme sıralaması da yapabilmektedir.

Örneğin başvurucunun yaşam hakkına, tutuklulukla ilgili özgürlük ve güvenlik hakkına veya maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne yönelik başvurular önem ve aciliyet arz eden başvurular olarak değerlendirilerek diğerlerine göre öncelikle ele alınıp incelenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmamasını bireysel başvuru incelemesine konu yapmamaktadır. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri

¹⁶ Bireysel başvuru bürosunun yapacağı gibi şekli anlamda değil içerik olarak gerekli bilgi ve belgelerin verilip verilmediği değerlendirilmektedir.

ihlal etmiş olması veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesidir. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenmemektedir (B. No: 2012/695, 12/2/2013, § 22).

Mahkeme, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında yasa- ma, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile di- ğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışabilmekte, bilgi ve belge isteyebil- mekte, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceleyebilmekte, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilmekte, idare ve diğ er tüzel kişilerden temsilci isteyebilmektedir.

Mahkeme, başvuru ya da kamu otoritesinin, istenen bilgi ya da belgeyi sunmaktan kaçındığı ya da bir delili gizlediği yahut her ne suretle olursa olsun davet edildiği hâlde yargılamaya etkili bir şekilde katılmadığı kanaatine varırsa, durumu kararında belirterek ihlal veya ret kararı verebilmektedir.

Komisyonlar başvuruların kabul edilebilirliği konusundaki kararlarını dosya üzerinden vermek zorundadırlar. Ancak Bölümler, başvuruları dosya üzerin- den incelemekle beraber re’sen ya da başvuru veya Adalet Bakanlığının ta- lebi üzerine gerekli görülmesi hâlinde duruşma yapılmasına karar verebilirler. Duruşma yapılmasına karar verilmesi hâlinde, duruşmanın yeri, günü ve saati ilgililere bildirilir. Duruşma esnasında duruşma tutanağı düzenlenir. Tutanak örnekleri, talepleri hâlinde başvuru ve Adalet Bakanlığı ile varsa diğ er ilgili- lere verilir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruların incelenmesi esnasında istisnai de olsa tanık dinleyebilir, bilirkişi atayabilir veya keşif yapılmasına karar verebilir.

B. Bireysel Başvuru Bürosunda (Ön Büro) Usul

1. Bireysel Başvuru Bürosunun Görevleri ve Çalışma Usulü

Bireysel başvuru bürosu, ihtiyaç kadar raportör, raportör yardımcısı ve yete- ri kadar personelden oluşmaktadır. Bireysel başvuru bürosu gelen başvuruları yalnızca şekil yönünden inceleyerek şeklî eksiklikler bulunup bulunmadığına bakmaktadır. Şekil eksikliğinden maksat da başvuru formunda veya eklerinde herhangi bir eksiklik olup olmadığı hususudur.

Büro eğer bir eksiklik tespit ederse, bunların tamamlattırılması için başvu- rucuya varsa avukatına veya kanuni temsilcisine onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilmektedir. Eksikliklerin tamamlattırılmasına dair yazıda başvuru- cuya geçerli bir mazereti olmaksızın verilen sürede eksiklikleri tamamlamadığı

takdirde başvurusunun reddine karar verileceği bildirilmektedir.

Başvurunun; süresinde yapılmadığı veya öngörülen şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde “*idari red*” kararları verilmektedir. Bu kararlar başvurucuya tebliğ edilerek karara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz hakkı bulunmaktadır. Bu konuda Komisyonların verdiği kararlar kesin mahiyettedir¹⁷.

2. Bireysel Başvuru Bürosunca Yapılan Şekil İncelemeleri

Bireysel başvuru bürosunun yaptığı şekli inceleme şu hususları içermektedir.

a. Başvuru Formu Şekli Kontrol Bilgileri

Bireysel başvuru bürosunda görevli memurlar başvuru formunun eksiksiz olarak doldurulup doldurulmadığı hususlarını aşağıdaki soruları içeren kontrol bilgileri yardımıyla somut başvuru dosyası açısından karşılanıp karşılanmadığını tespit etmektedirler. Eğer aşağıdaki sorulardan biri veya birkaçı eksik ise dosya ilgili raportöre arz edilmektedir. Ön büro raportörü belirlenen eksikliğin niteliğine göre işlem yapılması talimatını vermektedir.

Bu aşamada kontrol edilen bilgiler şunlardır¹⁸:

1. Başvuru 30 günlük yasal süre içerisinde yapılmış mı?
2. Başvurunun mazeret nedeniyle yasal süresi içerisinde yapılamadığı belirtiliyor ise mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren 15 günlük süre içerisinde yapılmış mı?
3. Başvuru içtüzük doğrultusunda anayasa mahkemesi başkanlığı internet sitesinde yayınlanan form kullanılarak hazırlanmış mı?
4. Başvuru resmi dille yazılmış mı?
5. Başvurucu bilgileri eksiksiz bildirilmiş mi?
 - a) Başvurucu T.C. vatandaşı ise; adı, soyadı, vatandaşlık numarası, doğum tarihi, milliyeti, cinsiyeti, mesleği ve adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi belirtilmiş mi?
 - b) Başvurucu yabancı uyruklu ise; adı, soyadı, doğum tarihi, milliyeti, cinsiyeti, mesleği, adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi belirtilmiş mi?

¹⁷ TURABİ, “Bireysel Başvuru Rehberi”, s.78.

¹⁸ TURABİ, “Bireysel Başvuru Rehberi”, s.68.

c) Başvurucu tüzel kişi ise; unvanı, adresi ve tüzel kişiliği temsile yetkili kişinin kimlik bilgileri, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi belirtilmiş mi?

6. Başvurucunun kanuni temsilcisi ya da vekili varsa, kanuni temsilcisinin ya da vekilin adı, mesleği ve adresi, varsa telefon numarası ve elektronik posta adresi belirtilmiş mi?

7. Kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmaline dair olaylar tarih sırasına göre özetlenmiş mi?

8. Bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar yapılmış mı?

9. Başvurucunun güncel ve kişisel bir temel hakkının doğrudan zedelendiği iddiasının dayanakları belirtilmiş mi?

10. Başvurunun anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önemine ilişkin açıklamalar yapılmış mı?

11. Başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamalar belirtilmiş mi?

12. Başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih belirtilmiş mi?

13. Başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa buna dair açıklamalar yapılmış mı?

14. Başvurucunun talepleri belirtilmiş mi?

15. Başvuru harcının adli yardım talebi nedeniyle yatırılmamış olması durumunda adli yardım talebine dair açıklamalar belirtilmiş mi?

16. Başvuru formu on sayfanın üzerinde mi? başvuru formu on sayfanın üzerindeyse başvuru formuna bağlı olayların özeti belirtilmiş mi?

17. Başvurucunun mahkeme önünde devam eden bir başka başvurusu varsa numarası belirtilmiş mi?

18. Varsa kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebi ve bunun gerekçeleri belirtilmiş mi?

19. Başvurucunun kısa mesaj (sms) yoluyla bilgilendirme yapılmasını isteyip istemediği hususu belirtilmiş mi?

20. Başvurucunun e-tebligat yoluyla bilgilendirme yapılmasını isteyip istemediği hususu belirtilmiş mi?

21. Başvurucunun, varsa vekilinin ya da kanuni temsilcisinin imzaları var mı?

b. Başvuru Formuna Eklenmesi Gereken Belgeler Ya da Onaylı Örneklerine Dair Kontrol Bilgileri

Başvuru formunun şekli incelemesi sonrası eklenmesi zorunlu olan belgelerin incelenmesine geçilmektedir. Bu incelemede şu hususlar nazara alınmaktadır¹⁹.

1. Kanuni temsilci veya vekil vasıtasıyla takip edilen başvurularda başvuru-cuyu temsile yetkili olduğuna dair belge eklenmiş mi?

2. Harcın ödendiğine dair belge eklenmiş mi?

3. Başvurucunun kimliğini tespiti için aşağıdaki belgeler eklenmiş mi?

a) Başvurucu T.C. vatandaşı ise nüfus cüzdanı örneği.

b) Başvurucu yabancı uyruklu ise geçerli kimlik belgesi örneği.

c) Başvurucu tüzel kişi ise tüzel kişi adına başvuran temsilcinin tüzel kişiliği temsile dair yetki belgesi.

4. Nihai karar ya da işlem tebliğ edilmişse tebellüğ belgesi eklenmiş mi?

5. Dayanılan belgelerin asılları ya da onaylı örnekleri eklenmiş mi?

6. Tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeler eklenmiş mi?

7. Başvuru süresine riayet edilmemişse mazereti ispatlayan belgeler eklenmiş mi?

8. Başvuru formunun ekinde sunulan belgeler tarih sırasına göre numaralandırılarak her bir belgeyi tanımlayıcı başlıklar hâlinde dizi pusulasına bağlanmış mı?

9. Başvurucu yukarıda sayılan belgelere herhangi bir nedenle erişemediğini ifade etmiş ise bunun gerekçelerini belirtmiş mi?

c. Ön İnceleme Kapsamında Yapılan İşlemlere Dair Kontrol Bilgileri

Ön büroda son olarak yapılan işlemlere dair aşağıdaki soruların yer aldığı bir denetleme formu bulunmaktadır. Ön büro memurlarınca yapılan kontrol bilgileri üzerine ne tür işlemlerin yapıldığı hususlar kayda alınmakta ve ön

¹⁹ TURABİ, "Bireysel Başvuru Rehberi", s.70.

büro raportörleri tarafından denetlenmektedir. Ön büro raportörleri nihai olarak şu denetimleri yapmaktadırlar.

1. Başvuru formunda eksiklik bulunması durumunda başvurucuya 15 günlük yasal süre verildi mi?

2. Başvuru formunda bulunan eksiklik nedeniyle başvurucuya verilen süre içerisinde başvurucu tarafından eksiklikler tamamlandı mı?

3. Başvurucuya başvurusunu yaptığına dair “bireysel başvuru kaydı belgesi” tebliğ edildi mi?

4. Başvurunun reddine karar verilmesi gerektiği düşünülüyor mu? Düşünüyor ise nedeni nedir?

C. Komisyonlarda Usul

1. Komisyonların Oluşumu

Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemelerini yapmak üzere Bölümlere bağlı olarak görev yapan üçer komisyonun oluşturulacağı hüküm altına alınmıştır. Komisyonlar bağlı buldukları bölümle birlikte numaralandırılmak suretiyle isimlendirilmektedirler.

Bölüm başkanı, komisyonlarda görev almamaktadır. Komisyonların oluşturulması amacıyla başkanvekili haricindeki bölüm üyeleri kıdem sırasına göre listelenmektedir.

Komisyon üyeliklerinde eksiklik olması hâlinde toplantıya katılmayan üye, bölüme ait ilgili komisyondaki eksik üyenin yerini doldurmaktadır. Genel Kurul, bölümlere bağlı komisyonların ve komisyonları oluşturan üye sayılarının değiştirilmesine karar verebilmektedir.

2. Komisyonların Görevleri ve Çalışma Usulü

Komisyonlar raportörlerince hazırlanan kabul edilebilirlik karar taslakları ile kabul edilemezlik karar taslak ya da listeleri, komisyonlar tarafından karara bağlanmaktadır. Komisyonlar kararlarını oybirliği ile almaktadır. Oybirliği sağlanamadığında takdirde konu, oybirliği sağlanamadığı belirtilmek suretiyle bölüme havale edilmektedir.

Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvurucunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya

alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili bölüme gönderirler. Tüm aşamalar evrak üzerinde yapılmakta olup duruşma açılmamaktadır.

3. Komisyonlar Raportörlüğü

Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuruların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amacıyla başraportör gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan komisyonlar raportörlüğü birimi oluşturulmuştur.

Komisyonlar raportörlüğü biriminin görevleri şunlardır:

Komisyonlar tarafından daha ayrıntılı incelemeyi gerektiren dosyaları belirlemek, dosyaları gruplandırarak veya tek tek incelemek ve kabul edilemez nitelikte olan başvuruları tespit etmek.

Kabul edilebilirlik kriterlerini karşılayan başvurulara ilişkin kabul edilebilirlik karar taslaklarını, bu nitelikleri karşılamayan başvurulara ilişkin ise kabul edilemezlik karar taslaklarını ya da listelerini hazırlayıp komisyonlara sunmak.

Komisyonlar tarafından kabul edilebilirliği hususu karara bağlanamayan başvurular ile gruplandırmalar kapsamındaki başvuruların kabul edilebilirlik karar taslakları, komisyonlar başraportörünün uygun görmesi hâlinde bölümler raportörlüğüne hazırlanır.

İş yükünün elvermesi veya iş verimliliğinin gerekli kılması hâllerinde komisyonlar başraportörünün uygun görmesi durumunda komisyonlar raportörlüğüne bölümlere sunulmak üzere her türlü karar taslakları hazırlamak.

Komisyonlar önündeki başvuruların raportörler ve raportör yardımcıları arasında dağılımı, başraportör tarafından yapılmaktadır. Raportörün görevlendirilmesinde konunun özelliği, raportörün deneyim ve uzmanlığı göz önünde tutulacağı hususu yasa tarafından düzenleme altına alınmıştır.

D. Bölümlerde Usul

1. Bölümlerin Oluşumu

Anayasa mahkemesinde bireysel başvuruları incelemek üzere başkan haricindeki üyelerden iki bölüm oluşturulmuştur. Her bölüm bir başkanvekili ile yedi üye ile temsil edilmektedir. Bölümler, birinci bölüm ve ikinci bölüm olarak adlandırılmaktadır.

Bölümlerde görev alacak başkanvekilleri dışındaki üyeler, seçildikleri alana ve geldikleri kuruma göre bölümler arasında dengeli dağıtım işi başkan tarafından yapılmaktadır.

İlgili üyenin talebi ya da başkanvekillerinden birinin önerisi üzerine, başkan tarafından üyelerin bölüm değişikliklerine karar verilebilmektedir.

2. Bölümlerin Görevleri ve Çalışma Usulü

Bölümlerin iki görevi olduğu yasada açıkça belirtilmektedir. Bunlar: Komisyonlar tarafından kabul edilebilir bulunan başvuruların esas incelemesini yapmak ve komisyonlarca kabul edilebilirliği karara bağlanamamış başvuruların gerekli görüldüğü takdirde kabul edilebilirlik ve esas incelemesini birlikte yapılması hususlarıdır.

Yine yasada bölümlerin iki ayrı önemli yetkisi zikredilmektedir. Bunlar: Kabul edilebilirliğe ilişkin bir engelin varlığını tespit etmeleri ya da bu durumun sonradan ortaya çıkması hâlinde, incelemenin her aşamasında başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verebilme yetkisi ve bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin vereceği karar, Mahkemenin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse, ilgili bölüm başvurusu karara bağlamadan önce bu hususu Genel Kurul önüne götürebilme yetkisidir.

3. Bölümler Raportörlüğü

Bireysel başvuruların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amacıyla başraportörün gözetiminde, yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan bölümler raportörlüğü birimi oluşturulacağı yasada yer almaktadır.

Bölümler raportörleri, bir raportörün eşgüdümünde uzmanlık alanlarına göre çalışma gruplarına ayrılmaktadır.

Bölümler raportörlüğü biriminin görevleri yasada şöyle zikredilmektedir:

a) Komisyonlar tarafından kabul edilebilirliğine karar verilen başvuruları gruplandırarak veya tek tek incelemek ve esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlamak ve bölümlere sunmak.

b) Komisyonlar başraportörünün uygun görmesi hâlinde kabul edilebilirliğe ilişkin karar taslaklarını hazırlayıp bölümlere sunmak.

Kabul edilebilirliğin esasa bağlı olması ya da başvurunun niteliğinin gerektirmesi hâllerinde kabul edilebilirlik ve esasa dair karar taslakları bölüm

tarafından birlikte hazırlanabilmektedir. Bu şekilde bölümler raportörlerince hazırlanan karar taslakları, görüşülmek üzere bölümlere sunulmaktadır.

Bölümler önündeki başvuruların raportörler ve raportör yardımcıları arasındaki dağılımı, başraportör tarafından yapılmaktadır. Ancak raportörün görevlendirilmesinde konunun özelliği, raportörün deneyim ve uzmanlığının göz önünde tutulması gerektiği yasa tarafından hüküm altına alınmıştır.

E. Araştırma Ve İctihat Biriminde Usul

Araştırma ve İctihat Birimi (Ar-İç), Mahkeme kararlarını izleyerek içtihadın geliştirilmesi ve tanıtımı için çalışmalar yapmak, içtihat farklılıklarının önlenmesine yönelik önerilerde bulunmak ve bu amaçlarla istatistikler ve araştırma raporları hazırlamakla görevli birimdir.

Bir başraportörün gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Araştırma ve İctihat Biriminin görevleri şunlardır:

a) Rapor ve karar taslaklarını, Genel Kurulda ve bölümlerde görüşülmesinden önce içtihat uyumluluğu ve gelişimi ile hukuk dili ve yazım kuralları yönünden inceleyerek gerekli gördüğünde ilgili rapor ya da karar taslağı ile birlikte Genel Kurul ya da Bölüme sunulmak üzere, bunların Birime ulaştırılmasından itibaren bir hafta içinde görüş hazırlamak.

b) Komisyonlar veya bölümlerce kabul edilen kararlar arasında içtihat uyumsuzluğunu tespit ettiği takdirde durumu, bir rapor ile ilgili bölüm başkanının ve başkanın dikkatine sunmak.

c) Başkan ya da başkanvekillerinin talebi üzerine, rapor ve kararların hazırlanmasına yönelik araştırma ve inceleme raporları hazırlamak ve bunları tüm üye, raportör ve raportör yardımcılarının yararlanmasına sunmak.

ç) Genel Kurul, bölümler ve komisyonlarca verilen ve içtihat açısından önem arz eden kararları takip ederek, bu konuda Mahkeme birimlerinde görev yapanların bilgilendirilmesi için dokümanlar hazırlamak ve gerekli çalışmaları yapmak.

d) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile diğer uluslararası yargı organları ve diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını takip etmek, Mahkeme içtihadı açısından önemli görülen konularda bilgi notları hazırlamak.

e) Her yıl yayımlanmak üzere Genel Kurul, bölümler veya komisyonlar tarafından verilen ilkesel nitelikteki ve önemli kararları tespit etmek.

Komisyonlarda ve bölümlerde hazırlanan karar taslakları, bölüm veya komisyonunda görüşülmeden önce Ar-İç birimine gönderilmekte ve Mahkemenin

daha önceki içtihatlarıyla çelişik karar taslağı yazılıp yazılmadığı veya imla veya yazım hatalarının bulunup bulunmadığı tespit edilmektedir. Hazırlanan karar taslaklarında Mahkemenin önceki içtihatlarına aykırı bir durum varsa durum bir raporla taslağı hazırlayan raportöre bildirilmektedir. Taslağı yazan raportör görüşünde ısrar ederse ısrarına dair raporla birlikte durum bölüm veya komisyon üyelerine havale edilmektedir. Son karar verme yetkisi komisyon veya bölüm üyelerindedir.

Ar-iç'te, karar taslakları önce kendi iç işleyişine göre konusunda uzman raportör tarafından incelenerek raporlaştırılmakta daha sonra tüm Ar-iç raportörlerince müzakere edilerek rapora son şekli verilmektedir. Bu birimin amacı kararlar arasındaki yeknesaklığı sağlamak ve Mahkemenin içtihat birliğinin sağlanmasına yardımcı olmaktır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN DOĞRUDAN TEDBİR KARARI VERME YETKİSİ

A. Genel Açıklamalar

6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

'Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.'

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 'Tedbir kararı' başlıklı 73. maddesi şu şekildedir:

'(1) Başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaya üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verilebilir.

...

(3) Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir.

(4) Tedbir kararı verilen başvurunun esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvurunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar.'

6216 Sayılı Kanun ve İttüzük hükümleri birlikte değerlendirildiğinde kişilerin yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Anayasa Mahkemesince esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvuru talebi üzerine karar verilebilme yetkisinin olduğu görülmektedir. Bu durum yasa koyucunun takdir alanı içerisinde yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin süper mahkeme gibi her şeye müdahil olması doğru değildir. Tüm Türkiye'deki yaşam hakkı veya maddi veya manevi varlığın korunması hakkı kapsamındaki tüm başvurularda derece mahkemelerinin by-pass edilmesi çeşitli sorunlara neden olabilecektir. Ancak bugün itibariyle yasal mevzuatımıza göre ucu çok açık bu yetki Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Ucu açık ifadesini bilinçli olarak kullandık zira maddi ve manevi varlığın korunmasının kapsamı çok geniştir. Basit hakaret suçu bile buraya girmektedir.

B. Anayasa Mahkemesince Verilen Tedbir Kararları

Anayasa Mahkemesi şu üç durumda başvuru yollarının tüketilmesini beklemeden doğrudan tedbir kararları vermektedir.

Birincisi; sınır dışı edilecek ya da ülkesine geri gönderilecek bir kişi gittiği ülkede yaşam hakkına yönelik bir saldırı olacağını (ölüm cezasına maruz kalacağını) veya işkence göreceğini veya kötü muameleye maruz kalacağını ya da tutuklanacağını iddia ederek Anayasa Mahkemesine bireysel olarak tedbir kararı verilmesi amacıyla başvurabilir. Bu halde başvuru yollarının tüketilmesi aranmaz.

İkincisi; kişiler, tutukluluk halinde sağlık sorunları nedeniyle Anayasanın 17. maddesindeki yaşama hakkının, kişinin maddi ve manevi hakkı ile olan bağlantısı nedeniyle ihlal edildiği gerekçesiyle ya da kanunda öngörülen süreyi aşan uzun tutukluluk nedeniyle Anayasanın 19. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulduklarında geçici tedbir olarak tahliye talebinde de bulunabilirler. Bu halde de başvuru yollarının tüketilmesi aranmaz.

Üçüncüsü; sokağa çıkma yasağı nedeniyle kişilerin yaşama haklarının, kötü muamele yasağının, özgürlük ve güvenlik haklarının, özel ve aile hayatlarına saygı haklarının ihlal edildiği iddiaları nedeniyle verdiği tedbir kararlarıdır.

Anayasa Mahkemesince verilen emsal nitelikteki tedbir kararlara göz atacak olursak;

1. R.Boudra Kararı / AYM / 2014

Cezayir vatandaşı olan, eşi ve dört çocuğu Yalova'da ikamet eden başvuru, R. Boudra 2010 yılında ülkesi Cezayir'de askeri yönetime karşı barışçıl protesto gösterilerine liderlik etmekten gözaltına alınmış ve işkence görmüş, daha önce de yaklaşık 4 yıl Cezayir'de hapis yatan ve işkence gören başvuru, siyasi nedenlerle ülkesini terk etmek zorunda kalmış ve Türkiye'ye sığınmış, yaklaşık 2 aydır Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesi'nde nezarethane tutulan ve pasaportu bulunmadığı gerekçesiyle sınır dışı edilmesine ilişkin işlem nedeniyle iade edileceği ülkesinde yaşam hakkının ihlal edilmesi ve işkence ve kötü muameleyle tabi tutulma riski bulunduğu gerekçeleriyle bireysel başvuruda bulunarak tedbir talep etmiş ve talebi kabul edilmiştir.

2. Azıjon Hikmatov Kararı, 2015/18582, 15/12/2015

Başvuru, Özbekistan vatandaşı olan başvuru hakkında verilen sınır dışı kararının uygulanması hâlinde ülkesinde yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edileceği iddiaları hakkındadır.

Mahkemece yapılan değerlendirmede; başvuru Özbekistan'a ilişkin Uluslararası Af Örgütü tarafından açıklanan 2014/15 tarihli İnsan Hakları Raporunda, yabancı ülkelere sınır dışı edilerek geri gönderilen kişilerin "gerçek bir işkence ve kötü muamele riski" altında oldukları belirtildiğini İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün 2015 yılı Özbekistan İnsan Hakları Raporunda ise binlerce yönetim karşıtı aktivistin tutuklandığının ve bir kısmının hapis cezasıyla cezalandırıldığının ayrıntılı olarak açıklandığını, Öte yandan idare mahkemesince başvuru iddialarına yönelik bir araştırma ya da değerlendirme yapıldığını bununla birlikte başvuru sığınma talebinin kabul edilerek güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilmesine karar verildiğini, başvuru sınır dışı edilmesi hâlinde ülkesinde kötü muameleyle maruz kalma ihtimali bulunduğu gibi BMMYK nezdinde kazanmış olduğu güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilme hakkını da kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya belirtilmiştir.

Bu nedenle, bu aşamada başvuru ülkesine sınır dışı edilmesi hâlinde "maddi ve manevi bütünlüğüne" yönelik ciddi bir tehlikle karşılaşma ihtimali bulunduğu anlaşıldığından tedbir talebinin kabulüne karar verilmiştir.

3. Fatih Hilmioğlu Kararı / AYM / 2013

Kararda Anayasa Mahkemesi Fatih Hilmioğlu hakkında resen tam teşekküllü bir hastaneden rapor almış ve alınan raporda Fatih Hilmioğlu'nun cezaevinde kalması halinde öleceğine dair hayati tehlikesinin olduğunun belirtilmesi

üzerine doğrudan başvuru yolları tüketilmeden tahliye edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar uygulama ve doktrinde tartışma yaratmıştır.

4. Mehmet Girasun Ve Ömer Elçi Kararı, 2015/15266, 11/9/2015

Başvuru, Şırnak ili Cizre ilçesinde uygulanmakta olan sokağa çıkma yasağı nedeniyle başvuru sahiplerinin yaşama haklarının, kötü muamele yasağının, özgürlük ve güvenlik haklarının, özel ve aile hayatlarına saygı haklarının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirme şöyledir: “Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle idari merciler ve derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (*Ayşe Zıraman ve Diğerleri*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

Şırnak Valiliği, 5442 sayılı Kanun’un 11/C maddesi uyarınca başvuru sahiplerinin yaşadıklarını belirttikleri Cizre ilçesinde sokağa çıkma yasağı ilan etmiştir. Valilik bu kararına, terör örgütü mensuplarının yakalanması ve terör olayları nedeniyle halkın can ve mal güvenliğinin sağlanmasını gerekçe göstermiştir. Valiliğin anılan gerekçelerle kamu düzenini, halkın can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla sokağa çıkma yasağı ilan etmesinin temelsiz olduğu söylenemez.

Başvuru sahipleri, kendi can ve mal güvenliklerinin korunması için alınan sokağa çıkma yasağı kararından derhal müdahale edilmesini gerektirecek şekilde etkilendiklerine, alınan karara uygun hareket etmelerine rağmen kamu makamlarının eylemleri nedeniyle yaşamlarının risk altına girdiğine dair somut herhangi bir bilgi ve belge sunmamışlardır. Başvuru sahipleri, yaşama haklarının risk altında olduğunu ilçede meydana geldiğini iddia ettikleri sivil kişilerin ölümlerine dayandırmışlardır. Ancak bu hususta genel olarak sosyal ve yazılı medyadaki paylaşımlara atıf yapmakla yetinmişlerdir.

Açıklanan nedenlerle, başvuru sahiplerine yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunduğu dosya kapsamında bulunan bilgi ve belgelerden bu aşamada anlaşılmadığından koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”

V. ANAYASA MAHKEMESİNİN DELİL TOPLAMA, TANIK DİNLEME, KEŞİF VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ YAPTIRMA YETKİLERİ

Mahkeme, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında yasa-

ma, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışabilmekte, bilgi ve belge isteyebilmekte, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceleyebilmekte, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilmekte, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilmektedir.

Komisyonlar başvuruların kabul edilebilirliği konusundaki kararlarını dosya üzerinden vermek zorundadırlar. Ancak Bölümler, başvuruları dosya üzerinden incelemekle beraber resen ya da başvuru veya Adalet Bakanlığının talebi üzerine gerekli görülmesi hâlinde duruşma yapılmasına karar verebilirler. Duruşma yapılmasına karar verilmesi hâlinde, duruşmanın yeri, günü ve saati ilgililere bildirilir. Duruşma esnasında duruşma tutanağı düzenlenir. Tutanak örnekleri, talepleri hâlinde başvuru ve Adalet Bakanlığı ile varsa diğer ilgililere verilir. Bununla beraber Mahkeme bireysel başvurunun incelenmesinde şimdiye kadar duruşma yapılmasına karar vermemiştir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruların incelenmesi esnasında istisnai de olsa tanık dinleyebilir, bilirkişi atayabilir veya keşif yapılmasına karar verebilir²⁰.

Mahkeme dosya üzerinden kurumlardan bilgi ve belge toplama yetkisini sıklıkla kullanmaktadır. Fatih Hilmioğlu hakkında verilen tedbir kararında ise Mahkeme başvurucuyu tam teşekküllü hastaneye sevk ederek başvurunun cezaevinde kalmasının hayat bütünlüğü üzerinde hayati tehlike oluşturup oluşturmadığı konusunda rapor almış gelen rapor cevabı doğrultusunda resen tahliyesine karar vermiştir.

Mahkemenin keşif yetkisini kullanabileceği bir olayı içeren başvuru olmadığı için bu istisnai yetki bugüne kadar kullanılmamıştır.

VI. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURULARI İNCELERKEN SÜPER TEMYİZ MERCİ OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Anayasa Mahkemesiyle ilgili en tartışmalı konularından birisi de Anayasa Mahkemesinin süper temyiz mahkemesi olup olmadığı hususudur. Hemen çoğumuz bu soruya elbette Anayasa Mahkemesi süper temyiz merci değildir şeklinde cevap vermiştir. Aslında bu konu görünüşte hem anayasal hem de yasal olarak güvence altına alınma ihtiyacı hissedilmiş ve güvenceye alınmıştır. Zira;

Anayasanın 148. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”

²⁰ http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/66_soru.pdf, erişim:14.01.2016

6216 sayılı Kanun'un '*Esas hakkındaki inceleme*' kenar başlıklı 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

'... Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.'

Anayasa ve Kanun'da geçen "*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar*" tabirinden, itiraz veya temyiz mercii olan Yargıtay'ın itiraz veya temyiz incelemesi sırasında gözettiği hususlar anlaşılmaktadır. AİHM'de buna "4. derece temyiz yasağı" demektir. Öğretide bazen "süper temyiz mercii gibi inceleme yapma yasağı" gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir.

Aslında süper temyiz mercii kavramı Anayasal veya Ceza Muhakemesi hukukuna ait bir kavram değildir. Çifte temyiz anlamında özellikle Anayasa Mahkemesinin bazı kararları nedeniyle doktrinde ve yazılı basın ve yayın organlarında yer bulan bir ifadedir²¹. Hem meseleyi çok iyi izah ettiği, hem de Anayasa Mahkemesinin aslında temyizden sonra ikinci temyiz mercii gibi hareket ettiği eleştirisine iştirak etmek için "süper temyiz mercii" kavramını biz de kullanmak istiyoruz. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi temyiz veya süper temyiz mercii gibi davranmamalıdır. Haklar ve özgürlükler eksenli çok dar ve sınırlı incelemeler yapılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde en fazla kabul edilemezlik kararlarının açıkça dayanaktan yoksunluğun önemli bir çeşidi olan kanun yolu (Temyiz mercii) şikâyetlerinden verildiği gözlemlenmektedir. Kanun yolu şikâyetleri sadece adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerde geçerli bir yoldur. Başka haklarda örneğin bir yaşam hakkının ihlal edildiği iddialarında kanun yolu şikâyeti nedeniyle kabuledilemezlik kararı verilmemektedir.

Anayasal ve yasal mevzuat Anayasa Mahkemesinin "süper temyiz mercii" gibi davranmasını yasaklamasına bu yasağın uygulamaya yansımaması tartışmalara sebep olmaktadır. Biz burada Anayasa Mahkemesinin ne kadar süper temyiz merci, ne kadar süper temyiz merci olmadığını ispatlamaya çalışacağız.

Anayasada ve sözleşmede haklar ve özgürlükler sıralanmıştır. Sözleşmeden hareket edecek olursak 2. madde yaşam hakkı, 3. madde işkence yasağı, 4. madde kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, 5. madde özgürlük ve güvenlik hakkı, 6. madde adil yargılanma hakkı, ... 10. madde ifade özgürlüğü vs. devam etmektedir.

²¹ TURABİ, "Bireysel Başvuru Rehberi", s.152.

Anayasa Mahkemesi yukarıda sayılan ve sözleşme ve Anayasada belirtilen tüm haklar ve özgürlükler konusunda sadece 6. maddenin birinci fıkrası çerçevesinde süper temyiz merci değildir. Bu yönüyle kural doğrudur. Ancak daha doğru bir ifadeyle yeniden duruma tersten bakacak olursak “*Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının birinci fıkrası dışında tüm haklarda süper temyiz merciidir.*” Tekrar etmek istiyorum. Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının birinci fıkrası dışında tüm haklarda süper temyiz merciidir.

Bu ifademizin birinci delili şöyledir: Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının birinci fıkrası dışındaki tüm haklarda bugüne kadar “temyiz merci şikayeti” nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermemiştir. Kural olarak vermesi de mümkün değildir. Daha anlaşılır ifadeyle Anayasa Mahkemesi yalnızca adil yargılanma hakkı kapsamında “ben süper temyiz merci” değilim demektedir. Diğer haklarda bu ifadeyi kullanmadığı gibi kullanması hukuken mümkün değildir.

Diğer delillerimiz de uygulamadan olacaktır. Örneğin bir yaşam hakkı kapsamında incelediği bir dosyada tanıklar dinlenmiş mi, keşif yapılmış mı, etkili soruşturma yapılmış mı, hatta tutukluluk konusunda yaşam hakkı kapsamında tutukluyu bir hastaneye sevk ederek cezaevinde bu adam ölür gerekçesiyle (Fatih Hilmioglu kararı) tahliye kararı bile vermektedir.

Yine örneğin ifade özgürlüğü kapsamında başvuruya konu davanın esasına girerek, başvurucuya sarf edilen sözlerin veya bir gazete yazısının içeriğinde aslında yazarın ne demek istediğini, ifadelerinde hakaret veya kişilerin şeref veya itibarını zedeleyen sözlerin olup olmadığının tespitine kadar bir inceleme yapılmaktadır (Bkz: 2012/2602 Emin Aydın kararı). Bu incelemeleri Yargıtay bile bu derecede yapmamaktadır. O yüzden Anayasa Mahkemesi temyiz merci değildir, Yargıtay’dan daha detaylı dosyayı incelediği için olsa olsa süper temyiz merciidir.

Bu tartışmalı konudan sonra adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilen kanun yolu şikâyetleriyle ilgili genel ilkelerin yer aldığı ilk karardan bahsetmek istiyoruz. Raportörlüğünü yaptığım ve taslağı tarafımda kaleme alınan 12/2/2013 tarihli ve 2012/695 sayılı Erdiñ Engin kararında alınan ilk ilke kararı halen Anayasa Mahkemesince uygulanan ve bu tarihten sonraki alınan tüm kararlara emsal nitelik taşımaktadır. Bu sebeple kanun yolu şikâyetiyle ilgili alınan bu ilke kararını burada zikretmek istiyoruz.

2012/695 sayılı Engin Erdiñ kararında alınan ilke kararı şöyledir:

“Bu kapsamda, ilke olarak bireysel başvuruya konu davadaki olayların ka-

nıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru kapsamında ele alınamaz. Bu durumda, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.²²”

²² Kararın ilgili bölümleri ise şöyledir:

“16. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.’

17. Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları şöyledir:

‘Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.’

18. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un ‘Bireysel başvuru hakkı’ kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

‘Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.’

19. 6216 sayılı Kanun’un ‘Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi’ kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

‘Mahkeme, ‘açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.’

20. 6216 sayılı Kanun’un ‘Esas hakkındaki inceleme’ kenar başlıklı 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

‘Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağıının belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.’

21. Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı tanınmıştır. Anayasa’nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bireysel başvurulara ilişkin incelemelerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların değerlendirmeye tâbi tutulamayacağı, 48. maddenin (2) numaralı fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir.

22. Bu kapsamda, ilke olarak bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Ana-

VII. SONUÇ

Bireysel başvuruların incelenmesinde en önemli usul kurallarından birisi başvuruların duruşma açılmaksızın evrak üzerinden incelenip karar verilmesidir. İncelemeler dosya üzerinden olduğu için çoğu işlemler için taraflara tebliğat yapılmamaktadır. Duruşma olmadığı için de birçok hukuk ve ceza muhakemesi usulü burada uygulanmamaktadır.

Bireysel başvuruda başvurular kayıt sırasına göre ilk kayıttan başlanarak inceleme yapılmaktadır. Ancak Mahkeme, başvuruların konuları itibarıyla öneme ve aciliyetine göre de belirlediği kriterler çerçevesinde farklı bir inceleme sıralaması da yapabilmektedir.

Örneğin tedbir kararları, başvurucunun yaşam hakkına, tutuklulukla ilgili özgürlük ve güvenlik hakkına veya maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne yönelik başvurular önem ve aciliyet arz eden başvurular olarak değerlendirilerek diğerlerine göre öncelikle ele alınıp incelenmektedir.

Mahkeme, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında yasa- ma, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışabilmekte, bilgi ve belge isteyebilmekte, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceleyebilmekte, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilmekte, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilmektedir.

Mahkeme, başvurucu ya da kamu otoritesinin, istenen bilgi ya da belgeyi sunmaktan kaçındığı ya da bir delili gizlediği yahut her ne suretle olursa olsun davet edildiği hâlde yargılamaya etkili bir şekilde katılmadığı kanaatine varırsa, durumu kararında belirterek ihlal veya ret kararı verebilmektedir.

yasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru kapsamında ele alınamaz. Bu durumda, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.

23. Başvuru konusu olayda başvurucu tarafından, ilk derece mahkemesince kendisine taziyik hapsi verilmesine rağmen aynı dosyada yargılanan ve kendisiyle aynı durumda olduğunu iddia ettiği bazı kişilere cezaya hükmedilmemesinin anayasal haklarının ihlaline yol açtığı belirtilmektedir. Dolayısıyla başvurucunun iddialarının özü, derece mahkemesinin delilleri değerlendirme ve yorumlamada isabet edemediğine ve esas itibarıyla yargılananın sonucuna ilişkindir.

24. Açıklanan nedenlerle, başvurunun kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, derece mahkemesi kararlarının açıkça keyfilik içermediği anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin, *'açıkça dayanaktan yoksun olması'* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."

Komisyonlar başvuruların kabul edilebilirliği konusundaki kararlarını dosya üzerinden vermek zorundadırlar. Ancak Bölümler, başvuruları dosya üzerinden incelemekle beraber re'sen ya da başvuru veya Adalet Bakanlığının talebi üzerine gerekli görülmesi hâlinde duruşma yapılmasına karar verebilirler. Duruşma yapılmasına karar verilmesi hâlinde, duruşmanın yeri, günü ve saati ilgililere bildirilir. Duruşma esnasında duruşma tutanağı düzenlenir. Tutanak örnekleri, talepleri hâlinde başvuru ve Adalet Bakanlığı ile varsa diğer ilgililere verilir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruların incelenmesi esnasında istisnai de olsa tanık dinleyebilir, bilirkişi atayabilir veya keşif yapılmasına karar verebilir.

Sözleşme'de ve Anayasa'da bireysel başvuruları inceleyen mahkemelerin süper temyiz merci gibi hareket edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak özellikle Anayasa Mahkemesinin kimi kararları incelendiğinde durumun hiçte öyle görüldüğü gibi olmadığı, bırakın temyiz mercii hatta daha da ileri giderek süper temyiz mercii gibi davrandığı görülmektedir.



KAYNAKÇA

ANAYURT Ömer; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, AÜ-HFD, Ankara 2014.

DOĞRU Osman; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2013.

ERGÜL Ergin; Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara 2012.

FENDİOĞLU Hasan Tahsin; Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2013, s.35.

HAMDEMİR Berkan; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2015.

HARRIS David / O'BOYLE Michael /WARBRICK Colin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013.

GÖZÜBÜYÜK Şeref; Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1995.

GÖZTEPE Ece; Anayasa Şikayeti, AÜHF Yayınları No.: 530, Ankara 1998.

GÜVEYİ Nazmiye; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, İstanbul 2015.

KARAMAN Ebru; Bireysel Başvuru, İstanbul 2014.

KORKMAZ Ramazan; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2015.

ÖZBUDAK Çoşkun; Bireysel Başvuru, Yazarın Kendi Yayını 2014.

REİD Karen; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul 2000.

SABUNCU M.Yavuz / ESEN A. Selin; Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı:21, Ankara 2004.

ŞİRİN, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013.

TURABİ Selami; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara 2015.

TURABİ Selami; Bireysel Başvuruda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı, Akademik Teklif Dergisi, Ankara 2013.

TURAN Hüseyin / KAPLAN Recep; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara 2015.

URAL Sami Sezai; Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013.

UZUN, Cem Duran; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikâyeti), Beklentiler ve Riskler, Seta Analiz, Ankara 2012.

YOKUŞ Sevtap; Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2015.

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf, erişim: 14.01.2016.

KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARIN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI SUÇU (TCK M. 133)

The Offence of “Tapping and Recording of Conversations Between the Individuals” (Turkish Criminal Code, Article 133)

Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK*

ÖZET

Toplumsal bir varlık olan insan, diğer insanlarla yüz yüze iletişim kurmak ve konuşmak ihtiyacı içindedir. Kişi, sözleri üzerinde tasarruf imkanına sahip olup; sözlerinin etki alanını, yani sözlerinin kimler tarafından duyulacağını, kayda alınıp alınmayacağını, bu kayıtların içeriğine kimlerin vakıf olacağını belirleme hakkına sahiptir. Ancak, günümüzde modern dinleme teknolojilerinin gelişmesi ve her geçen gün bir yenisinin eklenmesi, konuşmaların gizliliğinin ihlali yolu ile kişilerin özel yaşamına müdahale riskini artırmaktadır. İşte bu durum karşısında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 133. maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu düzenlenmiştir. Maddede üç ayrı suç tipi tanımlanmıştır: Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme; katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme; kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etme. Makalede bu suç tipleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Konuşmanın Gizliliği, Konuşmanın Dinlenmesi veya Kayda Alınması, Konuşmanın Kaydedilmesi Suretiyle Elde Edilen Verilerin İfşası, Özel Yaşam, Manevi Varlığını Geliştirme Hakkı.

ABSTRACT

Humans, as social creatures, are in need of face to face communication with each other. Everyone is in possession of his/her statements so has the right to determine their scope of influence; in other words, it is up to the person to specify other people who will hear his/her statements, to decide whether the conversations can be recorded and who can listen to these recordings. However, because the modern tapping technologies are developing day after day, the risk of interference in private life through the violation of confidentiality of conversations increases. Under these circumstances, the offence of “tapping and recording of conversations between the individuals” was regulated in article 133 of Turkish Criminal Code (Law No. 5237). There are three types of offences in this article which will be examined in this Article. These are listening to non general conversations between the individuals or recording these conversations by use of a recorder, recording a conversation in a meeting not

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza-Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi.
neslihangokturk@gmail.com

open to public by use of recorder, unlawfully disclosing the information obtained by recording non general conversations between the individuals.

Keywords: Confidentiality of Conversations, Tapping and Recording of Conversations, Disclosing the Information Obtained by Recording the Conversations Between the Individuals, Private Life, Right to Improve Spiritual Existence.



§ 1. GENEL AÇIKLAMA

Yüz yüze sözlü iletişim, insanların toplum halinde yaşamalarının zorunlu bir gereği olup; toplumsal bir varlık olan insan özü gereği diğer insanlarla yüz yüze iletişim kurmak ihtiyacı içindedir. Ancak, günümüzde modern dinleme teknolojilerinin gelişmesi ve her geçen gün bir yenisinin eklenmesi, konuşmaların gizliliğinin ihlali yolu ile kişilerin özel yaşamına müdahale riskini artırmakta; bu durum, bireyleri bazı özel önlemler almaya sevk etmektedir¹. İşte bu durum karşısında, 5237 sayılı TCK'da özel yaşamın gizliliğini ihlal (TCK m.134) ve haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132) suçlarından bağımsız olarak "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır².

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun dü-

¹ Werner, Olaf, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel", NJW 1988/16, s. 996.

² Alman StGB § 201 hükmünde ise, 5237 sayılı TCK'da bağımsız olarak düzenlenen konuşmanın ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının ortak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Alman StGB § 201 hükmü şu şekildedir:

"(1) Her kim yetkisi olmadığı halde, *Diğer bir kimsenin aleni olmayan* sözlerini bir ses alma cihazı ile *kaydeder veya* Bu şekilde elde edilen kaydı kullanır veya üçüncü bir kişiye erişilebilir kılarsa üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim yetkisi olmadığı halde,

1. *Diğer bir kimsenin kat'i surette kendi bilgisine açık olmayan sözlerini bir dinleme cihazı ile dinler veya*

2. *Diğer bir kimsenin birinci fıkranın birinci bendine göre kayda alınan ya da ikinci fıkranın birinci bendine göre dinlenen aleni olmayan sözlerinin tümünü veya içeriksel bakımından önemli bir kısmını alenen ifşa ederse,*
Aynı şekilde cezalandırılır.

Alenen ifşa fiili, ancak diğer bir kimsenin menfaatine zarar vermeye elverişli ise cezalandırılabilir. Alenen ifşa fiili, üstün nitelikteki kamusal menfaatlerin korunmasına hizmet ediyorsa hukuka aykırı değildir.

(3) Her kim, memuriyet ya da üstlendiği kamusal hizmet dolayısıyla sözün gizliliğini ihlal ederse (1. ve 2. fıkra) beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.

(4) Teşebbüs, cezalandırılabilir.

(5) Fail veya şerik tarafından kullanılan ses kayıt cihazı veya dinleme cihazı müsadere edilebilir."

zenlendiği TCK'nın 133. maddesine göre³, "(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan bir ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur."

Maddede üç ayrı suç tipi tanımlanmıştır: a) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme, b) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme, c) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etme.

§ 2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçtu ile, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliği korunmakta; kişilerin, konuşmalarının gizli kaldığı hususunda herhangi bir tereddüt yaşamadan serbestçe sözlü açıklamada bulunmaları amaçlanmaktadır. Düşünce hürriyetinin gereği olarak insanlar, düşüncelerini herhangi bir çekince altında olmaksızın dile getirme imkanına sahip olmalıdırlar; konuşmanın gizli kaldığı hususunda duyulan güven, kişiye düşüncesini serbestçe ifade etme olanağı sağlar. Diğer taraftan, kişi, sözleri üzerinde tasarruf imkanına sahip olup; sözlerinin etki alanını, yani sözlerinin kim(ler) tarafından duyulacağını, kayda alınıp alınmayacağını, bu kayıtların içeriğine kimlerin vakıf olacağını belirleme hakkına sahiptir. Düşüncelerin dile getirildiği konuşmaların dinlendiği ya da kayda alındığı endişesi, bir başka ifade ile sözlerinin kendisinin belirlediği etki alanı içinde kalma-

³ 765 sayılı TCK'da bu suçun bir karşılığı bulunmamakta idi. bkz. **Yargıtay 12. CD, 26.3.2012, E. 2011/5370, K. 2012/8157**, "01.06.2005 tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları kaydetmenin suç olduğu, 765 sayılı TCK'da suç olarak kabul edilmediği, kayıtların 01.06.2005 tarihinden sonra kaydedildiğini gösterecek delil bulunmadığı cihetle ... katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, beraata ilişkin hükmün onanmasına" Sözkonusu eylem 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde 547. madde kapsamında mütalaa edilmekte idi: "Her kim, itidal ve muvazene haricinde veya çirkin ve ayıp görünen sair herhangi bir hal ile başkasını alenen incitir veya huzur ve rahatını ihlal ederse on beş güne kadar hafif hapse veya otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur."

yıp, gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle etki alanı dışına çıkabileceği tehdidi; kişiyi, bu düşüncelerinin ileride kendisi aleyhine kullanılabileceği baskısı altında bırakarak bunları söylemekten kaçınmasına, konuşmak yerine susmayı tercih etmesine, aykırı olan görüşlerini dile getirmeyip düşündüğünün tam aksine sözler söylemesine neden olabilir. Ayrıca, aleni olmayan konuşmalar, özel yaşam alanına dahil olup; kime, ne zaman, ne söyleyeceği konusunda her daim endişe duyan kişi, özel yaşamını sağlıklı bir biçimde şekillendiremez. Ortaya çıkan bu durum, sosyal yaşamın ve toplumsal etkileşimin, üzerinde önemli bir rol oynadığı insanın kişiliğini, dolayısıyla da manevi varlığını geliştirme hakkını ihlali edici mahiyettedir. Dolayısıyla, bu suçun düzenlenmesindeki temel gaye, bir taraftan insanın kendi kişiliğini ifade etmesinin bir aracı olan sözlerinde özgür olmasını, herhangi bir etki ya da baskı altında olmaksızın düşüncelerini serbestçe dile getirebilmesini sağlamak; diğer taraftan özel yaşamı korumak suretiyle anayasal bir hak olan manevi varlığını geliştirme hakkını güvence altına almaktır⁴.

§ 3. SUÇUN YAPISAL UNSURLARI

I. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

a. TCK m. 133/1'de Düzenlenen Suç Bakımından - Konuşma

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme” suçunun konusu, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmadır. Konuşma, ağız yoluyla **düşüncenin sözle ifade edilmesidir**⁵. Bir aletle dinleme veya ses kayıt cihazı

⁴ **Graf**, Jürgen Peter, in: MK-StGB, Band 4, 2. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2011, § 201 kn. 2; **Kargl**, Walter, in: NK-StGB, Band 2, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 201 kn. 2; **Heuchemer**, Michael, in: BeckOK-StGB, 27. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2015, § 201 kn. 1.

⁵ **Kargl**, NK-StGB § 201 kn. 5; **Lackner**, Karl, in: Lackner/Kühl StGB, 28. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, § 201 kn. 2; **Lenckner**, Theodor / **Eisele**, Jörg, in: Schönke/Shröder StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, § 201 kn. 5; **Heuchemer**, BeckOK-StGB§ 201 kn. 3; **Zafer**, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010; s. 148; **Yaşar**, Osman / **Gökcan**, Hasan Tahsin / **Artuç**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 4344. Türk Dil Kurumu, konuşmayı “*düşünceyi sözle ifade etme işi; aynı dili konuşan bireyler arasında sözle anlaşma biçimi; insanın, dili kullanma yoluyla çevresindekilerle iletişimde bulunması, onlara kendi düşünce ve duygularını bildirmesi; görüşme, danışma, müzakere; dinleyicilere bilim, sanat, edebiyat vb. konularda bilgi vermek için yapılan söyleşi, konferans*” şeklinde tanımlamaktadır (bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55645b117641c6.11293747).

ile kaydetme şeklinde öngörülen seçimlik hareketlerin işaret diliyle kurulan iletişim bakımından icra edilmesinin mümkün olmaması ve düşüncenin sözle ifade edilmesi gerekmesi nedeniyle, ceza hukukunda hâkim olan kanunilik ilkesi ve kıyas yasağına binaen el kol hareketleri ve işaretleşmeler; bu bağlamda sağır dilsizler arasında işaret diliyle kurulan iletişim suçun konusunu oluşturmaz⁶. Ancak, kişi, konuşabilmek için teknik bir cihazın yardımına ihtiyaç duyabilir. Konuşma yeteneğine sahip olmayan bir kimse, bilgisayar programındaki konuşma modüllerinden yahut kaslarla ya da sinir hücreleri ile bağlantısı olan teknik cihazlardan yararlanabilir. Bu durumda, teknik cihazdan çıkan ses kişinin sesi yerine geçmekte ve norm kapsamında korunmaktadır⁷. Buna karşılık, yapay ses üreten ve analiz sonuçlarını ortaya koyan bilgisayar sisteminin çıkardığı sesler, normun koruma alanı dışında kalır⁸. Ayrıca, herhangi bir düşünce açıklaması ifade etmeyen gülme, esneme, inilti, hıçkırık, horultu, ağlama, çığlık, ıslık gibi sesler de bu suçun konusu değildir; fakat, düşüncenin şarkı söylenerek ifade edilmesi norm dahilindedir⁹.

TCK'nın 133. maddesinin lâfzı dikkate alındığında, konuşmanın **iki veya daha fazla kişi arasında yapılması** gerekmektedir. Herhangi bir kişiyi muhatap almaksızın kişinin kendi kendisine yaptığı konuşmalar, bu suçun konusunu oluşturmazlar; unsurları varsa özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu oluşabilir¹⁰. Konuşmada, hitap edilen kişinin kendisini ifade etme olanağının olmaması ya da olmakla beraber suskun kalmayı tercih etmesi düşünce açıklamasını konuşma olmaktan çıkarmaz; konuşma monolog veya diyalog şeklinde gerçekleşebilir¹¹.

⁶ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 10; **Kargl**, NK-StGB § 201 kn. 5; **Zafer**, s. 149-150; **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 485; **Koca**, Mahmut, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132-134)", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kollokyumu (8 Ekim 2010), s. 87; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4344. Buna göre, sağır dilsizlerin bu suçun mağduru olabilmeleri mümkün değildir. Ancak madde ile korunmak istenen hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda böyle bir farklılık yaratılmasının izahı güç olduğu gibi; madde hükmünün yalnızca konuşma yeteneğine sahip insanlar için uygulanması, buna karşılık sağır dilsizler hakkında uygulanmaması eşitlik ilkesine (Anayasa m. 10) aykırıdır. Nitekim maddenin ilk şeklinde yer alan "bir aletle izleyen" ibaresi Adalet Komisyonu'nda "bir aletle dinleyen" şeklinde değiştirilmiştir.

⁷ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 12.

⁸ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 3, 11; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 5.

⁹ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 10; **Kargl**, NK-StGB § 201 kn. 7; **Lackner**, StGB § 201 kn. 2; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 5; **Heuchemer**, BeckOK-StGB§ 201 kn. 3.

¹⁰ **Koca**, Kollokyum, s. 87.

¹¹ **Koca / Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 486; **Koca**, Kollokyum, s. 87; **Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 554; Aksi görüş için bkz. **Zafer**, s. 149; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4345, Yazarlara göre bir kimsenin bir veya birden fazla kişiye hitaben onlara kendilerini ifade

TCK'da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun düzenlendiği 132. maddenin varlığı karşısında, konuşmanın **araya herhangi bir vasita konmadan, yüz yüze ve karşılıklı yapılması** gerektiği sonucuna varılmaktadır. Kişiler arasında, araya vasita konarak gerçekleştirilen düşünce açıklamaları, örneğin telefon konuşmaları, internet üzerinden yapılan sesli ve/veya görüntülü konuşmalar 5237 sayılı TCK sisteminde “konuşma” değil, “haberleşme” olup; kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 132) kapsamında değerlendirilmelidir¹². Haberleşmeden farklı olarak, burada konuşan kişilerin aynı ortamı paylaşmaları, bir arada bulunmaları ve araya herhangi bir vasita girmeden yüz yüze iletişim kurmaları sözkonu-

etme olanağını vermeden hitap etmesi konuşma değildir ve bu suça konu olmaz.

¹² **Zafer**, s. 150; **Özbek**, Veli Özer ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 538, 541; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4345; **Koca**, Kollokyum, s. 90; **Yargıtay 12. CD, 22.12.2014, E. 2014/10310, K. 2014/26255** Bir görüşe göre görüntülü olarak yapılan konuşmalar da 133. madde kapsamında değerlendirilmelidir (bkz. Şen, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, İBD, C. 79, 2005/3, s. 715). Şen’e göre, “*Telefonla yapılan görüşmelerin tespiti ve üçüncü kişilere açıklanması fiili bakımından, 132 ile 133. maddeler arasında bir karışıklığın meydana gelebileceğini ifade etmeliyiz. Düşüncemize göre, telefon görüşmelerinin, yani bir alet vasıtasıyla yapılan görüşme ve konuşmalar 132. madde, doğrudan doğruya veya görüntülü olarak yapılan görüşme ve konuşmalar da 133. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Esas itibarıyla bu noktadaki karışıklık, her iki maddenin birlikte düzenlenmesi ve değerlendirilmesi suretiyle giderilebilirdi.*” Kanaatimizce, TCK’nın 132 ve 133. maddesinde düzenlenen suç tipleri arasındaki temel farklılık kişiler arasındaki iletişimin araya bir vasita konularak mı, yoksa yüz yüze mi gerçekleştirildiğine dayalıdır. TCK’nın 132. maddesinin gerekçesinden de kişiler arasındaki haberleşmenin araya bir vasita konularak gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Haberleşmenin ne şekilde yapıldığının ise bir önemi yoktur. Yine, 133. maddenin gerekçesinde “*bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşma*”dan söz edilmektedir. Buna göre, 133. maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için konuşan kişilerin bir arada, yüz yüze bulunmaları, araya herhangi bir vasita girmeden iletişim kurmaları zaruridir. Dolayısıyla, araya bir vasita konulması nedeni ile, internet üzerinden ya da telefon üzerinden gerçekleştirilen görüntülü konuşmaların 133. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi; haberleşme münhasıran sesli ve yazılı iletişim ile sınırlandırılmaz. Kişiler arasındaki haberleşme sesli, yazılı ve/veya görüntülü olarak gerçekleştirilebilir. İnternet veya telefon üzerinden gerçekleştirilen sesli ve görüntülü iletişimde, her ne kadar kişiler arasında bir konuşma bulunsu da; araya bir vasita girmesi nedeni ile bu konuşma niteliği itibarı ile 132. maddede düzenlenen suçun konusu olan “haberleşme”dir. Bu sebeple, her iki madde (TCK m. 132 ve 133) arasında konusu bakımından bir karışıklık çıkabileceği yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz. Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve kişiler arasındaki konuşmanın gizliliğini ihlal suçlarının birlikte aynı madde kapsamında yahut ayrı maddelerde bağımsız suçlar olarak düzenlenmesi ise kanunkoyucunun tercihidir. Ancak, günümüzde modern dinleme teknolojilerinin gelişmesi ve her geçen gün bir yenisinin eklenmesi ile birlikte, konuşmaların gizliliğinin ihlali yolu ile kişilerin özel yaşamına müdahale edildiği olaylara sıklıkla rastlanması karşısında, konunun önemi ve ihlal edilen temel hak ve özgürlüğün niteliği de göz önünde bulundurulduğunda bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin yerinde bir tercih olduğu söylenebilir.

sudur¹³. Haberleşme aracına herhangi bir müdahale olmaksızın, bir kimsenin örneğin telefon konuşması sırasında sarf ettiği sözlerin dinlenmesi ve/veya kaydedilmesi ise, bu sözlerin haberleşme sırasında kaydedilmesi ve yüz yüze gerçekleştirilen bir konuşmanın bulunmaması nedeni ile "haberleşme" kapsamında mütalaa edilmelidir¹⁴. Buna karşılık, iki veya daha fazla kişi arasında yüz yüze, araya herhangi bir vasıta konmadan yapılan konuşmanın, olay yerinde açık bırakılan cep telefonu ile bir başkası tarafından dinlenmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna (TCK m. 132/1) değil, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi suçuna (TCK m. 133/1) sebebiyet verir¹⁵.

Düşünce açıklamasının **hangi dilde yapıldığının bir önemi yoktur**; failin bilmediği, hatta sadece konuşan kişiler arasında kullanılan, başkaları tarafından

¹³ **Özgenç**, İzzet, "Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kollokyumu (8 Ekim 2010), s. 131-132; **Yargıtay 12. CD, 30.3.2015, E. 2014/20109, K. 2015/5314**, "sanığın eşi ile aynı araç içerisinde olan katılanın, onunla, aralarında elverişli bir vasıta (internet, telefon, telsiz, faks, mektup, telgraf, kağıt vb.) bulunmaksızın konuşmuş olması karşısında, sanığa isnat edilen eylem, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğinden"

¹⁴ Aynı yönde bkz. **Yargıtay 12. CD, 28.4.2014, E. 2013/13444, K. 2014/10219**, "sanığın, resmi nikahlı eşi olan katılanla aralarında geçimsizlik olduğu; ancak, fiilen aynı konutu paylaştıkları dönemde, katılanın, telefonda görüştüğü bir yakınına, evde yaşanan olayları aktardığını ve kendisine süreklilik hakaret ettiğinden bahsettiğini düşünerek, katılanın konuşmalarını gizlice telefonuna kaydettiği iddiasına konu olayda, sanığın eyleminin, kanıtlanması halinde, TCK'nın 132/1-2. maddesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturabileceği"; Aksi görüş için bkz. **Zafer**, s. 150, Zafer bunu "haberleşme" değil, 133. madde çerçevesinde "konuşma" olarak nitelendirmektedir; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4345.

¹⁵ **Yargıtay 12. CD, 9.2.2015, E. 2014/15348, K. 2015/2140**, "Dosya kapsamına göre, ... Sendikası Başkanı olan mağdur Eyüp ile 07.02.2012 günü Ankara ilindeki bir pastahane buluşan ve hakkındaki hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık Serpil'in, mağdurla buluşmadan önce irtibat kurduğu gazeteci sanık Mustafa'yı cep telefonundan gizlice arayıp, sanık Mustafa'nın mağdurla aralarında geçen konuşmaları dinleyebilmesi amacıyla kendi telefonunu açık halde bırakarak, mağdura geçmişte yaşadıkları arkadaşlık ilişkisi ile ilgili sorular sorup, onunla içeriği özel konuları konuşurken, sanık Mustafa'nın, taraflar arasındaki konuşmaları uzun süre dinleyip, yanında bulunan bir cep telefonuna kaydettiği iddia ve kabulüne konu olayda, // Mağdur ile ... sanık Serpil'in bir pastahane yüz yüze konuşmaları nedeniyle taraflar arasındaki iletişimin "haberleşme" olarak kabul edilemeyeceği nazara alınıp, sanık Mustafa'nın, mağdur ile ... sanık Serpil'in aleni olmayan konuşmalarını, konuşma ortamında açık halde bırakılan telefonun diğer ucundaki kendi telefonu aracılığıyla dinleyip, haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanarak, mağdurun konuşmalarını bilgisi ve rızası dışında kaydetmesi eyleminin TCK'nın 133/1. maddesinde tanımlanan kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelere dayalı olarak, sanık hakkında, TCK'nın 132/1-2. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet hükmü kurulmak suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesi, ... kanuna aykırı olup,"

anlaşılmayan yabancı bir dil kullanılabilir¹⁶. Yine, **konuşmanın içeriği ve bu içeriğin kişisel veya gizli olup olmadığı önem taşımaz**. Kişi, konuşmasında özel hayatına ilişkin bilgileri açıklayabileceği gibi; mesleki ya da yürüttüğü ticari faaliyete ilişkin bilgiler verebilir. Burada önemli olan, konuşmanın içeriği değil; aleni olmamasıdır¹⁷. Hatta suç içerikli konuşmaların dinlenmesi ve/veya kayda alınması da, bu norm karşısında tipiktir¹⁸. İşe alım ya da sınav mülakatlarının kendisi ile mülakat yapılan kişinin bilgisi olmaksızın bir cihaz ile kayda alınması da, konuşmanın içeriğinin mesleki ya da özel olmasına bağlı olmaksızın bu norm kapsamındadır¹⁹.

Ayrıca, **konuşan kişinin, bu esnada bilinçli olması da gerekmez**. Akıl hastası olan ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi altında bulunan kişi, bir anlam ifade etmeyen ya da anlam bütünlüğü bulunmayan sözler sarf edebilir²⁰. Benzer şekilde, çocukların konuşmaları da bu norm dahilindedir²¹.

Normun amacı ve koruduğu hukuki menfaat dikkate alındığında, başka bir kişiye ait kitabın, şiirin, sunum metninin, mektubun veya raporun sesli olarak okunmasının da norm kapsamına girdiği kanaatindeyiz. Özellikle mesleki ya da ticari nitelikteki konuşmalarda metni okuyan kişi bunu tek başına ya da başkalarıyla birlikte kaleme almış olabileceği gibi, yazım aşamasında kendisinin herhangi bir katkısı olmayabilir. Bir başka ifade ile, konuşan kişinin bu yolla başkasına ait düşüncüyü dile getirmesinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur²².

¹⁶ Graf, MK-StGB § 201 kn. 11; Kargl, NK-StGB § 201 kn. 5.

¹⁷ Graf, MK-StGB § 201 kn. 3, 11; Kargl, NK-StGB § 201 kn. 3, 6; Lackner, StGB § 201 kn. 2; Lenckner / Eisele, StGB § 201 kn. 5; Yargıtay 12. CD, 28.4.2014, E. 2013/26087, K. 2014/10205, "Anılan suçun oluşabilmesi için, söyleşinin, "aleni olmaması"; yani, "belirsiz sayıda kişinin, ayrıca bir çaba harcamadan, rahatlıkla duyabileceği ve algılayabileceği şekilde konuşulması" gerekli ve yeterli olup, **söyleşi içeriğinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur**. Buna göre, söyleşi; **gizlilik taşıyan ve özel yaşam alanı kapsamında yer alan konularla ilgili olabileceği gibi, herkes tarafından bilinen veya anlamsız ya da sıradan hususlar hakkında da olabilir.**"

¹⁸ Graf, MK-StGB § 201 kn. 13; Kargl, NK-StGB § 201 kn. 6.

¹⁹ Lenckner / Eisele, StGB § 201 kn. 21a.

²⁰ Graf, MK-StGB § 201 kn. 11; Kargl, NK-StGB § 201 kn. 6; Lenckner / Eisele, StGB § 201 kn. 5; Heuchemer, BeckOK-StGB§ 201 kn. 3.

²¹ Graf, MK-StGB § 201 kn. 11.

²² Graf, MK-StGB § 201 kn. 11; Lenckner / Eisele, StGB § 201 kn. 5; Kargl, NK-StGB § 201 kn. 7; Aksi görüş için bkz. Lackner, StGB § 201 kn. 2. Bu görüşe göre, konuşmanın içeriğini konuşan kişinin kendi düşünceleri oluşturmalıdır. İlgilinin kendi düşünce açıklaması bulunmadığı için, bu nitelikteki konuşma normun koruma alanına girmez.

Suçun konusunu oluşturan konuşma “aleni” olmamalıdır; konuşma aleni ise bunun gizliliğinden, dolayısıyla da korunmasından söz edilemez. Aleniyet için temel ölçüt, konuşmanın kişi ve sayı itibarı ile belirli olmayan yahut şahsen veya konu itibarı ile birbiri ile hiçbir bağlantısı bulunmayan geniş bir çevreye hitap etmesidir²³. Konuşma, sayı ve kişi itibarı ile belirli bir çevreye hitap ediyorsa aleni değildir²⁴. Buna göre, konuşan kişinin kendi sözlerinin kişi itibarı ile etki alanı üzerinde kontrol imkanına sahip olması, aleniyetin tespiti bakımından belirleyicidir²⁵. Kişi aleni olmayan şekilde konuşmak istese dahi, şayet konuşmasının etki alanı üzerinde kontrol imkanına sahip değil ise, örneğin halka açık bir meydana sadece belirli bir kişiyi muhatap almakla beraber çevrede bulunan kişilerin özel bir çaba göstermeksizin duyabileceği tonda yüksek sesle konuşuyor ise bunun aleni olmadığını söylemek mümkün değildir. Yine, kişi aleni olarak konuşma iradesi ile hareket etse de şahıs ve sayı itibarı ile belirlenebilir sınırlı bir çevreye hitap ediyor ise aleniyetten söz edilemez. Buna göre, alenilik objektif şekilde tespit edilecek olup; konuşan kişinin bu husustaki iradesi önem taşımaz²⁶.

Konuşmanın aleniliğinin belirlenmesinde, yapıldığı yerin bir etkisi yoktur. Park, cadde, meydan gibi kamuya açık bir alanda iki veya daha fazla kişi arasında gerçekleştirilen ve belirsiz sayıda kişiyi muhatap almayan, ancak özel bir çaba ile duyulabilecek konuşmalar aleni değildir²⁷. Örneğin, parkta iki kişi kendi arasında konuşurken, yan tarafta oturmakta olan kişi özel bir çaba sarf etmeksizin kendiliğinden sözleri duysa da, belirsiz sayıda kişiyi muhatap alması nedeni ile bu konuşma “aleni” değildir; ancak bu davranış, 133/1’de ifade edilen “bir aletle dinleme” şeklinde icra edilmediği için tipik değildir. Buna karşılık, ulaşım araçları, gar, hava limanı, otel, lokanta gibi orada hazır bulunan herkesin duyabilme imkanına sahip olduğu anonslar alenidir²⁸.

Bir kamu görevlisinin görevi ile ilgili sözleri, sadece hizmetin “kamusal” karakter taşımasına binaen aleni olarak nitelendirilemez; fakat kamu görevlisi

²³ **Kargl**, NK-StGB § 201 kn. 8; **Lackner**, StGB § 201 kn. 2; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 6; **Heuchemer**, BeckOK-StGB§ 201 kn. 4.

²⁴ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 14.

²⁵ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 14; **Kargl**, NK-StGB § 201 kn. 8.

²⁶ **Kargl**, NK-StGB § 201 kn. 8 f.; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 9. **Yargıtay 12. CD, 22.9.2014, E. 2014/700, K. 2014/18384**, “dosya kapsamına göre, katılanın, kamuya açık alanda, diyalog halinde olduğu kişilerin dışında, diğer taraftarların da rahatlıkla duyabileceği tonda konuştuğu ve aleni konuşmasının kayda alınmış olması nedeniyle sanıkların üzerlerine atılı kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği,”

²⁷ **Lackner**, StGB § 201 kn. 2.

²⁸ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 18.

çalıştığı kurumun basın sözcüsü sıfatı ile hareket ediyor ise, söylediği sözler alenidir²⁹.

Toplantılar bakımından bir ayırım yapılması gerekir. Bazı toplantılar, özü gereği aleni olup; isteyen herkesin katılımına açıktır. Örneğin, cami, kilise, sinagog gibi ibadethanelerde düzenlenen dini merasim ve toplantılar böyledir. Bu nitelikteki toplantılar, belirli bir katılımcı çevresi ile açıkça sınırlandırılmış ve üçüncü kişilerin katılımını önlemeye yönelik gerekli tedbirler alınmış olmadıkça alenidir³⁰. Buna karşılık, bir şirketin, partinin, dernek ya da vakfın genel kurul veya yönetim kurulu toplantıları aleni değildir. Zira, bu nitelikteki toplantılar kişi ve sayı itibarı ile önceden belirli olan ya da belirlenebilir sınırlı bir çevreye hitap etmektedir. Üçüncü kişilerin katılımını önlemeye yönelik tedbir alınmasına ise gerek yoktur; tedbir alınmaması, toplantının aleni olduğu anlamına gelmez³¹. Bunun dışında, bir toplantı dolayısıyla dinleyici kitlesine hitap edilmesi, örneğin belirli bir meslek grubuna hitap eden konferans; ancak toplantının isteyen herkesin katılımına açık olmaması, yani belirli bir kişi çevresi ile sınırlandırılması ve üçüncü kişilerin katılımını önlemeye yönelik gerekli tedbirlerin alınması koşulu ile aleni değildir³². Ancak, niteliği ne olursa olsun toplantıya gazeteci davet edilmiş veya gazetecinin katılımına izin verilmiş ise artık aleni olmadığı söylenemez. Zira böyle bir durumda, toplantıya katılanların konuşmaların gizli kalacağına güven duymaları beklenemez. Fakat, gazetecinin katılımına izin verilmiş olmakla beraber, bunu yayınlaması (ifşası) yasaklanmış ise aleniyet yoktur³³.

b. TCK m. 133/2'de Düzenlenen Suç Bakımından - Söyleşi

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen “katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme” suçunun konusu, failin kendisinin de katıldığı söyleşidir. TCK 133/1'den farklı olarak “konuşma” değil “söyleşi” terimi kullanılmıştır. Söyleşi “arkadaşça, dostça karşılıklı konuşma, hasbihâl, sohbet; belli bir konuda alanla ilgili kişilerin katıldığı bilgilendirme toplantısı; kişiler

²⁹ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 17.

³⁰ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 15; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 8.

³¹ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 15.

³² **Lackner**, StGB § 201 kn. 2; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 8; **Koca**, Kollokyum, s. 88; Bu halde, toplantının isteyen herkesin katılımına açık olmaması, yani belirli bir kişi çevresi ile sınırlandırılmasını yeterli sayan görüş için bkz. **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 15, Yazar'a göre üçüncü kişilerin katılımını önlemeye yönelik gerekli tedbirlerin alınması, konuşmanın aleni olmadığından belirlenmesi bakımından olmazsa olmaz bir koşul değildir. Çünkü normun amacı ve koruduğu değer göz önüne alındığında böyle bir koşul getirilemeyeceği gibi, normun uygulama alanı kabul edilemez bir biçimde sınırlandırılmış olacaktır.

³³ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 15.

arasında geçen ve bir kurala bağlı olmayan konuşma” şeklinde tanımlanmaktadır³⁴. Söyleşinin de konuşma yoluyla gerçekleştirildiği; konuşma ve söyleşi terimleri arasında kavramsal olarak esaslı bir anlam farklılığının bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, maddenin 1. fıkrasında “konuşma” ve 2. fıkrasında “söyleşi” şeklinde farklı terimlerin kullanılması ve her iki fıkradaki suçların düzenlenme biçimi, özellikle de 2. fıkrada geçen “diğer konuşanların rızası olmadan” ifadesi dikkate alındığında söyleşiye katılan fail dışında en az iki kişinin daha katılımının gerektiği; bir başka ifade ile, söyleşi için en az üç kişinin bir arada bulunması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Diğer taraftan, madde gerekçesindeki “Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından diğerlerinin rızası olmadan kayda alınması, suç olarak tanımlanmıştır” şeklindeki açıklama da bunu teyid edici mahiyettedir³⁵. Dolayısıyla, iki kişi arasında geçen bir konuşmada, taraflardan birinin diğerinin rızası olmaksızın bu konuşmayı bir ses alma cihazı ile kaydetmesi 133/2 bakımından tipik bir fiil değildir^{36,37}. Ancak maddede “konuşma” ve “söyleşi” şeklinde farklı terimlerin kullanılması ve

³⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55645b09743162.53421516.

³⁵ Söyleşi için en az üç kişinin bulunması gerektiği görüşü için bkz. **Zafer**, s. 154; **Koca / Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 487; **Koca**, Kollokyum, s. 89-90; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 539; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 555; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4346, Yazarlar kitaplarının önceki baskısında söyleşinin varlığı için iki kişinin yeterli olduğunu savunurken, daha sonra bu görüşlerinden dönmüşlerdir ve en az üç kişinin varlığının gerekli olduğunu ifade etmektedirler. Yargıtay da söyleşinin varlığı için konuşmaya en az üç kişinin katılması gerektiği yönünde içtihatlarında bulunmaktadır: **Yargıtay 12. CD, 13.4.2015, E. 2015/1524, K. 2015/6323**; **Yargıtay 12. CD, 2.3.2015, E. 2014/18006, K. 2015/3749**; **Yargıtay 12. CD, 28.4.2014, E. 2013/26087, K. 2014/10205**; **Yargıtay 12. CD, 15.12.2014, E. 2014/10194, K. 2014/2552**; **Yargıtay 12. CD, 28.4.2014, E. 2013/25495, K. 2014/10211**; **Yargıtay 12. CD, 10.2.2014, E. 2013/10089, K. 2014/2979** Söyleşinin varlığı için en az üç kişinin yüz yüze bir arada bulunmaları gerekir. Failin, ayrı ayrı diğer iki kişi ile aynı konu hakkında yüz yüze görüşmesi söyleşi değildir. Aynı yönde bkz. **Yargıtay 12. CD, 10.2.2014, E. 2013/10089, K. 2014/2979**, “saniğin farklı tarihlerde, katılan Elçin ve katılan Musa ile ayrı ayrı yaptığı görüşmelerin, baş başa ve iki kişi arasında geçtiği, söyleşi niteliğinde olmayıp”

³⁶ Bir görüşe göre, iki kişi arasındaki konuşmanın, katılanlardan biri tarafından kaydedilmesinin suç sayılmaması için 1. fıkradan farklı olarak “konuşma” değil, “söyleşi” teriminin kullanılması tercih edilmiştir (bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 555).

³⁷ **Yargıtay 12. CD, 13.4.2015, E. 2015/1524, K. 2015/6323**, “en az üç veya daha fazla kişinin, yüz yüze gerçekleştirdikleri, aleni olmayan, söze dayalı düşünce aktarımlarının, söyleşinin tarafı olan kişi veya kişilerce, ilgililerinin rızası olmaksızın, bir aletle kaydedilmesi TCK’nın 133/2. maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması başlığı altında suç olarak tanımlanmış olup, kayda alınan konuşmaların sadece sanık ile katılana ait olduğunun tespit edildiği somut olayda, bir üçüncü kişinin konuşmanın tarafı olmaması nedeniyle saniğin eyleminde TCK’nın 133/2. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının gerçekleşmediği,”

bunlara farklı anlam yüklenmesi aşağıda inceleneceği üzere 3. fıkra bakımından tartışmalara sebebiyet verdiği gibi; sadece iki kişinin katıldığı bir konuşmada taraflardan birinin diğer tarafın rızası olmaksızın bunu kayda alması ile üç veya daha fazla kişinin katıldığı konuşmayı kayda alması arasında neden bir fark gözetildiği anlaşılır değildir³⁸.

Konuşmanın içeriği ve aleni olmaması bakımından yapılan açıklamalar, söyleşi bakımından da geçerlidir.

c. TCK m. 133/3'de Düzenlenen Suç Bakımından – Konuşmaların Kaydedilmesi Suretiyle Elde Edilen Veriler

Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etme” suçunun konusu, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerdir. Suçun konusunu oluşturan veriler, 133/1 ve 2'de tanımlanan suçlar işlenmek suretiyle yahut suç teşkil eden ya da etmeyen başkaca hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olabileceği gibi; hukuka uygun olarak, örneğin CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen teknik araçla izleme tedbirinin uygulanması neticesinde de elde edilmiş olabilir. Verinin bu suçun konusunu oluşturabilmesi için, hukuka uygun ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır³⁹. Nitekim, 6352 sayılı Kanun ile 3. fıkrada yapılan değişiklikten önce sözkonusu fıkrada “*yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden*” ifadesi kullanılmakta; böylece suçun konusu, 133/1 ve 2'de tanımlanan suçların işlenmesi ile elde edilen verilerle sınırlandırılmakta idi⁴⁰.

³⁸ Bir görüşe göre, kanunkoyucu söyleşi kavramına yer vermekle, iki kişi arasında geçen konuşmayı bir diğerinin kaydetmesini suç saymamak ister gibi bir sonuca ulaşmaya çalışmış, hatta madde gerekçesinde de bu anlama gelen ifadelere yer vermiştir. İki kişi arasında geçen bir konuşmanın taraflarından birinin, bunu izinsiz olarak kayda alması suç sayılmalıdır (bkz. Şen, s. 715).

³⁹ Koca / Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 488-489; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 3, s. 4343, 4347.

⁴⁰ 2.7.2012 kabul tarihli, 5.7.2012 tarih ve 28344 sayılı RG'de yayımlanan 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle değiştirilen 3. fıkra şu şekilde idi: “**(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde de, aynı cezaya hükmolunur.**” 6352 sayılı Kanun ile maddenin 3. fıkrasında yapılan değişiklikten önce, suçun konusu bakımından getirilen “*yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden*” şeklindeki sınırlandırıcı ifade doktrinde eleştirilmekte idi. Eleştiri için bkz. Özgenc, Kollokum, s. 136-137, Özgenc 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 3. fıkradaki suç tanımının suçun konusu bakımından sorunlu olduğunu, zira suçun konusunun ancak 1. ve 2. fıkralarda tanımlanan

Ancak, fıkra metninde 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, sözkonusu ifade metinden çıkarılmış; bunun yerine "kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen veriler" ifadesi kullanılmıştır. Fıkra metninde "kaydetme" fiilinin hukuka aykırı olması gerektiği yönünde bir ibare yer almamakta; sadece "ifşa" fiilinin hukuka aykırı olması aranmaktadır. Şayet kaydetme fiilinin hukuka aykırı olması aransa idi, 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten daha önce fıkra metninde yer alan "yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden" ifadesinin çıkarılmasına gerek duyulmayacağı gibi; "kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen veriler" değil, "kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suretiyle elde edilen veriler" ibaresi kullanılır idi. Diğer taraftan, 3. fıkrada düzenlenen suç, 1. ve 2. fıkrada düzenlenen suçlardan tamamen bağımsız bir suç tipi olup; 1. ve 2. fıkradaki suçlar işlenmeksizin de hukuka aykırı ya da hukuka uygun yollardan elde edilen kayıtların hukuka aykırı olarak ifşası mümkündür⁴¹.

suçlardan birinin işlenmesi suretiyle, yani kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin oluşturabildiğini, buna karşılık kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların hukuka uygun olarak kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin ifşasının, örneğin önleyici ve istihbari amaçla yapılan teknik izleme faaliyeti (2559 sayılı PVSK m. Ek 7; 2803 sayılı JTGYK m. Ek 5) çerçevesinde dinlenen ve kayda alınan konuşma içeriklerinin de açık hüküm bulunmamasına rağmen mahiyeti itibarı ile gizli tutulması gerektiğini, ancak kayda alınan bu konuşma içeriklerinin ifşası ve hatta yayınlanmasının suç olarak tanımlanmamış olduğunu, bu durumun istismara son derece açık bir durum yarattığını dile getirmekte ve 3. fıkranın "Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi ... cezalandırılır" şeklinde değiştirilmesini önermekte idi.

⁴¹ 6352 sayılı Kanun'un TCK'nın 133. maddesinde değişiklik yapan 80. maddesi şu şekildedir: "Maddenin üçüncü fıkrasının mevcut ifade biçimine göre; birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçlardan birinin işlenmesi suretiyle yani kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suretiyle elde edilen veriler, bu suçun konusunu oluşturmaktadır. // Türk Ceza Kanununun 133 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki suç tanımında, suçun konusu bakımından tereddüt bulunmaktadır. Şöyle ki, bu suçun konusunu, ancak birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçlardan birinin işlenmesi suretiyle yani kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suretiyle elde edilen veriler oluşturabilmektedir. Buna karşılık, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların hukuka uygun olarak kaydedilmesi suretiyle elde edilen gizli verilerin ifşası, bu suçun konusunu oluşturmamaktadır. Bu itibarla, bir suç nedeniyle yapılan soruşturma veya kovuşturmada, delil elde etmek amacıyla, Ceza Muhakemesi Kanununun 140 ıncı maddesindeki esas ve usuller çerçevesinde şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki ve işyerindeki faaliyetleri teknik araçlarla izlenerek, konuşmaları kaydedilebilmektedir. Hukuka uygun olarak kaydedilen bu konuşma içeriklerinin, mahiyeti itibarıyla gizli tutulması gerekmektedir. Üçüncü fıkrada tanımlanan suç, bu gizli konuşma içeriklerinin ifşasını kapsamamaktadır. Buna karşılık, söz konusu fiiller, Türk Ceza Kanununun 285 inci maddesinde tanımlanan soruşturmanın gizliliğini ihlâl suçunu oluşturabilecektir. // Diğer yandan, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salah-

Diğer taraftan, 3. fıkrada “aleni olmayan konuşmalar” ibaresini dar yorumlayan ve “aleni olmayan söyleşi” ibaresine yer verilmemesi nedeni ile katıldığı söyleşiyi diğer konuşanların rızası olmadan kayda alan ve bunu ifşa eden kişinin bu fıkra hükmüne göre cezalandırılmayacağı yönündeki görüşe⁴² katıl-

yet Kanununun ek 7 nci, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun ek 5 inci ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6 ncı maddelerine göre, önleyici kolluk ve istihbarat faaliyetleri çerçevesinde de, teknik araçlarla izleme yapılabilmekte ve herhangi bir suçtan şüpheli veya sanık olmayan, yani hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmayan kişilerin arasındaki aleni olmayan konuşmalar da dinlenebilmekte ve kayda alınabilmektedir. // Teknik araçlarla izleme faaliyeti gibi bu faaliyet çerçevesinde dinlenen ve kayda alınan konuşma içeriklerinin de mahiyet itibarıyla gizli tutulması gerekmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişikliğe göre, hukuka uygun olarak kayda alınan bu konuşma içeriklerinin ifşası fiili de suç oluşturacaktır. Dikkat edilmelidir ki, bu ifşa fiilinin aleni olması suçun oluşması bakımından şart değildir. Ancak, ifşanın aleni olması, suçun temel şekline istinaden verilecek olan cezanın Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrası hükümlerine göre belirlenmesi bakımından gözönünde bulundurulması gerekmektedir.” 6352 sayılı Kanun ile 133. maddenin 3. fıkrasında yapılan değişikliğin eleştirisi için bkz. **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 542, dn. 62 “*her ne kadar gerekçede, mevcut düzenlemede gizli konuşma içeriklerini ifşanın kapsam dışında tutulduğu söylenmekteyse de, getirilen düzenlemeyle daha fazla güvence kapsam dışı bırakılmaktadır (bilgilerden yarar sağlama, başkasına verme, bilgileri temin etme).*”; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 557, Yazarlara göre düzenleme ifşa etmekle sınırlı olduğu için, suçun işlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerden yarar sağlama yaptırılmaz kalmaktadır. Fiil unsuru bakımından, yeni düzenlemenin eskisine nazaran daha fazla güvenceyi kapsam dışı bıraktığı yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz. Zira, yeni düzenlemede yer verilen “ifşa”nın aleni olması aranmadığı gibi; ne şekilde yapıldığının da bir önemi yoktur. Konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin üçüncü kişi tarafından öğrenilmesinin sağlanması ile ifşa gerçekleşmiş olur; ifşa bir veya birden fazla kişiye yönelik olabilir. Dolayısıyla “ifşa” eylemi, önceki düzenlemede yer alan “bilgileri başkalarına verme veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etme” şeklindeki seçimlik hareketi de bünyesinde ihtiva etmektedir. Bilgilerden yarar sağlama, uygulamada sıklıkla rastlandığı üzere örneğin şantaj suçunun oluşumuna sebebiyet verebilir; ifşa yoksa bu durumda fail bu suçtan sorumlu tutulacaktır. Diğer taraftan, zorunlu olmamakla beraber “bilgilerden yarar sağlama” verinin bir başkasına verilmesi ya da örneğin köşe yazısında veya kitapta yayınlama şeklinde olabilir; ki bu, ifşa kapsamında değerlendirilecektir. Failin, verileri ifşa etmeksizin yarar sağlamanın izahı son derece güçtür. Failin, örneğin kayıtları dinleyerek manevi haz duymasının ise “yarar sağlama” bağlamında ceza hukukunun müdahalesini gerekli kılan bir haksızlık olduğunu düşünmüyoruz (yarar sağlama kavramı için bkz. **Zafer**, s. 160). Diğer taraftan, bu suçla korunan hukuki menfaat ile ilintili olarak kişi, sözleri üzerinde tasarruf imkanına sahip olup; sözlerinin etki alanını, yani sözlerinin kim(ler) tarafından duyulacağını, kayda alınıp alınmayacağını, *bu kayıtların içeriğine kimlerin vakıf olacağını* belirleme hakkına sahiptir. Sözlerinin kendisinin belirlediği etki alanı içinde kalmayıp, gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle etki alanı dışına çıkabileceği tehdidi kişiyi düşüncelerini ifade etmekten alıkoyabilir. İşte, sözlerin kişinin belirlediği etki alanı dışına çıkması, ancak ifşa sureti ile olabilir. Bu nedenle, maddenin 3. fıkrasında yer verilen “ifşa” fiilinin tek başına hukuki menfaat bakımından yeterli koruma sağlamaya elverişli olduğunu düşünmüyoruz.

⁴² Bu yöndeki görüş için bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 556.

mamaktayız. 6352 sayılı Kanun ile maddenin 3. fıkrasında yapılan değişikliğin amacı, suçun konusunun sadece 1. ve 2. fıkroda tanımlanan suçların işlenmesi yoluyla elde edilen verilerle sınırlandırılması suretiyle hukuka aykırı diğer yollardan ve hukuka uygun yollarla elde edilen verileri kapsamaması nedeniyle istismara açık olan bu durumun ortadan kaldırılması ve maddenin uygulama alanının genişletilmesidir. 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, suçun konusunun sınırlarını genişletmek suretiyle suç sayılmayan diğer davranışları da tipik hale getirme amacını güderken; 3. fıkradaki "aleni olmayan konuşmalar" ibaresinin münhasıran 1. fıkroda kullanılan ifadeler göz önünde bulundurularak dar yorumlanması ve 2. fıkradaki söyleşinin kayda alınması suretiyle elde edilen verileri kapsamayacağı sonucuna varılması çelişki arz eder mahiyettedir. Diğer taraftan, 1. ve 3. fıkroda "kişiler arasında aleni olmayan konuşmalar" ifadesinin kullanılması ve 3. fıkroda "söyleşi" terimine yer verilmemesi; 3. fıkranın, söyleşinin kayda alınması suretiyle elde edilen verileri kapsamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere konuşma ve söyleşi kavramları arasında esas itibarı ile herhangi bir fark bulunmamaktadır. Farklılık, 1. ve 2. fıkranın lafzından ve madde gerekçesinden yola çıkıldığında sadece katılan kişi sayısı ile sınırlı olup; sadece gerçekleştirilen davranışın maddenin 1. veya 2. fıkrasında tanımlanan suçlar karşısında tipik olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Söz konusu fark dışında, söyleşinin de kişiler arasında konuşmakla gerçekleştiği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı gibi; maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suç, 1. ve 2. fıkradaki suçlardan tamamen bağımsız bir suç tipi olup, 1. ve 2. fıkradaki farklılığa işaret eden, yani konuşmayı katılan kişi sayısına veya failin katılıp katılmadığına göre sınırlandıran bir ifade içermemektedir.

2. Fiil

a. Bir Aletle Dinleme veya Ses Alma Cihazı İle Kaydetme

Maddenin 1. fıkrasında tanımlanan suçun fiil unsuru, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi veya ses alma cihazı ile kayda alınması; 2. fıkroda tanımlanan suçun fiil unsuru ise söyleşinin ses alma cihazı ile kayda alınmasıdır. Ses alma cihazı ile kayda alma, her iki fıkroda düzenlenen suç tipi bakımından müşterektir.

Maddenin 1. fıkrasında dinleme veya kayda alma şeklinde iki hareket öngörülmüştür; dolayısıyla, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Maddenin 1. ve 2. fıkrasında bir neticeye yer verilmemesi nedeni ile, dinleme veya kayda alma fiilinin icrası suçun tamamlanması için yeterli olup; bu suçlar sırf hareket suçudur. Diğer taraftan, dinleme veya kaydetme şeklindeki fiilin icrasının belirli

bir zaman dilimi içinde süreklilik arz etmesi nedeni ile bu suçlar mütemadi suç niteliğindedir. Dinlemenin mutlaka bir alet yardımıyla; kaydetmenin ise ses alma cihazıyla gerçekleştirilmesi gerektiği için, bu suçlar bağlı hareketli suç özelliği gösterir⁴³.

Dinleme, işitmek için kulak vermektir⁴⁴. Dinleme fiilinin tipik olabilmesi için, bir aletle yapılması gerekmektedir. Konuşmayı ses alanı dışında iken fail tarafından algılanabilir kılma özelliğine sahip her türlü teknik cihaz “alet” kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁵. Aletin, başlı başına dinleme veya sesleri kaydetme amacına özgülenmiş olması, bu amaçla üretilmesi şart değildir; dinleme veya sesleri kaydetmeye elverişli olması yeterlidir⁴⁶. Steteskop, mini vericiler, mikrofon, olay yerine bırakılan ve otomatik arama yapan cep telefonu ile, hatta mağdurun telefonuna ya da bilgisayarına casus program yüklemek suretiyle bunların bir dinleme aletine dönüştürülmesi ve başka kişilerle yüz yüze yaptığı konuşmaların dinlenmesi mümkündür⁴⁷.

İşitme yetenekleri zayıflamış olan kişilerin sağlık nedenleri ile kullandıkları ve sesleri onlar bakımından işitilebilir hale getiren cihazlar “alet” olarak mütalaa edilemezler. Çünkü, seslerin doğal yoldan işitilmesi ancak bu cihaz sayesinde mümkün olabilmekte, kişi sesleri bu cihaz yardımıyla algılayabilmekte; cihaz, kişiler arasındaki konuşmaların kendi ses alanı içinde iken duyulabilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla, ancak ses alanı dışındaki konuşmaları algılanabilir hale getiren cihazlar 1. fıkra bakımından “alet” olarak nitelendirilebilirler.

Herhangi bir alet kullanılmaksızın kişiler arasındaki konuşmaların yalın ola-

⁴³ bkz. **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 164 vd.

⁴⁴ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.556c31a-87ceb82.12317177

⁴⁵ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 32; **Lackner**, StGB § 201 kn. 5; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 19; **Heuchemer**, BeckOK-StGB§ 201 kn. 11; Yargıtay “sesli bir açıklamayı kuvvetlendirerek veya naklederek onu ses alanının dışına çıkartıp doğrudan doğruya algılanabilir hale getirmeye yarayan her türlü düzenek” şeklinde bir tanımlama yapmaktadır (bkz. **Yargıtay 12. CD, 21.4.2014, E. 2013/24144, K. 2014/9664; Yargıtay 12. CD, 17.2.2014, E. 2013/13021, K. 2014/3717**).

⁴⁶ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 540; **Koca**, Kollokyum, s. 92; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4347.

⁴⁷ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 32; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 19; **Yargıtay 12. CD, 10.3.2014, E. 2013/14304, K. 2014/5851**, “resmi nikahlı eşi olan mağdur Talip ile aralarında ailevi konularda anlaşmazlık bulunan sanık Bahar’ın, henüz boşanma davası açılmadığı dönemde, mağdurun ofisindeki dörtlü priz içerisine gizlice yerleştirdiği düzenek ve casus program yüklettikten sonra mağdura hediye ettiği cep telefonu aracılığıyla, ... mağdurun bulunduğu ortamdaki konuşmalarını dinlediği”

rak işitme organı ile dinlenmesi, 133/1 hükmü karşısında tipik bir fiil değildir⁴⁸. Kişiler arasındaki konuşmaların, kendi ses alanında iken duyulması; yani duyulabilir olan konuşmanın dinlenmesi, örneğin üst kat balkonunda, yan odada veya yan dairede kişiler arasında geçen konuşmaların özel bir çaba gösterilmeksizin duyulması yahut kişinin bu konuşmaları duyabilmek için balkona çıkması ya da kulağını duvara yaslaması bu suç bakımından tipik değildir. Bu fiil, özel yaşamın gizliliğini ihlal ya da başkaca bir suçun oluşumuna da sebebiyet vermez⁴⁹.

Sadece yapılmakta olan bir konuşmanın bir aletle dinlenmesi 133/1 kapsamında değerlendirilebilir; mevcut bir ses kaydının dinlenmesi normun dışındadır⁵⁰. Kişiler arasındaki konuşmanın dudak hareketlerinin izlenmesi yoluyla takip edilmesi de 133/1 hükmü karşısında tipik bir fiil değildir; böyle bir durumda "dinleme" şeklinde bir fiil bulunmadığı gibi, bir alet kullanılması da sözkonusu değildir. Bu durumda, ancak unsurları gerçekleşmiş ise, özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134) oluşabilir⁵¹.

Maddenin 1. ve 2. fıkrası bakımından müşterek olan fiil, konuşmayı ses alma cihazı ile kaydetmedir. Ses alma cihazı ile kaydetme, sesi akustik olarak tekrar verme imkanına sahip olan, yani yapılan konuşmayı dinlenebilir kılan taşınır bellek, CD, kaset, ses bandı, sabit disk gibi bir taşıyıcının üzerine seslerin sabitlenmesidir⁵². Dolayısıyla, konuşulanların aynen ya da kısmen bir nesne üzerine, örneğin kağıda yazılması ya da not edilmesi tipik bir fiil değildir⁵³. Kayıt işlemi, konuşma esnasında yapılmış olmalıdır. Diğer bir ses kayıt cihazından kopyalama suretiyle elde edilen kayıtlar, özel yaşama doğrudan bir müdahale sözkonusu olmadığı için 133. madde bağlamında "kaydetme" olarak değerlendirilmez⁵⁴.

Kullanılan cihazın hem ses hem görüntü kaydetme özelliğine sahip olma-

⁴⁸ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 28; **Özgenç**, Kollokyum, s. 132; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 540; **Koca / Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 490; **Koca**, Kollokyum, s. 92; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 556.

⁴⁹ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 28; **Kargı**, NK-StGB § 201 kn. 17; **Lackner**, StGB § 201 kn. 5; Bu durumda, özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134) veya kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun (TCK m. 123) oluşabileceği görüşü için bkz. **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4347.

⁵⁰ **Zafer**, s. 156.

⁵¹ **Koca**, Kollokyum, s. 92.

⁵² **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 20; **Kargı**, NK-StGB § 201 kn. 10; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 11; **Heuchemer**, BeckOK-StGB§ 201 kn. 5.

⁵³ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 541; **Koca**, Kollokyum, s. 93; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 333.

⁵⁴ **Kargı**, NK-StGB § 201 kn. 11; **Lackner**, StGB § 201 kn. 3; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 12; **Zafer**, s. 157; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4348.

sı durumunda, aynı anda ses ve görüntü kaydı yapıldığı için, tek fiil ile hem 133/1’de tanımlanan suç hem de özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134) oluşabilir. Bu halde, farklı nev’iden fikri içtima hükmüne (TCK m. 44) bi-naen fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulmalıdır⁵⁵.

Maddenin gerek 1. fıkrasında gerekse 2. fıkrasında, bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme fiiline **konusanların rızasının bulunmaması** aranmaktadır⁵⁶. Konuşmaya katılanlardan sadece birinin rızasının bulunması, suçun oluşmaması için yeterli değildir; konuşmaya katılan herkesin açık şekilde yahut farkında olmalarına rağmen dinleme veya kayda alma fiiline müdahalede bulunmayarak konuşmaya başlamaları veya devam etmeleri biçiminde örtülü rızalarının bulunması gerekir⁵⁷.

Suçun yasal tanımında yer verilen “rızası olmaksızın” ifadesinin hukuka aykırılık unsuru ile ilintili olmadığı⁵⁸, tipiklik kapsamında yer aldığı düşüncesin-

⁵⁵ Zafer, s. 158; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 3, s. 4348; Fakat belirtilmesi gerekir ki, bir görüntü kaydı bulunmakla beraber sesler kayda alınmamış ise veya görüntüdeki sesler duyulmuyor ise, konunun yokluğu nedeniyle tipik bir fiil bulunmadığı için 133/1’deki suç oluşmaz. Böyle bir durumda, sadece özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu oluşabilecektir.

⁵⁶ Alman StGB § 201 Abs. 1 ve 2’de ise “her kim yetkisi olmadığı halde (ubbefugt)” ifadesi kullanılmaktadır. Sözkonusu ifade dinleme, kayda alma ve ifşa şeklindeki tüm hareketler bakımından geçerlidir. 1960/1962 Alman StGB Tasarısı’nda kullanılan “**ilgilinin rızası olmaksızın**” ifadesinin yerine “**yetkisi olmadığı halde**” ifadesi tercih edilmiştir. Bunun nedeni ise, ilgilinin rızası dışında başkaca hukuka uygunluk nedenlerinin de bulunabileceğidir. Herhangi bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, fail yetkisi olmadığı halde fiili icra etmektedir (bkz. Graf, MK-StGB § 201 kn. 40 f.).

⁵⁷ Graf, MK-StGB § 201 kn. 29. Kanaatimizce maddenin 1. fıkrasında geçen “tarafardan herhangi birinin rızası olmaksızın” ifadesi, konuşmanın taraflarından birinin rızasının, suçun oluşmaması için yeterli olduğu izlenimini uyandırmaktadır; bunun yerine 2. fıkraya uygun olarak “konusanların rızası olmaksızın” ibaresinin kullanılması gerekir idi.

⁵⁸ Alman Ceza Kanunu’nda (StGB § 201) “unbefugt (yetkisiz olarak)” ifadesi kullanılmakta olup; bir görüş konuşan kişinin kayda alma işlemine rıza göstermesini hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirmektedir. İlgilinin rızası genel bir hukuka uygunluk nedeni olup, suçun hukuka aykırılık unsuru ile bağlantılıdır. Sözkonusu hukuka uygunluk nedenine suçun yasal tanımında yer verilmesi, bunu hukuka aykırılık alanından çıkarıp tipikliğin bir unsuru haline getirmez. Suç tanımında bu ifadeye yer verilmesindeki amaç, somut olayda ilgilinin rızasının var olabileceğine dikkat çekmektir. Bu unsurun, tipiklikle bağlantılı olarak açıklanması tipikliğin sınırını aşırı şekilde genişletmekte ve bu suretle normun ikaz fonksiyonunu zayıflatmaktadır. Bu durumda, hakim, fiilin tipikliğinin tespitinden sonra ilgilinin rızasının bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmak zorundadır. Failin yanılıya düşerek ilgilinin rızasının var olduğu kanaati ile hareket etmesi, hukuka uygunluk nedenlerinde yanılığın çerçevesinde değerlendirilmelidir. Örneğin izin verildiğini düşünerek konuşmayı kayda alan kişi iznin varlığı hususunda, yani hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılıya düşmüştür ve bu yanılığın kastını kaldırır. Buna karşılık fail yanlış bir hukuki değerlendirmeye hukuk düzennince fiiline izin verildiği, yani davranışının hukuka uygun olduğu inancı ile hareket ediyor ise haksızlık yanılığının içindedir (Kargl, NK-StGB § 201 kn. 21 f.). Türk hukukunda aynı yönde

deyiz⁵⁹. Sözkonusu normların -ilgilinin rızası göz önünde bulundurulmaksızın konuşmaların dinlenmesi ve/veya kayda alınması fiili hakkında bir değersizlik yargısı ihtiva ettiği, bir başka ifade ile fiilin cezalandırmaya değer bir haksızlık içeriğine sahip olduğu söylenemez. Zira, norm ile korunan hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda, kişi konuşmasının etki alanı üzerinde tasarruf etme özgürlüğüne sahiptir. Kişinin konuşmanın dinlenmesine veya kaydedilmesine rıza göstermesi, tasarruf özgürlüğünü kullanmasının bir sonucudur. Böyle bir durumda, norm ile korunan hukuki menfaatin ihlal edildiği; dolayısıyla dinleme ya da kayda alma fiilinin cezalandırmaya değer bir haksızlık oluşturduğu söylenemez. Bu itibarla, ilgilinin rızası ile gerçekleştirilen dinleme ve kayda alma fiilleri, ceza hukuku bakımından hakkında değersizlik yargısında bulunulmasını gerektirir öneme sahip bir haksızlık oluşturmaz; ancak rıza olmaksızın gerçekleştirilen dinleme ve kayda alma fiilleri, ceza hukuku baki-

görüş için bkz. **Zafer**, s. 161, 163, “... hukuka uygunluk nedenine suç tanımında bütün suç tanımını kapsayacak şekilde yer verilmiştir. Bu nedenle sözkonusu suçta rıza, suçun yapısal bir unsuru olmayıp, suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık şekillerinden (hukuka uygunluk nedenlerinden) birine yapılan gereksiz bir yollama niteliğindedir.// Dinleyen veya kayda yapan fail, ilgilinin rızasının bulunduğunu var sanabilir. Bu halde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadan söz edilir.”

⁵⁹ Doktrinde, tipikliği kaldıran rıza - hukuka aykırılığı kaldıran rıza şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Suç tipinde, fiilin ilgilinin rızası olmaksızın işlenmesi unsur olarak yer alıyorsa, ilgilinin rızası tipikliği kaldırıcı bir etkiyi haizdir. Böyle bir ifadenin yer almadığı hallerde ise, ilgilinin rızası suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsuru alanında yer alır ve tipik fiilin hukuka aykırılığını kaldıran bir etki gösterir (bkz. **Maurach**, Reinhart / **Zipf**, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 17 kn. 30 ff.; **Jescheck**, Hans Heinrich / **Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, § 34, s. 372 ff.; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 346-347; **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2013, s. 433-434; **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 270; **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 357 vd.; **Kangal**, Zeynel T., Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 184-185). Alman Ceza Kanunu’nda (StGB § 201) “unbefugt (yetkisiz olarak)” ifadesi kullanılmakta olup; bir görüş konuşan kişinin kayda alma işlemine rıza göstermesini hukuka uygunluk nedeni olarak değil; tipikliğin unsuru olarak mütalaa etmektedir. İlgilinin rızasının bulunmaması halinde, fiil tipik değildir (bkz. **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 22, 40 f.; **Lackner**, StGB § 201 kn. 9; **Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2006, § 13 kn. 24). Türk hukukunda da TCK 133/1 ve 2’de düzenlenen suçlar bakımından konuşmaya katılanların rızasının bir hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğin olumsuz unsuru olduğunu; konuşmaya katılanların açık veya örtülü rızalarının varlığı halinde, fiilin tipik olmadığını savunan görüşler bulunmaktadır. Bu yöndeki görüşler için bkz. **Koca / Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 491-494; **Koca**, Kollokyum, s. 93-94, 98; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 541, 543; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 556; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4349, “rıza, maddede açıkça belirtildiğinden hukuka uygunluk nedeni değil, suçun unsurudur.”

mından cezalandırılmaya değer haksızlık içeriğine sahiptir. Bu nedenle, somut olayda rızanın objektif olarak varlığı yeterli olup; bunun tespitinden sonra, ayrıca failin kastı bakımından bir değerlendirme yapılmasına, yani failin rızanın varlığını bildiğinin araştırılmasına gerek yoktur. Failin, fiilin icrası sırasında rızanın varlığından haberdar olmaması halinde, fiilin değersizliğini muhafaza ettiğinden söz edilerek teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulması yoluna gidilemez. İlgilinin rızasının bulunması durumunda, tipikliğin objektif unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile fiil tipik değildir; fail hakkında verilmesi gereken karar, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması dolayısıyla beraat hükmüdür (CMK. 223/1-a).

Rızanın yokluğunun tipikliğin olumsuz unsuru olması sebebi ile fiilin tipikliğinin belirlenmesinde, hakim, ilgilinin rızasının bulunup bulunmadığını araştırmak zorundadır⁶⁰. Tipiklik kapsamında yer alan tüm unsurlar kastın kapsamına dahil olduğu için, rızanın yokluğu halinde; failin, fiilin icrası sırasında mağdurun rızasının bulunmadığını da bilmesi gerekir. Failin bu husustaki yanılığı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılığı (TCK m. 30/3)⁶¹ olarak değil; unsur yanılığı (TCK m. 30/1) olarak nitelendirilmelidir⁶². Ayrıca, failin, ilgilinin rızasının bulunmadığını bilmesi kast kapsamında mütalaa edildiği için, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir; olası kastla işlenmesi mümkün değildir⁶³.

Diğer taraftan, ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak düzenleyen TCK 26/2 hükmünün varlığı ve başkaca hukuka uygunluk nedenlerinin (örneğin görevin ifası bağlamında teknik araçla izleme tedbirinin uygulanması) gerçekleşme ihtimallerine binaen tıpkı 133/3 hükmünde ve aynı bölümde yer alan diğer suç tiplerinde (TCK m. 132, 135) olduğu gibi “hukuka aykırılık” ifadesinin tercih edilmemesi bu yorum şeklini teyid edici mahiyettedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerektiğine “hukuka aykırı olarak” ifadesine yer verilmek suretiyle işaret edilmeyip, sadece rızanın bulunmamasına vurgu yapılmasını başka şekilde izah edebilmek güçtür⁶⁴.

⁶⁰ Bu durum, hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin olumsuz unsuru olarak değerlendiren suçun olumsuz unsurları teorisini benimsediğimiz şekilde değerlendirilmemelidir.

⁶¹ Bu yöndeki görüş için bkz. **Zafer**, s. 161.

⁶² **Baumann**, Jürgen / **Weber**, Ulrich / **Mitsch**, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, § 16 kn. 31 f.; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 346-347; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 556; **Hakeri**, s. 357; **Koca / Üzülmüş**, Özel Hükümler, s. 493. Alman StGB § 201 bakımından, bir görüşe göre, fail, yetkili olmadığını bilmelidir; failin kastı bu unsuru da kapsamalıdır. Şayet fail yanılığa düşerek yetkili olduğu zannı ile fiili icra etmiş ise, kastından söz edilemez. Failin bu yanılığı, unsur yanılığıdır (StGB § 16 Abs. 1) (**Heuchemer**, BeckOK-StGB § 201 kn. 15).

⁶³ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 289.

⁶⁴ **Ekici-Şahin**, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 98.

Yapılan bu açıklama, 5237 sayılı TCK sisteminde benimsenen normatif kusur kavramı ve kusur teorisi ile de çelişmez. Çünkü, failin somut olayda rızanın varlığını bilmesi ya da bilmemesinin haksızlık bilinci ve bu bağlamda haksızlık (hukuka aykırılık) yanılığı ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır; rızanın varlığı bizatihi haksızlığın yapısı ile ilişkilidir. Haksızlığın yapısı ile ilişkili olması ve objektif nitelik taşıması sebebi ile, suçun yasal tanımında bir unsur olarak yerilmesi ve tipiklik kapsamında değerlendirilmesinin önünde bir engel yoktur. Fail, rızanın bulunmadığını bilmesine, yani fiili kasten icra etmesine rağmen haksızlık yanılığı içinde olabilir.

b. Konuşmaların Kaydedilmesi Suretiyle Elde Edilen Verileri İfşa Etme

Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suç⁶⁵, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesidir. İfşa, “gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak, ilan etmek” anlamına gelmektedir⁶⁶. İfşanın “aleni” olması aranmadığı gibi; ifşanın ne şekilde yapıldığının da bir önemi yoktur. Konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin üçüncü kişi tarafından öğrenilmesinin sağlanması ile ifşa gerçekleşmiş olur; ifşa bir veya birden fazla kişiye yönelik olabilir⁶⁷. Verinin ifşa edildiği kişi sayısı veya ifşanın aleni olup olmadığı, TCK 61/1 hükmüne göre temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. İfşa ile bir zararın gerçekleşmesi ya da zarar tehlikesinin doğması şart değildir; dolayısıyla, bu suç soyut tehlike suçudur⁶⁸.

⁶⁵ Bir görüşe göre, maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü, maddenin 1. fıkrasına ikinci bir cümlelenin ya da 1. cümleye “ya da kaydedilmiş veriyi hukuka aykırı olarak ifşa eden” ifadesinin ilave edilmesiyle aynı amaca ulaşılabilirdi (Bu yöndeki görüş için bkz. **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 542). Bu görüşe katılmamaktayız. Zira, suçun konusunu oluşturan veriler, 133/1 ve 2’de tanımlanan suçlar işlenmek suretiyle yahut suç teşkil eden ya da etmeyen başkaca hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olabileceği gibi; hukuka uygun olarak örneğin CMK’nın 140. maddesinde düzenlenen teknik araçla izleme tedbirinin uygulanması neticesinde hukuka uygun şekilde de elde edilmiş olabilir. Verinin bu suçun konusunu oluşturabilmesi için, hukuka uygun ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca, 3. fıkrada düzenlenen suç, 1. ve 2. fıkrada düzenlenen suçlardan tamamen bağımsız bir suç tipi olup; 1. ve 2. fıkradaki suçlar işlenmeksizin de hukuka aykırı ya da hukuka uygun yollardan elde edilen kayıtların hukuka aykırı olarak ifşası mümkündür. Diğer taraftan, verilerin ifşası suçu -özellikle ifşa aleni olduğunda- konuşmanın içeriğinin başka kişilerce öğrenilmesini sağlmasına binaen haksızlık muhtevası bakımından 1. ve 2. fıkradaki suçlara nazaran daha yoğundur; bu nedenle cezası daha ağır belirlenmiş olup, hapis cezasının yanında adli para cezası da öngörülmüştür.

⁶⁶ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.556c50a-89e4c58.87521049

⁶⁷ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 542-543.

⁶⁸ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 5; **Kargl**, NK-StGB § 201 kn. 4; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 543.

Konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin ifşasının suç oluşturabilmesi için, **ifşanın hukuka aykırı olması** gerekir. 5237 sayılı TCK sisteminde benimsenen kusur teorisi karşısında⁶⁹, sözkonusu ifadenin tipiklikle ilişkilendirilmesinin ve kast kapsamında mütalaa edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁷⁰. Çünkü, bu görüşün benimsenmesi, her şeyden evvel klasik

⁶⁹ 5237 sayılı TCK sisteminde, 30. maddedeki düzenleme dikkate alındığında haksızlık bilincinin kusurun bir unsuru olarak kabul edilmek suretiyle kusur teorisinin benimsendiği görülmektedir. TCK 30/1'de yer alan düzenlemeye göre, "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.*" Aynı maddenin 4. fıkrası ise "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" şeklindedir. Her iki düzenleme ve "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*" (TCK m. 21/1/c. 2) şeklindeki kast tanımı birlikte değerlendirildiğinde, kastın sadece suçun yasal tanımında yer alan objektif unsurlarla sınırlandırıldığı; haksızlık bilincinin ise, kastın değil, kusurun bir unsuru olarak kabul edildiği görülmektedir. Diğer taraftan 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi de bunu teyid eden bir düzenleme ihtiva etmektedir. İsnad edilen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması halinde verilecek olan hüküm "beraat" (CMK m. 223/2-c) iken; kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde (TCK m. 30/4) verilecek hüküm "kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı"dır (CMK m. 223/3-d). Sözkonusu düzenlemelerin içeriği iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, haksızlık bilincinin suç teorisindeki önemi artık tartışmasız hale gelmiştir. İkincisi ise, haksızlık bilincinin kastın değil, kusurun bir unsuru olduğu kabul edilmek suretiyle, suç teorisindeki yeri açık ve net bir şekilde yasal olarak belirlenmiştir. Haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olmadığı, kastın suçun yasal tanımında yer alan maddi unsurların fail tarafından bilinmesi şeklinde nötr bir kavram olduğu, herhangi bir değer yargısı ihtiva etmediği, bir başka ifade ile kastın "*dolus malus*" olmadığı; kusurun da suç teşkil eden haksızlığın varlığı üzerinde etkili bir unsur olmadığı yasal bir tercih olarak da ortaya konmuştur (**Maurach / Zipf**, AT I § 37 kn. 34 f.)

⁷⁰ Bir görüşe göre, suçun yasal tanımında yer verilen hukuka aykırılık ifadesi tipikliğe dahildir ve failin kastı fiilin hukuka aykırılığını da kapsamalıdır. Bu yöndeki görüşler için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 289; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 372-373; **Centel, Nur / Zafer**, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 292; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 436; **Akyürek**, Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 315; **Katoğlu**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 126. **Yargıtay da, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı gerekçesi ile fail hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay, sanık hakkında CMK 223/2-a hükmüne göre beraat kararı verilmesi gerekirken, 223/2-c maddesi gereğince beraat kararı verildiği gerekçesi ile bozma kararları vermektedir. Bu kararlar, Yargıtay'ın suçun yasal tanımında geçen hukuka aykırılık ifadesini tipikliğin bir unsuru olarak algıladığını göstermesi bakımından önemlidir. Yargıtay 12. CD, 12.1.2015, E. 2014/10107, K. 2015/45, "Sanık Lal'in, yeni bir delil elde etmek amacıyla değil, yaşlı, hasta ve yardıma muhtaç olan babasına haksız bir saldırıda bulunduğu endişesine kapılmasının ardından ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, kötü muamele teşkil edebilecek nitelikteki olaylara ilişkin kaybolma olasılığı olan konuşmaları kaydetmesi ve elde ettiği kayıtların çözümünü sadece taraf olduğu dava dosyasına sunması nedeniyle hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığının**

ceza hukuku sisteminde geçerli olan kast teorisine dönüş anlamına gelmektedir⁷¹. Kast, suç teşkil eden haksızlığın subjektif unsurudur ve fiile ilişkin olup, suçun yasal tanımında yer alan objektif nitelikli unsurların fail tarafından bilinmesini ifade eder; sadece ilgili suç tipinde yer alan ve haksızlığı tipikleştiren objektif unsurlar kast kapsamında yer alır⁷². Psikolojik bir olgu olan ve fail ile fiil arasındaki psikik ilişkiyi ifade eden kast, suçun yasal tanımında yer alan ob-

kabul edilmesi karşısında, sanık hakkında, CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraat kararı verilmesi gerekirken, aynı Kanun'un 223/2-c maddesi gereğince beraat hükümleri kurulması, // Kanuna aykırı olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin bu nedenle 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA; ancak, yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususta aynı Kanun'un 322. maddesi gereğince karar verilmesi mümkün bulunduğuundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden; hüküm fıkrasının 3 numaralı paragrafının, "3- Yapılan yargılama sonunda, sanık Lal'a yüklenen fiillerin kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğu anlaşıldığından, CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından sanığın beraatine," şeklinde değiştirilmesi suretiyle, sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükümlerin DÜZELTİLEREK ONANMASINA;"; Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD, 26.1.2015, E. 2014/16548, K. 2015/1149 Yargıtay 12. CD, 30.3.2015, E. 2014/21429, K. 2015/5387, ilk derece mahkemesi CMK m. 223/2-a hükmüne göre beraat kararı vermiş, Yargıtay ise bu kararı "görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeden sanığın, hakaret davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılacakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmediği" gerekçesi ile onamıştır. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD, 9.2.2015, E. 2014/22687, K. 2015/2149; Yargıtay 12. CD, 2.2.2015, E. 2014/17630, K. 2015/1672; Yargıtay 12. CD, 12.1.2015, E. 2014/11829, K. 2015/17; Yargıtay 12. CD, 16.2.2015, E. 2014/22859, K. 2015/2625; Yargıtay 12. CD, 20.3.2015, E. 2014/21429, K. 2015/5387

⁷¹ Kast teorisi, esas itibarı ile klasik ceza hukuku sisteminin temelini oluşturan nedensel hareket teorisi ve bunun dayanak teşkil ettiği psikolojik kusur kavramının bir ürünüdür. Psikolojik kusur kavramı, dış dünyada cereyan eden nedensellik süreci (tipik haksızlık) ile iradenin içeriğini birbirinden tamamen soyutlamakta; iradenin içeriğini (failin fiili ile olan içsel ilişkisi) tipik haksızlığın kapsamından çıkarmak suretiyle suçun subjektif unsuru olarak nitelendirildiği kusurla ilişkilendirmekte, kast ve taksiri kusurluluk türleri olarak değerlendirmektedir. Kast teorisi ise, psikolojik kusur kavramının uzantısı olarak, kusur türü olarak değerlendirdiği kast ve taksirin içeriğinin belirlenmesinde fonksiyon icra etmekte; haksızlık bilincini kastın bir unsuru olarak ele almaktadır. Bu teoriye göre, failin kastından söz edebilmek için, aynı zamanda hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi gerekir; bir başka ifade ile suçun yasal tanımında yer alan unsurlar dışında, aynı zamanda failin hukuka aykırılığını bilen fail, kasten hareket etme iradesini gösterebilir (*kast = dolus malus = fiil kastı + hukuka aykırılık bilinci*) (Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 2. Auflage, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976, s. 130, 135). Kast teorisi, hukuka karşı gelme bilinci ile icra edilen fiili, yani failin hukuka aykırılık bilinci ile icra ettiği fiili cezalandırılmaya layık görmektedir. Gerek suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisizlik, gerekse hukuka aykırılık bilincinin yokluğu halinde "dolus malus"tan söz edilemez.

⁷² **Maurach / Zipf**, AT I § 37 kn. 16; § 22 kn. 8; § 22 kn. 44 f.

jektif unsurların subjektif görünüm biçimi; bir başka ifade ile, failin zihnindeki yansımadır⁷³. Suçun yasal tanımında yer alan objektif nitelikteki unsurlarla sınırlı olan kast, fiilin hukuka aykırılığını ifade eden hukuka aykırılığın bilinmesini gerektirmez; bu yönü ile de haksızlık bilincinden ayrılır. Haksızlık bilinci, failin, fiilin haksızlığının idrakinde olmasını ifade eder; ki bu husus, haksızlık teşkil eden fiilden dolayı fail hakkındaki kınama yargısını ifade eden kusur için gerekli bir unsurdur. Bu itibarla, haksızlık bilinci kastın değil, kusurun bir unsurudur⁷⁴. Kast teorisi, haksızlığa ilişkin objektif unsurların bilinmesi ve fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmesini; bir başka ifade ile birbiri ile ilintili ancak birbirinden farklı olan “bilme” unsurlarının birlikte gerçekleşmesini kast (kusur) için şart koşmakla haksızlık bilincini isnadın konusu haline getirmekte; böylece, değerlendirme ile değerlendirmenin konusunu birbirine karıştırarak aynı kapsamda mütalaa etmektedir. Ne var ki, haksızlık bilinci kastın bir unsuru olarak isnadın konusunu değil; kasten icra edilen haksızlıktan dolayı fail hakkındaki kınama yargısının (kusurun) unsurunu oluşturabilir.

Diğer taraftan, TCK 133/3 hükmünde yer alan hukuka aykırılık ifadesinin tipiklik ve bu bağlamda kast ile ilişkilendirilmesi, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurunun⁷⁵ reddi anlamına gelmektedir. Zira, bu görüşün kabul edilmesi halinde, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının (objektif unsur) gerçekleşmesi failin bundan yararlanması için yeterli olacaktır. Hukuka aykırılık unsurunun tipiklik kapsamında ele alındığı bir durumda, hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması, yani somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleşmemesi tipikliğin olumsuz unsuru olarak (negatives Tatbestandsmerkmal) ortaya çıkar. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı, tipikliğin maddi unsurunun (objektif unsur) gerçekleşmesine engel olur ve artık failin kastı bakımından bir değerlendirme yapılamaz. Yalın olarak hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunun olayda gerçekleşmiş olmasına bakılarak *-fail bunların gerçekleştiğinin bilincinde olmadığı halde-* bir haksızlığın bulunmadığını söylemek ve failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasını sağlamak, onu ödüllendirmek anlamına gelir. Fiilin değersizlik içeriği tamamen göz ardı edilerek, yalın olarak objektif unsurla yetinilmesi suretiyle failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasının sağlanması mümkün değildir.

Ayrıca, fail, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin

⁷³ Maurach / Zipf, AT I § 22 kn. 12.

⁷⁴ Maurach / Zipf, AT I § 37 kn. 1, 16; § 22 kn. 11.

⁷⁵ Ayrıntı için bkz. Göktürk, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, CHD 2015/27, s. 7 vd.

var olduğu hususunda ya da hukuken tanınan bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki sınırında yanılığında olabilir (izin yanılığı / Erlaubnisirrtum = dolaylı haksızlık yanılığı / indirekter Verbotsirrtum). Bu yanılığında, haksızlık yanılığı (TCK m. 30/4) kapsamında mütalaa edilmesi gereken bir durumdur. Çünkü, burada somut vakiya değil; münhasıran norma dayalı bir değerlendirme söz konusudur; bu yanılığının haksızlıkla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Somut vakianın dış dünyada cereyan ediş şeklinin failin zihninde yansımaması ya da yanlış yansımaları gibi bir durum yoktur; tam aksine fail somut vakiyayı zihninde doğru şekilde tasavvur etmekte; olayın dış dünyada vuku buluş şekli ile bunun failin zihnindeki resmi birbiri ile tamamen örtüşmektedir. Bu yanılığında türünün haksızlıkla doğrudan bir ilgisinin bulunmaması nedeni ile, kast üzerinde herhangi bir etkisi de yoktur; dolayısıyla, unsur yanılığı kapsamında değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir⁷⁶. Hukuka aykırılık bilincinin kast kapsamında ele alınması durumunda ise, bu yanılığında türü de unsur yanılığı (TCK m. 30/1) olarak nitelendirilecek ve fiilin taksirle işlenen şeklinin yasa da suç olarak tanımlanmaması sebebi ile failin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir. Dolayısıyla, haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olarak ele alınması, failin haksızlık yanılığına dayanarak ceza sorumluluğundan kurtulması tehlikesini de beraberinde getirecektir⁷⁷.

⁷⁶ **Jakobs**, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 11/36; **Kindhäuser**, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 29, kn. 6; **Wessels**, Johannes / **Beulke**, Werner / **Satzger**, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013, § 11 II 1 kn. 458; § 11 IV 3 kn. 482 f.; **Rengier**, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2013, § 31 kn. 12; **Krey**, Volker / **Esser**, Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011, § 21 kn. 718; **Heinrich**, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012, kn. 1144; **Hilgendorf**, Eric / **Valerius**, Brian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2013, § 8 kn. 56; **Frister**, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2013, 14/35; **Freund**, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, § 7 kn. 101; **Ebert**, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, s. 144; **Bringewat**, Peter, *Grundbegriffe des Strafrechts*, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008, XIV/617.

⁷⁷ Kusur teorisinde "kusur" kavramı, kast teorisindekinden (bilme prensibi) farklı olarak sorumluluk prensibine (Verantwortungsprinzip) dayanmaktadır. Sorumluluk prensibine göre, insan, idrak yeteneği ölçüsünde fiilin icrasına ilişkin kararının hukuka uygunluğundan sorumludur. Birey, hukuk toplumunun bir üyesi olarak hukuk düzeninin gereklerine uygun davranmak, bu düzenin haksızlık olarak öngördüğü davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Bu sorumluluk, bireyin açık bir şekilde haksızlık oluşturduğunu bildiği davranışlardan kaçınma yükümlülüğü ile sınırlı olmayıp; bireye, fiilin icrasına ilişkin kararının hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığı hususunda kendisini bilgilendirme yükümlülüğünü de yüklemektedir. Bir başka ifade ile, birey, davranışının hukuk düzeni ile uyumunu sorgulamakla

Açıklanan nedenlerle, TCK 133/3 hükmünde yer alan “hukuka aykırılık” ifadesi tipiklik ve kast ile ilişkili değildir. Bu ifade, suç tipinde yer alan maddi unsurlardan birini nitelemeyip; suç tipinin bütününe yöneliktir (gesamttatbewertende Tatbestandsmerkmale). Suç tipinin bütününe yönelik olması sebebi ile, suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsuru ile ilişkilidir. Amaç, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceğine hakim in dikkatini çekmek ve bunu araştırma yönünde bir yükümlülük yüklemektir⁷⁸. Buna göre, tipikliğin gerçekleşmesi fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil etmeyip⁷⁹; hakim, ileri sürülmesi dahi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmak ve hükümde buna yer vermekle yükümlüdür. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, fail hakkında verilecek olan karar beraat hükmüdür (CMK m. 223/2-d). Failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılığa düşmesi halinde, unsur yanılığına ilişkin TCK’nın 30/1 hükmü doğrudan uygulama alanı bulmaz (TCK m. 30/3)⁸⁰.

Diğer taraftan, bu ifade, sadece suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsurunun lüzumsuz olarak tekrarından ibaret değildir⁸¹; haksızlık bilinci bağlamında kusur alanında da fonksiyon icra etmektedir. Fail fiilin icrası sırasında doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmeli; yani fiilin hukuka aykırılığı konusunda kesin bilgi sahibi olmalıdır⁸². Olası haksızlık bilincinin (das bedingte

mükelleftir. Dolayısıyla, birey fiilin haksızlık teşkil ettiğini fiilin icrası sırasında aktüel olarak bilmese dahi, bunun öngörülebilir olduğu hallerde sözkonusu yükümlülüğü ne ölçüde yerine getirdiği ile bağlantılı olarak kasten işlediği suçtan dolayı kusurlu addedilebilecektir. Kusur teorisi, sorumluluk prensibine dayanmasına binaen fiilin icrasına ilişkin kararın içeriğinin hukuka aykırı olmaması sorumluluğunu yüklemekle ceza sorumluluğunun sınırlarını bu tehlikeyi ortadan kaldırır şekilde belirlemektedir (**Welzel**, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, s. 162.

⁷⁸ bkz. **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 529-530; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 156-157; **Hakeri**, s. 224; **Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 284-286; **Kangal**, s. 184-185.

⁷⁹ **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 261.

⁸⁰ Ayrıntı için bkz. **Göktürk**, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığın Hukuki Niteliği”, CHD 2014/26, s. 20 vd.

⁸¹ **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 156; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 529; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 286.

⁸² Fail, fiilin hukuka aykırılığını kesin olarak biliyor ise; bu, hukuk normundan ve onun maddi değer içeriğinden kaynaklanan yükümlülük çağrısının faille ulaştığı anlamına gelmektedir; ki bu somut hukuki yükümlülük, haksız davranışı icra etmekten kaçınmak yönünde bir motivasyon oluşturur. Fail, fiilin hukuka aykırı olduğu bilincinde ise, normun, hukuki menfaatin ihlal edilmemesi gerektiği yönündeki yükümlülük çağrısı da gerçekleşmiş olur. Fail, buna rağmen hukuka aykırı fiili icra eder ise; fiil, sözkonusu hukuki yükümlülüğe aykırı şekilde hukuki menfaatin ihlaline ilişkin bir iradi karara dayanmaktadır. Fail, sözkonusu yükümlülük çağrısını dikkate almaması, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmasına rağmen sözkonusu

Unrechtsbewusstsein) varlığı, bir başka ifade ile failin fiilin hukuka aykırılığı hususunda şüphe içinde olması kusurlu addedilmesi için yeterli değildir⁸³. Fail, fiilinin hukuka aykırılığı hususunda şüphe içinde ise (kaçınılabılır) haksızlık yanılığısı içinde olduğu kabul edilmelidir⁸⁴.

TCK 133/3 hükmünün 2. cümlesinde “*İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, ifşanın basın ve yayın yolu ile gerçekleştirilmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli unsur değildir⁸⁵. Ancak, ifşanın basın ve yayın yolu ile gerçekleşmesi halinde aleni olmasının temel cezanın belirlenmesinde (TCK m. 61/1) dikkate alınması gerekir. Diğer taraftan, ifşa edilen verinin, basın ve yayın yoluyla yayımlanması durumunda, 3. fıkrada tanımlanan suçun oluşup oluşmayacağı belirlenmesinde, bir hukuka uygunluk nedeni olan basının haber verme hakkı çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekir; ancak haber verme hakkının sınırlarının aşılması

yükümlülüğüne aykırı şekilde hukuki menfaati ihlal etme yönünde bir iradi karar alması nedeniyle kusurludur. Bir başka ifade ile, haksızlık bilincinin sözkonusu davranışı icra etmekten sakınmak yönünde oluşturduğu motivasyonun fail tarafından reddedilmesi ve bu motivasyona rağmen hukuki menfaatin ihlali yönündeki iradi karar, kusura esas teşkil etmektedir (**Rudolphi**, Hans Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1969, s. 120).

⁸³ Alman doktrininde hakim olan görüşe göre, haksızlık bilinci, hukuka aykırılık bilgisinin kesinliği ile sınırlanmaz. Olası haksızlık bilinci de, failin tam kusurlu addedilebilmesi için yeterlidir (bkz. **Rudolphi**, s. 118). Bununla birlikte, hangi hallerde hukuka aykırılık şüphesinin olası haksızlık bilincine gerekçe oluşturacağı tartışmalıdır.

⁸⁴ Kaçınılabılır yasak yanılığısı içinde bulunan fail hakkındaki kusur yargısı, farklı bir içeriğe sahiptir. Bu durumda, failin, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmaması belirleyicidir. İhlal edilen normdan kaynaklanan yükümlülük çağırısı faille ulaşmamaktadır. Failin fiilin icrasına ilişkin vermiş olduğu iradi karar, somut hukuki yükümlülüğe uygun ya da aykırı davranmak yönünde bir karar ihtiva etmemektedir. Fail, bizatihi fiilin hukuka aykırılığını idrak etme yeteneğine sahip olması, dolayısıyla da hukuka aykırı davranıştan sakınma imkanına sahip olması nedeniyle kusurlu addedilmektedir. Burada maddi kusur içeriği, hukuki menfaatin ihlali yönündeki iradi karara değil; tam aksine failin hukuka aykırılık bilgisini edinmedeki ihmeline dayanmaktadır; ki bu hukuka aykırılık bilgisi, hukuki yükümlülüğe uygun davranma yönünde iradi karar vermesini mümkün kılabilir idi (**Rudolphi**, s. 120 f.).

⁸⁵ Fıkra metninde 2. cümleye yer verilmesinin nedeni ise, TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen metinde Hükümet Tasarısı'nın da etkisi ile “*Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.*” şeklinde 2. cümlelerin bulunmasıdır. Ancak TBMM Genel Kurulu görüşmeleri sırasında verilen bir önerenin kabul edilmesi ile bu cümle “*İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*” şeklinde değiştirilmiş ve gerekçe olarak “*Bu değişiklik ile basın özgürlüğünün alanının genişletilmesi amaçlanmıştır.*” açıklamasına yer verilmiştir (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Yasama Yılı:2, C. 60, bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b120m.htm>)

halinde 3. fıkrada düzenlenen suç oluşabilir⁸⁶.

Belirtilmesi gerekir ki, basının kişiler arasındaki konuşmayı dinlemesi ve/veya kayda alması, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilemez. Aynı şekilde, hukuka aykırı olarak ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasının bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı, maddenin 3. fıkrasının son cümlesindeki ifadeden açıkça anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kişiler arasındaki konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin yayınlanmasında üstün bir kamusal menfaat var ise, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilir. Burada menfaatler dengesinde hangi hakkın daha ağır bastığına bakılmalıdır. Maddenin 1. ve 2. fıkralarında tanımlanan suçların işlenmesi yoluyla elde edilen verilerin açıklanmasındaki kamusal çıkarın, bu suçların işlenmesi yoluyla ihlal edilen bireysel menfaatten daha ağır bastığı sonucuna varılması halinde, hukuka aykırı olarak elde edilen konuşma içeriklerinin yayınlanması hukuka aykırılık teşkil etmez. Ancak, söz konusu bilgilerin elde edilmesinde önemli hak ihlalleri varsa, bunların yayınlanması hukuka uygun kabul edilmemelidir⁸⁷.

⁸⁶ Nitekim 6352 sayılı Kanuna ilişkin olarak TBMM Adalet Komisyonu'nun 12.06.2012 tarih ve Esas No: 1/565, 2/90, 2/120, 2/223, 2/257, 2/268, 2/292, 2/322, 2/326, Karar No: 12 sayılı Raporu'nda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: *"Bu suretle, hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olan konuşma içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de, faillerin bu fıkra hükmüne göre cezalandırılmasına imkan tanınmıştır. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu hükme göre cezaya hükmedebilmek için, haber verme hakkının sınırlarının aşılması gerekir. Bu itibarla, hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olan konuşma içeriklerinin haber verme hakkının sınırları dahilinde haber konusu yapılması halinde söz konusu suçu oluşmayacaktır. Madde, Komisyonumuzca kabul edilen önerge doğrultusunda, çerçeve 79'uncu madde olarak kabul edilmiştir."* (TBMM, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 124) **Yargıtay 12. CD, 24.2.2014, E. 2013/12380, K. 2014/4502**, "eser sahibi olup sorumluluğun kendisine ait olduğunu beyan eden, savunmasında, daha önce çeşitli internet sitelerinde yayımlanan ses kayıtlarını basının haber verme sınırları içerisinde kaleme aldığını belirten sanık ... açısından yapılan değerlendirmede ise, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun olması, kamu tarafından takip edilen bir soruşturma kapsamında "şüpheli" sıfatı ile gözaltına alınıp serbest bırakılan katılanın dava konusu ses kayıtlarının haberinin yapılmasında, yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği ve toplum içindeki konumu gereği, kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberi yapılan konunun güncel olması, haberde kullanılan ifadelerin ve haberle beraber yayımlanan fotoğrafın, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilisinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kalması sebebiyle, katılanın aleni olmayan konuşmalarının hukuka aykırı olarak ifşa edildiğinin kabulünün de mümkün olmadığı, haberde yer alan sözlerin, katılanın küçük düşmesine yol açan değer yargısı içerecek, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmayıp, kullanılan üslupla konunun okuyucuya aktarılması sırasında, hukuka uygun çerçevenin dışına çıkmadığı anlaşıldığından,"; Aynı yönde bkz. **Yargıtay 12. CD, 17.2.2014, E. 2013/13261, K. 2014/3728; Yargıtay 12. CD, 7.7.2014, E. 2013/28015, K. 2014/16609; Yargıtay 12. CD, 25.11.2013, E. 2013/5329, K. 2013/6688**

⁸⁷ **Lenckner / Eisele, StGB § 201 kn. 33a.**

3. Fail ve Mağdur

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen "kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme" suçunun faili, konuşmanın tarafı olmayan üçüncü kişi(ler)dir. Konuşmanın tarafı olan kişi, bu suçun faili olamaz⁸⁸. Çünkü, konuşmayı bir aletle dinleme fiilinin, konuşmanın tarafı olan kişi tarafından icra edilmesi özü itibarı ile mümkün değildir; kendisi konuşmanın muhatabı olup, söz kendisine karşı gizli değildir. Fakat, konuşmanın tarafı olan kişi, üzerinde taşıdığı bir cihaz yardımıyla bu konuşmanın üçüncü bir kişi tarafından dinlenilmesini mümkün kılmış yahut bizzat kendisi üçüncü kişiden bu konuşmayı dinlemesini talep etmiş olabilir⁸⁹. Bu durumda, konuşmanın tarafı olan kişi 133/1'de düzenlenen suçtan sorumlu olup, sorumluluğunun aşağıda incelenen iştirak hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerekir.

İki kişi arasında geçen bir konuşmanın tarafı olan kişinin bu konuşmayı diğer tarafın rızası olmaksızın kaydetmesi, 133/1 karşısında tipik olmamakla beraber; unsurları varsa özel yaşamın gizliliğini ihlal suçuna sebebiyet verebilir⁹⁰.

⁸⁸ **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4342, Yazarlar bu suçun failinin konuşmanın tarafı olmayan üçüncü kişiler olabileceğini belirttikten sonra şu açıklamaya yer vermektedirler: "Eğer bazı kimseler, konuşmanın yapıldığı yerde bulunuyor, ve bu kimseler konuşmaya katılmamakta, seyirci olarak bulunmakta ve buradaki konuşmalar aleni değil ise, seyirci durumundaki bu kimseler de birinci fıkradaki suçun faili olabileceklerdir." Bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, konuşmada, hitap edilen kişinin kendisini ifade etme olanağının olmaması ya da olmakla beraber suskun kalmayı tercih etmesi, düşünce açıklamasını konuşma olmaktan çıkarmaz; konuşma monolog veya diyalog şeklinde gerçekleşebilir. Diğer taraftan, kendisi konuşmaya katılmayan, fakat konuşma anında orada bulunan kişi bakımından sözün gizliliğinden söz edilemeyeceği gibi, "bir aletle dinleme" şeklinde seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi de mantıklı olarak kabul edilebilir değildir. Bir ses kayıt cihazı ile kaydedilmesi mümkün ise de, bu konuşmanın münhasıran iki kişi arasında gerçekleşmesi durumunda TCK 133/1 bakımından tipik bir fiil olduğu söylenemez. Ancak bu kaydın içerdiği verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi halinde, unsurları varsa 133/3 kapsamında bir değerlendirme yapılabilir. Münhasıran bu konuşmanın en az üç kişinin katıldığı bir söyleşi olması ve bunun kaydedilmesi, 133/2'deki suç bakımından tipik bir fiildir.

⁸⁹ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 29, 59.

⁹⁰ **Zafer**, s. 145; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4342. **Yargıtay 12. CD, 9.3.2015, E. 2014/21254, K. 2015/4292**, "... somut olay açısından; sanık Bülent'in, katılanla yaptığı yüzyüze konuşmaları kaydetmesi eyleminde, ... sanık Bülent'in konuşmanın tarafı olması nedeniyle eylemin kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunu değil, TCK'nın 134.maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında değerlendirilebileceği, şikayete konu ses ve görüntü kaydını içeren CD'nin çözümüne ilişkin bilirkişi raporu ve tarafların beyanlarına göre, kayda alınan görüşmeler sırasında, katılan Gökmen'in özel yaşam alanına dahil ve onun özel hayatının gizliliğini ihlal edecek bir husus konuşulmadığı nazara alındığında, sanıklara atılı eylemlerin, TCK'nın 134/1. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu da oluşturmayacaktır." **Yargıtay 12. CD, 2.3.2015, E. 2014/18006, K. 2015/3749**, "TCK'nın 133/2. maddesindeki aleni olmayan söyleşiye kaydetme suçunun

Konuşmanın, 2. fıkra kapsamında en az üç kişi arasında geçen “söyleşi” niteliğini taşıması halinde ise bu suç (TCK m. 133/2) oluşacaktır. Bununla birlikte, kişinin, tarafı olduğu ve iki kişi arasında geçen konuşmayı ses kayıt cihazı ile kayda alma fiili diğer unsurlar varsa 3. fıkra çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu suçun mağduru, aleni olmayan konuşmaya katılan kişilerdir⁹¹.

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen “katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme” suçunun faili, münhasıran söyleşiye katılan kişiler olabilir⁹²; dolayısıyla, bu suç özgü suçtur⁹³. Suçun mağduru ise, fail dışında kalan ve söyleşiye katılan diğer kişilerdir.

Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etme” suçunun faili, gerek 1. fıkra gerekse 2. fıkrada tanımlanan suçları işleyen kişiler olabileceği gibi, verileri başka suçların işlenmesi yahut hukuka aykırı diğer yollarla elde eden üçüncü kişiler; hatta bu verileri hukuka uygun şekilde elde eden kişiler, örneğin teknik araçla izleme tedbirini (CMK m. 140) hukuka uygun olarak icra eden bir kolluk görevlisi de olabilir. Burada önemli olan, ve-

failinin, söyleşiye katılan kişilerden birisi olabileceği, dolayısıyla, söyleşide en az üç kişinin yüzyüze iletişimi zorunlu olup ancak bu halde içlerinden birisinin fail olabileceği, iki kişi arasındaki yüzyüze konuşmanın, diğeri tarafından gizlice kaydedilmesi halinde, eylemin TCK'nın 133/2. maddesi kapsamındaki suçu değil aynı Kanunun 134/1. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabileceği, bu bağlamda, sanığın, katılan Dinçer ile yaptığı yüzyüze konuşma içeriğini gizlice kaydetmesinde, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, eylem, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirildiğinde ise, söz konusu konuşma içeriklerinin katılanın gizli yaşam alanına veya üçüncü kişiler tarafından görülmesini ve bilinmesini istemediği, özel yaşam alanına ilişkin olduğu kabul edilemeyeceğinden bu suçun da yasal unsurlarının oluşmayacağı,” Aynı yönde bkz. **Yargıtay 12. CD, 19.1.2015, E. 2014/16599, K. 2015/592; Yargıtay 12. CD, 22.12.2014, E. 2014/10256, K. 2014/26254; Yargıtay 12. CD, 7.4.2014, E. 2013/14128, K. 2014/8367; Yargıtay 12. CD, 10.2.2014, E. 2013/10089, K. 2014/2979; Yargıtay 12. CD, 10.2.2014, E. 2013/11860, K. 2014/2963** Herhangi bir suçun oluşmayacağı görüşü için bkz. **Koca**, Kollokyum, s. 86, “Bu durumda suçun konusunun söyleşi olmaması halinde, yani iki kişi arasındaki konuşmanın taraflardan birisince kaydedilmesi yaptırımsız kalmış olmaktadır.”

⁹¹ **Özgenç**, Kollokyum, s. 132.

⁹² **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4343, Yazarlar bu suçun failinin söyleşiye katılanlar olabileceğini belirttiikten sonra şu açıklamaya yer vermektedirler: “*aleni olmayan bir söyleşide dinleyici olarak bulunan kimse de, bu kapsamda söyleşiye katılan olarak değerlendirilemeyecektir.*” Yazarlara göre, seyirci durumundaki bu kimselerin konuşmayı kaydetmesi ancak 133/1'deki suçu oluşturur. Bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, söyleşide hitap edilen kişilerin kendisini ifade etme olanağının olmaması ya da olmakla beraber suskun kalmayı tercih etmesi düşünce açıklamasını söyleşi olmaktan çıkarmaz; söyleşi monolog veya diyalog şeklinde gerçekleşebilir.

⁹³ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 539; **Koca**, Kollokyum, s. 86.

rinin ne şekilde ve kim tarafından elde edildiği değil; veriyi elinde bulunduran kişinin bunu hukuka aykırı olarak ifşa etmesidir. Bu suçun mağduru ise, 1. ve 2. fıkra çerçevesinde kaydedilen konuşmaya/söyleşiye katılan kişilerdir.

Eşler de, TCK'nın 133. maddesinde düzenlenen suçların faili olabilirler. Kişiye bağlı ve onun kişisel gelişimiyle ilgili olan özel yaşamın gizliliği hakkı, evlilikle tamamen ortadan kalkmaz. Tarafların evli olmaları ve aynı konutu paylaşmalarından dolayı birbirlerinin kişisel eşyalarına ve özel yaşam alanına giren hususlara kolayca ulaşabilme imkanına sahip bulunmaları, eşlerin hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleyebileceği ve denetleyebileceği şeklinde yorumlanamaz⁹⁴.

4. Nitelikli Unsurlar

TCK'nın 133. maddesinde tanımlanan suçların, kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsurdur (TCK m. 137/1-a). Failin, kamu görevlisi sıfatını taşıması bu nitelikli halin oluşması için yeterli olmayıp; görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle fiili icra etmesi şarttır. Bir başka ifade ile, ifa ettiği kamu görevinin faile kişiler arasındaki konuşmanın dinlenmesi ya da kayda alınması konusunda bir yetki vermesi gerekir⁹⁵.

Bir diğer cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsur ise, TCK'nın 133. maddesinde tanımlanan suçların, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesidir (TCK m. 137/1-b). Örneğin, otel odasına yerleştirilen bir tertibatla odadaki konuşmaların dinlenmesi halinde, bu nitelikli unsur gerçekleşir⁹⁶.

II. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Suçun yasal tanımında aranan özellikler nedeni ile, TCK'nın 133. maddesin-

⁹⁴ Yargıtay 12. CD, 16.2.2015, E. 2014/20258, K. 2015/2612; Yargıtay 12. CD, 12.1.2015, E. 2014/10073, K. 2015/48; Yargıtay 12. CD, 30.3.2015, E. 2014/20109, K. 2015/5314, "Oluşa uygun kabule göre; bir okulda öğretmen olarak görev yapan sanık Derya'nın, öğretmen olan resmi nikahlı eşi Bilal ile yine meslektaşları olan katılan Nihal arasında gayrimeşru ilişki olduğu düşüncesiyle eşinin aracına gizlice ses alma cihazı yerleştirip, katılanla, kendi eşi arasında yüz yüze gerçekleşen, içeriği özel, aleni olmayan konuşmaları, konuşanların bilgisi ve rızası dışında, kaydetmesinden dolayı TCK'nın 133/1. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden,"

⁹⁵ Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 3, s. 4353.

⁹⁶ Zafer, s. 166.

de düzenlenen suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir⁹⁷. Failin, suçun yasal tanımında yer alan tüm unsurların somut olayda gerçekleştiğini bilmesi gerekir. Fail, maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suç bakımından konuşmanın aleni olmadığını, bir başka ifade ile kendisine karşı gizli olduğunu ve konuşmanın dinlenmesi veya kaydedilmesine konuşmaya katılanların rızasının bulunmadığını; 2. fıkra da düzenlenen suç bakımından konuşmaya katılan kişilerin söyleşinin kayda alınmasına rızalarının bulunmadığını bilmelidir. Failin, konuşmaya katılanların rızasının bulunmadığını bilmesi kast kapsamında mütalaa edildiği için, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir; olası kastla işlenmesi mümkün değildir⁹⁸.

Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suç bakımından fail ifşanın hukuka aykırı olduğunu bilmelidir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, bu; kast değil, kusurun unsuru olan haksızlık bilinci bağlamında ele alınması gereken bir unsurdur. Fail failin icrası sırasında doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmelidir; olası haksızlık bilincinin (das bedingte Unrechtsbewusstsein) varlığı failin kusurlu addedilmesi için yeterli değildir. Failin doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmesinin arandığı bir durumda, suçun olası kastla işlenmesi mantıken izah edilebilir değildir. Bu nedenle, bu suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı; ancak doğrudan kastla işlenebileceği düşüncesindeyiz.

III. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Uygulamada, delil elde etmek amacıyla konuşmaların gizlice kayda alınması yoluna sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Suçun ispatında⁹⁹, boşanma davalarında¹⁰⁰, ticari davalarda¹⁰¹, alacağın ispatında¹⁰², iş davalarında¹⁰³, tazminat

⁹⁷ Koca / Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 493; Suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olduğu görüşü için bkz. Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 544; Zafer, s. 161.

⁹⁸ Özgenc, Genel Hükümler, s. 289; Koca / Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 493.

⁹⁹ Yargıtay 12. CD, 21.4.2014, E. 2013/25582, K. 2014/9665; Yargıtay 12. CD, 17.2.2014, E. 2013/13021, K. 2014/3717; Yargıtay 12. CD, 12.1.2015, E. 2014/9590, K. 2015/41; Yargıtay 12. CD, 30.3.2015, E. 2014/21429, K. 2015/5387; Yargıtay 12. CD, 20.3.2015, E. 2014/21429, K. 2015/5387; Yargıtay 12. CD, 7.7.2014, E. 2013/27550, K. 2014/16606; Yargıtay 12. CD, 28.4.2014, E. 2013/26087, K. 2014/10205

¹⁰⁰ Yargıtay 12. CD, 9.2.2015, E. 2014/22687, K. 2015/2149; Yargıtay 12. CD, 12.1.2015, E. 2014/11829, K. 2015/17; Yargıtay 12. CD, 19.1.2015, E. 2014/16599, K. 2015/592

¹⁰¹ Yargıtay 12. CD, 2.2.2015, E. 2014/17630, K. 2015/1672

¹⁰² Yargıtay 12. CD, 21.4.2014, E. 2013/24144, K. 2014/9664; Yargıtay 12. CD, 8.12.2014, E. 2014/7570, K. 2014/24854

¹⁰³ Yargıtay 12. CD, 13.1.2014, E. 2013/8325, K. 2014/59

davalarında¹⁰⁴, disiplin soruşturmasında¹⁰⁵, idari soruşturmada¹⁰⁶ konuşma kayıtları iddia ya da savunmanın ispatı amacıyla delil olarak ileri sürülebilmektedir. İddia ya da savunmanın ispatı amacıyla elde edilen ve daha sonra muhakemede delil olarak ileri sürülmek suretiyle ifşa edilen bu kayıtların 133. madde karşısında suç oluşturup oluşturmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Burada 133/1, 133/2 ve 133/3'te düzenlenen suçlar bakımından bir ayırım yapılmalıdır:

TCK m. 133/1 bakımından: Belirtilmesi gerekir ki, özel şahıslar tarafından suç şüphesine binaen delil toplamak amacıyla iki veya daha fazla kişi arasında geçen konuşmaların gizlice dinlenmesi ve/veya kayda alınması mümkün değildir; bu yetki sadece CMK'da düzenlenen koşullar altında resmi makamlara aittir. Ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, suçun ispatı amacıyla kişiler arasındaki konuşmaların suç şüphesine istinaden özel şahıslar tarafından kayda alınmasını hukuka uygun kılmaz¹⁰⁸. Bu davranış, 133/1'de düzenlenen suçu oluşturacaktır. Aynı husus, örneğin medeni muhakemede boşanma, tazminat ya da iş davalarında delil olarak sunmak üzere iki veya daha fazla kişi arasında geçen konuşmaların gizlice dinlenmesi ve/veya kayda alınması bakımından da geçerlidir. Tipik olan bu davranış bakımından hiçbir hukuka uygunluk nedeni kabul edilemez; failin bu suçtan sorumlu tutulması gerekir.

İki kişi arasında geçen konuşmanın tarafı olan kişi ise, maddenin 1. fıkrasında tanımlanan suçun faili olamaz. Dolayısıyla kişinin, delil elde etmek amacı ile kendisi ile yapılan konuşmayı kaydetmesi tipik olmaması nedeni ile 133/1'de tanımlanan suçu oluşturmaz¹⁰⁹. Tipiklik unsurunun gerçekleşmediği bir durumda, hukuka uygunluk nedenleri bakımından bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Fakat, bu konuşma kaydının ifşa edilmesi 133/3 bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

¹⁰⁴ Yargıtay 12. CD, 26.1.2015, E. 2014/16548, K. 2015/1149

¹⁰⁵ Yargıtay 12. CD, 30.3.2015, E. 2014/21428, K. 2015/5397

¹⁰⁶ Yargıtay 12. CD, 12.1.2015, E. 2014/8883, K. 2015/7; Yargıtay 12. CD, 16.2.2015, E. 2014/22859, K. 2015/2625; Yargıtay 12. CD, 22.12.2014, E. 2014/9138, K. 2014/26252

¹⁰⁷ Bu davranışın TCK'nın 133. maddesi karşısında suç oluşturup oluşturmadığı sorunu ile elde edilen sözkonusu konuşma kayıtlarının gerek ceza muhakemesinde gerekse medeni muhakemede delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği birbiri ile ilintili, ancak birbirinden farklı meselelerdir. Konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin muhakemede delil olarak değerlendirilmesi sorunu kapsamı itibarı ile ayrı bir çalışma yapılmasını gerektirdiği için, buradaki inceleme sözkonusu davranışın TCK'nın 133. maddesine göre suç oluşturup oluşturmadığı sorunu ile sınırlı tutulmuştur.

¹⁰⁸ Lenckner / Eisele, StGB § 201 kn. 31b; Kramer, Bernhard, "Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozeß", NJW 1990/29, s. 1763-1764.

¹⁰⁹ Zafer, s. 162; Koca, Kollokyum, s. 100.

TCK m. 133/2 bakımından: Kişinin kendisinin de katıldığı bir söyleşiyi gizlice kayda alması 133/2 bakımından tipik bir fiil olup; söyleşide kendisine karşı söylenen sözleri muhakemede delil olarak kullanmak üzere kaydetmesinin hangi kapsamda mütalaa edileceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bir kimse kendisine karşı söylenen sözleri muhakemede delil olarak kullanmak üzere kaydetmiş ise, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni (TCK m. 25/1)¹¹⁰ ya da kusurluluğu etkileyen bir neden olarak zorunluluk hali (TCK m. 25/2)¹¹¹ kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir görüşe göre ise, konuşmaların delil elde etmek amacıyla kaydedilmesi, iddia ya da savunma hakkı (Anayasa m. 36/1) kapsamında hukuka uygun görülebilir¹¹².

¹¹⁰ **Tezcan / Erdem / Önok**, 557; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 3, s. 4352, "kendisine karşı bir suç işleyen kimsenin konuşmalarını kaydeden kimse, kendisine karşı yapılan haksız saldırıyı onunla orantılı olarak defetmek için kaydetme tedbirine başvurmaktadır. Bu nedenle, ... failin eylemini meşru savunma sınırları içerisinde işlediğini düşünmekteyiz."

¹¹¹ **Schmidhäuser**, Eberhard, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1980, § 6 kn. 23, Yazar, delil elde etmek amacı ile konuşmaların kayda alınmasını zorunluluk hali (StGB § 34) kapsamında mütalaa etmektedir; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 539-540, 543, Yazarlar meşru savunma hukuka uygunluk nedeni kapsamında bir değerlendirme yapılabileceği, örneğin tehdit suçu mağdurunun failin sesini kaydetmesi durumunda meşru savunmadan yararlanacağı; ancak saldırının mutlaka cebir ya da şiddet niteliğinde olması gerektiği kabul edilirse zorunluluk halinin bulunduğu; bununla birlikte başka ispat vasıtaları varsa meşru savunma ya da zorunluluk halinden söz etmenin mümkün olmadığı görüşündedirler; **Zafer**, s. 162, "Kişinin kendisine veya başkasına yönelik tehdidi bertaraf etmek için kendisi ile yapılan veya başka kişiler arasındaki konuşmayı dinlemesi veya kayda alması halinde, hukuka uygunluk sebebi olarak meşru savunmadan söz edilebilir (TCK m. 25). Ancak bu halde, mevcut bir saldırının varlığı bir sorun yaratabilir. Aynı şekilde, örneğin kişinin kendisine karşı yürütülen bir ceza soruşturmasında başka türlü delil elde etme imkanı kalmamışsa bu şartlarda yapılan kayıtlar, ıztırar hali nedeniyle hukuka uygun olur. Her halükarda bu durum sadece özel şahıslar için geçerlidir. Adli makamlar ıztırar halinden yararlanamazlar. Ancak belirtelim ki, bir özel hukuk uyuşmazlığının delilini elde etmek için bu yola başvurulması halinde, korunan ve saldırıya maruz kalan değerler orantsız olacağından, bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmayabilir."; **Koca / Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 495, Yazarlar ancak kişinin kendisine yönelik olmayan saldırıların delilini oluşturmak amacıyla konuşmaları kaydetmesi halinde, kusurluluğu kaldırın bir sebep olarak zorunluluk halinin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerektiği görüşündedirler.

¹¹² **Koca**, Kollokium, s. 100; **Koca / Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 495. Kanaatimizce, konuşmaların delil elde etmek amacıyla kaydedilmesi, iddia ya da savunma hakkı kapsamında hukuka uygun görülemez. Zira, herkes, ancak meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir (Anayasa m. 36/1); hukuka aykırı olarak, özellikle suç işlenerek elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez (Anayasa m. 38/6). İddia ve savunma dokunulmazlığı ise, iddia ve savunma sırasında söylenen veya bu amaçla verilen dilekçelerin içerdiği hakaret teşkil eden sözler bakımından kabul edilmiştir (TCK m. 128). Dolayısıyla, hukuka aykırı olarak elde edilen bir konuşma kaydının hukuka uygunluğu, delil elde etme amacına binaen iddia ya da savunma hakkı ile açıklanamaz. Aksi halde, delil elde etme amacı ile işlenen her suçun hukuka uygun olduğunu kabul etmek gibi, hukuk düzeni bakımından kabul edilmesi mümkün olmayan bir

Örneğin hakaret, tehdit, şantaj gibi sözle gerçekleştirilen saldırıların kayda alınması, meşru savunma hükümleri bağlamında değerlendirilemez. Çünkü, meşru savunmanın saldırıyı bertaraf etmek için yapılması, saldırı ile savunmanın hem zaman olması ve saldırıdan başka türlü kurtulma olanağının bulunmaması gerekir. Hakaret, tehdit, şantaj gibi sözle gerçekleştirilen saldırılar ise, sırf hareket suçu olmalarına binaen sözün söylendiği anda tamamlandığı için mevcut bir saldırının varlığından söz edilemeyeceği gibi; bu nitelikteki saldırılar savunma yapmak suretiyle bertaraf edilmeye de elverişli değildir¹¹³.

Biz, zorunluluk halinin (TCK m. 25/2) mümkün olduğu düşüncesindeyiz¹¹⁴. Zorunluluk halinden söz edilebilmesi için, ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı, tehlikeden başka türlü kurtulmak olanağının bulunmaması, tehlike ile korunma arasında bir oranın bulunması gerekmektedir. Burada ise, kişinin iddia ve savunmasını ispatlayamaması tehlikesi mevcut olup; bunun neticesinde ortaya çıkacak olan durum sahip olduğu bir hakkın, özellikle de kişilik haklarının ihlal edilmesi tehlikesini sonuçlayabilir. Böyle bir durumda, konuşmanın tarafı sözlerinin kayda alınmasını kabullenmek, buna katlanmak zorundadır. Ancak bunun için zorunluluk haline ilişkin tüm koşulların, özellikle de iddia ya da savunmanın başka türlü ispatlanması olanağının bulunup bulunmadığı ve ölçülülük unsuru, yani tehlikenin ağırlığı ile konuşmanın kayda alınması

durum ortaya çıkacaktır; hukuk düzeninde suç işlemek suretiyle delil elde edilmesi meşru görülemez.

¹¹³ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 51; **Kargı**, NK-StGB § 201 kn. 25; **Koca / Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 495; **Koca**, Kollokyum, s. 100.

¹¹⁴ Bir görüş zorunluluk halinin tehlikenin kaynağı ile hiçbir ilgisi bulunmayan tamamen masum üçüncü kişilerin haklarına zarar verilmesi ile sınırlı tutmakta, zorunluluk halinin dar yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yöndeki görüş için bkz. **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 325 vd.; **Kangal**, s. 290, "... zorunluluk durumunda, meşru savunmadaki gibi haksız bir saldırıya karşı hakkın savunması değil, ilgisiz üçüncü kişilerin hukuken korunan yararlarının ihlali sayesinde bir tehlikenin savuşturulması söz konusudur. Hukuksal değerlerinin bu şekilde ihlal edilmesine üçüncü kişiler sadece, fail tehlikeyi başka türlü, yani böyle bir ihlal olmaksızın savuşturma olanağına sahip değilse, katlanmak zorundadırlar." Bu görüşün kabulü halinde, konuşması kayda alınan kişinin bizzat kendisinin tehlikenin kaynağı olması nedeni ile zorunluluk hali kapsamında bir değerlendirme yapılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Belirtilmesi gerekir ki, kıyas yasağı sadece kanunda yer alan suç tanımlarının kapsamı bakımından kabul edilmiştir. Buna karşılık, ceza sorumluluğunun sınırını genişletici bir etkisi bulunmayan, tam aksine ceza sorumluluğunun sınırını daraltıcı bir etki gösteren ve genel hükümler kısmında düzenlenen zorunluluk hali bakımından kıyas yasağı söz konusu değildir. Zorunluluk haline ilişkin hükmün uygulama alanının mümkün olduğunca geniş tutulması ve tehlike kaynağına yönelik olarak da işlenebileceğinin kabulü gerekir (**Özgenç**, Genel Hükümler, s. 117, 402, dn. 723-724). Diğer taraftan zorunluluk halini düzenleyen TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında ve madde gerekçesinde zorunluluk halinin tehlikenin kaynağı ile hiçbir ilgisi bulunmayan tamamen masum üçüncü kişilerin haklarına zarar verilmesi ile sınırlı tutulduğuna gösteren bir ifade yer almamaktadır.

suretiyle ihlal edilen hak arasında bir oran bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Menfaatler dengesinde, konuşmanın gizliliğinin derecesi, kayda alınan konuşmanın içeriği ve kapsamı, yani konuşmanın konusu olan yaşam alanı, konusu itibarı ile korunmaya değer olup olmadığı, ispat edilmek istenen koşulların türü ve önemine bağlı olarak ispattaki menfaatin ağırlığı, delil güçlüğünün büyüklüğü gibi hususlar dikkate alınmalıdır¹¹⁵.

TCK m. 133/3 bakımından: TCK 133/3 hükmünde düzenlenen suç, 133/1 ve 2’de düzenlenen suçlardan bağımsız bir suç tipidir. Burada, hukuka uygun şekilde yahut hukuka aykırı yollarla, bu kapsamda maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçların işlenmesi suretiyle elde edilen kayıtların ifşası sözkonusudur. Kişinin, iddia ya da savunmasını ispatlamak amacıyla sözkonusu kayıtları muhakemede delil olarak ileri sürmesi, iddia veya savunma hakkının kullanılması bağlamında değerlendirilebilir ise de; bunu ancak meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yapabilir (Anayasa m. 36/1). Nitekim, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak değerlendirilemez (Anayasa m. 38/6).

Verilerin hukuka aykırı yollarla, özellikle suç işlenerek elde edilmesi halinde, iddia veya savunmanın ispatı amacıyla da olsa ifşa edilmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varılamaz. Örneğin, delil elde etmek amacı ile iki kişi arasında geçen konuşmanın dinlenmesi ve/veya kayda alınması (TCK m. 133/1) hiçbir şekilde hukuka uygun bir davranış değildir. TCK 133/2’de düzenlenen suç bakımından ise, kişinin delil güçlüğü içinde bulunması ancak -koşulları varsa- kusurluluğu etkileyen bir neden olarak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilir. Zorunluluk halinin 5237 sayılı TCK sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenlenmesi karşısında, fiil suç teşkil etmeye devam eder. Verinin elde edilmiş şeklinin suç teşkil etmesi sebebi ile, bunların iddia ya da savunmayı ispat amacı ile kullanılamaması gerekir. Bu itibarla, ifşa da hukuka aykırıdır. Ancak kişi, iddia ya da savunmasını ispatlamak amacı ile sözkonusu verileri muhakemede delil olarak ileri sürüyor ise, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılğı içindedir (TCK m. 30/3). Bu durumda, hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunun eksik olması nedeni ile tipik fiil haksızlık olarak ortaya çıkar; fakat yanılığın binaen failin bu haksızlık bakımından kastından söz edilemez; failin somut vakianın koşulları hakkındaki yanılığın kasten (haksızlık kastı) hareket etmesini önlemektedir. Bu durumda fail hakkında verilmesi gereken karar “beraat” hükmüdür (CMK m. 223/2-c)¹¹⁶. Belirtilmesi gerekir ki, yanılığa bi-

¹¹⁵ Lenckner / Eisele, StGB § 201 kn. 31b; Kramer, NJW 1990/29, s. 1762.

¹¹⁶ Ayrıntı için bkz. Göktürk, CHD 2014/26, s. 22 vd.

naen failin TCK 133/3'de düzenlenen suçtan sorumlu tutulmaması, 133/1 ve 133/2'deki suçların oluşmasına ve failin sorumluluğuna engel değildir¹¹⁷.

Ş 4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

I. TEŞEBBÜS

Maddenin 1. ve 2. fıkrasında yer alan dinleme ve kaydetme fiillerinin icrasının süreklilik arz etmesi nedeni ile bu suçlar mütemadi suç niteliğini taşımaktadır. Mütemadi suçların özelliği gereği fiilin icrasına başlandığı anda suç tamamlanmakla birlikte, dinleme ve/veya kaydetme fiillerinin icrası devam ettiği müddetçe suçun işlenmesine devam edilmektedir¹¹⁸. Dolayısıyla, suçun tamamlanması için konuşmanın tamamının dinlenmesi ve/veya kayda alınması gerekli değildir. Fail, dinleme ve/veya kayda alma fiilinin icrasına başlamış, ancak elinde olmayan nedenle devam edememiş ise suç tamamlanmıştır¹¹⁹.

Dinleme ve/veya kayıt aletinin yerleştirilmesi hazırlık hareketidir; aletin çalıştırılması ile fiilin icrası başlar. Alet henüz çalıştırılmamış, bir başka ifade ile dinleme veya kayıt için kullanılmaya başlanmamışsa fiilin icrası henüz başlamamıştır¹²⁰. Alet kullanılmaya başlanmış olmakla beraber, bir konuşma ya-

¹¹⁷ Yargıtay, toptancı bir yaklaşımla TCK'nın 133. maddesinde düzenlenen suçların birbirinden bağımsız olduğunu göz ardı etmek suretiyle tüm suç tipleri bakımından failin hukuka aykırı hareket etme bilinci ile davranmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi gerektiği yönünde içtihadta bulunmaktadır. **Yargıtay 12. CD, 12.1.2015, E. 2014/11829, K. 2015/17**, "sanığın, katılan Esra'nın eşi, katılan Mustafa'nın ise damadı olup katılan Esra ile şiddetli geçimsiz olduğu, sanığın, bu konuda konuşmak için, eşi katılan Esra, kayınpederi katılan Mustafa ve kayınvalidesi tanık Sevgi ile biraraya geldiklerinde, aralarında geçen aleni olmayan konuşmaları gizlice cep telefonu ile kaydederek bilahare ses kayıtlarını katılan Esra'nın açtığı boşanma davasına delil olarak sunduğu olayda; sanığın, katıldığı aleni olmayan söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan kayda alarak, diğer kişilerin bilgi edinmelerini sağlaması nedeniyle, suç tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenlemede gözönüne alındığında, eylemin sübutu halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu değil, TCK'nın 133/2-3. maddelerine uyan kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunu oluşturacağı, ancak, ses kayıtlarını başkalarına verdiği veya yaydığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeden sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacı taşıyan eyleminde hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı, atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından, beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir."

¹¹⁸ Ayrıntı için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 168-170.

¹¹⁹ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 544.

¹²⁰ **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 60; **Kargı**, NK-StGB § 201 kn. 34; **Lenckner / Eisele**, StGB § 201 kn. 36; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 544, "dinlemeye yarayan bir aletle ya da kayıt yapabilen bir ses alma cihazı ile yakalanmış olmak her zaman icra hareketlerinin başladığını kabul için yeterli olmamalıdır. Gerçekten alet ya da cihazla ortama girmeye çalışmak suç tipinde yer alan harekete doğrudan doğruya bağlı bulunan ve onunla bütünlük oluşturan bir harektir. Fakat her durumda suç işleme kastını da şüpheye yer vermeyecek bir şekilde

pılmadığı için herhangi bir şey duyulmamış veya kaydedilmemiş ise konunun yokluğu nedeni ile işlenemez suç sözkonusudur. Alet kullanılmaya başlanmış, ancak teknik bir arıza nedeni ile dinleme ve/veya kayıt işlemi gerçekleştirilememiş yahut konuşma içerikleri anlaşılabilir nitelikte değilse elverişsiz teşebbüsten söz etmek gerekir¹²¹. Bununla birlikte, bütün bu hallerde örneğin aletin yerleştirilmesi için mağdurun evine veya işyerine girilmiş ise, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı failin ceza sorumluluğuna gidilecektir.

II. İŞTİRAK

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme” suçunun faili, konuşmanın tarafı olmayan üçüncü kişi(ler)dir. Konuşmanın tarafı olan kişi, bu suçun faili olamaz. Fakat konuşmanın tarafı olan kişi, üzerinde taşıdığı bir cihaz yardımıyla bu konuşmanın üçüncü bir kişi tarafından dinlenmesini mümkün kılmış yahut bizzat kendisi üçüncü kişiden bu konuşmayı dinlemesini talep etmiş olabilir¹²². Bu durumda, konuşmanın tarafı olan kişi birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icrasına ilişkin işbölümü esasına dayalı olarak fiilin icrasına fonksiyonel bir katkıda bulunmakta; bu katkı, suç planının başarıya ulaşması için önem arz etmektedir. Bu itibarla, konuşmanın tarafı olan kişinin müşterek fail sıfatıyla sorumlu tutulması gerekir ise de; özgü suç olması nedeni ile fail statüsünü taşıması mümkün olmadığı için şerik sıfatı ile, bir başka ifade ile azmettiren ya da yardımda bulunan sıfatı ile sorumluluğu cihetine gitmek gerekir.

Maddenin 2. fıkrasında tanımlanan suç, ancak söyleşiye katılan kişi tarafından işlenebilir; bu nedenle de özgü suçtur. Ancak bu suça, söyleşiye katılan dışındaki üçüncü kişilerin şerik, yani azmettiren ya da yardımda bulunan sıfatıyla iştirak etmeleri mümkündür¹²³. Söyleşiye katılan kişi, üzerinde taşıdığı bir cihaz yardımıyla bu konuşmanın üçüncü bir kişi tarafından kayda alınmasını mümkün kılmış yahut bizzat kendisi üçüncü kişiden bu konuşmayı kayda almasını talep etmiş olabilir. Bu halde, söyleşiye katılan ve bunu kayda alan kişi, birlikte

ortaya koymaz. Ancak örneğin, konuşma ya da söyleşi öncesi bu konuda bir uyarıda bulunmuş ve fakat buna rağmen bu alet ya da cihazla yakalanan kişinin fiili bakımından icra hareketlerine başlandığı söylenmelidir.”; Aksi görüş için bkz. Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 3, s. 4354, Yazarlar gerekli olan tertibatın kurulması ve fakat dinleme veya kayda alma başlamadan failin yakalanması halinde icranın başladığı ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığı görüşündedirler.

¹²¹ bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 462 vd.

¹²² **Graf**, MK-StGB § 201 kn. 29, 59.

¹²³ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 544.

suç işleme kararına bağlı olarak suçun icrasına ilişkin işbölümü esasına dayalı olarak fiilin icrasına fonksiyonel bir katkıda bulunmakta; bu katkı, suç planının başarıya ulaşması için önem arz etmektedir. Her iki suç ortağının müşterek fail sıfatı ile sorumlu tutulması gerekir ise de; özgü suç olması nedeni ile söyleşiye katılmayan kişinin fail statüsünü taşıması mümkün olmadığı için söyleşiyi kayda alan kişinin şerik (yardımda bulunan) sıfatı ile sorumluluğu cihetine gitmek gerekir. Ancak, söyleşiyi kayda alan kişinin bu fiili, aynı zamanda 133/1 hükmü bakımından da tipiklik arz etmektedir; bu nedenle de bu suç tipi bakımından fail statüsündedir. Failliğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi gereğince, söyleşiyi kayda alan kişinin sadece 133/1'deki suçtan fail sıfatıyla sorumlu tutulması gerekir. Söyleşiye katılan kişi ise, 133/2'deki suçtan fail sıfatı ile sorumludur. Fakat yukarıda belirtildiği üzere, söyleşiye katılan kişi, aynı zamanda söyleşiyi kayda alan kişinin işlediği 133/1'deki suçtan şerik sıfatı ile sorumludur. Failliğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi gereğince söyleşiye katılan kişi, sadece 133/2'deki suçtan fail sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır.

III. İÇTİMA

TCK'nın 133. maddesinde üç ayrı suç tipi tanımlanmıştır. Maddenin 1. ve 2. fıkrasında tanımlanan suçları işleyen failin, yaptığı kayıtları hukuka aykırı olarak ifşa etmesi durumunda, iki ayrı fiil ve iki ayrı suç vardır; gerçek içtima kuralı uygulanarak fail her iki suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır. Yine, iki kişi arasında geçen konuşmayı gizlice dinleyen ve bir aletle kayda alan failin daha sonra saklandığı yerden çıkarak konuşmaya dahil olması ve söylenen sözleri kaydetmeye devam etmesi halinde¹²⁴, iki ayrı fiil ve iki ayrı suç (TCK m. 133/1 ve 2) bulunduğu düşüncesindeyiz. Zira, failin iki kişi arasında geçen konuşmaya dahil olması ile birlikte suçun konusu değişmekte ve "söyleşi" niteliğini taşımaktadır. Fiil tekliğini belirlemede, ihlal edilen norm belirleyici kriter olup; suçun konusunun değişmesi nedeni ile, hukuki anlamda fiil tekliğinden söz edilemez. Suçun konusunun değişmesi ile birlikte, 133/1 bakımından temadi sona ermekte; 133/2 bakımından yeni bir fiilin icrası başlamaktadır. Ancak, failin buradaki davranışı icrai değil; cihazı kapatmamak suretiyle kayda devam etmek şeklinde ihmali davranıştır. Bununla birlikte, suçun (TCK m. 133/2) oluşumu için failin doğrudan kastının varlığının tespit edilmesi zorunludur. Bir başka ifade ile, fail cihazın çalışmaya devam ettiğini ve bu suretle söyleşiyi kayda aldığını ve diğer kişilerin rızasının bulunmadığını bilerek hareket etmelidir. Böyle bir durumda, gerçek içtima kuralı uygulanmalı ve fail her iki suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır. Failin cihazın açık olduğunu unutarak

¹²⁴ bkz. Yargıtay 12. CD, 7.10.2013, E. 2012/21438, K. 2013/22722

söyleşiyi kayda alma iradesi olmaksızın konuşmaya dahil olması halinde ise, kasten hareket ettiği ve 133/2'deki suçun oluştuğu söylenemez. Bu ihtimalde, fail sadece 133/1'deki suçtan sorumlu tutulmalıdır¹²⁵.

Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları dinleme veya ses alma cihazıyla kaydetme suçu (TCK m. 133/1), seçimlik hareketli bir suçtur. Konuşmanın hem dinlenmesi hem de kayda alınması halinde, hukuki anlamda tek fiil ve tek bir suç vardır¹²⁶.

Maddenin 1. ve 2. fıkrasında tanımlanan suçlar bakımından, konuşma ve söyleşiye katılanların sayısı dikkate alındığında zorunlu olarak en az iki mağdur; şayet daha fazla kişi katılmış ise katılan kişi sayısı kadar mağdur bulunmaktadır. Dinleme ve/veya kaydetme fiili ile zorunlu olarak birden fazla kişinin

¹²⁵ Bu nedenle aşağıda verilen kararda, Yargıtay'ın taraflar arasında gerçekleşen iletişimin "söyleşi" niteliğini kazanmadığı gerekçesi ile 133/2'deki suçun oluşmadığı şeklindeki görüşüne katılmıyoruz. **Yargıtay 12. CD, 7.10.2013, E. 2012/21438, K. 2013/22722**, "dosya kapsamına göre, bir süre duygusal boyutta arkadaşlık ilişkisi içerisinde bulunduğu katılan Zeynep ile arkadaşlıkları sona eren sanığın, katılanın başka erkelerle ilişkisi olup olmadığını tespit etmek amacıyla, katılan ile ortak arkadaşları olan Recep'in aracının arka bagaj kısmına saklanıp, yanında getirdiği kamerayı çalıştırdıktan sonra, Recep'in buluşma teklifine olumlu yanıt veren katılanın, kız arkadaşı mağdur Kübra ile beraber, araç içerisinde sanığın olduğunu fark etmeksizin, Recep'in aracına binip, onun sevk ve idaresindeki araçla seyir ettikleri sırada, üçü arasında geçen konuşmaların, sanık tarafından gizlice kaydedildiği, ardından sanığın saklandığı yerden çıkması üzerine, araç içerisinde bulunanların, zaman zaman tartışmaya dönüşecek biçimde birbirleriyle konuştukları, gece 22.00 sularında, ormanlık alanda, yol kenarında, park halinde duran aracı gören polis ekiplerinin müdahalesi sonucu adli soruşturma başlatıldığı olayda, // Tarafı olmadığı konuşmayı, katılanın bilgisi ve rızası dışında kaydeden sanık, bir müddet sonra, konuşmaya dahil olmuş ise de, olayın oluş şekli, şikayete konu eylem ve dosya kapsamına göre, sanığın kastının, katılan, mağdur ve arkadaşı Recep arasında geçen konuşmaları gizlice kaydetmek olduğu nazara alındığında, **kaydedilen konuşmaların bir kısmına sonradan sanığın da katılmış olmasının, taraflar arasında gerçekleşen iletişimin "söyleşi" niteliğini kazanması sonucunu doğurmayacağı anlaşılmalı**, sanığın eyleminin TCK'nın 133/1. maddesinde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden,"

¹²⁶ Suçun oluşabilmesi için tek hareketin yapılması yeterli olmakla beraber suçun yasal tanımında belirtilen hareketlerin birkaçının veya hepsinin yapılması halinde, tipik fiil teklifinden söz edilir. Zira suç konusunun aynı olması nedeniyle tek bir haksızlık bulunup, suçun yasal tanımında yer alan hareketlerin bir kısmının veya hepsinin gerçekleştirilmesi haksızlık muhtevasını arttırmaktadır. Suçun yasal tanımında yer alan hareketlerin bağımsız olduğu, ortada birden fazla fiil, dolayısıyla birden fazla suç bulunduğu ve gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenemez. Zira suç konusu ve ihlal edilen hukuki menfaat aynı olduğu için hukuki anlamda tek bir fiil vardır ve aksini söylemek sözkonusu fiilin aynı norm karşısında birden fazla değerlendirmeye tabi tutulması suretiyle çifte değerlendirme yasağının ihlali niteliğini taşır. Yine burada tek bir fiille aynı suç tipinin birden fazla defa ihlal edildiği gerekçesiyle aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmaz (bkz. **Göktürk**, Neslihan, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 133-134).

mağduriyetine sebebiyet verilmektedir. Bununla birlikte, aynı nev'iden fikri içtima hükmünün (TCK m. 43/2) uygulanamayacağı düşüncesindeyiz. Çünkü 133. maddede düzenlenen suçlar, mahiyeti itibarı ile zorunlu olarak birden fazla kişinin mağduriyetini sonuçlamaktadır. Aynı nev'iden fikri içtima, suçun tek fiil ile tek bir kişiye karşı işlenmesi imkanı varken, birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda sözkonusu olabilir. Zira, suç tanımları fiilin tek bir fail tarafından tek bir kişiye karşı işlenmesi kabulüne bağlı olarak yapılmakta ve suçun karşılığında öngörülen ceza buna göre belirlenmektedir. Tek bir fiil ile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda, mağdurun birden fazla olmasına binaen suçun cezasının ortaya çıkan haksızlık muhtevasını karşılamayacağı düşüncesi ile faile verilecek cezada artırım yapılması öngörülmektedir. TCK'nın 133. maddesinde geçen "kişiler arasındaki konuşma" veya "söyleşi" ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, zorunlu olarak birden fazla kişinin mağduriyetine sebebiyet verilmekte olup; fiilin tipikliği mağdurların birden fazla olmasını gerektirmektedir. Mağdur sayısı, fiilin tipikliğinin belirlenmesi ile ilgili olup; suç çokluğunun varlığı kabul edilerek suçların içtima bağlamında bir değerlendirme yapılamaz. Buna göre, mağdur sayısınınca değil, tek bir suç oluşmaktadır ve mağdurlardan birinin şikayeti bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması için yeterlidir. Mağdur sayısının çokluğu ise, TCK 61/1 hükmüne göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Konuşmanın tarafları veya söyleşiye katılanların değişmesi durumunda, artık bağımsız bir fiil ve suçun varlığından söz edilmelidir. Örneğin failin, mağdurun otomobiline veya işyerine dinleme cihazı yerleştirmesi ve farklı zamanlarda mağdurun otomobiline binen veya işyerine gelen farklı kişiler ile arasındaki konuşmaları dinlemesi ve/veya kaydetmesi halinde, konuşmanın tarafının değişmesi nedeni ile bağımsız bir fiil ve bağımsız bir suç vardır. Buna karşılık, konuşmaya veya söyleşiye katılan kişiler aynı kalıyor ise, birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunup; aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmeleri halinde zincirleme suça ilişkin hüküm (TCK m. 43/1) uygulanmalıdır. Buna göre, her bir konuşma ayrı bir suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun, fiilin icrasının bir süre devam etmesi nedeni ile mütemadi suç niteliğini taşıması, araya fasıla giren tüm konuşmaların cihazın aynı yerde bulunması ya da mağdurların aynı kişi olduğu gerekçesi ile hukuki anlamda tek bir fiil sayılmasını sonuçlandırmaz. Fail, tek bir hareketle cihazı örneğin mağdurun otomobiline, evine veya işyerine yerleştirmiş olsa da cihazın sürekli olarak orada bulunması ve mağdurun aynı kişi olması, temadinin devam ettiği; dolayısıyla hukuki anlamda tek bir fiil ve tek bir suç bulunduğu anlamına gelmez. Araya fasıla giren ya da tarafları değişen her bir konuşma ayrı bir suç konusu şeklinde değerlendirilmelidir.

Dinlenen ve/veya kayda alınan konuşmaların içeriği, aynı zamanda özel hayat alanına girmekte ise, fail ayrıca özel yaşamın gizliliğini ihlal suçundan (TCK m. 134) dolayı cezalandırılmaz. TCK 134 hükmü genel sıfatıyla geri çekilir ve 133. madde özel norm olarak öncelikle uygulanır¹²⁷. Konuşmaların içeriği, aynı zamanda kişisel veri ihtiva ediyor ise kişisel verilerin ele geçirilmesi suçu da oluşur. Ancak her iki suç tek fiil ile işlendiği için farklı nev’iden fikri içtima ilişkisi hükmün (TCK m. 44) uygulanması gerekir.

Kullanılan cihazın, hem ses hem görüntü kaydetme özelliğine sahip olması durumunda, aynı anda ses ve görüntü kaydı yapıldığı için, tek fiil ile hem 133/1-2’de tanımlanan suç hem de özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134/1) oluşabilir¹²⁸. Bu durumda, farklı nev’iden fikri içtima hükmüne (TCK m. 44) binaen fail en ağır cezaı gerektiren suçtan sorumlu tutulmalıdır¹²⁹.

¹²⁷ **Yargıtay 12. CD, 30.3.2015, E. 2014/20109, K. 2015/5314**, “Oluşa uygun kabule göre; bir okulda öğretmen olarak görev yapan sanık Derya’nın, öğretmen olan resmi nikahlı eşi Bilal ile yine meslektaşısı olan katılan Nihal arasında gayrimeşru ilişki olduğu düşüncesiyle eşinin aracına gizlice ses alma cihazı yerleştirip, katılanla, kendi eşi arasında yüz yüze gerçekleşen, içeriği özel, aleni olmayan konuşmaları, konuşanların bilgisi ve rızası dışında, kaydetmesinden dolayı TCK’nın 133/1. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,”

¹²⁸ **Zafer**, s. 158.

¹²⁹ Aksi görüş için bkz. **Koca / Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 496; **Koca**, Kollokyum, s. 102, “bu gibi durumlarda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Zira özel hayatın gizliliğinin görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi, 134. maddenin 1. fıkrasında açıkça yaptırıma bağlanmıştır. TCK’nın 133. maddesi münhasıran konuşmaların bir aletle dinlenmesi veya ses alma cihazı ile kaydedilmesi halinde uygulanmalıdır.”; **Koca**, Kollokyum, s. 91, 94-95; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 538, 542, Yazarlara göre maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlar konuşma ile sınırlı olup, konuşma dışında kalan kayıtlar örneğin görüntü gibi, bu suçu değil özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturur.; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 554. Biz, kullanılan cihazın hem ses hem de görüntü kaydetme özelliğinin bulunması halinde, sadece özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun (TCK m. 134) oluşabileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Zira, failin iradesi konuşma içeriğinin kaydına yönelik olup; bu amaçla kullandığı cihaz sadece ses değil, aynı zamanda görüntü kaydetme özelliğine sahip olabilir. Diğer taraftan TCK’nın 133. maddesi bakımından konuşma ya da söyleşi içeriğinin hiçbir önemi yoktur. Konuşma veya söyleşi içeriği “gizlilik taşıyan ve özel yaşam alanı kapsamında yer alan konularla ilgili olabileceği gibi, herkes tarafından bilinen veya anlamsız ya da sıradan hususlar hakkında da olabilir.” (**Yargıtay 12. CD, 28.4.2014, E. 2013/26087, K. 2014/10205**). Özellikle, 133/2 bağlamında söyleşi niteliğindeki konuşma içeriği söyleşiye katılanların özel yaşam alanına dahil olmayıp herkesçe bilinen hususlara ilişkin olabilir. Böyle bir durumda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluştuğu söylenemez. Nitekim Yargıtay ses ve görüntü kaydında özel yaşam alanına dahil ve özel hayatın gizliliğini ihlal edecek bir husus konuşulmadığından bahisle TCK’nın 134. maddesindeki suçun oluşmadığı yönünde kararlar vermektedir (bkz. **Yargıtay 12. CD, 9.3.2015, E. 2014/21254, K. 2015/4292; Yargıtay 12. CD, 2.3.2015, E. 2014/18006, K. 2015/3749;**

Konuşmanın kayda alınması suretiyle elde edilen veri, aynı zamanda kişinin şeref ve haysiyetine zarar verici nitelikte olup da, menfaat elde etmeye yönelik olarak bu verinin ifşa edileceği tehdidinde bulunulmuş ise şantaj suçu (TCK m. 107/2) oluşur¹³⁰. Tehdidin konusu gerçekleştirilmiş, yani veri ifşa edilmiş ise hem şantaj hem de 133/3'te düzenlenen suç oluşur ve gerçek içtima kuralı uygulanarak fail her iki suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır.

Dinleme ve/veya kayıt aletinin yerleştirilmesi hazırlık hareketidir; bu bağımsız bir suçun oluşumuna sebebiyet veriyor ise, örneğin aletin yerleştirilmesi için mağdurun evine veya işyerine girilmiş ise, gerçek içtima kuralı uygulanarak fail ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan (TCK m. 116) dolayı sorumlu tutulmalıdır.

Ş 4. YAPTIRIM ve MUHAKEME KURALLARI

Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme suçunun (TCK m. 133/1) cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır¹³¹. Kaydetme fiili, konuşmanın içeriğinin orijinal haliyle muhafaza edilmesini sağlaması ve başkalarına aktarılma tehlikesinin yüksek olması nedeni ile haksızlık muhtevası bakımından dinleme fiiline göre daha yoğundur¹³²; bu nedenle de 132/1 hükmüne paralel şekilde dinleme fiiline na-

Yargıtay 12. CD, 19.1.2015, E. 2014/16599, K. 2015/592; Yargıtay 12. CD, 22.12.2014, E. 2014/10256, K. 2014/26254; Yargıtay 12. CD, 7.4.2014, E. 2013/14128, K. 2014/8367; Yargıtay 12. CD, 10.2.2014, E. 2013/10089, K. 2014/2979; Yargıtay 12. CD, 10.2.2014, E. 2013/11860, K. 2014/2963. Buna göre, TCK'nın 133. maddesinin dar yorumlanması suretiyle kullanılan cihazın münasırın ses kayıt özelliği ile sınırlandırılması ve hem ses hem de görüntü kaydeden cihazla yapılan kayıtların sadece 134. madde kapsamında değerlendirilmesi halinde, özellikle 133/2 kapsamındaki fiillerin yaptırımsız kalması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Failin, kendisinin de katıldığı söyleşiyi ses ve görüntü kaydeden cihazla kayda alması, ancak konuşma içeriğinin özel yaşam alanına dahil olmayan ve herkesçe bilinen hususlara ilişkin olması durumunda, ne 133/2 ne de 134'deki suçun oluştuğu sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla, kullanılan cihazın ses kayıt özelliği yanında görüntü kaydetme özelliğine sahip olması fiilin 133. madde kapsamında değerlendirilmesine engel değildir. Konuşma, sadece ses kayıt özelliğine sahip bir cihazla kaydedilebileceği gibi; sesli ve görüntülü kayıt yapabilen bir cihazla da kaydedilmiş olabilir. Önemli olan, kaydın içeriğinin kişiler arasında geçen bir konuşmayı ihtiva etmesidir. Bu nedenle, tek fiil ile hem 133/1-2 hem de 134 hükmünün ihlal edilebileceği; bu durumda farklı nev'iden fikri içtima ilişkin hükmün (TCK m. 44) uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

¹³⁰ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 545.

¹³¹ TCK'nın 133. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "iki aydan altı aya kadar hapis" ibaresi, 02.07.2012 kabul tarihli, 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı RG'de yayımlanan 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle "iki yıldan beş yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir.

¹³² Nitekim haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun düzenlendiği TCK'nın 132. maddesi de bunu teyid edici mahiyettedir: "(1) *Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir*

zaran daha ağır bir ceza yaptırımının öngörülmesi yerinde olabilir idi¹³³.

Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme suçunun (TCK m. 133/2) cezası altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır¹³⁴. Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etme suçunun (TCK m. 133/3) cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adli para cezasıdır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yolu ile yayımlanması halinde de aynı cezaya hükümlenir¹³⁵.

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun tabiki, maddede tanımlanan üç suç tipi bakımından da şikayete bağlıdır (TCK m. 139). Şikayet koşulu, suçun nitelikli halleri (TCK m. 137) bakımından da geçerlidir. Zira şikayet koşulunun düzenlendiği TCK'nın 139. maddesinde "bu bölümde yer alan suçların" ifadesi kullanılmakta olup; bu ifade suçun hem temel şekli hem de nitelikli şeklini kapsadığı gibi; sözkonusu düzenleme bölüm sonunda yer almaktadır.

SONUÇ

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun düzenlendiği TCK'nın 133. maddesi ile ilgili olarak ortaya çıkan temel sorunlar ve ulaşılan sonuçlar kısaca şöyledir:

1) Maddenin 2. fıkrasında yer alan "söyleşi" ne anlam ifade etmektedir? Maddenin 1. fıkrasında "konuşma" ve 2. fıkrasında "söyleşi" şeklinde farklı terimlerin kullanılması ve her iki fıkradaki suçların düzenlenme biçimi, özellikle de 2. fıkrada geçen "diğer konuşanların rızası olmadan" ifadesi dikkate alındığında, söyleşi için en az üç kişinin bir arada bulunması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak maddede "konuşma" ve "söyleşi" şeklinde farklı te-

yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır."

¹³³ Aynı yöndeki eleştiri için bkz. **Zafer**, s. 169-170; **Koca**, Kollokyum, s. 92; **Koca / Üzülmaz**, Özel Hükümler, s. 490; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 556.

¹³⁴ Maddenin 2. fıkrasında yer alan "altı aya kadar hapis" ibaresi, 2.7.2012 kabul tarihli, 5.7.2012 tarih ve 28344 sayılı RG'de yayımlanan 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle "altı aydan iki yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir.

¹³⁵ 2.7.2012 kabul tarihli, 5.7.2012 tarih ve 28344 sayılı RG'de yayımlanan 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle değiştirilen 3. fıkra: "(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, **altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası** ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de, aynı cezaya hükümlenir."

rimlerin kullanılması ve bunlara farklı anlam yüklenmesi 3. fıkra bakımından tartışmalara sebebiyet verdiği gibi; sadece iki kişinin katıldığı bir konuşmada taraflardan birinin diğer tarafın rızası olmaksızın bunu kayda alması ile üç veya daha fazla kişinin katıldığı konuşmayı kayda alması arasında neden bir fark gözetildiği anlaşılır değildir.

2) Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etme” suçunun faili kimler olabilir? Bu suçun faili, gerek 1. fıkra gerekse 2. fıkrada tanımlanan suçları işleyen kişiler olabileceği gibi; verileri başka suçların işlenmesi yahut hukuka aykırı diğer yollarla elde eden üçüncü kişiler; hatta bu verileri hukuka uygun şekilde elde eden kişiler, örneğin teknik araçla izleme tedbirini hukuka uygun olarak icra eden bir kolluk görevlisi de olabilir. Burada önemli olan, verinin ne şekilde ve kim tarafından elde edildiği değil; veriyi elinde bulunduran kişinin bunu hukuka aykırı olarak ifşa etmesidir.

3) TCK’nın 133. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında yer alan “rızası olmaksızın” ifadesinin suçun yapısı içindeki yeri nedir? Suçun yasal tanımında yer verilen “rızası olmaksızın” ifadesinin hukuka aykırılık unsuru ile ilintili olmadığı, tipiklik kapsamında yer aldığı düşüncesindeyiz. Sözkonusu normların -ilgilinin rızası göz önünde bulundurulmaksızın- konuşmaların dinlenmesi ve/veya kayda alınması fiili hakkında bir değersizlik yargısı ihtiva ettiği, bir başka ifade ile fiilin cezalandırmaya değer bir haksızlık içeriğine sahip olduğu söylenemez. Zira, norm ile korunan hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda, kişi konuşmasının etki alanı üzerinde tasarruf etme özgürlüğüne sahiptir. Kişinin konuşmanın dinlenmesine veya kaydedilmesine rıza göstermesi, tasarruf özgürlüğünü kullanmasının bir sonucudur. Böyle bir durumda, norm ile korunan hukuki menfaatin ihlal edildiği; dolayısıyla dinleme ya da kayda alma fiilinin cezalandırmaya değer bir haksızlık oluşturduğu söylenemez. Bu itibarla, ilgilinin rızası ile gerçekleştirilen dinleme ve kayda alma fiilleri, ceza hukuku bakımından hakkında değersizlik yargısında bulunulmasını gerektirir öneme sahip bir haksızlık oluşturmaz. İlgilinin rızasının bulunması durumunda, tipikliğin objektif unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile fiil tipik değildir. Rızanın yokluğunun tipikliğin olumsuz unsuru olması sebebi ile fiilin tipikliğinin belirlenmesinde, hakim, ilgilinin rızasının bulunup bulunmadığını araştırmak zorundadır.

4) TCK’nın 133. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesinin suçun yapısı içindeki yeri nedir? 5237 sayılı TCK sisteminde benimsenen kusur teorisi karşısında, sözkonusu ifadenin tipiklikle ilişkilendirilmesinin ve kast kapsamında mütalaa edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu ifade,

suç tipinde yer alan maddi unsurlardan birini nitelemeyip; suç tipinin bütününe yöneliktir. Suç tipinin bütününe yönelik olması sebebi ile, suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsuru ile ilişkilidir. Amaç, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceğine hakim dikkatini çekmek ve bunu araştırma yönünde bir yükümlülük yüklemektir. Buna göre, tipikliğin gerçekleşmesi fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil etmeyip; hakim, ileri sürülmesi dahi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmak ve hükümde buna yer vermekle yükümlüdür. Diğer taraftan, bu ifade, sadece suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsurunun lüzumsuz olarak tekrarından ibaret değildir; haksızlık bilinci bağlamında kusur alanında da fonksiyon icra etmektedir. Fail fiilin icrası sırasında doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmeli; yani fiilin hukuka aykırılığı konusunda kesin bilgi sahibi olmalıdır.

5) Suçun olası kastla işlenmesi mümkün müdür? Maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlar bakımından, failin, konuşmaya katılanların rızasının bulunmadığını bilmesi kast kapsamında mütalaa edildiği için, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir; olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suç bakımından fail ifşanın hukuka aykırı olduğunu bilmelidir. Bu bilme, kast değil; kusurun unsuru olan haksızlık bilinci bağlamında ele alınması gereken bir unsurdur. Fail fiilin icrası sırasında doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmelidir; olası haksızlık bilincinin varlığı failin kusurlu addedilmesi için yeterli değildir. Failin doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmesinin arandığı bir durumda, suçun olası kastla işlenmesi mantıken izah edilebilir değildir. Bu nedenle, bu suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı; ancak doğrudan kastla işlenebileceği düşüncesindeyiz.

6) İddia ya da savunmanın ispatı amacıyla elde edilen ve daha sonra muhakemede delil olarak ileri sürülmek suretiyle ifşa edilen bu kayıtların 133. maddede karşısındaki durumu nedir? Özel şahıslar tarafından suç şüphesine binaen delil toplamak amacıyla iki veya daha fazla kişi arasında geçen konuşmaların gizlice dinlenmesi ve/veya kayda alınması mümkün değildir; bu yetki sadece CMK'da düzenlenen koşullar altında resmi makamlara aittir. Ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, suçun ispatı amacıyla kişiler arasındaki konuşmaların suç şüphesine istinaden özel şahıslar tarafından kayda alınmasını hukuka uygun kılmaz. Bu davranış, 133/1'de düzenlenen suçu oluşturacaktır. Aynı husus, örneğin medeni muhakemede boşanma, tazminat ya da iş davalarında delil olarak sunmak üzere iki veya daha fazla kişi arasında geçen konuşmaların gizlice dinlenmesi ve/veya kayda alınması bakımından da geçerlidir. Tipik olan bu davranış bakımından hiçbir hukuka uygunluk nedeni kabul edilemez; failin bu suçtan sorumlu tutulması gerekir. Kişinin

kendisinin de katıldığı bir söyleşiyi gizlice kayda alması ise, 133/2 bakımından tipik bir fiil olup; söyleşide kendisine karşı söylenen sözleri muhakemede delil olarak kullanmak üzere kaydetmesinin, koşullarının gerçekleşmesi halinde zorunluluk hali kapsamında mütalaa edilebileceği düşüncesindeyiz. Verinin elde edilmiş şeklinin suç teşkil etmesi sebebi ile, bunların iddia ya da savunmayı ispat amacı ile kullanılamaması gerekir. Ancak kişi, iddia ya da savunmasını ispatlamak amacı ile sözkonusu verileri muhakemede delil olarak ileri sürüyor ise, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılığın içindedir. Bu durumda, hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunun eksik olması nedeni ile tipik fiil haksızlık olarak ortaya çıkar; fakat yanılığın binaen failin bu haksızlık bakımından kastından söz edilemez; failin somut vakianın koşulları hakkındaki yanılığın kasten hareket etmesini önlemektedir.

◆◆◆

KAYNAKÇA

Akyürek, Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Artuk, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2013.

Baumann, Jürgen / **Weber**, Ulrich / **Mitsch**, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.

Bringewat, Peter, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.

Centel, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Ebert, Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.

Ekici-Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009.

Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2013.

Göktürk, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, CHD 2015/27, s. 7-28.

Göktürk, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığının Hukuki Niteliği”, CHD 2014/26, s. 7-30.

Göktürk, Neslihan, *Fikri İçtima*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Graf, Jürgen Peter, in: *MK-StGB, Band 4, 2. Auflage*, C. H. Beck Verlag, München, 2011.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012.

Heuchemer, Michael, in: *BeckOK-StGB*, 27. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2015.

Hilgendorf, Eric / **Valerius**, Brian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2013.

Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.

Jescheck, Hans Heinrich / **Weigend**, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Kangal, Zeynel T., *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Kargl, Walter, in: *NK-StGB, Band 2, 4. Auflage*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.

Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2. Auflage, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976.

Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.

Koca, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Koca, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Koca, Mahmut, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132-134)", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kollokyumu (8 Ekim 2010), s. 63-115.

Kramer, Bernhard, "Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozeß", NJW 1990/29, s. 1760-1764.

Krey, Volker / **Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011.

Lackner, Karl, in: Lackner/Kühl StGB, 28. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014.

Lenckner, Theodor / **Eisele**, Jörg, in: Schönke/Shröder StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014.

Maurach, Reinhart / **Zipf**, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

Özbek, Veli Özer ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Özgenç, İzzet, "Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kollokyumu (8 Ekim 2010), s. 116-145.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2013.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2006.

Rudolphi, Hans Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1969.

Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1980.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Şen, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, İBD, C. 79, 2005/3, s. 709-720.

Tezcan, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan /Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.

Werner, Olaf, “Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel”, NJW 1988/16, s. 993-1002.

Wessels, Johannes / **Beulke**, Werner / **Satzger**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013.

Yaşar, Osman / **Gökcan**, Hasan Tahsin / **Artuç**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Zafer, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

**28.02.2008 TARİHLİ
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARININ
(BGE 134 III 241) ÇEVİRİSİ VE KÖKENİNİ ÖĞRENME HAKKI İLE
İLGİLİ GENEL BİR DEĞERLENDİRME**

*Translation of Swiss Federal Court Decision Dated 28.02.2008
(BGE 134 III 241) and General Assessments about Right to Know One's Origin*

Yrd. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU*

ÖZET

Heterolog döllenme teknikleri ve evlât edinme kurumunun işlevsellik kazanmasıyla beraber temel insan haklarından biri olan kökenini öğrenme hakkının, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde gerekse de Kıta Avrupası ülkelerinde yargı kararlarına daha sık konu olmaya başlaması, bu hakkın niteliği ve kullanılması ile ilgili doktrinde ayrıntılı çalışmalar yapma ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Ancak asıl mesele söz konusu hakkın kavram olarak tanımlanmasından ziyade, çatışan menfaatler karşısında sınırlarının tespiti noktasında ağırlık kazanmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir karar ile kökenini öğrenme hakkını, feragat edilemez ve hak düşürücü bir süreye bağlı olmayan mutlak nitelikte bir kişilik hakkı olarak tarif etmiştir¹. Bu çalışma ile çevirisini yaptığımız İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2008 yılında verdiği karar (BGE 134 III 241) ise, kökenini öğrenme hakkının çatışma hâlinde olabileceği vücut bütünlüğü hakkını, soybağı davalarında talep edilen genetik testler sebebiyle yalnızca fiziksel sağlığın ihlâli boyutuyla değil, aynı zamanda psikolojik sağlığın ihlâli boyutuyla da ele aldığı için dikkat çekicidir. Biz de bu çalışma ile hukukî soybağının, genetik soybağı ile örtüşme sağlamadığı alanlarda söz konusu olan kökenini öğrenme hakkına ilişkin genel ve kısa bilgiler verdikten sonra, Federal Mahkeme kararı çerçevesinde bu hakkın vücut bütünlüğünün ihlâli karşısındaki uygulamasına ilişkin kısa değerlendirmelerde bulduk.

Anahtar Kavramlar: Kökenini Öğrenme Hakkı, Soybağı Hukuku, Vücut Bütünlüğünün İhlâli.

ABSTRACT

The right to know one's origin is a one of the fundamental human right, which began to be discussed recently by functionalization of the artificial insemination techniques and adoption, and also began to be subject in both the European Human Rights Courts' as well as in the decisions of Western European countries. And it has

* Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi. nagehanhukuk@hotmail.com

¹ Bkz: BGE 128 I 63

created a requirement of new academic studies about the scope and application of this right. But the main theme is not only defining the right, but also determining the limits of the right in terms of the conflicting interests.

In Switzerland, the Federal Court in its decision in 2002 for the first time described the right to know one's origin as a absolute personality right which can not be waived and limited with a period of prescription. The Swiss Federal Court decision given in 2002, described the right to know the one's origin, as an absolute personality right that can not be waived and not due to a prescription period. In this study, the decision of the Swiss Federal Court given in 2008, (BGE 134 III 241), that we translated, is noteworthy as it handles the violation of the right of the body integrity by the requested genetic testing in the lineage cases, which can be in conflict with the right to know one's origin, within the frame of not only physical health, but also the psychological health. With this study, we have made assessments about the application of this right in view of the violation of body integrity after giving general and brief information regarding the right to know one's origin that exist in case of the legal paternity does not match with the genetic paternity.

Keywords: Right to Know One's Origin, Lineage Law, Violation of Body Integrity.

◆◆◆◆

I. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ 28.02.2008 TARİHLİ KARARI (BGE 134 III 241)

A- Dava Konusu Olayın Esası

BGE 134 III 241 S. 241

X, 2 Eylül 1943 tarihinde Y ve Z'nin evliliklerinden dünyaya gelmiştir. Çift 1950 tarihinde boşanmıştır. X, 6 Aralık 2005 tarihinde Baden Bölge Mahkemesi'nde (yeniden evlenmiş olan) annesi Z'ye ve babası Y'ye karşı soybağının reddi davası açarak, Y'nin kendi babası olmadığını tespit edilmesini talep etmiştir. Baden Bölge Mahkemesi 26 Kasım 2006 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir. Mahkeme gerekçe olarak, kocanın babalık karinesinin çürütülmesi için açılan davada hak düşürücü sürenin (ZGB Art. 256) geçtiğini ve süreyi uzatmak için ZGB Art. 256c Abs.3 anlamında haklı bir sebebin de bulunmadığını belirtmiştir. Bunun yanında Mahkeme, yaşı oldukça ileri olan ve DNA testi yaptırmayı reddeden Y'nin karşısında, genetik kökenini bilmek isteyen davacının bu talebini de reddetmiştir.

BGE 134 III 241 S. 242

Baden Bölge Mahkemesi'nin bu kararına karşın X kararı temyiz etmiş olup, Aargau Kantonu Üst Mahkemesi 2. dairesi de temyiz talebini 11 Temmuz 2007 tarihli kararı ile reddetmiştir.

X, 11 Eylül 2007 tarihli dilekçe ile İsviçre Federal Mahkemesi'ne müracaat ederek, Aargau Kantonu Üst Mahkemesinin kararının bozulmasını ve Y'nin kendi babası olmadığını tespit edilmesini talep etmiştir. Y (davalı) de davanın reddedilmesini talep etmiştir. Z'den (diğer davalı), herhangi bir başvuru alınmamıştır.

Federal Mahkeme temyiz talebini kısmen kabul etmiştir.

B- Gerekçeler

5

5.1 Aargau Kantonu Üst Mahkemesi, davacının, babalık karinesinin çürütülmesine ilişkin ZGB Art. 256'ya dayanarak açtığı soybağının reddi davasını haklı olarak reddetmiştir. Böylece davalı, davacının hukuken babası olarak kalmaya devam etmiştir. Ancak üst mahkeme, soybağının tespitinin talep edildiği davada ayrıca, davacının AİHS m.8 uyarınca soybağının reddi davasından *bağımsız olarak* kökenini bilme hakkının olup olmadığını da araştırmıştır. Üst Mahkeme ayrıca AİHM'in *Jäggi vs Schweiz* davasında (VPB 70/2006 Nr. 116 S. 1894) verdiği 13 Temmuz 2006 tarihli kararda belirtilen, davacının önemli bir menfaatinin bulunduğu hâllerde biyolojik ebeveynlerini öğrenme hakkına sahip olacağı yönündeki kanâate dayanmıştır. İlk Derece Mahkemesi ise, davalının ileri yaşta (90 yaşında) olmasından dolayı DNA testine rıza göstermediğini ve bu "uyuşmazlığın" sona erdirilmesi gerektiği yönündeki menfaatinin dikkate alınmıştır. Davalı, davacının kendisinin biyolojik olarak kızı olmadığına ilişkin bilimsel gerçekliğin kendisini psikolojik olarak çok rahatsız edeceğini ve doktorunun, kendisinin yaşının ileri olması nedeni ile kendisini test yaptırmaktan vazgeçirdiğini; kendisinin bu konu ile bir bağlantısının artık olmasını istemediğini; bu konunun ispatlanmış sayılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu iddiaları dikkate alan İlk Derece Mahkemesi, davalının fizikî ve psikolojik bütünlüğüne ilişkin haklı sebepler ileri sürdüğünü ve bu sebeplerin de önemli bir menfaatin varlığına dayandığını tespit ederek bu yönden de davayı reddetmiştir. Davacı, söz konusu davadan bağımsız ve mutlak anlamda kökenini öğrenme hakkının bulunup bulunmadığı hususunun açıklığa kavuşturulmasını talep etmektedir. Davacı, AİHS m.8 uyarınca dikkate alınan menfaat değerlendirmesi çerçevesinde her halûkarda kendisinin kökenini öğrenme talebinin kabul edilmesi gerektiğini de savunmaktadır.

5.2 Davacının, reşit ve evlilik içinde doğan bir çocuk olarak kökenini öğrenme hakkının olup olmadığı ya da hangi şartlarda bu hakkını kullanabileceği hususu tartışmalıdır.

5.2.1 AİHM'nin *Jäggi* (Parag. 38 und 40) kararına göre, özel hayata saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen AİHS m. 8 hükmü, bir kimsenin ileri yaşta olmasının, diğer bir kimsenin kökenini öğrenmedeki menfaatini hiçbir şekilde azaltamayacağı türden bir kişisel kimlik hakkını da kapsamaktadır. Kökenini öğrenmek isteyen bir kimse, bu hakkına yönelik bilgileri edinmeye ilişkin önemli ve AİHS ile korunan bir menfaate sahiptir. AİHM, *Jäggi* davasında (Parag. 43), babalık davasına izin veren hükümlerin bir çocuğun (genetik) kökenini öğrenme hakkını ortadan kaldıracığı ve bu şekilde hukuk güvenliğinin sağlanacağı yönünde ileri sürülecek bir argümanın yeterli görülemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle de Üst Mahkeme haklı olarak, soybağının reddi davasındaki hak düşürücü sürelerin (ZGB Art. 256c Abs. 2 ve 3 uyarınca) geçmesine rağmen, kökenini öğrenme hakkının kullanılıp kullanılmayacağını araştırmıştır. Bunun da ötesinde AİHM, DNA testi gibi tıbbî bir analizi gerektiren hâllerde üçüncü kişinin korunması gereken menfaatinin bulunduğu ihtimali hariç, çocuğun kökenini öğrenme hakkının dikkate alınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir (*Jäggi* kararı Parag. 38; AİHM'in 7 Şubat 2002 tarihli *Mikulic vs Hırvatistan* kararı, Parag. 64; SAMANTHA BESSON, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZSR 124/2005 I S. 58). Üst Mahkeme, somut menfaat değerlendirmesi yapıldığında, üçüncü kişilerin menfaatlerini de saklı tutan söz konusu içtihadı ihlâl etmemiştir (*Jäggi* kararı Parag.37 ve 38; REGINA E. Aebi-Müller, EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?, Jusletter 2. Oktober 2006, Rz. 8).

5.2.2 İsviçre hukuku doktrininde, genetik kökenini bilmenin bireyler için hukuk düzeninden bağımsız olarak da önem arz ettiği kabul edilmektedir (karş. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Abstammung und Kindesverhältnis - wo stehen wir heute?, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich 2007, S. 129 ff.; AUDREY LEUBA/PHILIPPE MEIER/SUZETTE SANDOZ, Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle?, in: Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé, Bd. I, Zürich 2002, S. 168; SABRINA BURGAT/OLIVIER GUILLOD, Les actions tendant à la destruction du lien de la filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, in: Bohnet [Hrsg.], Quelques actions en annulation, Neuenburg 2007, Parag. 151, S. 48 f.). Federal Mahkeme, önceki tarihli bir kararında, genetik anne-babayı öğrenme hakkının, evlât edinilen reşit çocuk bakımından çatışan menfaatlerin mukayese edilmesinden bağımsız olarak Anayasa'dan kaynaklandığını ve buna uygun olarak bu hakkın kayıtsız, şartsız, feragat edilemez ve bir sürenin geçmesiyle kaybedilemez nitelikte bir hak olduğuna karar vermiştir (BGE 128 I 63 E. 5 S. 77 f.). Özel hayata saygı duyma hakkı çerçevesinde kişisel kimlik hakkının önemli görünülerin-

den biri olan genetik kökenini bilme hakkı, bütün çocuklar için ve elbette ki – *davalı gibi*- evlilik içinde doğmuş çocuklar için de kabul edilmelidir (karş: ANDREA BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004 S. 1183). Hiç şüphesiz, evlilik içi (veya evlilik dışı) çocukların durumu, evlât edinilen çocuklardan ayrılır: Nüfus kayıtlarında veya resmî makamlarda hiçbir kaydın olmadığı ve üçüncü kişilerin dâhil olmasını gerektiren durumlar; kökeni öğrenme sürecini yalnızca pratik açıdan değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin hukuken korunmaya değer menfaatlerinden ötürü hukuken de zorlaştırmaktadır (karş: BESSON, a.g.e., s. 61 vd.). Bu nedenle devlet organları, temel hakları uygun olduğu ölçüde bireyler arasında da etkin kılmak için gerekli çabayı sarf etmek zorundadırlar (BV Art.35).

5.3 Kökenini öğrenme hakkının kişiler arasında ileri sürülmesi ve taraflardan birinin –*somut olaydaki davalı gibi*- vakıanın açıklığa kavuşmasına katılmayı reddetmesi ihtimalinde, kökeni bilme hakkının hangi özel hukuksal temele dayandığının araştırılması gerekir. Çünkü ilgili kişinin onayı olmaksızın yapılacak genetik testler sadece özel yasal düzenlemeyi temel alan bir mahkeme hükmüne dayandığında hukuka uygun olmaktadır. (8 Ekim 2004 tarihli İnsan Üzerindeki Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun md.5/ f.1 ve md. 32/ f.1 [GUMG; SR 810.12]).

5.3.1. Kişinin kendi kökenini tespit etmeye ilişkin talep hakkı baskın görüşe göre ZGB Art. 28'de güvence altına alınan kişiliğin korunması kapsamına girmektedir (MARIO M. PEDRAZZINI/NIKLAUS OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993, Ziff.6.4.2.3.2., S.136). Bu anlamda ZGB Art. 272'e göre ebeveynler ve çocuklar arasında geçerli olan destek olma yükümlülüğünden, hukuken korunmaya değer menfaatler için gerekli olduğu sürece karşılıklı bilgi verme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır (INGEBORG SCHWENZER, a.a.O., N.9 zu Art.272 ZGB). ZGB Art. 272'den kaynaklanan bu yükümlülükler dava edilemez nitelikte olsa bile, temel hak ve değerlerin özel hukukun koruması altında olduğu şeklindeki yorumdan, çocuğun da kökenini öğrenme talebini kişilik hakkının bir uzantısı olarak ileri sürebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. (karş. MÉLANIE BORD, Existe-t-il un droit général d'accéder aux données relatives à ses origines?, in: Bord/Premand/Sandoz/Piotet [Hrsg.], Le droit à la connaissance de ses origines, Genf 2006, S. 59; AEBI-MÜLLER, EG-MR-Entscheid Jäggi, a.a.O., Rz. 6).

5.3.2 Katılım yükümlülüğü ve aynı zamanda söz konusu talebin yasada öngörülen tespit davası dışında ileri sürülmesi bağlamında aktif ve pasif husumet

meselesinin usul hukukuna ilişkin temelini açıklanması gerekmektedir. Soybağının reddi talebi, çocukla ilişki hakkındaki ve bununla birlikte ZGB Art. 28 Abs.1 anlamında kişisel ilişkiyi düzenleyen hükümlere dayanarak (BGE 108 II 344 E. 1b S.348) açılan kişiliği koruyucu davada (BGE 79 II 253 E.4.S 259) bir ön mesele oluşturur. Soybağının reddi davasında mahkeme, ek olarak kişisel kökeninin tespit edilmesine ilişkin taleple bağlıdır; fakat bu husus soybağının reddi davası bakımından dava şartı hâline getirilmemiştir. Kişiliği koruyucu davanın konusu da kökenin açıklamasından ibaret olduğu için, kişisel kökenini bilmeye ilişkin talep hakkının ileri sürüldüğü davada, usul hukuku bakımından soybağının reddi (veya babalık) davasının hukukî sonuçları devreye girmeden soybağının reddine (veya babalık davasına) ilişkin hükümlerde düzenlenen (*tbbî araştırmaya*) katılım yükümlülüğünün kıyasen uygulanması uygun gözükmektedir (bu anlamda: [“kendine özgü dava”]. VINCENT STAUFFER, *Les secrets et la détermination des liens biologiques entre* (BGE 134 III 241 s. 246) *individus par des tests génétiques*, in: Zen-Ruffinen [Hrsg.], *Les secrets et le droit*, Genf 2004, S. 184; JEANINE DE VRIES REILINGH, *Le droit fondamental de l’enfant à connaître son ascendance*, AJP 2003 S. 371; a.M. wohl PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, Bd. I, 3. Aufl., Genf 2005, Rz. 383 f.: *persönlichkeitsrechtliche Klage*). Evlilik içi doğum karinesinin çürütülmesinde ZGB Art. 254 Ziff.2’nin kıyasen uygulanmasının anlamı; davacının bilgi edinme hakkını annesine ve baba olarak varsayılan kocaya karşı yönlendirebilmesi ve tarafların ve üçüncü kişilerin kökenin açıklanması için gerekli olan ve sağlıkları için tehlike yaratmayan testlere katılımlarının zorunlu olmasıdır (vgl. BGE 112 Ia 248 E. 3 S. 249; Urteil 5P.466/2001 vom 20. Februar 2002, E. 5c, zusammengefasst in: *Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit* [digma] 2002 s. 91).

5.4 Burada tespit edilmesi gereken sorun olarak, davacının kişisel kökenini bilmeye ilişkin kişilik hakkının dayandığı hukukî menfaatin, ebeveynlerinin kişiliğinin korunmasına ilişkin baskın hukukî menfaatlerinin karşısında engel olarak yer alıp almadığı hususu ortaya çıkmaktadır (Karş. ZGB Art. 28 Abs.2).

5.4.1 Öncelikle davacının kişisel kökenini bilmeye ilişkin talep hakkını ileri sürmesine ilişkin yeterli nedenlerinin bulunduğu açıktır; kaldı ki burada kişisel bir husumetin söz konusu olduğuna ilişkin bir emare de bulunmamaktadır (karş. MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 384 ve Fn. 732). Davacı reşit olup, reşit olmayan bir çocuğun sıkı ailevî köken tanımlamasına ilişkin sahip olduğu menfaatler ile sosyal ya da hukukî babasının aynı zamanda genetik babası olup olmadığına ilişkin sorunun giderilmesine ilişkin menfaatlerin birbirinin karşısında yer alıp almadığı hususu (karş. Art. 268c Abs. 1 ZGB) burada tartışılmayacaktır.

5.4.2 Davalı (hukukî baba), eşinin çocuğunu kendi çocuğu olarak büyüttüğü için biyolojik babalığının araştırılmamasına ilişkin bir menfaati bulunmaktadır. Ancak, davalının çok yaşlı olması nedeniyle konu ile ilişkisinin olmasını istemediğine ve kendisinin biyolojik baba olmadığını “*ispatlanmış sayılmasına*” ilişkin talepleri, kişisel kökenini bilmeye ilişkin talepte bulunanın üstün menfaatini temelde bastıramaz. Bu durum karşısında davacıdan, kökeni hakkında güvenli bir şekilde elde edebileceği (BGE 134 III 241 s. 247) daha ayrıntılı bilgi edinme ihtiyacını ortaya koymasını beklemek hukuka uygun değildir (Jäggi kararı Parag. 40). Kaldı ki davalının kişisel haklarının ciddi bir şekilde ihlâl edilmiş olacağı hususu gerçekçi bir durum olarak da gözükmemektedir.

5.4.3 Kan alımında ve de benzer şekilde deri örneğinin alımında olağanüstü sağlıksal rizikolar mevcut değilse; vücut bütünlüğüne ilişkin hafif bir müdahaleden bahsetmek gerekir (BGE 124 I 180 2d S.82; BGE II 259 E.3.3.S.369). Öncelikle testin uygulanmasının 90 yaşındaki davalının sağlığını olumsuz etkileyeceği ve bunun orantısız olduğuna ilişkin dayanak noktaları bulunmamaktadır. Ayrıca, diğer davalı (anne) çocuğunun kökeninin açıklanmasına ilişkin talep hakkına karşı herhangi bir itiraz ileri sürmemiş olup, davacı da ilk derece mahkemesinin yaptığı menfaat karşılaştırmasının esas alınmasına haklı olarak itiraz etmiştir. Zira davacının kökenini öğrenme hakkı korunmaya değer bir menfaat olup; böyle bir hak orantılılık ilkesi gerekçesiyle engellenemez.

5.5 Yapılan açıklamalara göre; kişisel kökenin tespiti için bilgi edinme hakkı esas alınarak açılan dava haklıdır ve kabul edilmelidir. Bu noktada dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmelidir ki; böylece davaya katılmaya yükümlü olanlar karşısında talebin uygulanması için gerekli düzenlemeler, yargılamanın kuralları ve katılma yükümlülüğü için gerekli icraî araçlar kural olarak kanton hukuku tarafından belirlenecektir (karş. MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 215; Urteil 5P.444/2004 vom 2. Mai 2005, E. 3.3, FamPra.ch 2005 S. 944 f.).

KÖKENİNİ ÖĞRENME HAKKI İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER VE BGE 134 III 241 KARARI İLE İLGİLİ KISA BİR DEĞERLENDİRME

A. Kökenini Öğrenme Hakkının Hukukî Niteliği, Özellikleri ve Kapsamı

Dünyada birçok ülkede çocuğun² genetik ana/babasının kimliği ile ilgili gerçek bilgilere ulaşmasının, kişiliğin gelişimi açısından psikolojik, sosyal ve ahlaki bir gereklilik olduğu kabul edilmektedir³. Türkiye'nin taraf olduğu bazı ulus-

² Bu çalışmadaki “çocuk” kavramı, reşit olmayan kişiyi ifade etmek üzere değil, yalnızca bir ana-babadan türeyen kişiyi ifade etmek üzere kullanılmıştır.

³ Henning von Sethe; **Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstam-**

lararası sözleşmelerde⁴ de özel olarak düzenlenmiş ve İsviçre’de anayasal bir hak olarak tanınmış olan kökenini öğrenme hakkına⁵ ilişkin ülkemizde özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Türkiye’nin taraf olması sebebiyle doğrudan uygulanabilir nitelikte olan söz konusu uluslararası sözleşmeler ve çevirisini yapmış olduğumuz İsviçre Federal Mahkemesi kararında da atfı yapılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesi⁶ ve buna paralel bir düzenlemeyi içeren T.C. Anayasası’nın 17.maddesi⁷ kökenini öğrenme hakkının Türk hukuku bakımından hukukî temelini oluşturmaktadır⁸. Gerçekten de kökenini

mung aus der Sicht des Kindes, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, s. 57. 2004 yılında İsviçre’te yapılan bir çalışmada ankete katılan hukukî ana/babanın %61’i çocuklarına hangi yöntemle dünyaya geldiklerini açıkladıklarını; %26’sı da açıklamaya niyetli olduklarını belirtmişlerdir. A. Lalos/Gottlieb/O. Lalos; “**Legislated right for donor-insemination children to know their genetic origin: a study of parental thinking**”, Human Reproduction Vol.22, No.6, 2007, s. 1759 vd. Dünyada birçok ülkede (örneğin Avusturya, İsviçre, Norveç, Hollanda, Yeni Zelanda, Finlandiya) sperm, yumurta ve embriyo bağışında donörün mutlak şekilde gizli kalmasını önleyen yasal düzenlemeler mevcuttur. Geniş açıklamalar için bkz: A. Lalos/Gottlieb/O. Lalos; s. 1760.

⁴ BM Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989’da kabul edilen ve Türkiye’de de 27.1.1995 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesi: “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını öğrenme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır”. 5.12.2001 tarihinde Lahey’de imzalanan ve Türkiye’de de 19.04.2004 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme’nin 30. maddesinin 2. fıkrasındaki: “Yetkili makamlar, çocuğun veya temsilcisinin bu bilgilere, o devletin kanunlarının müsaade ettiği ölçüde gereken rehberliği yaparak erişmesini sağlayacaklardır” ibaresiyle kökenini öğrenme hakkının kullanılması için devlete aktif bir görev yüklenmiştir. Kökenini öğrenme hakkı, genetik özelliklerini idame ettirme hakkı ve genetik miras hakkı, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 26.01.1982 tarihli ve 934 sayılı Genetik Mühendisliğine İlişkin Tavsiye Kararı çerçevesinde de korunmaktadır. Bireyin genetik hakları bakımından, müdahale edilmemiş bir genetik kökene sahip olma hakkı da, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1986 yılı ve 1046 sayılı Tavsiye Kararıyla koruma altına alınmıştır.

⁵ İsviçre Federal Anayasası (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft) m.119/2-g: “Herkesin kökeniyle ilgili bilgilere ulaşmaya hakkı vardır”. Almanya’da ise kökenini öğrenme hakkı, çoğunluk görüşü ve uygulamaya (NJW 1989, S. 1594) göre, aile mefhumu, soybağı ile olan yakın bağlantısı ve kişiliğin gelişimindeki etkisi nedeniyle Anayasa m.2/f.1 çerçevesinde değerlendirilmesi gereken kişilik hakkının bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Ancak bazı yazarlar da, kökenini öğrenme hakkının doğrudan Anayasa’nın 1.maddesiyle korunan insan onuru kavramının içinde yer alan temel haklardan biri olduğunu savunmaktadırlar. Geniş bilgi için bkz: Sethe, s. 70 vd.

⁶ AİHS. m. 8/f.1: “Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”.

⁷ T.C. Anayasası m. 17; “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

⁸ Başak Baysal; “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan,

öğrenme arzusu, bir kişi için sadece genetik anne-babasının kimlik bilgilerine erişiminde sağladığı basit bir tatmin duygusundan ibaret olmayıp, onu toplum içinde “öteki”leşme duygusundan uzaklaştırarak kendini tanımlamasına ve kişiliğinin gelişmesine katkı sağladığı için son derece önemlidir⁹. Nitekim kökenini ya teknik imkânsızlık (*örneğin terk edilmiş çocuklar*) ya da hukukî sebeplerle öğrenemeyen çocuklar sadece gerçek anne/babaları ile kişisel ilişki kurmaktan mahrum kalmamakta, ayrıca diğer kan hısımları olan akrabaları ile kişisel ilişki kurmaktan ve tıbbî özgeçmişlerini öğrenmekten de mahrum kalmaktadırlar¹⁰. Özellikle genetik mirasın bilinmesi ile birçok kalıtsal, kronik hastalığın önceden tanınması ve bu hastalıklara karşı gerekli önlemlerin alınması sağlanabilmektedir. Öte yandan kökenini öğrenme hakkının tanınması, çocuğun kendisiyle arasında evlenme engeli olan genetik ana/babasının ve hatta onların vasıtasıyla kardeşlerinin kimliklerini öğrenmesini de sağlayacağından ötürü nesillerin sıhhatini temin etmek açısından da bir gerekliliktir¹¹. Bugün artık bu ve benzeri amaçlarla, üyelerinin genetik ana ve/veya baba, onların üst soyu ve hatta beşinci dereceye kadar olan akrabaları (kuzenin çocuğuna kadar) ile eşleşme sağlayabilecek DNA testlerini gerçekleştirip, elde ettiği verileri veya üyelerinin daha önce yaptırmış olduğu testlerin sonuçlarını veritabanı hâline getirerek kökenini bulmak isteyen kişilere hizmet veren birçok web sitesine rastlamak mümkündür¹². Kişiliğin gelişiminde sosyolojik ve psikolojik büyük rol oynayan bu hakkın kullanımı, çocuğa genetik ana babasına ilişkin elde ettiği bilgilere göre kişisel statüsünün değiştirilmesini yani soybağının değiştirilmesini ve buna bağlı olarak malvarlıksal bazı taleplerde bulunma (miras, nafaka gibi) hakkı vermemektedir¹³.

Cilt:1, 1. b.s., İstanbul, 2010, s. 513-514, 533.; Melike Belkıs Aydın; **Yapay Dölllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Eskişehir, 2013, s. 122.; Yasemin Erol; **Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Ankara, 2012, s. 135-136. Mehmet Ali Zengin, **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbî Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, Ankara, 2012, s. 134.

⁹ Rona Serozan; **Çocuk Hukuku**, Genişletilmiş 2. bası, İstanbul, 2005, s. 185, dn.1.

¹⁰ Avustralya’da sperm bankasından alınan üreme hücresiyle dünyaya gelen Damian Adams, kimliğindeki ‘baba ismi’ hanesine “bilinmiyor” yazılması için mahkemeye başvurdu. Adams, bu talebinin gerekçesi olarak, kimlik bilgisinin gerçeğe aykırı olmasının kendisinde topluma karşı sahtekâr duygusu uyandırdığını; bunun da kendisini kişisizleştirdiğini ileri sürmüştür. Daha önce İngiltere’de de benzer bir taleple 26 yaşındaki Emma Creswell tarafından yapılan müracaat 6 yıl sonra mahkemece kabul edilmişti. Bkz: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2744653/Man-conceived-using-anonymous-donor-sperm-wants-Australian-birth-certificate-changed-fathers-says-UNKNOWN.html>

¹¹ Zengin, s. 133-134.

¹² Bkz: <https://www.familytreedna.com/>; <https://www.donorsiblingregistry.com/> erişim tarihi: 25.02.2016

¹³ Simone Schönberger; **Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung**, Lausanne,

Söz konusu İsviçre Federal Mahkemesi kararında belirtildiği üzere kökenini öğrenme hakkı, çocuğun genetik ana-babasının kimlikleri hakkında bilgi edinmesini kapsayan mutlak bir kişilik hakkıdır (bkz. yuk: Parag 5.3.1 ve 5.4)¹⁴. Söz konusu bu hak herhangi bir şarta bağlı kılınmaz, feragat edilemez ve herhangi bir hak düşürücü sürenin geçmesiyle de kaybedilemez nitelikte kişiliğe sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır (bkz. yuk: Parag.5.2.2). Aynı şekilde Türk hukukunda da Anayasa ile teminat altına alınan kişiliğini geliştirme hakkının uzantısı olan kökenini öğrenme hakkının Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenmiş olan kişilik hakkı çerçevesinde de koruma altında olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Bunun sonucu olarak da bu hakkın dava yoluyla, soybağının reddi veya babalık davasından *bağımsız olarak* ileri sürülebileceği ve aynı zamanda da soybağının reddi veya babalık davası bakımından geçerli olan hak düşürücü sürelerin bu hakkın ileri sürülmesi bakımından geçerli olmayacağı görüşü uygulamada ve doktrinde hâkimdir¹⁶.

Bilindiği üzere, kişilik hakları devredilemez, önceden feragat edilemez, hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlanamaz olup, kural olarak kişinin ölümüyle sona erer ve mirasçılara geçmez. Ancak genel olarak soybağına ilişkin davalara bakıldığında –*örneğin babalık davası açma hakkı, tanınmanın iptalini isteme hakkı* - bu hakların kişivarlığına dâhil haklardan olmasına rağmen, her birinin mutlak olarak ölümle son buldukları söylenemez¹⁷. Örneğin, TMK.m.298/f.1'e göre, tanınmanın iptalinde tanınan çocuğun ölmesi hâlinde, bu dava mirasçıları tarafından açılır. Yine soybağının reddi davasında TMK.m.291/f.1'e göre, kocanın ölmesi hâlinde dava açma hakkı, kocanın altsoyu, anası, babası ve baba olduğunu iddia eden kişiye tanınmıştır. Kökenini öğrenme hakkı da –yasal bir istisna öngörülmediği sürece- hak sahibinin ölümüyle sona erecek olup, mirasçılara geçmez. Ancak bunun dışında kanaatimizce kökenini öğrenme hakkı-

2007/2008, s. 6-7.; Baysal; s. 532, dn. 140.

¹⁴ Alman Hukukunda da aynı yönde bkz: Sethe; s. 62.

¹⁵ Baysal, s. 496, 514; Aydın, s. 117-118.

¹⁶ BGE 134 III 241. Regina E. Aebi-Müller, “**Abstammung und Kindesverhältnis - wo stehen wir heute?**”, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich 2007, S. 129, Sethe; s.126; Baysal; s. 512, 532; Aydın, s. 123.

¹⁷ Babalık davasında çocuğun ölümü halinde, dava hakkının mirasçılara intikal edip etmeyeceği meselesi doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz: Dural/Öğüz/Gümüş; **Türk Özel Hukuku- Cilt III- Aile Hukuku**, 9.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 291; Tuba Kutoğlu; “**Türk Mevzuatında ve İçtihatlarında Babalık Hükmü**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 960. Çoğunluk görüşüne göre, çocuğun altsoyu, miras ve nafaka menfaati dikkate alınarak, babalık davası açma hakkının mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir. Dural/Öğüz/Gümüş; s. 291, dn. 157'de anılan yazarlar; Aynı ve aksi yöndeki Yargıtay kararları için bkz: Kutoğlu; s. 960.

nın çocuğa herhangi bir malvarlıksal talepte bulunma hakkı vermediği dikkate alındığında, söz konusu bu hakkı çocuktan bağımsız olarak onun altsoyu da kendilerine ait bir hak olarak kullanabilmelidirler¹⁸. Buna göre örneğin, heterolog yapay dölllenme yoluyla dünyaya geldiğini öğrenen bir kişi kökenini öğrenme hakkını kullanmak istemese bile, onun çocuğu kendisine ait bir hak olarak babasının genetik ana ve/veya babasını öğrenebilmelidir.

Kökene öğrenme hakkı, kişinin öncelikle genetik ana ve babası dâhil üstsoyu ile ilgili bilgi edinmesini kapsamakla beraber, doktrinde genetik annenin ve doğuran (*biyolojik*) annenin birbirinden farklı kişiler olma ihtimalinin bulunduğu taşıyıcı annelik uygulaması bakımından taşıyıcı annenin kimliğini öğrenmeyi de kapsamı gerektiği savunulmaktadır¹⁹. Bunun dışında kişinin *altsoyuna* ilişkin bilgileri öğrenme hakkı konusunda Alman hukukunda eski bir görüşe göre, bir çocuğun dünyaya gelmesine bilerek ve isteyerek sebep olan bir kişinin sonradan bu çocuğun kendinden üreyip üremediğine ilişkin bilgi edinme hakkı, kişiliğinin gelişimine katkı sağladığı gerekçesiyle korunmaya değer bir menfaat olarak değerlendirilmemektedir²⁰. Buna göre, böyle bir hakkın varlığı kabul edilse bile, şu anki pozitif hukuk sisteminde soybağının reddi davalarından bağımsız olarak *“altsoyun kimliğini öğrenme”* taleplerini karşılayacak bir dava türü tanımlanmış değildir. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi 2003 yılında verdiği bir kararda *“her ne kadar çocuğun kökenini öğrenme hakkı, kişiliğinin geliştirme hakkının parçası olarak kişilik haklarının içerisinde değerlendiriliyorsa, aynı şekilde bir kişinin kendinden üreyen çocuğunun kimliğini öğrenme hakkı da kişinin kendi soyuna ait insanlarla ilişki kurması hakkı çerçevesinde görülerek, Art. 1 1 GG’de düzenlenen insan onuru kavramı kapsamında korunmaya değer görülmelidir”* diyerek yeni bir tartışmaya da öncülük etmiştir²¹. Bir başka görüşe göre; kişinin üstsoyunu kapsamına alan kökenini öğrenme hakkının, kişiliğin gelişiminin önemli bir unsuru olarak görülmesinin sebebi, söz konusu kişinin kendisi ile genetik ve yaşamsal geçmişi arasındaki bağın kendi iradesi dışında koparılmış olması ve bu durumun da hem sosyolojik hem

¹⁸ Krş: Daniel Elbel; **Rechtliche Bewertung anonymer Geburt und Kindesabgabe**, Frank&Timme, Berlin, 2007, s. 108. İsviçre Federal Mahkemesi hataen tanıma gerekçesiyle tanınanın iptalinin mümkün olamayacağına karar verdikten sonra kökenini öğrenme hakkının sadece genetik anne veya babanın öğrenilmesini değil, üstsoyu dâhil bütün akraba ilişkilerinin öğrenilmesini de kapsadığına ilişkin davacının anayasaya aykırılık itirazında bulunmadığını dikkate alarak konuya ilişkin karar vermekten imtina etmiştir. Bkz: BGE 5A_412/2014, 18.08.2014.

¹⁹ Baysal; s. 519.

²⁰ Geniş açıklamalar için bkz: Elbel; s. 161-162.

²¹ BVerG NJW 2003, S. 2151 (2154). Karar için bkz: Elbel; s. 160-161.

de psikolojik olarak kendisini tanımlayabilmesinde engel olarak görülmesidir. Bu çerçeveden bakıldığında, altsoyu öğrenme hakkı da, kişinin kendi bilgisi dışında –*bebek sandığı uygulamasında veya annenin anonim doğum hakkını kullanarak doğum yaptığı hâllerde*²² v.s.- dünyaya gelmiş ve kendisinden bağı koparılmış olan çocuğuna ilişkin bilgileri öğrenmesini kapsamına alacaktır²³. Alman Anayasa Mahkemesi daha sonra 2007 yılında bir kişinin soybağını reddetmeksizin sadece genetik baba olup olmadığını öğrenmek istemesi üzerine açtığı davada, bireylerin kişiliğinin gelişimini sağladığı ve sürdürdüğü özel hayatının bir bütün olarak korunmasının insan onurunun gerekliliği olduğuna karar vermiştir. Buna göre altsoyun öğrenilmesi hakkı da kişilik hakları içinde yer almakta olup, bu hakkın çocuğun üstün yararı ve annenin de özel hayatının dokunulmazlığının ihlâl edilmemesi şartıyla kullanılabilmesine karar vermiştir²⁴. Bununla beraber, özellikle heterolog döllenme yoluyla dünyaya gelen çocuklar ile evlât edinilen çocukların üstün yararı gözetilerek bu çocuklara karşı da altsoyunu öğrenme hakkının ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir²⁵. Altsoyun öğrenilmesi hakkının bir diğer sınırı olan annenin özel hayatının dokunulmazlığı ise çoğunlukla annenin başkasıyla evli olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Annenin özel hayatının korunmasına ilişkin sınır dikkate alındığında, altsoyu öğrenme hakkına sahip kişiler, sadece evlilik birliği içinde olup çocuğun kendisinden olmasından yana şüphe duyan ve soybağını reddetmek istemeyen hukukî babaya indirgenecektir ki; bu da nesillerin sıhhati, kişiliğin gelişimi ve insan onuru kavramları ile sağlanmak istenen amacı karşılamaya yetmeyecektir. Bu ve benzeri sebeplerle, Alman hukuk doktrininde babalık karinesine ilişkin hükümlerin, genetik babanın çocuğun hukukî babasıyla olan soybağını reddetmeksizin çocuğunun kimliğini öğrenmesinde engel oluşturduğundan hareketle, - evlât edinmeye ve heterolog döllenmeye ilişkin hükümler hariç tutularak- BGB § 1592 hükmünün “*Bir çocuğun babası, onun döllenmesini sağlayan kişidir*” şeklinde değiştirilmesi teklif edilmektedir²⁶. Ka-
naatimizce de kişinin altsoyunu öğrenme hakkı, kökenini öğrenme hakkı gibi

²² Bu konudaki açıklama için bkz: aşa. dn. 45.

²³ Geniş açıklamalar için bkz: Elbel; s. 162.

²⁴ BVerG NJW 2007, 753. Geniş açıklamalar için bkz: Bernd Süß; **Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig von Anfechtungsverfahren**, Vol. 5032, Marburg, 2009, s. 33 vd

²⁵ Amerika'nın Victoria eyaletinde sperm bağışçısı Ian Smith kimliklerini bilmediği yedi tane çocuğu olduğunu öğrenmesi üzerine kendisi gibi genetik çocuklarını arayan donörleri bir araya getirmek amacıyla “*Madmen*” isimli bir grup kurmuştur. Bkz: <http://www.news.com.au/lifestyle/parenting/sperm-donor-fathers-reveal-struggle-of-not-knowing-who-their-kids-are/story-fnet085v-1227456975698>. Facebook sayfaları için bkz: <https://www.facebook.com/SearchingC11/?fref=nf> erişim tarihi: 25.02.2016

²⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz: Süß; s. 118. vd.

ayrı bir kişilik hakkı olarak değerlendirilmelidir. Buna göre örneğin çocuğun kendisinden olmadığına ilişkin ciddi kanaat uyandırmaya elverişli delillere sahip olan hukukî baba -soybağını reddetmeksizin- çocuğun kendinden olup olmadığını öğrenme hakkına sahip olmalıdır. Ancak çocuğun üstün yararı ve vücut bütünlüğünün korunması gibi sınırlar bu hakkın kullanımında gözetilmelidir.

B. Kökenini Öğrenme Hakkının Dava Yoluyla Kullanılması

Kökenini öğrenme hakkının kullanımı dava açılması şartına bağlı olmamakla beraber, kökene ilişkin bilgilere ulaşmak birtakım genetik incelemeler yapılmasını gerektireceği ve bu incelemelerin yapılmasına davalı veya davalıların rıza göstermemesi hâlinde mahkeme kararına ihtiyaç duyulacağı için, söz konusu hakkın dava yoluyla kullanılması gündeme gelmektedir²⁷. Bu çerçevede kökenini öğrenme hakkından;

- evlilik birliği dışında doğan çocuklar²⁸,
- nüfus kayıtlarında veya resmî makamlarda hiçbir kaydı olmayan terk edilmiş çocuklar
- evlilik birliği içinde doğmakla beraber genetik ana ve/veya babasının gerçekte hukukî ana ve/veya babasından biri olmadığını öğrenen çocuklar²⁹
- evlât edinilen çocuklar ve
- heterolog yapay dölleme teknikleri yoluyla dünyaya gelen çocuklar yararlanabilir³⁰. Yukarıda çevirisini yaptığımız Federal Mahkeme kararına konu olayda da davacı evlilik birliği içerisinde doğmuş olup, hukukî babasının gerçekte genetik babası olmadığını öğrenmesi üzerine kökenini öğrenme hakkını hukukî ana-babasına karşı açtığı soybağının reddi davasında ek bir talep olarak ileri sürmüştür (bkz. yuk: Parag. 5.2.2). Buna benzer durumlarla Türkiye’de de sıkça karşılaşılmaktadır. Öyle ki; doğuran kadının yerine, ısmarlayan kadın adına hastaneye kimlik bildiriminde bulunulup, sanki o doğurmuş gibi çocuk onun (ve baba olarak kocasının) nüfusuna kaydettirilebildiği gibi, genetik babanın yerine farklı bir kişi de baba olarak nüfusa kaydettirilebilmektedir. Bu gibi durumlarda Yargıtay uygulamasına göre; çocuk gerçek anne ya da babası

²⁷ Schönerberger; s.26.

²⁸ Sethe; s. 26-31.

²⁹ Samantha Besson; “Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung”, ZSR, 2005, s. 39-40; Sethe; s. 24-26.

³⁰ Schönerberger; s. 5-6.; Sethe; s. 34-40.

olduğunu iddia ettiği kişilerin kimlik bilgilerine sahip ise, hatalı anne adının düzeltilmesi için nüfus kaydının düzeltilmesi davası (5490 sayılı NHK. m. 36/ Ia); hatalı baba adının düzeltilmesini sağlamak üzere de babalık davası açabilecektir³¹. Yargıtay uygulamasına göre bu tarz davalarda, mahkeme gerçek anne veya baba olduğu belirtilen kişilere ilişkin sunulan taraf beyanları ile yetinmeyerek genetik inceleme yapılmasını sağlamak zorundadır³². Yine bu durumda Türk Ceza Kanununun 231. maddesine göre; *“Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*³³ Nüfus kaydının düzeltilmesi yahut babalık davalarından farklı olarak kökenini öğrenme talebiyle açılan davada, çocuk edindiği bilgi ve deliller çerçevesinde gerçek annesi ya da babası olduğunu düşündüğü kişilerin genetik anne ya da babası olup olmadığını öğrenmekle yetinecektir. Bunun dışında, yukarıdaki Federal Mahkeme kararına konu olayda olduğu gibi çocuğun hukukî babasının genetik babası olmadığı yönünde ciddi kanaat uyandıracak delillere sahip olup da gerçek babasının kim olduğunu bilmediği durumlarda da kökenini öğrenme hakkını kullanabilecektir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kişinin kökenini öğrenme hakkını ileri sürmesi herhangi bir hak düşürücü süreye bağlı olmadığı için, söz konusu hak ilgili kişilere karşı *her yaşta* çocuk tarafından ileri sürülebilir³⁴. Kökenini

³¹ Y. 18. HD. E. 2014/12202, K. 2015/286, T. 13.1.2015. (Kazancı İçtihat Bankası).

³² Y. 18. HD. E. 2014/7595, K. 2014/14283, K. 16.10.2014; (Kazancı İçtihat Bankası)

³³ Türk hukukunda evlilik dışında doğan çocuğun annesinin, çocuğun babasının kimliği hakkında susmasının bu suçtan dolayı sorumluluk doğurmayacağı yönünde bkz: Özlem Yenerer Çakmut; **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 208-209. Fransa’da kadının doğumda anonim kalma hakkı korunduğu gibi, babasının kimliğini açıklamaya da zorlanamamasına rağmen, Almanya’da doğuran kadının anonim kalma hakkı bulunmadığı gibi, babasının kimliğini de açıklamaktan imtina etmesi bazı cezaî yaptırımlara tâbidir. Besson; s. 43.

³⁴ İsviçre ve Almanya’da evlât edinilen veya heterolog yapay dölllenme yöntemleri ile dünyaya gelen çocuklar bakımından bu hakkın kullanma yaşına alt bir sınır getirildiği görülmektedir. İsviçre Medenî Kanunu m. 268c hükmüne göre, evlât edinilen çocuk kökenini öğrenme hakkını 18 yaşına geldiğinde kullanabileceği gibi, eğer haklı bir menfaati varsa bu bilgilere on sekiz yaşından önce de ulaşabilir. Alman hukukunda da Evlât Edinmeye Aracılık Yasası (*Adoptionsvermittlungsgesetz*) § 9b l’a göre, evlât edinmeye aracılık yapan kurum, aracılık yapılan her bir evlât edinmeye ilişkin doküman ve kayıtları doğumdan itibaren 60 yıl saklamakla yükümlüdür. Yine aynı maddeye göre, aracılık kayıtları çocuğun menfaati gerektiriyorsa yasal temsilcisinin rızasıyla; yahut 16 yaşını doldurmuşsa çocuğun kendisi de genetik bilgilerini talep edebilecektir. Evlât edinmeyle ilgili olarak Almanya’da da Kişisel Durum Siciline İlişkin Kanun’un § 61 II hükmüne göre, 16 yaşından itibaren çocuk anne ve babasının isimlerinin yazılı olduğu, doğum kaydının düşüldüğü kişisel durum siciline bakabilecektir. Benzer yönde bir hüküm Türk hukukunda bulunmadığı için evlât edinilen çocuk herhangi bir yaş vb. sınırlama olmaksızın biyolojik ana-babasıyla ilgili bilgilere ulaşabilecektir. Bay-sal, s. 528. İsviçre’de buna benzer şekilde Tıbbî Destek Alınması Yoluyla Üreme Kanunu m.

öğrenme hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak olmasının yanında, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, sonuçları itibariyle kendisini yükümlülük altına sokmayacak olan söz konusu davayı veli/vasi ya da kayyımın rızasına ihtiyaç duymaksızın bizzat kendisi açabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun dava açabilmesi için varsa velisinin rızası, velisi yoksa kendisine kayyım atanması gerekecektir. Kanaatimizce, kökenini öğrenmeye ilişkin davada çocuk, babalık davasında olduğu gibi TMK.m.304'de öngörülen malî hakları talep edemeyeceği için, ananın da çocukla menfaat çatışması olmayacağı için tam ehliyetsiz çocuğun açacağı davada ana kayyım olarak atanabileceği gibi, veli olarak da ananın rızasının aranması mümkün olabilecektir.

Bunun dışında hemen ifade etmek gerekir ki; açılacak bu dava soybağının tespiti için açılan davalardan bağımsız olacağı için yargılamanın usûlü ve koşulları noktasında herhangi bir özel yasal düzenleme bulunmamaktadır. Soybağının reddi ya da babalık davasından bağımsız olarak kökenini öğrenme hakkının ileri sürüldüğü tespit davasının kişilik hakkını koruyucu *sui generis* dava (*kendine özgü dava*) niteliğinde olduğu gerek doktrinde gerekse de uygulamada kabul edilmektedir³⁵ (bkz. yuk: Parag. 5.3.2). İsviçre Federal Mahkemesi kararı incelendiğinde; kökenini öğrenme talebinin ileri sürüldüğü davanın soybağının reddi davasından bağımsız açılması hâlinde; *-soybağına ilişkin davalarının sonuçları devreye girmeksizin-* soybağına ilişkin davalarda uygulanan tıbbî araştırma ve incelemelere “katılma yükümlülüğü” getiren hükmün (ZGB Art. 254 Abs. 2)³⁶ bu davada kıyasen uygulanması, söz konusu davaya “*sui generis*” nitelik kazandıran sebeplerden biri olarak görünmektedir. Bir diğer sebep de, kökeni öğrenmeye ilişkin davanın, soybağına ilişkin davalarda geçerli olan hak düşürücü sürelerle tâbi olmamasıdır.

27'ye göre de, çocuğun kural olarak sperm bağışçısına ilişkin bilgilere kural olarak 18 yaşına geldikten sonra ulaşabileceği öngörülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de **Jäggi v. İsviçre** davasında (no. 58757/00- 13.7.2006) *davacının 60 yaşında olmasının, kişiliğini geliştirme hakkının uzantısı olan kökenini öğrenme hakkını kullanmasını engellemeyeceğini; tam aksine davacının 60 yaşında kökeni öğrenme talebinde bulunması ve bundan önce de birçok girişimde bulunmuş olması, -tıbben belgelenmiş olmasa bile- onun bu zamana kadar psikolojik ve zihinsel olarak acı çekmiş olduğu anlamına geldiğini ifade etmiştir.* Bkz: AİHM **Jäggi v. İsviçre**, Parag. 40. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi benzer ifadeleri **Godelli v. İtalya** davasında 69 yaşındaki başvurucu için de kullanmıştır. Bkz: (33783/09- 25.09.2012).

³⁵ Bkz: Baysal; s. 532.

³⁶ ZGB md. 254 /f.2 hükmü, 19 Aralık 2008 tarihinde İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (ZPO) değişiklik yapılmasına ilişkin kanunla 1.1.2011 tarihinden itibaren ilga edilmiştir. Ancak benzer şekilde bir katılma yükümlülüğü ZPO Art. 296 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hâkim, maddî olguları kendiliğinden araştırır (f.1) . Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesine zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere katılmakla yükümlüdürler (f.2).*”

Son olarak; kökenini öğrenme hakkına ilişkin dava, görünürdeki hukukî ana/babaya karşı açılacağı gibi³⁷; ana ya da baba olduğu varsayılan kişilere, açtığı soybağının reddi davasının süre vb. sebeplerle reddedilen ana veya babaya ve hatta çocuğa bilgi vermekle yükümlü olan üçüncü kişilere özellikle ilgili sağlık kuruluşlarına, evlâtlık işlemlerine aracılık etmiş kurum ve kuruluşlara karşı da açılabilir³⁸. Türkiye’de ilgili sağlık kuruluşuna açılacak dava özellikle tüp bebek merkezlerinde, gönüllü annenin kendi yumurtası dışında başkasına ait yumurtanın kullanıldığı yahut eşinin spermi dışında başkasına ait spermin eşinin rızası dışında kullanıldığı durumlarda söz konusu olabilir³⁹. Böyle bir durumda, kökenini öğrenmek isteyen çocuk bu talebini ilgili sağlık kuruluşuna yöneltebilir ve genetik anne ya da babasına ait bilginin kendisine verilmemesi hâlinde ise bu sebeple duyduğu acı, üzüntü ve elem dolayısıyla uğradığı manevî zararları TMK m. 25/3, TBK m. 56/1 ve TBK m. 58/1 gereğince zarar verenden tazmin edebilir. Bunun dışında babalık davasının babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılacağı öngören TMK. m. 301/f.2 hükmü kökenini öğrenmeye ilişkin dava bakımından da kıyasen uygulanmalı ve baba ölmüşse mirasçılara karşı açılabilir. Yine birden fazla kişinin baba olma ihtimâli varsa, hepsine karşı tek bir dava veya her birine karşı ayrı ayrı dava açılabilir.

C. Kökenini Öğrenme Hakkının Diğer Menfaatlerle Çatışması ve Özellikle Vücut Bütünlüğü Hakkının İhlâli

1-) Genel Olarak

Kişinin kökenini öğrenme hakkının konu edildiği davalarda çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklardan birisi de, söz konusu hakkın büyük oranda başka

³⁷ Sethe; s. 120.

³⁸ Schönenberger; s. 22, 25; Ulrike Riedel; **Rechtliche Fragen zu Babyklappen und anonymer Geburt**, [http://www.wernerschell.de/ Rechtsalmanach/Gemeinschaft/Babyklappe-Riedel06.pdf], s. 6. İsviçre Federal Mahkemesi 2002 yılında verdiği kararda Çocuk Hakları Sözleşmesi m.7’de “*çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasının kimliklerini öğrenme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır*” düzenlemesindeki “*mümkün olduğu ölçüde*” ifadesinin ebeveynlerinin kimliklerinin tespit edilmelerinin mümkün olduğu durumları kapsadığını ifade etmiştir. Baysal; s. 499-500. Ancak bunun dışında bu ifade, çocuğun ensest ilişki ya da tecavüz ürünü olması veya üye devletin evlât edinme veya heterolog yapay dölleme uygulamalarında genetik ana/babanın kimliklerinin gizli kalmasını istemesi durumlarını da kapsamaktadır. Aydın, s. 119.

³⁹ Türkiye’de gündeme gelen ve Kayseri Deniz Postası gazetesinde çıkan “*Öz Bebeği Sandı, Tasiyıcı Annelik Yaptı*” başlıklı haber için bkz: http://www.denizpostasi.com/haber/kayseriha-berleri/gundem/3930-oz-bebegi-sandi-tasiyici-annelik-yapti.html erişim tarihi: 25.02.2016

menfaatlerle veya temel nitelikteki haklarla çatışıp çatışmadığı noktasında gündeme gelmektedir⁴⁰. Kökenini öğrenme hakkı ile çatışma hâlinde olabilecek söz konusu menfaatleri; sperm ve yumurta vericilerinin kişisel bilgilerini gizli tutma menfaati, hukukî anne/babanın veya üçüncü kişilerin vücut bütünlüğü hakkı, hukukî anne/babanın sağlık hakkı, evlâtlık veren genetik anne ve/veya babanın özel yaşamını ve kimlik bilgilerini gizleme menfaatleri⁴¹, din ve vicdan hürriyeti⁴², hukukî anne/babanın genetik anne ve/veya babanın olası tacizlerine karşı kimliklerini gizleme menfaatleri, hekimin sır saklama yükümlülüğü, çocuğun üstün yararı⁴³ (*örneğin çocuğun enest ilişki ya da tecavüz ürünü olması hâllerinde*), DNA testi için ölüden örnek alınması ihtimali karşısında ölünün huzur hakkı (*das Recht auf Totenruhe*) vb. şeklinde sıralamak mümkündür⁴⁴. Söz konusu bu menfaatler arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına en sık konu olanlardan birisi de, annenin doğumda anonim/gizli kalma hakkıdır. Almanya, İtalya ve İsviçre’de çeşitli sebeplerle istenmeyen gebeliklerde annenin çocuğunu sağlıksız koşullarda doğurarak terk ettiği ya da bizzat öldürebildiği vakalar sıklıkla gözlemlendiği için, annenin hastanede doğum yaptıktan sonra kimliğini gizleyerek çocuğu hastanede özel olarak hazırlanmış bebek odalarında terk edebilmesi imkânı özel birtakım yasal dü-

⁴⁰ Besson; s. 42.

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Godelli v. İtalya* davasında (33783/09- 25.09.2012) verdiği karara konu olan olayda, doğduğunda annesi tarafından hastanede terk edilen çocuk, 6 yaşındayken bir aileye evlâtlık verilmiştir. Ancak anne, İtalyan Medenî Kanunu 250. maddesi gereğince kimliğinin gizli tutulmasını talep etmiştir. Davacı çocuk, annesine ait bilgileri öğrenmek için gerek Sosyal Hizmetler Müdürlüğü’ne gerekse de hastane yetkililerine yaptığı başvurulardan olumsuz cevap almıştır ve böylece kimliğini öğrenme hakkından mahrum bırakılmıştır. AİHM, annenin kimliğinin gizli kalmasını tercih ettiği durumlarda İtalyan hukukunun, çocuğun kökeniyle ilgili olan fakat kimlik saptayıcı nitelikte olmayan bilgilerin (*non-identifying informations*) verilmesine ve biyolojik annenin, kendi kimliğinin açıklanmasına ilişkin rıza vermesine imkân tanınmadığından bahisle, çocuk ile anne arasındaki çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulmadığını ifade etmiştir.

⁴² Kan alma ve vermeyi uygun bulmayan Yehova Şahitleri örnek gösterilebilir.

⁴³ Çocuğun üstün yararının kökenini öğrenme hakkına engel teşkil edebildiği durumlarda, donöre ait kimlik saptayıcı nitelikte olmayan birtakım bilgilerin (donörün yaşı, genetik hastalıkları vs.) verilmesine yönelik bir sistemin benimsenmesi teşvik edilmektedir. Bkz: Zengin, s. 133. AİHM Odièvre v. Fransa davasında (2003); her ne kadar Fransa’nın çatışan menfaatler arasında adil ve uygun bir denge sağlamaya çalıştığına karar vermiş olsa da, davacıya kimlik saptayıcı nitelikte olmayan birtakım bilgilerin (*non-identifying data*) verilmesinin sağlanabileceğini belirtmiştir. (Parag.49).

⁴⁴ Özel yaşamın gizliliği hakkı ile çatıştığı hâller için bkz: Besson; s. 42-43. Çocuğun kökenini öğrenme hakkının ananın özel yaşamının gizliliği, hekimin sır saklama yükümlülüğü ve sperm donörlerinin ve evlât edinenlerin gizli kalma menfaatlerinden daha ağır bastığı yönünde bkz: Serozan; s. 163.

zenlemelerle tanınmıştır⁴⁵. Ancak İtalya gibi bazı ülkelerde annenin gizli kalma hakkı mutlak şekilde korunduğu ve anneye dahi sonradan gizliliğin kaldırılmasını isteme hakkı dahi verilmediği hâlde, örneğin, Fransa’da bu uygulamanın karşısında yer alan kökenini öğrenme hakkını da aynı derecede koruma altına almak için birtakım özel yasal düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, “*X adı altında doğum*”un kabul edildiği Fransa’da 23.01.2002 tarihli Aile ve Sosyal Eylem Kanunu (*Code de l’action sociale et des familles*) L222-6’ya göre, biyolojik anne kendi kimliğinin gizliliğinin kaldırılmasını yetkili kuruluşlardan her zaman talep edebileceği gibi doğum sırasında da kapalı bir zarf içerisinde kendi bilgilerini görevli personele verebilir. Yine aynı Kanun’un L224-5 maddesine göre; çocuğu terk eden anne yetkili kuruluşlara kimliğini saptayıcı net bilgiler dışında birtakım bilgiler de (*renseignements non identificatoires*) bırakabilir. Bu bilgiler, anne/babanın sağlık bilgileri, yaşları, fizyolojik görünümleri veya çocuğu yetkili kuruluşlara terk etme sebebi olabilir. Fransa, Avusturya ve Luxemburg’da anne kendi kimliğini gizli tutarak, çocuğu hastanede terk ettikten itibaren iki ay içerisinde isterse tekrar geri alabilmektedir⁴⁶.

İngiltere, Almanya, İsviçre, Hollanda gibi sperm başışına izin verilen ülkelerde sperm donörünün gizli kalması menfaatinin çatışma hâlinde olduğu kökenini öğrenme hakkının konu edildiği birçok ulusal⁴⁷ ve uluslararası⁴⁸ mahke-

⁴⁵ İsviçre’de annenin kimliğini de gizleyerek çocuğunu hastanede “*pencere*” olarak belirtilen bir bölmeye bıraktığı daha doğrusu terk ettiği “*Babyfenster*” (bebek sandığı) uygulamasına izin verilmektedir. Bu uygulama özellikle olası çocuk ölümlerinin önüne geçebilmek amacıyla teşvik edilmektedir. Zira *Babyfenster* uygulamasından sonra öldürülen veya terk edilen bebeklerin sayısında istatistikî olarak önemli bir düşüş olduğu gözlemlenmiştir. Bkz: (<http://www.babyfenster.ch/l/statistiken/dank-babyfenster-weniger-tot-aufgefunden-babys/>) Ancak bu uygulama çocuğun kökenini öğrenme hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir: Meier/Stettler, N.403/404, dn.2., Besson; s. 42. Benzer bir uygulama çocukların yaşam hakkını korumak amacıyla Almanya’da “*Babyklappen*” ismiyle uygulanmaktadır. Almanya’da özellikle yardım kuruluşlarının teşvik ettiği [<http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/debatte-um-babyklappen-mutterschutz-gegen-kinderrecht-a-819666.html>] bu uygulama, çocuğun kökenini öğrenme hakkını ve hatta annenin de çocuğuna tekrar ulaşması imkânını ortadan kaldırdığı için doktrinde eleştirilmektedir. Bkz: Riedel; s. 5. Geniş bilgi için ayrıca bkz: Metin İkizler; “**Hukukî Boyutu İle Almanya’da Bebek Sandığı ve Anonim Doğum Uygulamaları Ve Türkiye’de Durum**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 683 vd.

⁴⁶ Laura Maratou-Alipranti; **Anonymous births: a controversial issue**, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200902/20090210ATT49057/20090210ATT49057EN.pdf>. Fransa için bkz: Aile ve Sosyal Eylem Kanunu Art. L. 224-4

⁴⁷ Bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz: Besson; s. 45. Almanya için bkz: OLG Hamburg, Urt. v. 6.2.2013 – I-14 U 7/12. Karar için bkz: <http://dejure.org>

⁴⁸ Bkz: AlHM Godelli v İtalya (2012), Odièvre v. Fransa (2003), Jäggi v. İsviçre (2006), Mikulić v. Hırvatistan (2002).

me kararına rastlanılmaktadır. Donör gizliliğinin daha sıkı korunduğu İngiltere gibi ülkelerde ise bu yolla dünyaya gelmiş çocukların psikolojik ve sosyolojik olarak içinde buldukları durum zaman zaman yazılı medyanın da gündemini teşkil edebilmektedir⁴⁹.

Ülkemizde heterolog döllenme teknikleri, “*X adı altında doğum*” veya “*be-bek odaları*” uygulamaları kabul edilmediği için bu uygulamaların kökenini öğrenme hakkının kullanılması aşamasında yarattığı menfaat çatışmaları da gündeme gelmeyecektir. Kökenini öğrenme hakkının yukarıda belirttiğimiz menfaatler karşısında sınırlarının kesin ve net kriterlerle belirlenmesi olanaksızdır. Sonuç itibarıyla, çatışma konusu her bir menfaat bakımından somut olayın özellikleri ve çocuğun üstün yararı ilkesi göz önünde tutularak karar verilmelidir.

2-) Vücut Bütünlüğü Hakkının İhlâli

1982 Anayasası m.17/1-2⁵⁰ ile koruma altına alınan vücut bütünlüğü hakkı, kişinin yaşam süresince bedensel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik diğer kişilerin ve hatta kendisinin gerçekleştireceği saldırılardan korunmasını sağlamaktadır. Kökeni öğrenme hakkının dava yoluyla kullanılması hâlinde kökenin genetik olarak tespiti için davalı/lar/dan veya üçüncü kişi/lerden hücre analizleri için genetik materyal alınması⁵¹ söz konusu olabilecektir⁵². Öyle ki böyle bir

⁴⁹ “İngiltere’de sperm bankasından alınan spermle doğan çocuk verdiği röportajda: “Keşke dünyaya gelmeseydim” dedi”: <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2669842/Donor-IVF-baby-says-I-wish-I-d-never-born-Its-great-IVF-taboo-child-feel-never-knowing-biological-parents-For-family-answer-shattering.html>.

⁵⁰ Anayasa m. 17/2: “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz*”

⁵¹ Vücut bütünlüğü hakkında hak ehliyetine sahip herkes yararlanmaktadır. Bu anlamda bir kişinin ölümünden sonra cesedi üzerinde soybağı tespiti amacıyla tıbbî araştırma yapılması ne vücut bütünlüğünün ihlâli olarak ne de kişinin hatrasına hakaret suçu kapsamında değerlendirilmektedir Vakkas YEĞRİM; “*Kişinin Hatrasına Hakaret*”, TAAD, Yıl: 6, Sayı: 22, Temmuz 2015, s. 478. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne konu olan *Jaggi v. İsviçre* davasında (no. 58757/00- 13.7.2006) başvuranın, biyolojik açıdan babası olduğunu düşündüğü ölmüş bir şahsın bedeni üzerinde DNA testi yaptırmasına izin verilmemiştir. Dolayısıyla başvuran çocuk ile ölmüş olan kişi arasından babalık ilişkisi kurulamamıştır. AİHM, kararında: “*DNA testi için bedene çok fazla müdahale edilmesi gerekmemektedir; kaldı ki aile herhangi bir felsefi ya da dini itirazda da bulunmamıştır ve ayrıca başvuran, ölen şahsın mezarının kira sözleşmesini 1997 yılında yenilemiştir. Eğer sözleşme uzatılmamış olsaydı, ölünün huzur hakkı ve naaşına ait kalıntıların dokunulmazlığı zaten ortadan kalkacaktı. Her halûkarda, ölen şahıs 2016 yılında sözleşmenin süresi dolduğunda mezarından çıkarılacaktır*” (Parag. 41) şeklindeki gerekçe ile AİHS’nin 8. maddesinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

⁵² Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen soybağını değiştirme suçunun tespiti için başvurulacak bu yöntemler ile ilgili geniş bilgi için ayrıca bkz: Yenerer Çakmut; s. 70 vd

davada, davalı olarak kişinin hukukî ana/babasının DNA tespiti için kan, deri örneği alınması vb. testleri yaptırması gerekebileceği gibi ana-baba olduğu varsayılan üçüncü kişilerin de bu testleri yaptırması gerekebilecektir⁵³. Bugün moleküler genetik analiz genel itibariyle; saç teli, tırnak dokusu veya tükürük sürüntüsü, kan verme ve bunların yanı sıra, yanağın içine kulak çubuğu gibi steril bir araç dokundurularak alınan doku (sürüntü) üzerinden yapılmaktadır⁵⁴.

İşte kökenini öğrenme hakkının kullanılması sonucu yapılacak tıbbî araştırmalarda, vücut bütünlüğü hakkının ihlâl edilip edilmeyeceğini tespit etmek büyük önem arz etmektedir. Bu amaçla yukarıda çevirisini yaptığımız İsviçre Federal Mahkeme kararı ve bu kararda atıf verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını, Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler ışığında analiz etmekte fayda vardır.

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki; çevirisini yaptığımız Federal Mahkeme kararı, soybağı davalarında bu zamana kadar çoğunlukla fiziksel müdahale yönüyle ihlâl edilip edilmediği ele alınan vücut bütünlüğü hakkını psikolojik bütünlüğe müdahale çerçevesinde de ele aldığı için dikkat çekicidir. Somut olayda, davalının ileri yaşta (90 yaşında) olmasından dolayı yapılacak DNA testinin kendisinin psikolojik sağlığını etkileyeceği yönündeki itirazlarına ve hatta bu yöndeki doktor raporunu mahkemeye sunmuş olmasına rağmen, mahkeme davacının kökenini öğrenme hakkını üstün tutarak, yapılacak genetik testler ile davalının vücut bütünlüğü hakkının ihlâl edilmiş sayılmayacağına karar vermiştir. Açıkça görüleceği üzere, gerçeğin ortaya çıkması aşamasında babanın yaşayacağı ruhsal çöküntü karşısında, çocuğun kökenini öğrenmesi yoluyla sağlayacağı menfaatin korunması tercih edilmiştir. Ancak tam tersi bir durumda Alman Anayasa Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir kararda, hukukî babanın genetik baba olup olmadığını öğrenme hakkını, çocuğun genetik babasını öğrenmek istememesi yönünde verdiği kararı üstün tutarak engellemiştir⁵⁵.

Federal Mahkeme'nin kararında öne çıkan bir başka önemli husus da; kararın verildiği tarihte davalının rıza vermektan kaçınması hâlinde davanın aley-

⁵³ Söz konusu yöntemlerle ilgili geniş bilgi için bkz: K. Ali Sonat; **“Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri”**, MÜHF – HAD, C. 19, S. 3, 2013, s. 323 vd. Ayrıca bkz: Yenerer Çakmut; s. 72 vd.

⁵⁴ Özlem Tüzüner; **“Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerden Değerlendirilmesi”**, AÜHFHD, 62 (4) 2013: s. 1158.

⁵⁵ NJW 2002, 1748 vd. (Bkz: Memiş/Yıldırım; **“Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukukî Sorunlar”**, AÜEHFD, C.VIII, S.1-2, 2004, s. s. 305, dn.80).

hinde sonuçlanabileceğini öngören ZGB. Art. 254 hükmü yürürlükte olmasına rağmen, Federal Mahkemenin davalının vücut bütünlüğünü korumak amacıyla yaptığı ikrarı delil olarak kabul etmeyip, davayı onun aleyhinde sonuca bağlamaktan (onun aslında gerçek baba olmadığına hükmetmekten) imtina etmiştir.⁵⁶ Öyle ki; mahkeme, ileri yaştaki davalının yapılacak genetik testlerin sonucundan psikolojik olarak etkileneceğini ve bu nedenle de kendisinin biyolojik baba olmadığını **“ispatlanmış”** sayılmasına ilişkin talebinin kökenini öğrenme hakkını temelde bastıramayacağını ifade etmiştir (bkz. yuk: Parag. 5.4.2). Zira mahkemeye göre, kökeni öğrenme hakkı aynı zamanda kişinin genetik ana-babasının kimliğiyle ilgili en güvenilir yöntemle bilgi edinmesi hakkını da kapsamaktadır. Öyle ki, bu husus kararda; *“davacıdan, kökeni hakkında güvenli bir şekilde elde edebileceği daha ayrıntılı bilgi edinme ihtiyacını ortaya koymasını beklemek hukuka uygun değildir”* şeklinde ifade edilmiştir. (Bkz: Parag. 5.4.2).

Türk hukukunda ise soybağı davalarında soybağının tespiti amacıyla kullanılan gen incelemesi yönteminin hukukî dayanakları olarak TMK. m. 284/f.1 b.2 ve HMK. m. 292 hükümlerine rastlamaktayız. TMK.m.284/b.2 hükmünde; tarafların ve üçüncü kişilerin, soybağının belirlenmesine zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere katlanmakla yükümlü oldukları öngörülmektedir. Yine aynı maddede; davalı söz konusu araştırma ve incelemelere rıza göstermezse, hâkimin durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabileceği ifade edilmektedir. Söz konusu madde hükmü, kişinin rızası olmaksızın kendisinden biyolojik madde alınmaya zorlanamayacağını öngören TMK. m. 23/ f.3 hükmü ile de uyumludur. Ancak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun *“soybağı tespiti için inceleme”* başlıklı 292. maddesi ise herkesin sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkimin incelemenin *zor kullanılarak* yapılmasına karar verebileceği öngörülmektedir. Açıkça görüleceği üzere, soybağına ilişkin davalarda genetik incelemeler yapılmasını gerektiren hâllerde uygulanacak olan söz konusu bu hükümler, ilgililerin inceleme yapılmasından kaçınması hâlinde birbirinden farklı düzenlemeler içermektedir. Doktrinde bir görüş, kanaatimizce de isabetli bir şekilde HMK.m.292 hükmünün TMK.m.284

⁵⁶ ZGB Art. 254 yürürlükte olduğu dönemde İsviçre’de Bern, Jura, Luzern gibi bazı kantonlarda, tıbbî incelemeye katlanma yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi hâlinde cebri yöntemlere başvurulduğu yönünde bkz: Cem Baygın, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 91.

hükmünü zımnen yürürlükten kaldırdığını savunurken⁵⁷, bir diğer görüşe göre de maddi hukuk normu niteliği taşıyan TMK.m.284 hükmünün HMK.m.292 karşısında üstün tutulması gerekmektedir⁵⁸. Yargıtay da hatalı anne adının değiştirilmesine ilişkin davada verdiği 16.10.2014 tarihli kararında, davada taraf beyanlarını yeterli kabul eden yerel mahkeme kararını HMK. m. 292'nin uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur⁵⁹.

Almanya'da, Alman Usul Kanunu § 372a hükmüne göre; soybağının belirlenmesi zorunlu kıldığı sürece herkes özellikle kan grubunun tespiti için kan örneğinin alınmasına katlanmakla yükümlüdür. Ne var ki, haklı bir neden olmaksızın tıbbî araştırmadan kaçınmanın tekrarlanması hâlinde, zor kullanılarak tıbbî araştırma gerçekleştirilir⁶⁰.

İsviçre'de ise yukarıdaki Federal Mahkeme kararında da atf verilen, soybağının belirlenmesine ilişkin tıbbî araştırmaya “*katılma yükümlülüğü*”nü öngören ZGB Art. 254 hükmü, 28.12.2008 tarihinde Medenî Usul Kanunu'nda değişiklik öngören kanun ile 1.1.2011 tarihinden itibaren ilga edildiği için, söz konusu hükmün yerine bundan böyle ZPO Art. 296 hükmü uygulanacaktır. ZPO Art. 296 hükmü de soybağının belirlenmesinin tıbbî bir araştırmayı zorunlu kılması hâlinde –*bu araştırmanın tarafların ve üçüncü kişilerin sağlığı açısından bir tehlike oluşturmaması şartıyla*- tarafların ve üçüncü kişilerin tıbbî araştırmaya katılmalarını zorunlu kılmaktadır. Yine aynı maddede; tanıklıktan çekinme hükümlerinin uygulanmayacağı ve hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olmaksızın hüküm vereceği öngörülmektedir (ZPO Art. 296 f. 2 ve 3).

Sonuç itibariyle; Türk-İsviçre hukuk doktrinine ve uygulamasına göre, genetik inceleme yöntemlerindeki kolaylık sayesinde gerek psikolojik gerekse de bedensel anlamda vücut bütünlüğü ihlâlinin çoğu kez gerçekleşmiş sayılmayacağı veya bu yöntemlerin sebep olacağı düşük boyutta bile olsa vücut bütünlüğü ihlâlinin, kişinin soybağının en güvenilir yöntemlerle tespit edilme-

⁵⁷ Sanem Aksoy Dursun; “**Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK. M. 284 ve HMK. M. 292'nin Değerlendirilmesi**”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, Cilt:8, Sayı: 95-96, S. 120 Vd.; Arif Barış Özbilen; “**Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 113-115. HMK.m.292'nin TMK.m.284'ü ilga ettiğine ilişkin bkz: Y. 4. CD., E. 2011/5356, K. 2013/6985, T. 11.3.2013. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş; s. 263. Genetik incelemenin zorla yapılmasının kişilik haklarının ağır ihlâli olduğu yönünde bkz: Memiş/Yıldırım; s. 300.

⁵⁹ Y. 18. HD., E.2014/7595, K.2014/14283, T. 16.10.2014.

⁶⁰ Alman doktrinde söz konusu madde hükmünün sadece kan grubu tespiti amaçlı kan alma ile ilgili olduğu, moleküler genetik araştırmaları kapsamayacak şekilde dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz: Memiş/Yıldırım; s. 301, dn. 72.

si yönündeki menfaatini bastıramayacağını söylemek mümkündür (Bkz: yuk: parag. 5.4.3)⁶¹. Ancak mahkemenin HMK.m.292 çerçevesinde ilgiliyi genetik teste zorlaması; bunun uyuşmazlığın çözümü için zorunlu olması, bilimsel ve rilerine uygun olması ve sağlık yönünde tehlike oluşturmaması gerekmektedir. Buna göre, hâkimin uyuşmazlığın çözümü için genetik testin yapılmasının zorunlu olduğuna elindeki maddî olgular çerçevesinde kanaat etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, evlilik birliği içinde doğup hukukî anne ve/ya babasının aslında genetik anne ya da babası olmadığını öğrenen çocuğun açtığı davada hâkim davacının basit bir şüphesine dayanarak değil, hukukî anne veya babasının gerçekte genetik anne veya babası olmadığı hususunda ciddi kanaat uyandırmaya elverişli maddî olguları ortaya koyması üzerine kan muayenesi, doku alınması veya diğer tıbbî yöntemlerin zorla uygulanmasına karar verebilecektir. Bu husus İsviçre Federal Mahkemesi kararında da “*orantılılık*” ilkesi şeklinde açıkça belirtilmiştir (bkz: yuk. parag. 5.4.3). Orantılılık ilkesi uyarınca yapılacak genetik testler, delil elde etme amacıyla zorunlu ve sağlık açısından ciddi bir tehlike oluşturmadığı sürece hukuka uygun sayılacaktır. Bu çerçevede örneğin babanın kökenini öğrenme hakkını kullanması üzerine genetik test yaptırmak zorunda kalacak olan kişi çocuk ise, çocuğun gerçeği öğrenmesi sonucu yaşayacağı ruhsal çöküntü ve üstün yararı orantılılık ilkesi çerçevesinde araştırılması gereken olgulardan biri olacaktır⁶². Aynı şartlar HMK.m.292

⁶¹ Aynı yönde bkz: Tüzüner, s. 1158. Ayrıca bkz: Y. 18. HD., E.2014/7595, K.2014/14283, T. 16.10.2014 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶² Son yıllarda gerek ülkemizdeki yasal gelişmeler (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli, 2008/30E., 2009/96 K. sayılı kararı ile soybağının reddine ilişkin TMK.m.289'da öngörülen “*doğumdan başlayarak beş yıllık*” hak düşürücü sürenin iptal edilmesi) ve gerekse de AİHM'de verilen kararlar (Örneğin; Shofman v. Rusya, no. 74826/01, 24 Kasım 2005) yakından incelendiğinde, aile ve soybağı ilişkilerinde biyolojik gerçekliğe dayanan kesinliğin sağlanması ilkesinin (nesillerin sıhhati ilkesi), çocuğun ve ailenin menfaatinin korunmasına ağır basmaya başladığı görülecektir. Bu konuyla ilgili olarak AİHM'in Türkiye ile ilgili olarak Tavlı v. Türkiye davasında (2007) verdiği kararda, özel hayatın korunması kapsamında koruma altına alınan nesillerin sıhhati ve biyolojik gerçekliğin sağlanması ilkesini, çocuğun ve ailenin korunması ilkesinin bir adım önüne taşımıştır. Söz konusu karara konu olayda; başvurucunun 1981 yılında açtığı soybağının reddi davası, 1982 yılında baba olabileceği yönünde varsayımlara dayanan Adli Tıp Enstitüsü'nden alınan rapora dayanılarak ve çocuğun evlilik içi doğmuş olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bundan belli bir zaman sonra başvurucunun teknolojinin gelişmesine dayanarak 1997 yılında yargılamanın yenilenmesi talebiyle açtığı dava da, bu dava sırasında alınan ve başvurucunun baba olmadığını kesin olarak ispat eden Adli Tıp Enstitüsü raporuna rağmen, söz konusu yeni delilin 1982 yılında mücbir sebep nedeniyle elde edilememiş olması şartını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucunun 2002 yılında AİHM'e yaptığı başvuru sonrasında başlayan yargılamada AİHM, Hükümetin Türk yerel mahkemelerinin başvurucunun biyolojik gerçekliğe ulaşmasına ilişkin menfaatinde ziyade, çocuğun ve ailenin menfaatlerini koruduğu savunmasını inandırıcı bulmamıştır. Hatta mahkeme oldukça isabetli bir şekilde, somut olaydaki maddî gerçekliklere (DNA

çerçevesinde genetik testleri yaptırmak zorunda bırakılabilecek üçüncü kişiler bakımından da aranacaktır.

Sonuç olarak kanaatimizce soybağının reddi davası, babalık davası veya anne yönünden nüfus kaydının düzeltilmesi davalarından bağımsız şekilde kullanılabilen nitelikteki kökenini öğrenme hakkının Türk hukukunda yasal düzenlemeye kavuşturulması ve yargılama usulünün de mevzuatın ilgili kısımlarına yapılacak atıflarla belirginleştirilmesi gerekmektedir. Zira her hak gibi kökenini öğrenme hakkının da, hangi yollarla ve kimler tarafından kimlere karşı yöneltileceği, ilgililerinin tıbbî araştırmaya katılma zorunluluğu ve bu zorunluluğun oluşması için hangi şartların aranacağı gibi meseleler bakımından açıklığa kavuşturulmasının yasal bir gereklilik olduğunu düşünmekteyiz.

SONUÇ

İsviçre’de anayasal bir hak olarak tanınmış olan kökenini öğrenme hakkının, Türk hukukunda Anayasa ile teminat altına alınan kişiliğini geliştirme hakkının uzantısı olarak Türk Medenî Kanununun 23. maddesinde düzenlenmiş olan kişilik hakkı çerçevesinde koruma altında olduğu kabul edilmektedir. Kökeni öğrenme hakkı, kişinin üstsoyunu ve altsoyunu öğrenmeyi kapsamına almakla beraber, genetik annenin ve doğuran (*biyolojik*) annenin birbirinden farklı kişiler olma ihtimalinin bulunduğu taşıyıcı annelik uygulamasında taşıyıcı anneyi de kapsamaktadır. Kökenini öğrenme hakkından; evlilik birliği dışında doğan çocuklar, nüfus kayıtlarında veya resmî makamlarda hiçbir kaydı olmayan terk edilmiş çocuklar, evlilik birliği içinde doğmakla beraber genetik ana ve/ya babasının gerçekte hukukî ana ve/ya babasından biri olmadığını öğrenen çocuklar, evlât edinilen çocuklar ve heterolog döllenme teknikleri yoluyla dünyaya gelen çocuklar yararlanabilir. Kökenini öğrenme hakkına ilişkin dava, görünürdeki hukukî ana/babaya karşı açılabilir gibi; ana ya da baba olduğu varsayılan kişilere, açtığı soybağının reddi davasının süre vb. sebeplerle reddedilen ana veya babaya ve hatta çocuğa bilgi vermekle yükümlü olan üçüncü kişilere özellikle ilgili sağlık kuruluşlarına, evlâtlık işlemlerine aracılık etmiş kurum ve kuruluşlara karşı da açılabilir. Bu dava sadece kökeninin tespiti sonucunu doğurmakla beraber, soybağının reddi veya babalık davalarının yanında ek bir taleple açılabilir gibi, soybağının reddi ya da babalık davalarından

testi) rağmen evlilik içi doğuma dayanan babalık karinesinin üstün tutulmasının, sadece aile ilişkilerinde hukuki kesinliğinin korunmasına ilişkin genel yarar ve başvuranın biyolojik gerçekliğe ulaşmasındaki menfaati değil; aynı zamanda çocuğun da biyolojik babasının kimliğini öğrenmekteki menfaati zedelendiğini tespit etmiştir. (Bkz: Başvuru No.11449/02- TBB Dergisi, Sayı: 86, 2009, s. 469–480).

bağımsız olarak da açılabilir. Her iki durumda da soybağı davalarında genetik inceleme yapılmasını öngören HMK. m. 292 uygulanırken, kökenini öğrenme hakkı talepli tespit davasında soybağı davalarında öngörülen hak düşürücü süreler uygulanmayacaktır.

Kişinin kökenini öğrenme hakkının konu edildiği davalarda çözümlenmesi gereken uyumsuzluklar, büyük oranda söz konusu hakkın başka menfaatlerle veya temel nitelikteki haklarla çatışıp çatışmadığı noktasında gündeme gelmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi kararında (BGE 134 III 241) vücut bütünlüğü hakkını psikolojik bütünlüğe müdahale çerçevesinde ele almış olup, genetik inceleme yöntemlerindeki kolaylık sayesinde psikolojik anlamda vücut bütünlüğü ihlâlinin somut olayda gerçekleşmiş sayılmayacağına karar vermiştir. Buna göre, genetik testlerle gerçeğin ortaya çıkması aşamasında babanın yaşayacağı ruhsal çöküntünün, yani psikolojik bütünlüğün ihlâlinin, kişinin soybağının en güvenilir yöntemlerle tespit edilmesi yönündeki menfaati bastıramayacağını söylemek mümkündür. Zira mahkeme, davalının rıza vermekten kaçınması hâlinde davanın aleyhinde sonuçlanabileceğini öngören ZGB. Art. 254 hükmü yürürlükte olmasına rağmen, davalının kendi vücut bütünlüğünü korumak amacıyla yaptığı ikrarı delil olarak kabul etmeyip, davayı onun aleyhinde sonuca bağlamaktan (onun aslında gerçek baba olmadığına hükmetmekten) imtina etmiştir.

Türk hukukunda da baskın görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, soybağının tespiti amacıyla yapılacak genetik teste rıza göstermeyen ilgililerin bu testleri yaptırmaya zorlanabileceğini öngören HMK. m. 292 hükmünün TMK.m. 284 hükmünü ilga ettiğini söylemek mümkündür. Mahkemenin HMK.m.292 çerçevesinde ilgiliyi genetik teste zorlaması için; bunun uyumsuzluğun çözümü için zorunlu olması, bilimsel verilere uygun olması ve sağlık yönünde tehlike oluşturmaması gerekmektedir. Bu noktada İsviçre Federal Mahkemesi kararında da belirtilen orantılılık ilkesi uyarınca, hâkim davacının basit bir şüphesine dayanarak değil, hukukî anne veya babasının gerçekte genetik anne veya babası olmadığı hususunda ciddi kanaat uyandırmaya elverişli maddi olguları ortaya koyması üzerine davalının sağlığını ciddi tehlikeye sokmaması şartıyla kan muayenesi, doku alınması veya diğer tıbbî yöntemlerin zorla uygulanmasına karar verebilecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- AYDIN, Melike Belkis;** Yapay Dölllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Eskişehir, 2013.
- BAYGIN, Cem;** Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010.
- BAYSAL, Başak;** “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt:1, 1. b.s., İstanbul, 2010.
- BESSON, Samantha;** “Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung”, ZSR, 2005, s. 39-71.
- DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ;** Türk Özel Hukuku- Cilt III- Aile Hukuku, 9.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- DURŞUN, Sanem Aksoy;** “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK. m. 284 ve HMK. m. 292’nin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, Cilt:8, Sayı: 95-96, s. 120 vd.
- ELBEL, DANIEL;** Rechtliche Bewertung anonymer Geburt und Kindesabgabe, Frank&Timme, Berlin, 2007.
- EROL, Yasemin;** Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Ankara, 2012
- İKİZLER, Metin;** “Hukukî Boyutu İle Almanya’da Bebek Sandığı ve Anonim Doğum Uygulamaları Ve Türkiye’de Durum”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 683-719.
- KUTOĞLU, Tuba;** “Türk Mevzuatında ve İctihatlarında Babalık Hükmü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 945-984 (Basım Yılı: 2012).
- A. LALOS/GOTTLIEB/O. LALOS;** “Legislated right for donor-insemination children to know their genetic origin: a study of parental thinking”, Human Reproduction Vol.22, No.6, 2007, s. 1759-1768.
- MARATOU-ALIPRANTI, Laura;** Anonymous births: a controversial issue, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200902/20090210AT-T49057/20090210ATT49057EN.pdf>.
- MEMİŞ/ YILDIRIM;** “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukukî Sorunlar”, AÜEHFD, C.VIII, S.1-2, 2004, s.283-307.
- ÖZBİLEN, Arif Barış;** “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s.99-124.

RIEDEL, Ulrike; Rechtliche Fragen zu Babyklappen und anonymer Geburt, [<http://www.wernerschell.de/Rechtssalmanach/Gemeinschaft/Babyklappe-Riedel06.pdf>]. 2005.

SCHÖNENBERGER, Simone; Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Mémoire Année 2007/2008.

SEROZAN, Rona; Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. bası, İstanbul, 2005.

SETHE, Henning Von; Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

SONAT, K. Ali; "Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri", MÜHF – HAD, C. 19, S. 3, 2013, s. 323- 379.

SÜß, Bernd; Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig von Anfechtungsverfahren, Vol. 5032, Marburg, 2009.

TÜZÜNER, Özlem; "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükmülerden Değerlendirilmesi", AÜHFD, 62 (4) 2013: s. 1139-1166.

YEĞRİM, Vakkas; "Kişinin Hatırasına Hakaret", TAAD, Yıl: 6, Sayı: 22, Temmuz 2015, s.455-494.

YENERER ÇAKMUT, Özlem; Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

ZENGİN, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbî Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara, 2012.

ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN ARASINDAKİ MÜTESELSİL SORUMLULUK KAYNAKLI RÜCU İLİŞKİSİ (İÇ İLİŞKİ)

Retracment Relationship Between Principal Employer-Subcontractor Based Joint Liability (Internal Relationship)

Dr. Alptekin Burak BOYDAK*

ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi ile asıl işveren- alt işveren ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin işçilik haklarından her iki işverenin birlikte sorumlu tutulması, bu sorumluluğun mahiyetiyle birlikte asıl işveren ile alt işveren arasındaki birlikte sorumluluktan kaynaklı iç ilişkinin irdelenmesini de gerekli kılmaktadır.

Söz konusu iç ilişkinin belirlenmesinde birlikte sorumlu olunan işçilik alacağının nevi, müteselsil sorumluluğu düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri ile yargı içtihatları ve taraflar arasındaki sözleşmeler bize yol gösterici olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İşçilik Hakları, Dış ve İç İlişki, Birlikte Sorumluluk.

ABSTRACT

2 of the Law 4857 substances with principal employer and the subcontractor relationship within the scope of the workers labor rights of both employers together to be responsible for these responsibilities, the nature with the principal employer and the subcontractor of this responsibility welded inside the interactions allocation is required.

For determining the responsibility the kind of encumbrance, joint liability with the provisions of the Code of Obligations regulates, judicial decisions, agreement between the parties shows us the way.

Keywords: Labor Rights, External and Internal Relationships, Joint Liability.

◆◆◆◆

GİRİŞ

İş görme sözleşmeleri arasında yer alan hizmet (iş) sözleşmeleri her iki tarafta borç yükleyen tam iki taraflı (sinallagmatik) özel hukuk sözleşmelerinin tipik örneklerinden birini oluşturmaktadır.

* Öğretim Görevlisi Dr. Avukat, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği.
alptekin_burakb@hotmail.com

İş sözleşmesinin taraflarından olan işçinin en önemli borcu iş görme ediminin ifası iken işverenin de bu sözleşme kapsamında en önemli borcunu ücret ödeme borcu oluşturmaktadır. Buna karşılık uygulamada işçinin iş görme edimini ifa etmesine karşılık işverenin bu iş görme ediminden kaynaklı ücret, fazla mesai, kıdem tazminatı gibi işçilik haklarını ödeme noktasında zorluklar çıkarıldığı bilinmektedir. Bu durum ise iş mevzuatının birçok bölümünde işçinin iş kanunlarından doğan alacak ve tazminatlarının korunmasına yönelik normatif düzenlemelerin ihdasına neden olmuştur. Bu husus özellikle çalışma yaşamının gereksinimlerinden doğan asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde de kendini göstermektedir.

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işverenin işçilerinin kendilerini çalıştıran işverenlerden alacaklarını alamamaları tehlikesin binaen kanun koyucu işçinin alacağına katmerli bir koruma sağlamak saikiyle hem asıl işvereni hem de alt işvereni İş Kanunu ile iş sözleşmesi kaynaklı yükümlülükler ile alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden müteselsilen (birlikte) sorumlu tutmaktadır.

Dış ilişkide (işçi ile işveren arasındaki ilişki) var olan birlikte sorumluluk kuralı neticesinde işçiye ödemede bulunulması bu ödeme sonrasında işverenler arası (iç ilişki) ilişkinin akıbetinin irdelenmesini de gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızda da bu birlikte sorumluluk kuralı uyarınca işçinin alacağını ödeyen asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisini irdelemeye çalışacağız.

I. Müteselsil Sorumluluk Kavramı

Bilindiği üzere bir borç ilişkisinde bazı hallerde borçlu tarafını birden fazla kimse işgal edebilmektedir. Hukuki ilişkinin borçlu ayağını birden çok kimsenin işgal ettiği bu gibi hallerde (kısmi sorumluluk) kural, her borçlunun söz konusu borçtan payları itibarıyla sorumluluğudur. Bu halde borç, borçlu sayısı kadar kimseye payları nispetinde bölünmektedir.

Bununla birlikte hukuk düzeni bazı hallerde kökenini Roma Hukukunda bulunan borçların bölünmesi kuralına (nomina sunt ipso iure divisa) bir istisna getirmek üzere¹ birden fazla borçlunun bir borcun tamamından birlikte sorumlu

¹ Özkara E. , İşyerinin Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s.275.

olma hallerini konu edinen müteselsil sorumluluk ilkesini ihdas etmiştir.

Müteselsil borçlulukta hukuki ilişkinin tarafları arasında kurulmuş hem birbirinden bağımsız hem de hukuki kaderi birbirine bağlı birden çok borç vardır. Bundan dolayıdır ki alacaklı, borçluların her birinden borcun tamamının ifasını isteyebilme hakkını haiz olmasına karşılık bu bağımsız borçlardan tamamının ifası alacaklı açısından borç ilişkisini sona erdirebilmektedir.² Bu çerçevede bir alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunduğu bu borçluların her birinin alacağın tamamından sorumlu olduğu ve alacaklının dilediği borçludan borcun ifasını talep edebildiği hukuki ilişkiye müteselsil borçluluk adı verilmektedir.³

Görüldüğü üzere müteselsil borçluluk; alacaklının alacağına kavuşabilmesi için alacaklıya borçlular arasında seçimlik bir imkan sağlayan ve borçlulardan birinin ödeme aczi riskine karşın alacaklıyı koruyan yapısı gözetildiğinde müteselsil borçluluk kurumunun işçilik alacaklarının korunması açısından işçiye güvence sağladığı kuşkusuzdur.

“Alacaklı” bir başka deyişle “işçi” açısından avantajlı tarafına karşılık müteselsil borçluluk ilişkisinin borçlu yani işverenler açısından (bilhassa ekonomik yönden daha güçlü olduğu için alacaklı tarafından genellikle kendisine başvuru- rulan asıl işveren açısından) önemli sorumluluklar getirdiği gayet açıktır. Zira borçlulardan her biri borç ilişkisinde hissesine düşen miktar ne olursa olsun borcun tamamından sorumlu olmaktadır ve işte bu nedendir ki Borçlar Kanunu’nun 162. maddesi, müteselsil borçluluk ilişkisini kural olan bir ilişki olarak değil de istisnai bir ilişki olarak düzenleme yoluna gitmiştir.⁴ Buna göre Borçlar Kanununun 162. maddesinde: “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.” hükmüne yer verilmek suretiyle müteselsil borçluluğun ya taraf iradelerinden ya da kanundan doğacağını hükme bağlamıştır.

II. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk

Kanundan doğan birlikte sorumluluk hallerinin uygulamada en çok karşılaşılan örneklerinden birini ise 4857 sayılı İş Kanununun 2. Maddesi oluşturmaktadır.

² Eren F. , 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 1201 .

³ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s. 331.

⁴ Kılıçoğlu ,Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 734.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. ve takip eden 2/7. maddelerinde;

*“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile **birlikte sorumludur**.*

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” hükümlerine yer verildiği görülmektedir.

Söz konusu 4857 sayılı Kanunun 2/6 ve 2/7. maddelerinde iki işveren arasında hangi şartlarda usulüne uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulacağı belirtilmiş ve kanunun cevaz verdiği usule uygun olarak kurulan bu ilişkiden doğan yükümlülüklerden asıl işveren ve alt işveren açısından birlikte sorumluluk esası benimsenmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Kanunda “birlikte” ibaresi ile tanımlanan bu sorumluluk Borçlar Kanununda ifadesini bulan kanundan doğan müteselsil sorumluluk olup bu husus öğreti ve uygulamada da ekseriyetle kabul görmektedir.⁵

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 23.06.2009 tarihli bir kararında da,

“4857 sayılı İş Kanununun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu

⁵ Süzek , İş Hukuku, İstanbul , 2014 , s. 151; Çelik /Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri,İstanbul,2014, s. 60.

durumda, ihbar, kıdem, kötüniet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı “birlikte sorumluluk” deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.”⁶ İfadesine yer verilmiştir.

Müteselsil sorumlulukta sorumluluğun doğumuna neden olan borcun doğuş nedeni bakımından öğretide ve yargı içtihatlarında (yukarıda verilen karardan da anlaşılacağı üzere) ikili bir ayırma gidilmektedir. Bu bağlamda, birden fazla kimse her biri ayrı ayrı hukuki sebeplerden dolayı bir zararın tamamını tazminle yükümlü tutuluyorsa eksik teselsül aynı sebepten dolayı tazminle yükümlü tutuluyorlarsa tam teselsülün söz konusu olduğu kabul edilmektedir.⁷ Söz konusu teselsül ayırımı arasındaki en önemli fark ise tam teselsülde borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerleri için de kesilmiş iken eksik teselsülde borçlulardan biri için kesilen zamanaşımı diğeri hakkında hüküm ifade etmemesidir.⁸ Yine, tam teselsül de alacaklıya ifada bulunan borçluya diğeri borçlulardan talepte bulunmak için halefiyet hakkı tanınırken eksik teselsül de bu hak tanınmamıştır.⁹

İşçinin alacağına kavuşmasını sağlamlaştırmak için getirilen birlikte sorumluluk olgusu alt işverenin sıfatı, konum, mali durumu bakımından herhangi bir ayırma tabi olmaksızın asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisine giren işverenin mutlak, kayıtsız-şartsız bir sorumluluğu olarak kabul görmektedir.¹⁰ Kanun koyucunun bu şekilde bir birlikte sorumluluk esasını getirmesinin altında şüphesiz ki iş hukukuna egemen olan işçinin korunması ilkesinin yatmaktadır. Nitekim işçiler sözleşmesel sorumluluk bakımından alt işverene bağlı olsalar da asıl işverene ait bir işi icra etmektedirler.

Bu şekilde alacaklı işçi akdi ilişki içinde olduğu işvereninden (alt işveren) alamadığı işçilik haklarını asıl işverenden talep edebilme hakkına sahip olduğu gibi arzu ederse her iki işverenden birden isteyebilme hakkına sahip olabilmektedir.

⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 23.06.2009 tarih, 2009/33243 E. , 2009/25652 K. (www. hukuki. net)

⁷ Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), s. 434.

⁸ Eren, s. 1215.

⁹ Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, s. 434.

¹⁰ Narmanlıoğlu, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, (Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler), s. 53-75 , İstanbul , 2008.

Söz konusu müteselsil sorumluluk kuralının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle tarafların anlaşmayla dahi aksi kararlaştırılmamaktadır.¹¹

Bir başka deyişle asıl işveren ve alt işverenlerin iradeleri bir borçtan birlikte sorumlu olunması yönünde olmasa dahi incelememize konu İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde asıl işveren- alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu hallerde işçilik alacaklarından asıl ve alt işverenlerin birlikte sorumlu tutulmaları öngörülerek bir kanuni teselsül haline yer verilmiştir.

Çalışmamızın özünü, emredici niteliği haiz birlikte sorumluluk kuralı gereğince dış ilişkide işçilik alacaklarını ödeyen asıl işveren ile alt işveren arasındaki iç ilişkinin muhtevası oluşturduğundan bu muhtevanın nasıl belirleneceği hususunun tespiti önem arz etmektedir.

III. Müteselsil Borçlular Arasındaki İç İlişki

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinde,

“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.” hükmüne yer verilmiştir.

Borçlar Kanununun 167. maddesinde de;

“Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar.

Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir.

Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.” hükümlerine yer verildiği görülmektedir.

Söz konusu maddeler bir bütün olarak tetkik edildiğinde,

¹¹ Canbolat, Türk Hukukunda Alt İşveren Asıl İşveren İlişkisi , 1992 ,s. 71.

- Müteselsil sorumlular arasındaki iş ilişkisinin tespitinde somut olayın özelliğine dair bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığının göz önünde bulundurulacağı,

- Müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide borcun belirli bir kısmı borçlanılmış olup, bu paydan fazla ödemede bulunan borçluya kanundan doğan bir rücu hakkı tanınmış olduğu,¹²

- Rücu ilişkisinin nispetini belirleyecek herhangi bir sözleşme veya kanun hükmü mevcut değil ise taraflar iç ilişkide tüm borcun yarısı oranında birbirlerine rücu hakkını haiz oldukları,

- Müteselsil borçlular iç ilişkide eşit payın ödenmesine ilişkin düzenleyici kuralın yerine aralarında anlaşarak kimin borçtan hangi oranda sorumlu olduklarını belirleyebilme yetkisine sahip oldukları anlaşılmaktadır.¹³

Bu durumda, müteselsil borçlulardan herbirinin iç ilişkide borcun ne kadarlık kısmın üstlendikleri kendi aralarında bir anlaşma ile belirlenmişse iç ilişkide kararlaştırılan bu hisseden fazla bir miktar için alacaklıya ifada bulunan müteselsil borçlu, diğerlerine hissesinden fazlası için rücu talebinde bulunabilecektir.¹⁴

Buradan anlaşılacağı üzere İş Kanununun 2. maddesi gereği işçilik alacaklarından müteselsil borçluluğun dış ilişki yani işçi ile işverenler arası ilişki bakımından geçerli olduğu borçluların (işverenlerin) kendi aralarındaki ilişki bakımından ise müteselsil borçluluk değil kısmi borçluluk olgusunun söz konusudur. İç ilişkide kısmi borçluluk olgusunun bir sonucu olarak alacaklıya ifada bulunan müteselsil borçlu diğer borçlulara ifa ettiği kısmın tamamı için değil de her bir borçluya payına düşen nispette rücu etme hakkına sahiptir.¹⁵

Müteselsil borçlular arasındaki payın belirlenmesinde taraflar arasındaki sözleşme hükümleri belirleyici rol oynamaktadır.

Özellikle, çalışma yaşamında en sık karşılaşılan hal işçilerin akdi ilişki içerisinde oldukları işverenleri yerine ekonomik yönden daha güçlü durumda bulunan asıl işverenlerden işçilik alacaklarını tahsil yoluna gitmesi olduğundan

¹² Eren, s. 1210.

¹³ Eren, s. 1210.

¹⁴ Kılıçoğlu, s. 744.

¹⁵ Uygulamada ise çoğunlukla, asıl işverenin ödediği miktarın tamamı için alt işverene rücu ettiği gözlemlenmektedir. Bu durumun kaynağını ise genellikle, asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmelerde ödenmeyen işçilik haklarından alt işverenin sorumlu olduğuna ilişkin hükümler oluşturmaktadır.

işçiye ödemede bulunan asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşme hükümleri önem arz etmektedir.

Bu hususta karşımıza en çok çıkan örnekleri kamu işyerlerinde ihaleyi alan firmalar değişmesine karşılık çalışmalarını sürdüren işçilerin durumu oluşturmaktadır.¹⁶ Bu kapsamda işçilik alacaklarına ilişkin ödemeyi gerçekleştiren kamu işverenleri ile hizmet satın alınan firmalar arasındaki iç ilişkinin tespiti bakımından öncelikle taraflar arasındaki sözleşme ve şartname hükümlerine bakmak gerekmektedir.

Bu şartname veya sözleşmelerde işçilerin İş Hukuku kaynaklı alacaklarından ihaleyi alan firmanın sorumlu olacağına dair bir hüküm yahut İdarenin işçiye ödediği meblağı ihaleyi alan firmalardan rücu isteyebileceğine ilişkin bir hüküm mevcut ise ve ihaleyi alan firma işçinin son çalıştığı firma ise kamu işverenleri işçilere yaptıkları ödemenin tamamı bakımından iç ilişkide ihaleyi alan firmaya rücu etmektedirler.

B. Rücu Edilebilecek Unsurlar

Rücu edilebilecek unsurları birlikte sorumluluğun kapsamı tayin ettiğinden İş Kanunu 2. Maddesi kapsamında birlikte sorumluluğun kapsamına neler girdiği hususunun da üzerinde durulması gerekmektedir.

İşçinin, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmadan önce alt işverenin diğer bir işyerinde geçen çalışmaları alt işveren yönünden bir bütün olarak dikkate alınabilecek ise de asıl işverenin sorumluluğu açısından önceki dönem hüküm ifade etmeyecektir.¹⁷

Birlikte sorumluluğun kapsamına ihbar, kıdem, kötüniyet tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta ve bayram tatili, yıllık izin ile parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerden olan yemek ve yol yardımı gibi işçilik alacakları girdiği tereddütsüz bir biçimde söylenebilir.

Sendikal tazminatın da sorumluluğa dahil olup olmadığı noktasında ise

¹⁶ Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine 8. ve 9. maddelerin eklenmesi suretiyle kamu ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alımı yoluyla işçi çalıştıran kamu kurumlarının asıl işveren olarak nitelenmesinin önüne geçilmeye çalışılmışsa da Yargıtay tarafından özel sektör işverenleri ile kamu işverenleri arasındaki böyle bir farkın kabul edilemeyeceği belirtilerek kamu işverenleri asıl işveren, hizmet satın alınan firmalar ise alt işveren olarak nitelenerek hizmet satın alan firmaların işçilerinin alacaklarından kamu işverenleri ile hizmet satın alınan firmaların da birlikte sorumlu oldukları kabul edilmiştir (Yargıtay 9. H. D. , 04.03.2011 gün, 2010/49665 E. , 2011/5998 K. sayılı karar, www. kazanci.com).

¹⁷ Çankaya, Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2011 , s. 32.

sendikal sebeplerle iş akdinin feshi yahut sendikal nedenlerle işe girişte yahut iş ilişkisinin devamında ayırım yapılması İş Kanunu md. 5'te ifadesinin bulan eşit davranma borcuna da bir aykırılık oluşturmuş olacağından sendikal tazminatın da müteselsil sorumluluğun kapsamına gireceği kabul edilmelidir.

Ayrıca diğer müteselsil borçlular ifade bulunan borçlunun yapmış olduğu yargılama gideri, vekalet ücreti gibi kalemlerden de sorumludurlar.¹⁸ Bununla birlikte TBK'nın 164/2. maddesinde "Müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur." hükmü gereği alacaklıya karşı ileri sürülmesi gereken ortak defilerden birini kusurlu olarak alacaklıya karşı ileri sürmeyen borçlu diğer müteselsil borçluya karşı sorumlu olur.¹⁹

Alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde asıl işverenin son alt işveren dışındaki alt işverenlere ne nispette rücu edebilecekleri hususunda da işçilik alacağının veya tazminatının niteliği ile işyeri devri kuralları bize yol göstermektedir.²⁰ Bu kapsamda işçiye ödenen alacak kaleminin türüne göre ayrı ayrı değerlendirme yoluna gitmek sağlıklı olmaktadır.

1. İş Güvencesi Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Ücreti Alacağı Bakımından

İş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alacakları, son alt işveren tarafından iş akdi feshedilen ve işe iade kararı neticesinde mahkemece hükmedilen haklardan olduğundan ve bu haklar bakımından temel sorumluluğun son alt işverende olduğu gözetildiğinde asıl işverenin ödediği bu alacaklar bakımından alt işverene rücu edebileceği açıktır.

2. Kıdem Tazminatı Bakımından

Alt işveren işçisine ait kıdem tazminatını ödeyen asıl işverenin²¹ işçiyi daha önce çalıştırmış bulunan alt işverenlere sorumlulukları oranında rücu etme hakkına sahiptir.

¹⁸ Eren, s. 1211.

¹⁹ Eren ,s. 1211.

²⁰ Bilineceği üzere, Yargıtay uygulamasında sunulan hizmetin belirli süreli sözleşmelerle değişik alt işverenler tarafından yerine getirilmesine rağmen asıl işverenin sabit kalıp işçilerin de her seferinde yeni alt işveren tarafından kesintisiz biçimde çalıştırılmaya devam edildiği durumlarda, alt işverenler arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmasa bile, bir işyeri devrinin varlığını kabul etmiştir. (Özkaraca E. , İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk (Karar İncelemesi) , Çalışma ve Toplum , S. 20, s. 137-138).

²¹ Asıl işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunun işçinin kendi işyerinde geçirdiği süre ile orantılı değerlendirilmesi gerekmektedir. (Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Alt İşverenlik, Ankara, 2011, s. 74).

Önceki alt işverenlerin kıdem tazminatından sorumluluklarının ne olduğu noktasında ise Yargıtay tarafından uygulamaya yön verici ilkeler ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında; “... Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işverene nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesinde açıklanmıştır. Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz taktirde her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin tüm süreye göre bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra “...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli...” denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki veya fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul

edilmelidir. ²² hükmüne yer vermek suretiyle daha önce işçiyi çalıştıran firmaların sorumluluğu bakımından İş Kanununun işyeri devri hükümlerinin uygulanacağı kabul etmek suretiyle kıdem tazminatı alacağı bakımından son alt işveren için tüm dönem üzerinden daha önce ihaleyi alan firmalar açısından ise kendi dönemleri üzerinden sorumlu olduklarına hükmetmektedir.

Görüleceği üzere kıdem tazminatından sorumluluk bakımından borcun bir kısmı bakımından (devirden önceki hizmet süresine ilişkin kısım bakımından) devreden işverenle devralan işverenin müteselsil sorumluluğu söz konusu iken bir kısmı bakımından ise (devirden sonraki hizmet sürelerine ilişkin kısım bakımından) devreden işverenle devralan işveren açısından müteselsil sorumluluk söz konusu değildir.²³

Örneğin üç yıl A taşeron firması nezdinde son iki yıl da B taşeron firması nezdinde çalışan bir işçinin beş yıllık kıdem tazminatı alacağını ödeyen bir asıl işveren, işyerinin devri hükümleri gereğince son çalıştıran firma tüm dönem üzerinden önceki firmalar da kendi dönemleri üzerinden sorumlu olduklarından asıl işveren, A firmasına tüm dönem üzerinden değil de işçinin çalıştığı üç yıllık dönem açısından son çalıştıran B firmasına ise tüm dönem üzerinden rücu edebilme hakkını haizdir.

3. İhbar Tazminatı ve Yıllık İzin Ücreti Alacağı Bakımından

İhbar Tazminatı ve yıllık izin ücreti alacakları feshe bağlı haklardan olduğundan ve işyeri devrinde devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinde doğmuş bulunan haklar bakımından söz konusu olduğundan bu iki alacak kaleminden kural olarak devreden alt işverenler sorumlu olmadıklarından bu alacakları ödeyen asıl işverenin veya son alt işverenin devreden alt işverencilere rücu hakkı bulunmamaktadır.

Her ne kadar yıllık izin ücreti bakımından da devirden önce doğmuş bulunan ve devir tairihinde ödenmesi gereken yıllık izin ücreti alacağından devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olacağı doktrinde ileri sürülmüş²⁴ olsa da gerek yıllık izin ücreti alacağının niteliği gerekse müstekar hale gelmiş Yargı içtihatlarında da belirtildiği üzere burada sorumluluk salt devralan işveren üzerindedir.

Bununla birlikte, yıllık izin ücreti bakımından İş Kanunu md 6/3'ün nispi

²² Yargıtay 9. H. D. , Esas No. 2009/17866 Karar No. 2011/17317 Tarihi: 09.06.2011 (<http://www.calismatoplum.org/sayi33/abc/8-33.pdf>)

²³ Özkaraca , s. 376.

²⁴ Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara, 2008, s. 956.

emredici niteliği gözetilerek işyerinin devrinden önceki ve sonraki tüm çalışmalarının karşılığı olan yıllık izin ücretlerinden yasa gereği sorumlu olan devralan işverenin yanında devreden işverenin de sorumlu olacağına kararlaştırılmasına da bir engel bulunmamaktadır.²⁵

4. Fazla Mesai, Genel Tatil Ücreti ve Diğer İşçilik Alacakları Bakımından

Feshe bağlı olmayan bu alacak kalemleri açısından, devreden alt işveren döneminde doğmuş olan haklar bakımından devreden alt işveren devir tarihinden itibaren iki yıl boyunca sorumlu olmaya devam edeceğinden devir tarihini takip eden iki yıl içinde bu alacakları işçiye ödeyen devralan alt işveren veya asıl işverenin devreden alt işverene rücu hakkı mevcuttur.

Devir tarihinden itibaren iki yıl geçtikten sonra ise devreden işveren döneminde doğmuş olsa dahi devreden alt işverene bu alacak kalemleri bakımından rücu edilemez.

C. Muvazaa Hali Bakımından

Asıl işveren ile alt işverenin işçiye karşı sorumluluklarını düzenleyen bir başka deyişle dış ilişkiyi düzenleyen İş Kanunu'nun 2. maddesinde hukuka uygun bir şekilde doğmuş asıl işveren alt işveren ilişkisi ile muvazaa olarak nitelenen yani maddede düzenlenen sınırlara uymayan asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedildiği için taraflar arasındaki (asıl işveren- alt işveren) rücu ilişkisini değerlendirirken de hukuka uygun bir şekilde doğmuş asıl işveren alt işveren ilişkisi ile muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin iç ilişki açısından bir hukuki farklılığa gerekçe oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

Bir başka deyişle İş Kanunda cevaz verilen bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işçiye ödemedede bulunan taraf sözleşme ve kanun hükümlerinin tanıdığı sınırlar çerçevesinde nasıl diğer işverene rücu hakkını haiz ise muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisi çerçevesinde işçiye ödemedede bulunan işveren de diğer işverene aynı sınırlar dahilinde rücu hakkını haizdir.

Burada akla gelen soru ise İş Kanunu anlamında muvazaalı bir işlem gerçekleştiren ve İş Kanunu gereği baştan itibaren işçinin işvereni olarak değerlendirilen bir işverenin rücu hakkının nasıl doğduğu hususudur.

Öğretide AYDINLI'ya göre, bir kanunun veya kesinleşen bir yargı kararının geçersiz saydığı bir sözleşmeye rücu hakkını dayandırmak hukuken mümkün

²⁵ Özkaraca. s. 410-411.

görünmemektedir.²⁶ Yine aynı yazara göre muvazaalı sayılan işlemler mutlak butlan ile batıl olup baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağı gibi muvazaalı olduğu kesinleşen bir işlemin sonradan bir hakka dayanak teşkil etmemesi gerekmektedir.²⁷

Biz ise bu görüşe katılamamaktayız. Zira burada iki hususun birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Birincisi, genel anlamda muvazaada tarafların gerçekten yapmayı istedikleri perde arkasındaki işlem ile görünürdeki işlem arasında bir uyumsuzluk hali mevcut iken²⁸ İş Kanunundaki muvazaada kanun koyucu asıl işveren ile alt işveren ilişkisinin kurulması için gerekli şartları taşımayan bir ilişkinin kurulması halini muvazaa olarak nitelemiştir. Bu nitelemenin sebebi ise İş Kanununun adeta doğuş amacı olan işçinin korunmasıdır.

Nitekim CANBOLAT'a²⁹ göre, "Borçlar Hukuku alanında tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri, bunun geçersiz olması veya yerine başka bir sözleşmenin geçerli olmasını istemedikleri durumlarda muvazaadan söz edilmez. İş Hukuku alanında özellikle alt işverenlik uygulamasında sıklıkla tarafların görünüşte yaptıkları sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri görülmektedir. Bunun teknik olarak muvazaa olarak nitelenmesi zor gözükmemektedir."³⁰

İkincisi ise, muvazaalı bir işlem halinde İş Kanununun işçilik alacaklarından salt tek bir işvereni sorumlu tutması işçiye yönelik bir sorumluluk hali olup işverenleri arası rücu ilişkisini etkileyen bir sorumluluk hali değildir.

²⁶ Aydınli İ . , Görünürdeki İşlem Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara, 2008, s. 207

²⁷ Aydınli, s. 207.

²⁸ ... tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarına "muvazaa" denir. Muvazaanın çeşidi ne olursa olsun şu unsurların bulunması ve bunların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle tarafların muvazaalı işleri sırf üçüncü şahısları aldatmak için yaptıklarına ve bu anlaşmanın kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğini sözleşmeleri gerekir. (T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.11.2001 gün, E. 2001/9-711 K. 2001/820) www.kazanci.com

²⁹ Canbolat, Türk Hukukunda Alt İşveren (Borçlar Hukuku Bakımından) , Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları, 2010, s. 40

³⁰ AYDINLI'ya göre de, "işçilik haklarının ihlaline yol açan işlemleri muvazaa kurumu ile değil bu kurumdan birçok yönden farklılık arz eden kanuna karşı hile kurumu ile karşılamak daha yerinde olmaktadır. Alt işveren ilişkisinde ortaya çıkacak hukuka aykırılıkları kanuna karşı hile kurumu bakımından nitelendirmenin ve yaptırımı bağlamak özel hukuk teorisi içerisinde daha anlaşılır kılınmasına yol açacaktır." (Aydınli İ . , a. e. , s. 143-144)

Aksi düşüncenin kabulü halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin taraflarından birisi işçinin hiçbir alacağına muhatap olmadan bu ilişkiden kendine kurtarabilmektedir ki bu husus hakkaniyete aykırılık taşımaktadır.

Özellikle kamu sektöründe kamu işverenleri kadro tahsis edemediklerinden kimi zaman asıl işlerini de zorunluluktan ihale ile firmalara yaptırma yoluna gitmektedir. Muvazaa halinde rücu ilişkisinin geçerli olmayacağına kabulü halinde bu firmalar çalıştırdıkları işçinin hiçbir kanuni hakkıyla karşı karşıya kalmama sonucuna yol açacağı açıktır. Zaten kanaatimizce İş Kanunu rücu ilişkisi bakımından böyle bir sonucu arzu etmek amacıyla ihdas edilmemiştir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, “... *Mahkemece dosya kapsamına göre, İş Mahkemesince, “işçilerin tamamının İGSAŞ’a ait olduğu, taşeron olarak çalışan kişilerin değişmesine rağmen işçilerin işini aynen ve aralıksız olarak sürdürdüğü, taşeron işçisi gibi gösterilmesi hususunun muvazaalı olduğu” gerekçesine dayanarak İGSAŞ aleyhinde hüküm kurulduğu ve bu kararın onanarak kesinleştiği, bu durumda davacının taşeron görünümündeki davalı şirkete ödemiş olduğu bedelleri rücu etmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.*

1- *Dava, asıl işveren tarafından işçilere ödenen ihbar, kıdem ve deprem tazminatının davalı taşerondan rücu tazmini istemine ilişkindir. Davacı ile davalı arasında akdedilen ve 1.1.2000-31.12.2000 dönemini kapsayan Taşeron aracılığı ile Hizmet Teminine ait sözleşme bulunduğu tartışmasızdır. Davacı, sözleşme gereği çalıştırılan ve işçiler tarafından müvekkili aleyhine açılan dava sonunda müvekkilince işçilere ödediği ihbar, kıdem ve deprem tazminatını, işveren olan davalı taşerondan tahsilini istemiştir. 1475 sayılı İş Kanununun 1/son maddesine göre, “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.” Anılan Yasa maddesinde yazılı asıl işveren sorumluluğu, işçilere karşı olan bir sorumluluktur. Taşeron ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasanın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Uyuşmazlığın, davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir.*

Taraflar arasındaki sözleşmenin V. maddesinde davacı asıl işverenin davalı yükleniciye karşı nelerden sorumlu olduğu, VII. maddesinde de, davacı tarafından yapılacak ödemeler açıkça belirtilmiştir. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşme hükümleri dikkate alınarak, dava konusu ihbar, kıdem ve deprem

tazminatından hangi tarafın, ne miktarda sorumlu olduğunun değerlendirilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.” ifadeleriyle muvazaalı halinin iç ilişki bakımından farklı bir sonuç doğurmayacağını hükme bağlamıştır.³¹

SONUÇ

Ülkemizin çalışma yaşamı ve ekonomik koşulları değerlendirildiğinde işçinin emeğinin karşılığını hem asıl işverenden hem de alt işverenden isteyebilmesi yerinde bir tercih olarak gözükmektedir. Yasa koyucunun bu tercihi en uygun hukuki kalıbın müteselsil sorumluluk olduğu da açık ve hakkaniyete uygun olmaktadır.

Bununla birlikte dış ilişkide sağlanılmaya çalışılan hakkaniyete uygun hukuk politikasının iç ilişkide yani işçilik alacaklarını ödeyen işveren ile diğer işveren arasındaki ilişkide de sağlanması ve müteselsil sorumluluk hükümlerinin buna göre değerlendirilmesi önemlidir.

Dış ilişkide işçilik haklarını ödeyen işveren iç ilişkide ödediği bu tutar bakımından müteselsil sorumluluk hükümleri gereğince diğer işverene rücu etme hakkını haizdir. Fakat işçiyi daha önce çalıştıran birden çok alt işverenin mev-

³¹ T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.5.2004 gün, 2004/11-254 E. ,2004/295 K. (www.kazanci.com) Aynı minvalde bir diğer kararda da “Taraflar arasında 01.03-31.12.1999 tarihleri arasındaki sözleşme ilişkisi boyunca davacı yüklenici davalı B.... A.Ş.ye ait sosyal birimlerin işletilmesini üstlenmiştir. Sözleşmenin 10 ncu maddesiyle yüklenicinin çalıştıracağı personelin ücret ve diğer her türlü işçilik haklarının ödenmesi ile doğacak sorumlulukların yükleniciye ait olduğu, davalı ihale makamının herhangi bir nedenle işçilik haklarından dolayı yüklenici işçilerine ve üçüncü kişilere ödeme yapma durumunda kalırsa yüklenicinin bu ödemeleri rücu B.... A.Ş.ye ödeyeceği öngörülmüştür. Davacı yüklenicinin hizmet sözleşmesi ile işveren sıfatıyla çalıştırdığı (6) işçinin bir takım işçilik hakları istemiyle B.... A.Ş. aleyhine açtığı davalar sonunda Elmadağ İş Mahkemesi’nce işçilerin gerçekte B.... A.Ş. işçileri olduğu, her yıl değişen taşeron firmalarla yapılan sözleşmelerin muvazaalı olduğu, B.... A.Ş.nin böylece düşük ücretle işçi çalıştırmayı amaçladığı gerekçesiyle husumet savunması reddedilerek sorumluluğuna karar verilmesinden hareketle, işbu davaya karşılık açılan davada B.... A.Ş.nin rücu hakkı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

İş Mahkemesi karar gerekçesinin açıklanan bu niteliği taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini geçersiz kılmamaktadır. Davacı yüklenicinin basiretli ve tedbirli bir tacir gibi davranarak sözleşme ilişkisi kurması gerekir. Üstlendiği işte çalıştırdığı işçiler gerçekte davalının düşük ücretle çalıştırmayı amaçlayıp da, dönemsel olarak sözleşmeler yaptığı yüklenicilere bağlı çalışıyormuş gibi göstermek istediği işçiler olsa bile, sözleşmeyle kabul ettiği rücu yükümlülüğünden kurtulamaz. Bu durumda, karşılık davanın esasına girilerek B.... A.Ş.nin yaptığı ilama bağlı işçilik hakları ödemelerinden dolayı doğan rücu hakkının kapsam ve niceliğinin belirlenmesi ve hüküm altına alınması gerekirken, yazılı biçimde karar verilmesi doğru olmamıştır.” Hükmüne yer verildiği görülmektedir. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.11.2003 tarih, 2003/4353 E. , 2003/11172 K.) (www.kazanci.com)

cut olduğu hallerde ise işçilik alacağı veya tazminatının nevi, alt işverenin son işveren olup olmadığı son alt işveren değilse işçinin bu işveren nezdinde çalıştığı süre ve işçinin söz konusu alt işverenden diğer alt işverene geçişinden itibaren ne kadarlık bir sürenin geçtiği rücu edilebilecek tutarın nispetinde göz önüne alınacak hususları oluşturmaktadır.

İşçi, müteselsil sorumluluk hükümleri gereği genelde ekonomik yönden güçlü olan asıl işverenden haklarını tahsil yoluna gitmekte asıl işveren de ödediği bu hakları yine müteselsil sorumluluğu düzenleyen hükümler veya sözleşme hükümleri gereği alt işverene rücu etmek yoluna gitmektedir. Buna karşılık asıl işveren rücu mekanizmasını çalıştırdığında hukuki olarak önünde bir engel olmasa da fiili olarak iflas etmiş alt işverenlerle sık sık karşılaşmakta bu yüzden de yük asıl işverenin üzerinde kalmaktadır.

Özellikle kamu kesiminde hizmet alımı yoluyla gördürülen işlerde kamu kurumlarının yargı makamlarınca asıl işveren olarak nitelenmesi ve kamu kurumlarının ödedikleri tutarları alt işverenlere alt işverenlerin iflası veya diğer birtakım nedenlerle rücu edememesi devletin önemli ölçüde zarara uğramasına yol açtığı açıktır.

Bu noktada önerimiz kamu kurumları bakımından ihale şartname ve sözleşmelerine hüküm konulmak ve kamu ihale mevzuatını da buna göre şekillendirmek suretiyle ihaleyi alan firmaların çalışan işçilerin tüm işçilik haklarını ödediklerini belgelemediği müddetçe hakedişlerinin bloke edilmesi, özel sektör işverenleri açısından da alt işverenlik sözleşmelerinde aynı şekilde işçilerin tüm haklarını almaları sağlanmadan sözleşmeye konu tutarın bir kısmının bloke edilmesi yoluna gidilmesidir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akyiğit E., İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Alt İşverenlik, Ankara, 2011

Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Yedinci Bası, İstanbul, 1993

Aydınlı İ. , Görünürdeki İşlem Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Birinci Baskı, Ankara, 2008

Canbolat T., Türk Hukukunda Alt İşveren Asıl İşveren İlişkisi , 1992

Canbolat T., Türk Hukukunda Alt İşveren (Borçlar Hukuku Bakımından) Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayış-

ları (Tebliğ) , Kamu-iş Belek-Antalya,2010

Çankaya G., Çil Ş. , İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara,2011

Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T., İş Hukuku Dersleri,İstanbul,2014

Eren F. , 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013

Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul,2012

Kılıçoğlu A. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012

Mollamahmutoğlu H. , İş Hukuku, Ankara, 2008

Narmanlıoğlu Ü., Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, (Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler), İstanbul , 2008

Tekinay S. –Akman S. –Burcuoğlu H.-Alttop A., Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Beşinci Bası, Fakülteler Matbaası,İstanbul.

Özkara E. , İşyerinin Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008

Özkaraca E. , İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk (Karar İncelemesi) , Çalışma ve Toplum , 2009/1, S. 20

Süzek S., İş Hukuku, İstanbul , 2014

İnteraktif Kaynaklar:

www.hukuki.net

www.kazanci.com

www.calismatoplum.org/sayi33/abc/8-33.pdf

BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME SUÇU

Pertaining to Access to IT Systems

Dr. Cengiz APAYDIN*

ÖZET

Çağımızda teknoloji ve internet kullanımının artması sonucu siber suçların sayısı ve nitelikleri hızla değişmektedir. Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalmaya devam etme suçları hızla değişen ve gelişen teknoloji ile birlikte kanuni düzenlemelerin ötesinde öngörülemeyen şekilde yaygınlaşmaktadır. Modern hayat ekonomik, kültürel, sosyal ve teknik olarak birbiriyle ilişki içerisindedir. Bilişim suçlarının önlenmesi ve cezalandırılabilmesi için etkin ve verimli bir ceza politikası oluşturulması gerekmektedir. Ancak bu politikanın oluşturulmasında bilişim sistemlerine girmenin önlenmesine ilişkin tedbirlerle demokratik toplumun gereklerine uygun kişi hak ve özgürlükleri arasında bir denge oluşturulmalıdır. Bilişim teknolojisindeki hızlı gelişme bilişim sistemlerinin çeşidini ve kullanım sayısını artırmakta olup, beraberinde değişik yöntemlerle işlenebilen suç tiplerini de ortaya koymaktadır. Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalmaya devam etme suçu bilişim suçlarının en önemlisini oluşturmaktadır. Çünkü bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmeden veya sistemde kalmadan diğer bilişim suçlarını işlemek mümkün değildir. Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalmaya devam etme suçlarını önlemenin en etkin yolu güvenlik önlemlerinin geliştirilmesi ve klasik suçlardaki soruşturma ve kovuşturma yöntemlerinden farklı yöntemlerle soruşturma ve kovuşturma yapılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Bilişim Sistemi, Bilişim Suçu, Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Olarak Girme ve Orada Kalmaya Devam Etme Suçu, Bilişim Sistemine Girme Suçunun Başka Suçlarla Birlikte İşlenmesi, Bilişim Suçlarındaki Soruşturma Yöntemi.

ABSTRACT

In our era, not only the number but also the nature of cyber crimes are changing rapidly due to increased use of technology, notably the Internet. Crimes pertaining to unlawful access to the IT system and persisting in the system are becoming widespread to the extent unforeseen by existing regulations due to rapidly changing and developing technology. Our modern lives are economically, culturally, socially and technically interconnected. Effective and vigorous penal policies are required in order to prevent cyber crimes and punish those who commit them. However, while creating these policies, a balance must be maintained between fundamental rights and freedoms of people living in democratic societies and the measures to be taken in order to prevent unlawful access to IT systems. Rapid developments in IT technology has given rise to the

* Cumhuriyet Savcısı, drcengizapaydin@gmail.com

range and the number of users of IT systems, thus bringing about new types of crimes which can now be committed with different methods. Accessing the IT systems and persisting there unlawfully constitutes the most important type of cyber crimes because it is impossible to commit other cyber crimes without accessing into the system first and then persisting there unlawfully. The most effective way to prevent cyber crimes such as accessing the IT systems and persisting there unlawfully is to develop security measures and adopt different methods of investigation and prosecution than the traditional ones.

Keywords: IT Systems, Cyber Crimes, Crimes Pertaining to Accessing the IT Systems and Persisting There Unlawfully, Commitment of Cyber Crimes (esp. Access to IT System Unlawfully) Alongwith Other Crimes, Investigation Methods of Cyber Crimes



GİRİŞ

Bilişim sistemine hukuka aykırı girme suçu, bilişim suçlarının en yaygın olanıdır. Bilişim sisteminin ve verilerin dokunulmazlığını ihlal, öncelikle bilişim sistemine girmeyi gerektirmektedir. Bilişim sistemine hukuka aykırı girme, sistemdeki verilerin güvenliğine ve gizliliğine zarar vermektedir. Ekonomik, sosyal ve teknolojik alanda yaşanan hızlı gelişim ve değişim nedeniyle bilişim sistemlerinin kullanıldığı alanlar artmakta olup, çeşitli şekillerde bilişim sistemlerine hukuka aykırı girme ve orada kalmaya devam etme sonucunda hem bilişim sistemine yetkisiz erişim suçu hem de ceza hukukumuzda düzenlenen diğer bilişim suçları artmaktadır. Bilişim sistemine hukuka aykırı girme eylemi, verilerin temin edilmesi veya verilerin öğrenilmesi amacıyla yapılabileceği gibi sırf meraktan veya failin kendisini test etmesi amacıyla da gerçekleştirilebilir. Bilişim sistemine yetkisiz erişim eylemi, sadece ekonomik ve özel yaşama ilişkin nedenlerle olmayıp, casusluk, siyasi veya terör saikiyle de gerçekleştirilebilirler.

I. GENEL OLARAK

Bilişim alanındaki gelişmelerin hukuk alanında da önemli birtakım sorunlara neden olduğu aşikârdır. Nitekim bu alanda yaşanan gelişmelerle birlikte mülkiyet, fikri hak, haksız fiil, özel hayat gibi çok önemli hukuksal kavramların tanımları ya da anlayış biçimleri değişmiştir. Örneğin bu alanda ortaya konulan özellikle yazılıma ilişkin ürünler üzerindeki haklar bakımından bunların korunması sorunu ortaya çıkmış, bunlara verilen zararlara bağlı olarak haksız fiil algısı yeni bir boyut kazanmış, bilişim sistemlerine kaydedilen bilgilere izinsiz ulaşılması ve bunların kullanılmasına bağlı olarak özel hayat kavramının yeniden ele alınması gerekmiştir¹.

¹ Karakehya, H, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemine Girme Suçu, TBB Dergisi, S:81, 2009, s. 2.

Ceza hukuku açısından bilişim alanındaki suçlar bu hukuk dalının en güncel ve en hızlı değişim gösteren konularından birini oluşturmaktadır. Nitekim bilişim alanında yaşanan gelişmelere bağlı olarak daha önceden hiç öngörülemeyen ve dolayısıyla suç tipleri arasında düzenlenmeyen birtakım yeni fiiller ortaya çıkabildiği gibi, mevcut suç tipleriyle öngörülen fiillerin yeni yöntemlerle işlenmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda yasa koyucunun da bu alanda görülen gelişmelere paralel olarak, mevcut düzenlemelerini değiştirmesi ya da yeni düzenlemeler yapması gerekmektedir. Aksi takdirde ortaya çıkabilecek hukuki boşluklar, sosyal hayatta önemli sorunların yaşanmasına neden olabilecektir².

Ceza hukuku alanında çalışan hukukçuların bilişim sistemine yetkisiz erişim suçunun unsurlarını anlayabilmesi için bilişim kavramı, bilişim sistemi ve bilişim suçlarına ilişkin teknik bilgiyi yorumlayabilecekleri bilgiler gerekmektedir. Çalışmamızda bilişim kavramı, bilişim alanı ve bilişim suçu kavramlarını inceleyerek bilişim sistemine girme suçu açısından önem arz eden bazı terimlerin içerikleri öncelikle tespit edilecektir.

Bilişim kelimesi; “İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi” olarak tanımlanmaktadır³. Bilişim, insanların teknik, ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, her türden düşünsel sürecin yapay olarak yeniden üretilmesi, bilginin bilgisayarlarda depolanması ve kullanıcıların erişimine açık bulundurulması bilimidir⁴. Böylece bilişim, hem verilerin işlenmesini hem de bu işlem sonuçlarının aktarılmasını yani veri içeriğini de içeren bir kavramdır⁵.

765 sayılı eski TCK’da yer alan Bilişim Alanında Suçlara ilişkin düzenlemenin gerekçesinde, “*bilişim alanı*”ndan kastın “*bilgilerin otomatik olarak işleme tabi tutuldukları sisteme ilişkin alan*” olduğu ortaya konulmuştur⁶. 5237 sayılı yeni TCK’da ise bilişim sisteminden bahsedilmiş ve 243’üncü maddesinin ge-

² Karakehya, s. 2.

³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.537d0dbf-6df7d6.36909072 erişim tarihi: 21.05.2014. Bilişim; bilginin saklanması ve iletilmesini konu alan akademik ve mesleki disiplin olarak tanımlanabilir. Ana Britannica, Ana Yayıncılık A. Ş, C:4, s. 164.

⁴ Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 63.

⁵ Akbulut, Berrin, “Bilişim Suçları”, SÜHFD., Milenyum Armağanı, Sayı 1-2, C. 8, Konya 2000, s. 546.

⁶ TBMM Tutanak Dergisi, 6.6.1991, Dönem 18, Y.4, C.61, Birleşim 119-131, (S. Sayısı: 513) s.17.

rekçesinde “*Bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir.*”-denilerek konuya açıklık getirilmeye çalışılmıştır⁷.

Bilişim alanı ise, bilgileri depo ettikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutan sistemlerden oluşan alanlardır⁸. Veri-işlem ve veri-iletişim unsurlarını taşıyan araçların bütününe bilişim sistemi denilmektedir⁹.

Bilişim sözcüğünün kaynağı aynı kökten gelmekte olan Fransızca “*informatique*” sözcüğüdür, bu sözcük Türkçe ‘ye çevrilerek “*enformasyon*” olarak da kullanılmıştır¹⁰. Ancak sonradan bu yabancı kaynaklı sözcük terk edilerek Türkçe karşılığı olan bilişim sözcüğü kullanılmaya başlanmıştır. Bilgi vermek kökeninden gelen *informatique* sözcüğü yerine, bilgi kökeninden gelen “*bilişim*” sözcüğünün kullanılması daha uygun bir seçim olmuştur¹¹.

1989 yılına değin bilişim kavramı ceza hukukumuzda yer almamıştır. Ancak 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısında bilişim alanı; bilgileri toplayıp depo ettikten sonra, bunları otomatik işleme tabi tutma sistemlerinden oluşan alan olarak tarif edilmiştir. Bu tanım daha sonra 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanununda 1991 yılında muhtelif değişiklikler yapan 3756 Sayılı Kanunun gerekçesinde de aynı şekilde yer almıştır¹².

Bilişim suçu kavramı, bilişim teknolojisinin ortaya çıkmasıyla ceza hukuku alanında tartışılmaya başlanılan, kendisine özgü özellikleri olan ve henüz üzerinde uzlaşma sağlanamayan bir kavramdır¹³. Bu suçlar ifade edilirken değişik kavramlar kullanılmaktadır. Bunlar arasında, uluslararası alanda en çok kabul görenler, “*siber suç*” (cyber crime), elektronik suç (electronic crime), dijital suç (digital crime) ve çoğunlukla da bilgisayar ya da bilişim suçları (computer-related crime) dır¹⁴.

⁷ Karakehya, s. 8.

⁸ Yargıtay, 11.CD., 07.10.2009 gün, 2009/1616 Esas ve 2009/11328 sayılı kararı.

⁹ Taşdemir, Kubilay, Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Cantekin Matbacılık, Ankara 2009, s. 243.

¹⁰ Yenidünya, Caner/ Değirmenci Olgun; “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları”, Legal Yayınevi, İstanbul 2003, s.27.

¹¹ Dülger, s. 61.

¹² Yenidünya/Değirmenci, s.28

¹³ Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 53.

¹⁴ Appel, Edward J, Computer-RelatedCrimeImpact: MeasuringTheIncidenceandCostJaunary 2004, s. 5. Son zamanlarda, “cybercrime” kavramına eş anlamlı olarak “hi-techcrime “ yani “yüksek teknoloji suçu “ ve “e-crime “ kavramları da kullanılmaktadır. Bu konudaki en farklı nitelemelerden birisi ise “multi-jurisdictionalcrime” “çok yargısal suçlar” kavramıdır. Bkz. Karagülmez, s. 53-54.

765 sayılı TCK'nın "*bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş sistem*" ibaresi yerine 5237 sayılı TCK'da aynı anlamı taşımak üzere tercih edilen "*bilşim sistemi*" tabirinden bir veya birden fazla ünitelerden oluşan ve belirli bir sonuca ulaşmak için işbirliği sistemiyle çalışan ve güvenlik araçlarıyla da korunan bir bütün anlaşılmalıdır¹⁵. Bu tanımlamadan anlaşılacağı üzere bilişim sistemi teriminin en temel yansıması bilgisayarlardır. Bilgisayarı diğer otomatik işlem yapan araçlardan ayırt eden özellik, bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmasının yanında, genel kapsamlı olarak verileri işleyebilme ve kullanabilmesidir. Zira otomatik çamaşır makinesi, hesap makinesi ve uzaktan kumandalı televizyonlarda da bilgileri otomatik işleme tabi tutma özelliği bulunmaktadır. Ancak bunlar genel kapsamlı olarak verileri işleyebilme özelliğine sahip olmadıklarından ve sadece tek bir amaca yönelik işlem yapabildiklerinden bilgisayara da bilişim sistemi sayılmazlar¹⁶.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde ise bilişim sistemi kavramı, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma özelliği veren manyetik sistemler olarak tanımlanmıştır¹⁷. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ise bilişim sistemini, bir veya birçok unsuru, bir programın işleyişi aracılığıyla verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulmasını sağlayan, birbirine bağlanmış veya benzeşen tek veya toplu tertibat olarak tanımlamıştır¹⁸.

Ceza hukuku sistemimizde bilişim veya bilgisayar vasıtasıyla işlenen suçlar konusunda farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bilgisayarlar aracılığıyla işlenen suç ve bilişim suçu¹⁹, siber suç²⁰, sanal suç²¹, internet suçu²²,

¹⁵ İhsan Erdağ, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar-Bilişim Alanında Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>, s.19

¹⁶ Yazıcıoğlu, Y, Bilgisayar Suçları, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s. 26 vd.

¹⁷ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> erişim tarihi: 22.05.2014.

¹⁸ Yılmaz Sacit; "5237 Sayılı TCK'nın 244. Maddesinde Düzenlenen Bilişim Alanındaki Suçlar" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 92, 2011, s. 63.

¹⁹ Erdoğan, Yavuz, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 47; İçel, Kayıhan, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana ilkeleri", İÜHFM, İstanbul, C.LIX S.1 - 2, İstanbul 2001, s.3; Yenidünya/Değirmenci, s.31.

²⁰ Çeken, Hüseyin, "ABD'de internet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğunun Hukuki Esası" (Çevrimiçi) <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/HCeken1.html>, 14.12.2003; Tanılır, Mehmet Niyazi, İnternet Suçları ve Bireysel Mahremiyet, Ankara, Liberte Yayınları, s. 13. Doktrinde "bilşim suçları" kavramının "siber suçlar" kavramına göre üst bir kavram olduğu ve siber suçları da içine aldığı ileri sürülmektedir. Yenidünya/Değirmenci, s. 33.

²¹ Yazıcıoğlu, Yılmaz "Bilgisayar Ağları ile ilgili Suçlar Konusunda Türk Ceza Kanunu 2000 Tasarısı", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s. 452.

²² Yenisey, Feridun "İnternet Suçlarının Yeni İşleniş Biçimleri", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s.447; Özbek, Veli Özer, "İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları", DEÜHFD, İzmir, C.4, S.1, 2002, s. 106-107.

bilgisayar suçu²³ ve bilişim sistemi aracılığıyla işlenen suç²⁴ olarak doktrinde yazarlarca değişik kavramlar tercih edilmektedir.

Doktrinde ve uygulamada kimi zaman bilgisayar suçu ile bilişim suçu birbirinin yerine kullanılmış, bu konuda ortak bir tanım da yapılamamıştır²⁵. Bilişim suçuna ilişkin değişik tanımlar bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şöyledir: Dülger'e göre, "bilişim suçu verilere ve/veya veri işleme bağlantısı olan sistemlere veya sistemin düzgün ve işlevsel işleyişine karşı, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar şeklinde tanımlanabilir"²⁶. Doğan'a göre, "elektronik bilgi işlem kayıtlarına yasadışı yollarla erişilmesi veya bu kayıtların yasal olmayan şekilde değiştirilmesi, silinmesi veya bu tür kayıtlara girilmesi ya da bilgi tecavüzü için hazırlık yapılması" bilişim suçudur²⁷. Erdoğan'a göre, "bilişim sisteminin kendisinin ya da sistem içerisinde bulunan verilerin hedef alındığı ve bilişim teknolojilerinin kullanılması suretiyle ya da bilişim araçlarına doğrudan fiziki müdahaleyle işlenen suçlardır"²⁸. Akbulut'a göre, "verilerle veya veri işleme konu bağlantısı olan ve bilişim sistemleriyle veya bilişim sistemine karşı işlenen suçlar" bilişim suçlarıdır²⁹. Ergün'e göre, "bilişim sistemleri ve bilişim teknolojileri kullanılarak bu sistemlerde ve bilişim ağlarında işlenen suçlar", bilişim suçlarıdır³⁰. Ersoy'a göre ise, bilişim suçları "bilgisayarı da kapsayan ancak daha geniş olan bilişim araçları ile işlenen veya bilişim araçlarına karşı işlenen suçlardır"³¹. Taşdemir'e göre, "bilişim suçu verilere ve/veya veri işleme bağlantısı olan sistemlere karşı, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar şeklinde tanımlanabilir"³². Yazıcıoğlu'na göre, "bilgisayarın konusunu, vasıtasını veya simgesini oluşturduğu, suç olgusu içeren fiiller" bilgisayar suçudur³³. Karagülmez'e göre, bilişim suçu" bilişim sistemine yönelik veya bilişim sisteminin kullanıldığı suç türüdür"³⁴. Kurt'a göre, bilişim suçu" verilerin bilişim temelli ve

²³ Erem, Faruk "Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu", İBD, İstanbul, C.LXIX, S.10 - 11 - 12, 1993, s.727 vd

²⁴ Ünver, Yener "Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının internet Açısından Değerlendirilmesi", İÜHFİM, İstanbul, C.LIX S.1 -2, 2001, s.79.

²⁵ Akbulut, s. 550.

²⁶ Dülger, s. 69.

²⁷ Doğan, Aydın, Emin, Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, Doruk Yayınları, Ankara, 1992, s. 27.

²⁸ Erdoğan, s. 52.

²⁹ Akbulut, s. 551.

³⁰ Ergün, İsmail, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum, Ankara 2008, Adalet Yayınevi, s. 16.

³¹ Ersoy, Yüksel, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, C:49S:3-4, Ankara 1994, s. 151.

³² Taşdemir, s. 244.

³³ Yazıcıoğlu, Yılmaz, Bilgisayar Suçları Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle Alfa Basım, İstanbul 1997, s. 142.

³⁴ Karagülmez, s. 57.

otomatik şekilde işlenmesi, saklanması, tasnif edilmesi, terkihi ve iletilmesi ile ilgili ve bilişim alanı içinde işlenen, bir bilgisayar ya da ağına yönelik olarak ya da onları kullanarak icra edilen her türlü yasadışı haksız eylem” dir³⁵.

Kanaatimizce sürekli çeşitlenen ve gelişen teknoloji nedeniyle sınırları belirli bilişim suçları tanımlamak zor olmakla birlikte bilişim suçları,” bilişim sistemlerine yetkisiz olarak erişimde bulunarak, bilişim sistemleri aracılığıyla bu sistemde yer alan veri ya da verileri yetkisiz bir şekilde çeşitli Saiklerle kendisinin ya da başkasının yararına kullanma, erişilmez kılma, silme, değiştirme veya bozma suretiyle işlenen suçlar” olarak tanımlanabilir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu bilişim suçlarını “Bilişim Alanında Suçlar³⁶” başlığı altında düzenlemekle yetinmemiş, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı mevcut suçların nitelikli hallerine de ³⁷ yer verilmiştir.

Günümüzde en sık karşılan bilişim suçlarından birisini bilişim sistemlerin yetkisiz erişimler oluşturmaktadır³⁸. TCK’da bilişim suçlarının ayrı bir başlık altında düzenlendiği ikinci kitabın “topluma karşı suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “bilişim sistemlerine karşı suçlar” başlıklı onuncu bölümünün ilk maddesinde “bilişim sistemine girme” başlığıyla bu suç tipi düzenlenmiştir. Buna göre:“(1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. (3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. “Bu maddeyle yasa koyucu “bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme” eylemini suç haline getirmiştir³⁹. Maddenin birinci fıkrasında bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek fiili suç hâline getirilmiştir. Sisteme, hukuka aykırı olarak giren kişinin belirli verileri elde etmek amacıyla hareket etmiş bulunmasının önemi yoktur. Sisteme, doğal olarak, haksız ve kasten girilmiş olması ve kalınması suçun oluşması için yeterlidir. İkinci fıkr-

³⁵ Kurt, Levent, Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları, Ankara 2005, Seçkin Yayınevi, s. 53.

³⁶ TCK’nın 243, 244 ve 245. maddeleri.

³⁷ TCK’nın 142/2-e ve 158/1-f maddeleri.

³⁸ Kadir, Rizgar Mohammed, “The Scope and the Nature of Computer Crimes Statutes - A Critical Comparative Study”, German Law Journal, Vol.11, No.6, June 2010, s.626(akt-Erdoğan, s. 318).

³⁹ Dülger, s. 318.

ya göre, birinci fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi, bu suç açısından daha az ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Üçüncü fıkrada, bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi hâlinde failin, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür. Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, failin verileri yok etmek veya değiştirmek kastıyla hareket etmemesi gerekir⁴⁰.

5237 sayılı TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girmek ve orada kalmaya devam etmek suçu, 765 sayılı TCK'nın 525a /1 ve 525a /2'de yer alan "verilerin ele geçirilmesi" ve "ele geçirilen verilerin zarar vermek üzere kullanılmaları" suçlarının karşılığı olarak düzenlenmiş gibi görünse de, bu suçları düzenlememektedir⁴¹.765 sayılı TCK'da bilişim sisteminden bir takım verilerin ele geçirilmesi cezai müeyyideye bağlanmakla birlikte; verilerin ele geçirilmesi amacına yönelik olmaksızın, sadece sisteme girip orada kalmayı cezalandıran bir hüküm bulunmamaktaydı⁴².Bu bağlamda 5237 sayılı TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçuyla bu tür fiilleri ilk defa cezai müeyyideye bağlamış ve hukuk sistemimiz açısından önemli bir eksikliği de ortadan kaldırmıştır⁴³.

Bu maddede yer alan suç ile Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde öngörülen "hukuka aykırı erişim" düzenlemesine paralellik sağlanmaya çalışılmıştır⁴⁴. Sözleşmenin 2. maddesi "Her Taraf, iç hukukuna uygun olarak, bir bilişim sisteminin tamamına veya bir kısmına kasten ve haksız olarak erişimi suç haline getirmek için gerekli görülen yasal tedbirleri almayı kabul eder" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak öğretilerde de haklı olarak belirtildiği üzere⁴⁵,

⁴⁰ TCK'nın 243'üncü maddesinin gerekçesi.

⁴¹ Erdoğan, s. 110.

⁴² Bu suça ilişkin düzenlemeler daha önceden hazırlanan ceza kanunu tasarılarında da yer almıştır. Bu bağlamda 1997, 2000 ve 2003 TCK ön tasarılarında bilişim sistemine izinsiz girilmesinin cezai yaptırıma bağlanması öngörülmüştür. Kurt, s. 146.

⁴³ 765 sayılı eski TCK'nın 525/a-1'inci maddesinde verilerin ele geçirilmesini cezai müeyyideye bağlayan bir hüküm bulunmakla birlikte, bu suçun gerçekleşebilmesi için en önemli şart verilerin ele geçirilmesine yönelik bir davranışın söz konusu olmasıydı. Eğer fail bu amacına ulaşırsa tamamlanmış suçtan, elverişli vasıtalarla icra hareketlerine başlayıp neticeye ulaşamaz ise de suça teşebbüsten sorumlu olacaktı. Buna karşın sanal alanda en çok karşılaşılan ihlal çeşitlerinden birisi olan bilişim sisteminin güvenliğinin aşarak sisteme hukuka aykırı olarak girilmesi cezai yaptırıma bağlanmış değildi. Murat Volkan Dülger, "Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Bilişim Suçları ve Eleştirisi", in: Bilişim Hukuku (Derleyen: Mete Tevetoğlu) Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s.402.

⁴⁴ Yazıcıoğlu, 2001 Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 177. Karagülmez, s. 181.

⁴⁵ Karagülmez, s. 204.

243'üncü maddenin 1'inci fıkrasındaki "sisteme girmek" ile "orada kalmaya devam etmek" hareketleri arasındaki "veya" bağlacının "ve" bağlacına dönüştürülmesi, bir başka deyişle suçun oluşumu için yalnızca sisteme girilmesinin yeterli olmayıp, sistemde kalmaya devam edilmesinin aranmasından sonra bu suç tipinin Siber Suç Sözleşmesi'nin 2. maddesiyle paralellik taşıdığını söylemek güçleşmiştir⁴⁶. Ancak doktrinde aksi görüşlerde ileri sürülmüştür. Yazarlara göre, Siber Suç Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde yetkisiz erişim, kasten ve hukuka aykırı bir şekilde bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına girilmesi şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, AKSSS'de sistemde kalmak aranmamıştır. Ancak söz konusu maddeye göre, yetkisiz erişim suçunu taraf devletler ceza mevzuatında düzenlerken çeşitli ek unsurlara yer verebileceklerdir. Bu ek unsurlar, güvenlik önlemlerinin ihlal edilmesi suretiyle işlenebileceği, verinin elde edilmesi ya da diğer gayri meşru bir niyetle sisteme girilmesi ya da bilgisayar ağları vasıtasıyla birbirine bağlı bilgisayar sistemleri aracılığıyla işlenebileceği şeklinde sıralanmıştır. Yani, AKSSS'nin 2'nci maddesiyle taraf devletlere mevzuatlarında, bilgisayar veri ve programlarına hukuka aykırı olarak erişimi yaptırım altına alma yükümlülüğü getirilirken, nelerin yasal olup olmayacağı konusu ile suçun oluşum koşullarını belirlemede taraf devletlere takdir yetkisi tanınmaktadır. Bizim kanun koyucumuz bu noktada tercihini sistemde kalmayı da aramaktan yana kullanmıştır⁴⁷.

Bilgisayar veri ve sistemlerine yapılan izinsiz giriş, aynı zamanda, "bilgisayara tecavüz", "kod kırma" ya da "bilgisayar korsanlığı" olarak da tanımlanır⁴⁸. Bu suçla bilişim sistemlerine izinsiz müdahale eden (hacker) şahısların faaliyetlerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Burada sistemin donanımsal yanı değil, fakat soyut yanı olarak da nitelendirebileceğimiz, verilere, programlara veya yazılımlara erişilmesinin, müdahale edilmesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir⁴⁹. Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme suçu ile bir nevi engelleme suçu yaratılmak istenmektedir. Zira bilişim suçlarının büyük çoğunluğu sisteme girilmek suretiyle başlamaktadır. Bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girme, sonrasında sistem ve verilerin güvenliğine, gizliliğine,

⁴⁶ Dülger, s. 319; Karagülmez, s. 203 vd.

⁴⁷ Erdoğan, s. 120; Dalkılıç, A, "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoglu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 207.

⁴⁸ Schjolberg - Hubbard, s. 11(akt-Erdoğan, s. 117).

⁴⁹ Yazıcıoğlu, Y, "Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK. Md. 243)" Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara 2008, C: II, s. 1254.

bütünlüğüne yönelik eylemleri beraberinde getirmektedir⁵⁰.

Bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme suçunun cezalandırılması için “veri” ele geçirilmesi koşulu yoktur. TCK’nın 136. maddesinde, kişisel verilerin elde edilmesi ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu fiil ile bir kişi veya kuruluşun çıkarlarına zarar verilmese dahi, bilişim sisteminin erişilmezliğine yönelik güven ortadan kaldırılmaktadır. Böylece bilişim sisteminin güvenliği özellikle hacker olarak tabir edilen şahıslara karşı korunmak istenmiştir⁵¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre doktrininde “girme” yerine “erişim” kavramının kullanılmasının uygun olacağı, zira eylemin sanal bir ortama yönelik olduğu belirtilmektedir⁵². Ancak biz kanuni terim olması açısından bazen “bilişim sistemine girme” kavramını kullanacağız. Bilişim sistemine hukuka aykırı erişim suçu, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilecek olan dolandırıcılık veya hırsızlık gibi suçlara ya da doğrudan bilişim suçları olan TCK’nın 244 ve 245’inci maddelerinde belirtilen suçlara zemin hazırlamakta ve bir araç olarak kullanılmaktadır.

Bir bilişim sistemine haksız erişim, bilişim sistemlerinin ve kapsamındaki verilerin gizlilik, bütünlük, kullanılabilirlik gibi hususları kapsayan güvenliğine yönelik tehdit ve saldırılar biçimindeki hukuka aykırı fiilleri anlatmaktadır. Bilişim sistemlerinin korunma ihtiyacının yanında, ister ferdi ister kurumsal düzeyde kullanıcıların rahatsız edilmemesi ve engellenmemesi gereklidir. Yalnızca sistemine haksız erişimin dahi başlı başına bir suç olarak düzenlenmesi bir ihtiyaç olarak görülmektedir. Haksız erişim uygulamada, hacking, cracking veya computer trespass gibi yöntemlerle gerçekleştirilmektedir⁵³.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Korunan hukuki değer, suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir⁵⁴. Başka bir ifadeyle toplumun ceza hukuku tarafından korunan yaşamsal değerleridir⁵⁵. Suç oluşturan her eylem, bir hukuksal değerini ihlalini oluş-

⁵⁰ Taşdemir, s. 255; Yazıcıoğlu, Y, “Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1254.

⁵¹ Taşdemir, s. 255.

⁵² Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma - Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 204; Artuk /Gökçen / Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.4626-4631; Erdoğan, s. 117.

⁵³ Bkz: Karagülmez, s. 197.

⁵⁴ Artuk /Gökçen / Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 25

⁵⁵ Koca, M/Üzülmez, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 134.

turmaktadır⁵⁶. Dolayısıyla bir hukuksal değerle ilişkilendirilemeyen herhangi bir suç tipinin, daha geniş bir ifadeyle haksızlığın bulunması mümkün değildir⁵⁷. Buna göre öncelikle bilişim sistemine girme ve orada kalmaya devam etme eyleminin yasada suç normu olarak tanımlanmasına neden olan ve bu suçun işlenmesi ile ihlal edilen bir hukuksal değer bulunması gerekir. Ayrıca bu normun daha iyi anlaşılması ve yorumlanması için bu değer ya da değerlerin açıklanması da gerekmektedir⁵⁸.

Bilişim sistemini yetkisiz erişim suçuyla korunan hukuki değer bakımından müellifler arasında görüş ayrılıkları mevcuttur.

Karakehya'ya göre, bilişim sistemine izinsiz girme suçu kapsamında bireyin sanal ya da bir başka deyişle dijital ortamdaki özel alanı koruma altına alınmaktadır. Bireye ait bu alanı korumanın farklı gerekçeleri olabilir; ancak neticede hangi gerekçeyle olursa olsun, üst başlık olarak bu suç ile korunan hukuki menfaat dijital alandaki özel alandır⁵⁹.

Taşdemir'e göre, bilişim sistemine yetkisiz erişim suçu ile korunan hukuki yarar karma nitelik taşımaktadır. Bir taraftan Anayasanın 20'nci maddesinde düzenlenen özel yaşamın korunması, sırların masuniyeti, haberleşme özgürlüğü kavramlarının, bilişim sistemleri kullanılarak ihlal edilmesinin önüne geçilmesi, bir taraftan da, bilişim sisteminin güvenliği hatta mülkiyet hakkı korunmak istenmektedir. Zira bilişim sisteminde yer alan unsurlar, sahibinin hukuken, korunması gereken özel alanına aittir⁶⁰.

Yazıcıoğlu'na göre, bilişim sistemine hukuka aykırı girme fiillerinin engellenmesi ile artık sadece özel hayatın gizliliğine müdahale edilmesi değil, hem ekonomik, hem de sosyal bir değer taşıyan sistemin güvenliğinin de korunması temel ilke teşkil etmektedir⁶¹.

Yenidünya/Değirmenci'ye göre, bilişim sistemine hukuka aykırı erişimin cezalandırılmasıyla korunan hukuki menfaat karma nitelik taşımaktadır. Bu suçta öncelikle bireylerin özel hayatlarının gizliliği, sırlarının masuniyeti, haberleşme özgürlükleri korunmaktadır. Çünkü bilişim sisteminde yer alan unsurlar, sahibinin hukukça korunan kişisel alanına aittir. Hak sahibinin rızası bulunmadıkça bu alana yetkisiz erişilmemelidir. İkincil bir menfaat olarak, burada bilişim

⁵⁶ Ünver, Y, Hukuksal Değer, s. 147.

⁵⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.152.

⁵⁸ Dülger, s. 325.

⁵⁹ Karakehya, s. 12.

⁶⁰ Taşdemir, s. 255-256.

⁶¹ Yazıcıoğlu, Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1254.

sisteminin güvenliği koruma altına alınmak istenmiştir. Zira suç sayılan eylem, bilişim sisteminin güvenliğine yönelmiş olup, sistem sahibini ya da kullanıcıyı maddi ya da manevi zarara uğratma tehlikesini içermektedir. Günümüzde bilişim sistemleri aracılığıyla yapılan işlemler dikkate alındığında, bu tarz saldırıların varlığı, bilişim sistemlerine olan itimat duygusunu da sarsacaktır. Diğer taraftan bir bilişim sistemine girmek ve orada kalmak, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ya da bilişim araçları vasıtasıyla işlenecek hırsızlık, dolandırıcılık gibi fiillerin gerçekleştirilmesine zemin hazırlamaktadır. Bilişim sistemine girme, çoğu kez daha sonra işlenecek amaç suçlar için bir araç teşkil etmektedir. Bu itibarla eylemin cezalandırılması, diğer suçların önlenmesi bakımından da ayrı bir öneme sahiptir”⁶².

Özbek ve diğerlerine göre, bu suçla birden fazla hukuki değer korunmaktadır. Bu bağlamda suçla korunan hukuki değerler bilişim sisteminin güvenliği ve güvenilirliğidir⁶³.

Dülger’e göre, bu suçla korunan hukuksal değer bilişim sisteminin güvenliğidir. Bilişim sistemine hukuka aykırı erişimin engellenmesiyle, sistemin maliki ya da kullanıcı gibi bir şekilde sistemden faydalanan kişilerin çok sayıda farklı türden çıkarları koruma altına alınmaktadır. Bu kişilerin çıkarları; verilerin gizliliğinin korunması, özel hayatın dokunulmazlığı ya da kişilerin ya da kurumların ihtiyaç duyduğu güvenlik duygusu gibi farklı hukuksal değerler olabilmektedir. Ancak tüm bunların üstünde ve bunları kapsayacak şekilde yer alan hukuksal değer bilişim sisteminin güvenliğidir. Bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi ve orada kalmaya devam edilmesiyle doğrudan bir kişi ya da kuruluşun çıkarlarına zarar verilmesi de yalnızca güvenlik sistemlerinin kırılarak bilişim sistemine girilmesi dahi bu sistemlerin doğruluğuna ve erişilmezliğine olan güvenliliği yok etmektedir. Günümüzün teknoloji dünyasında hemen hemen bütün hizmetlerin bir şekilde bilişim sistemlerinin devreye girmesiyle sağlandığı düşünüldüğünde bu sistemlerin sürekli tehdit altında olmasına rağmen; bu eylemleri gerçekleştirenlerin çekineceği bir yaptırımın olmaması toplumda ve bireylerde büyük bir güvensizlik duygusu yaratacaktır, bu da günümüzde güdülen suç politikasıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle bu tür eylemlerin yaptırımsız kalmaması ve bilişim sistemlerinin güvenliliğine olan etkilerin cezalandırılması için bu suç tipine TCK’da yer verilmiştir⁶⁴.

⁶² Yenidünya, A, C/Değirmenci, O, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul Legal Yayınevi, İstanbul 2003, s.24.

⁶³ Özbek, V, Ö/Kanbur, M,N /Doğan, K /Bacaksız, P /Tepe, İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 903-904.

⁶⁴ Dülger, s. 326.

Soyaslan'a göre, suç birden fazla hukuki değeri korumaktadır. Gerçekten bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme halinde sistemin maliki veya kullanıcısının özel hayatın gizliliği ve verilerin güvenlik içinde muhafazası değerleri ihlal olunmaktadır. Bilişim sistemine giren ve orada kalan kişi bir yandan başkalarına ilişkin veri veya bilgilere ulaşmakta böylece özel hayatın dokunulmazlığını, diğer yandan da sistemin ulaşılmazlığına olan güveni ihlal etmektedir⁶⁵.

Tepe'ye göre, bu suç tipi ile malvarlığı, kişilerin özel hayatlarının gizliliği, kişisel verilerin güvenliği, haberleşme özgürlüğü gibi kişi haklarına yönelik değerlerin de korunmak istendiği açıktır⁶⁶.

Erdoğan'a göre, bilişim sistemine girme ve kalma suçuyla korunmak istenen hukuki değer karma niteliktedir; toplum düzenini korumak, özel hayatın gizliliği korumak, haberleşmenin gizliliği korumak, kullanıcı ve sistem sahibinin menfaatleri korumak, olası başka suçların işlenmesini önlemek ve bilişim sisteminin güvenilirliğini korumaktır. Ancak buradaki güvenilirlik teknik olarak güvenilirlik değildir. Yukarıda belirttiğimiz değerlerin tamamı bu güvenilirlik içerisinde değildir. Diğer bir deyişle yukarıdaki değerlerden birinin dahi ihlal edilmesi halinde kişilerin sisteme olan güveni sarsılacak ve kişileri bilişim sistemi kullanmaktan uzaklaştıracaktır. Dolayısıyla bilişim çağı olan günümüzde maddi ve manevi hayatımızı paylaştığımız bilişim sistemlerine güvenilirlik üst değer niteliğinde olup psikolojik bir faktör olarak görülmelidir⁶⁷.

Parlar'a göre, bu suçla korunmak istenilen hukuksal değer, bilişim güvenliğinin sağlanmasıdır. Bunun yanı sıra, bilişim sistemini kullananların çıkarlarının (özel hayatın gizliliğinin) zedelenmemesi de hukuksal değerler arasındadır⁶⁸.

Karagülmez'e göre, bir bilişim sistemine yetkisiz erişim tek başına suç değildir; yetkisiz erişimden sonra erişilen sistemde kalmaya devam etme fiiliyle suç gerçekleşmektedir. Bu bakımdan maddedeki suç; yetkisiz erişim ve kalmaya devam etme şeklinde formüle edilebilir. Bu tespit, maddeyle korunan hukukî yararın belirlenmesinde etkilidir. Çünkü TCK'nın 243'üncü maddesinde, yalnızca anlık yetkisiz erişimleri suç saymamakta, bir başka anlatımla anlık yetkisiz erişimlerde korunmaya değer hukukî bir yarar görmemektedir. Belki kanun koyucu, elde olmayan teknik nedenlerle veya hatalı olarak olunabilecek yetkisiz erişimleri göz önüne alarak, yalnızca yetkisiz erişimleri suç saymamış olabilir.

⁶⁵ Soyaslan, D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 608.

⁶⁶ Tepe, İ, İnternet(Bilişim) Ceza Hukuku Örneğinde Türk Ceza Hukuku'ndaki Yeni Gelişmeler" başlıklı makale, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 278.

⁶⁷ Erdoğan, s. 120-124.

⁶⁸ Parlar, " Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları", Bilge Yayınları, Ankara, 2011, s. 15.

Ancak, bu varsayım, TCK'nın 243'üncü maddesinde korunan hukukî yararın belirlenmesinde, yalnızca yetkisiz erişimin suç olmadığını gözetmeyi değiştirecek nitelikte değildir. Yalnızca yetkisiz erişim suç sayılmadığına göre, suçla korunan hukukî yarar, bilişim sisteminin güvenliğidir düşüncesi tartışmalı hâle gelmektedir. Eğer, en başta bilişim sisteminin güvenliği korunmak istenseydi, suç için gerekli olan "kalmaya devam etme" unsuruna yer verilmezdi. Bir başka ifadeyle, TCK'nın 243'üncü maddesinin bir numaralı fıkrasında bilişim sisteminin güvenliği koruduğu ancak, kalmaya devam etme niteliğini taşıyan yetkisiz erişimlerden sonra düşünülebilir. Buysa, TCK'nın 243'üncü maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilmesini oldukça güçleştirmektedir. Maddedeki fiilde temadi (kalmaya devam etme), suçun unsuru niteliğinde olduğuna göre korunan hukukî yarar, bilişim sistemini kullananların belli bir süreden sonra rahatsız edilmemesidir. Bunun yanında, suçun hedefi durumundaki sistem kullanıcılarının (sahiplerinin) çıkarlarının zedelenmemesi de korunan hukukî yararlar arasındadır⁶⁹.

Kanaatimizce korunan hukukî yarar karma nitelikte olup, bireylerin özel hayatlarının gizliliği, kişisel verilerin güvenliği, iletişim özgürlüğünün korunması, kurumlara ait verilerin güvenliği, kurumların bilişim sistemlerinin güvenli olarak işleyişi, mülkiyet veya zilyetlik haklarının korunması, kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunmasıdır. Çünkü günümüzde bilişim sistemleri ile sesli-görüntülü haberleşme, elektronik imza ile ulusal ya da uluslararası ticari ilişkiler, internet bankacılığı hizmeti ile kredi imkânları, para transferleri, elektronik ticaret ve bunlar gibi pek çok yenilik toplumsal hayata girmiştir. Bilişim sistemleri eğitim, sağlık, ticaret, ulaşım, iletişim ve hukuk alanlarında bireylerin ve toplumun yaşamında önemli bir noktaya ulaşmıştır. Bu sistemlerin güvenle işleyişi, aynı anda hızlı ve kolayca birçok kişi tarafından ulaşılması, eğitim, sağlık, ticaret, ulaşım, iletişim ve hukuki hizmetlerin sağlanması, kamu güvenliği ve düzenini koruma açısından korunmaya muhtaç bir alandır.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurları

1. 1. Suçun Faili

Her suçun mutlaka bir faili vardır ve fail sadece insandır. Suç failinin insan olması kuralının istisnası yoktur⁷⁰. 5237 sayılı TCK'nın 20'nci maddesinde de

⁶⁹ Karagülmez, s. 200-201.

⁷⁰ Hafizoğulları, Z/Özen, M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, U-S-A Yayıncılık, s. 393.

cezaların kişiselliği ilkesi benimsemiştir. Bu nedenle tüzel kişiler suçun faili olamazlar. Nitekim TCK 'nın 20'nci maddesinin gerekçesinde "Sadece gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir" denilerek; kim hakkında ceza müeyyidesine hükmedilebiliyorsa, ancak o kimsenin fail olabileceğine işaret edilmiş olunmaktadır. Ancak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükümlenabilir⁷¹.

Bilişim sistemine girmek eyleminin kimin için gerçekleştirildiğinin suçun oluşumu açısından bir önemi yoktur; fail kendisi için olduğu gibi bir başkası için de bu verileri ele geçirebilir. Ancak bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesinden bir tüzel kişinin çıkarı varsa bu tüzel kişiye TCK'nın 60'ıncı maddesinde belirtilen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır (TCK m. 246). Bu durumla özellikle ekonomik suçlar ile sanayi ve teknoloji casusluğunda karşılaşılacaktır⁷².

Fail herhangi bir kimse olabilmektedir. Suç failinin belirlenebilmesi için, suçun bilişim sisteminin hangi unsuruna ve nasıl yöneldiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bilişim sistemlerinin güvenliğinin kırılıp girilmesi temel bilgisayar kullanma bilgisini üzerinde bir bilgi seviyesi gerektirmektedir. Ancak bu bilgi seviyesine sahip failin belli bir meslek grubundan ya da belli bir kurumda çalışan kişilerden olması gerekmemektedir. Bu konuya ilgi duyan ve temel bilgilere sahip olan herkes konu üzerinde biraz zaman harcamak ve çalışmakla bilişim sistemlerine hukuka aykırı şekilde girebilmektedir. Ayrıca internet üzerinden bulunabilen yardımcı yazılımlar da bu suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Ancak bilişim sistemlerinin güvenlik düzeyi arttıkça bu tür saldırıları gerçekleştiren kişilerin de bilgi ve yetenek düzeyleri artmaktadır⁷³.

Bilişim suçları ilk defa ortaya çıktığında bu suçların yalnızca gelişmiş teknoloji bilgisine sahip ve genellikle de bilişim işini meslek olarak yapan kişiler tarafından işlenebileceği kabul edilmekte idiye de günümüzde bilişim sistemlerinin gelişmesi ve yaygınlaşması sonucunda herkesin bu sistemlere kolaylıkla erişebilmesi ve bu sistemleri kullanabilmesi failerin de çeşitliliğini arttırmıştır. Sahip olduğu teknolojik donanımı ve bilgiyi bir bilişim sistemine kişilerin verilerine ulaşmak, sahtecilik ve dolandırıcılık gibi suçları işlemek, kimi zaman da yalnızca heyecan ve eğlence için hukuka aykırı bir şekilde giren kişiler için kullanılan "hacker" ve "hacker"lerden daha üstün bilgi düzeyine sahip olan ve

⁷¹ Erdoğan, s. 143; Dülger, s. 331; Yazıcıoğlu, Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1255.

⁷² Dülger, s. 331.

⁷³ Dülger, s. 330.

bu bilgilerini bilişim sistemleri üzerinde yıkıcı faaliyette bulunmak üzere kullanan kişiler için kullanılan “cracker” kavramları günümüzde siber casusluğu da içine alacak şekilde tüm bilişim suçu failleri için kullanılmaktadır⁷⁴. TCK’nın 243’üncü maddesi açısından hangi amaçla ve ne şekilde olursa olsun bir bilişim sistemine yetkisiz şekilde hukuka aykırı olarak giren ve orada kalan kimse suçun faili olarak kabul edilecek ve maddede öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır⁷⁵.

Fail bilişim sistemine yetkisiz şekilde erişen ve orada kalan kimsedir. Anayasamız ve Türk Ceza Kanunu kusur esasına dayanmakta olup, IP numarasının üzerine kayıtlı olduğu kişinin suçun faili olarak kabul edilip cezalandırılması, Anayasa’ya ve Türk Ceza Kanunu’na açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Ceza Kanunumuzda objektif sorumluluk esası benimsenmemiştir.

1.2. Suçun Mağduru

Kanun maddesinde bu hususa ilişkin bir özellik belirtilmediğinden herhangi bir kimsenin bu suçun mağduru olabilmesi mümkündür. Tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören olabilirler⁷⁶. Bu noktada mağdur bilişim sistemi üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan ya da sistem üzerinde zilyetlik hakkı bulunan herhangi bir kimse olabilmektedir⁷⁷. Suçun mağduru, bu suçun işlenmesi suretiyle bilişim sisteminin güvenliği ihlal edilerek çıkarı zarara uğratılan kişidir⁷⁸. Bu suçta mağdur, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesinden ve orada alınmasından dolayı hakları tehlikeye giren kişidir. Failin eylemi ile birden fazla kimsenin hakkı ihlal edilmekte ise, bu kimselerin hepsi anılan suçun mağduru- dur. Örneğin; bir kimsenin kişisel dosyasını arkadaşının bilgisayarında muhafaza ettiği düşünülürse, bu bilgisayara girilerek söz konusu dosyaya ulaşılması halinde de hem bilgisayarın sahibinin hem de veri sahibinin mağdur olduğu şüphesizdir⁷⁹. Mağdurluk sıfatı için, bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olma kriteri esas teşkil eder. Buradaki hak sahipliği, o bilişim sistemine erişim açısından gerekli yetkiye sahip olmak ve bu yetkiyi doğrudan kullanabilmek ile ilişkilendirilmelidir⁸⁰. Suçun mağduru olabilmek için üçüncü kişilerin erişimine kapanmış bir bilişim sisteminin maliki, zilyedi veya kiracısı olmak gerekir. Eğer

⁷⁴ Artuk /Gökçen/Yenidünya, s. 689-690.

⁷⁵ Bayındır, A, Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Bilişim Suçları, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, İstanbul 2010, S:2, s. 61-62.

⁷⁶ Artuk /Gökçen/Yenidünya, s. 444; Dülger, s. 339; karşı görüş için bkz ; Erdoğan, s. 145.

⁷⁷ Parlar, s. 25.

⁷⁸ Parlar, s. 15.

⁷⁹ Artuk /Gökçen/Yenidünya, s. 4639-4640.

⁸⁰ Özbek ve diğerleri, s. 905-906.

mağdur failin sisteme girmesine açık veya örtülü bir rıza göstermiş ise, bilişim sistemine yetkisiz erişim suçu oluşmayacağından, rıza gösteren kişi mağdur sıfatı da kazanamayacaktır⁸¹.

1.3. Suçun Konusu

Suçun konusu, suçla ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suçun ihlal ediciliği kaynağını hukuki konudan alır. Her suçta nasıl bir fail varsa, bir de hukuki konu vardır⁸². Üzerinde suçun meydana geldiği, yasada belirtilen hareketin yönelik olduğu insan veya nesne suçun maddi konusunu oluşturmaktadır⁸³. İnceleme konusu suç tipinde de suçun konusunu, hukuka aykırı olarak içine girilen veya orada kalmaya devam edilen “bilişim sistemi” oluşturmaktadır. Ancak 1’inci fıkra açısından suçun konusunu sistemin kendisi oluştururken, 2’nci fıkrada yer alan suçun nitelikli hali için suçun konusu “bedeli karşılığı yararlanabilen bir bilişim sistemi”, 3’üncü fıkrada yer alan suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hali için ise “bilişim sisteminde yer alan veriler” suçun konusunu oluşturmaktadır⁸⁴.

Suçun konusu, bilişim sisteminin bütünü de bir kısmı da olabilir⁸⁵. TCK’nın 243’üncü maddesi anlamında bilişim sistemi kavramı, dar anlamıyla ele alınıp sadece bilgisayar veya internet gibi sistemlere indirgmeden, bu sistemlerde dâhil olmak üzere bir bütün olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla bir bilişim sisteminin unsuru niteliğindeki herhangi bir veri kaynağına hukuka aykırı olarak girilmesi ve orada kalınması halinde de TCK’nın 243’üncü maddesindeki suçun gerçekleşebileceği söylenebilir⁸⁶. Ayrıca belirtmek gerekirse, gerçek bir kişinin evinde kullandığı kişisel bilgisayarına ait bilişim sistemi de bir kamu kurumunda kullanılan bilişim sistemi de bu suçun konusunu oluşturabilecektir⁸⁷.

Suçun oluşabilmesi için hukuka aykırı girişin bir bilişim sistemi veya onun parçası üzerinde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nedenle uydu üzerinden yayın yapan şifreli bir kanalı şifresini çözmek suretiyle izlemek, bir bilişim sistemine giriş söz konusu olmadığından, bu suçun oluşturmayacaktır⁸⁸. Nitekim Yar-

⁸¹ Yazıcıoğlu, Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1255.

⁸² Toroslu,, s. 92.

⁸³ Hakeri, s. 118.

⁸⁴ Koca, Mahmut “Hukukumuzda TCK’nın 244. Maddesi Kapsamında Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu”, Bilişim Hukuku Konferansı (9-10 Ekim 2008), Ankara, Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2009, s.92; Yaşar/Gökcan/Artaç, s.6739.

⁸⁵ Kurt, s. 150.

⁸⁶ Özbek ve diğerleri, s. 905.

⁸⁷ Erdoğan, s. 147.

⁸⁸ Karakehya, s. 15.

gıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; “*Katılanın tek yönlü olarak frekanslarla veya elektromanyetik dalgalar aracılığıyla yaptığı şifreli yayının sanıkTülek'e ait uydu alıcısına (decoder) ulaşması üzerine gerekli donanım ve yazılım kullanılarak kartın şifre çözme kabiliyetinin internet ortamından paylaştırılması suretiyle şifreli yayınların sanık Ay aracılığıyla başkaları tarafından şifresiz olarak izlenmesinin sağlandığı olayda, katılan tarafından kullanılan bilişim sistemine herhangi bir müdahalede bulunulmadığı anlaşıldığından eylemin, TCK'nın 163/2'nci maddesinde belirtilen karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, bilişim sistemine girme suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmektedir*”⁸⁹.

1. 4. Eylem

Bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmektir. Sisteme hukuka aykırı olarak girip, orada kalmaya devam etmekle suç oluşur⁹⁰. Bu suçun oluşması için icrai nitelikteki girme eyleminin ve ihmali nitelikteki sistemde kalmaya devam etme eyleminin birlikte gerçekleşmesi gerekir⁹¹.

Girme ve orada kalma hareketi, bilişim sistemi aracının bazı parçalarının açılarak veya çıkarılarak bilişim sistemi aracının içine fiziken girilmesi anlamında değildir. Çalışan bilişim sistemi aracının sanal alanının içine girmez. Bilişim sistemi aracı çalışmakta ve fail başkalarına ait verilere” vakıf olabilmektedir⁹². Diğer bir deyişle, girmek kavramı bilişim sisteminin yazılımla ilgili bölümünün tamamına veya bir kısmına ulaşmak, dâhil olmak, erişmek anlamına gelmektedir⁹³. Bu hüküm ile sistemin yazılımsal yanının güvenilirliği korunmak istenmekte ve sistemin yazılımsal yanına girilmesi ve bu suretle güvenilirliğinin korunması amaçlanmaktadır⁹⁴. Bu suç, bir kimsenin emanet ettiği bilgi-

⁸⁹ Yargıtay 8. C. D, 7.07.2014 tarihli, 2014/16698 esas ve 2014/17652 sayılı kararı (UYAP isimli Hâkim ve Cumhuriyet savcılarına Yargıtay kararlarına ulaşma imkânı sağlayan siteden alınmıştır).

⁹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.4631; Yazıcıoğlu, “Hukukumuzda TCK'nın 243'üncü Madde Kapsamında Bilişim Sistemine Girme Eylemi”, s.82; Yaşar / Gökçan /Artuç, s.6742; Öngören, İnternet Hukuku, s.46; Dülger, s. 40, Ketizmen, s.81; Özbek ve diğerleri, s.906; Erdağ, İ, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar- Bilişim Alanında Suçlar,” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc.s.20>; Erdoğan, s. 125; Karagülmez, s. 202; Bayındır, s. 62.

⁹¹ Yaşar/ Gökçan/Artuç, s.6743; Ketizmen, s. 106; Artuk /Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.4633.

⁹² Soyaslan, s. 609.

⁹³ Erdoğan, s. 126.

⁹⁴ Yazıcıoğlu, Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1256.

sayarın açılarak içindeki verilerin görülmesi biçiminde olabileceği gibi bir ağ aracılığıyla bilişim sisteminde oturum açılması yoluyla da işlenebilir. Girmede, iletişimin kablolu veya kablosuz olması ile mesafenin yakın ve uzak olması arasında da fark yoktur. Örneğin; bir bankanın hesaplarına girilerek müşteri hesabına hukuka aykırı olarak bakılması⁹⁵ veya bir kamu kurumunun bilgisayarına dışarıdan hukuka aykırı olarak girerek orada belli bilgilerin incelenmesi veya birisinin açık bilgisayarında belli pencerelerin açılarak bakılması eylemi, anılan suç oluşturacaktır⁹⁶.

Uygulamada TCK'nın 243'üncü maddesindeki suç, genellikle bir bilişim sistemine yetkisi olmaksızın uzaktan veya ağ üzerinden gizli erişimle işlenmektedir. Erişimin teknik açıdan değişik yol ve yöntemlerinden söz edilebilir. Bilinen yaygın yöntemlerden birisi "casus yazılım" kullanmaktır. Ancak bilgi ve iletişim teknolojideki ortaya çıkan yenilik ve olanaklar, bu suçun yeni işlenebilme yöntemlerini de beraberinde getirmektedir⁹⁷. Bir bilişim sistemine e-posta veya dosya gönderilmesi durumunda, bilişim sistemine girme söz konusu olmayıp yalnızca veri gönderildiğinden bu durum girme kapsamında düşünülemez⁹⁸. Eğer e-posta sıradan bir e-posta olmayıp casus program bandırıyor, artık suçun icra hareketlerinin başladığını kabul etmemiz gerekir. Zira e-posta açıldığında casus program harekete geçecek ve sistem içerisinde gizlenip failin amaçlarına hizmet edecektir⁹⁹. Bilişim sistemine hukuka aykırı giriş solucan (worms), truva atı¹⁰⁰ (trojan horse) gibi bilgisayar virüsleri kullanılarak, kurum ve kuruluşların kullandıkları bilişim sistemlerine güvenlik duvarlarının aşılması suretiyle girilerek, kişilerin şifre ve diğer bilgileri ele geçirilerek, web sayfası hırsızlığı yoluyla ya da kullanımı sadece üyeleriyle sınırlandırılmış bir internet

⁹⁵ Yargıtay 1. C.D, 26.03.2009 gün ve 2009/18190-3058 esas ve karar sayılı ilamında "Sanığın, katılanın yetkilisi olduğu Z... Tekstil Şirketinin T.E.Bankası D.. Şubesinde bulunan hesabına internet üzerinden izinsiz giriş yaptığı, ancak şirkete ait hesaba girdikten sonra bu hesapta oynama yaparak başka bir hesaba havale yapmadığının iddia ve kabul olunması karşısında, sanığın eyleminin 5237 s. TCK'nın 243 (1) maddesinde düzenlenen suç oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde (5237 s. TCK'nın 244(4), 35/ (2) maddeleri gereğince hüküm tesisi..." demiştir(akt-Yaşar/Gökçan/Artuç, s. 6744.

⁹⁶ Erdoğan, s. 127.

⁹⁷ Karagülmez, s. 207.

⁹⁸ Artuk/Gökçan/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 4631.

⁹⁹ Erdoğan, s. 127.

¹⁰⁰ Truva atı, yararlı bir programın sistem dosyaları arasına gizlenen ve kullanıcının haberi olmaksızın bilişim sistemine yerleşerek kendisini sisteme yerleştiren kişinin istekleri doğrultusunda yerleştirildikleri bilişim sisteminin güvenlik duvarlarını kıran bir tür virüstür. Sistemine bu virüsün yerleştirildiği kişi sistemine başka birinin girdiğini hiçbir şekilde fark etmemektedir. Bkz; Bayındır, s. 64.

sitesine hukuka aykırı olarak girmek şeklinde internete yönelik olarak¹⁰¹ gerçekleşebilmektedir.

“Yasadışı erişim” terimi bilgisayar sistem ve verilerinin güvenliğine (yani gizlilik, bütünlük, kullanıma açıklık) yönelik tehlikeli tehdit ve saldırılar şeklindeki temel suçları kapsamaktadır. Koruma ihtiyacı, kuruluş ve kişilerin sistemlerini rahatsız edilmeden ve engellenmeden yönetme, işletme ve kontrol etme ihtiyaçlarını yansıtmaktadır. Sadece izinsiz girme yani “hacking”, “cracking” ya da “computer trespass” ilke olarak başlı başına yasadışı olmalıdır. Bu durum, sistemlerin ve verilerin meşru kullanıcılarının engellenmesine ve düzeltilmesi yüksek maliyet getiren değişiklik ve tahribata yol açabilir. Bu tür izinsiz girmeler gizli verilere (şifreler, hedeflenen sistemle ilgili bilgiler dâhil olmak üzere) ve sırlara erişilmesine, sistemin ücretsiz kullanılmasına yol açabilir. “Erişim”, bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir parçasına (donanım, bileşenler, yüklenen sistemin saklanan verileri, dizinler, trafik ve içerikle ilişkili veriler) girilmesi anlamındadır. Sisteme sadece bir e-posta mesajı ya da dosya gönderilmesini kapsamaz. Ancak PHP uzantılı link vermek suretiyle failin müşterinin linkine bağlanmasını sağlayan e-mail gönderilmesi halinde bilişim sistemine girme suçunun maddi unsuru gerçekleşmiş olur. Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; *“Soruşturma aşamasında yapılan araştırmalar neticesinde, katılana ait ayset70@gmail.com ve aysedogdu27@gmail.com elektronik posta adreslerine farklı tarihlerde, içerisinde PHP uzantılı link verilmek suretiyle failin linke bağlanmasını sağlayan e-maillerin gönderildiği, kendisi adına sohbet sitesinde www.randovu24_aysedogdu ismiyle sayfa açıldığı ve sözkonusu eylemlerin, sanığın aboneliği olduğu (0212 549) nolu telefona bağlı 85.101.176.24 numaralı IP adresi üzerinden erişim sağlanarak yapıldığının belirlenmesi, sanığın, katılanın eşinin iş yerinde on yıl süreyle çalışması nedeniyle katılanı tanıdığını ikrar etmesi, katılanın 17/02/2009 ve 17/03/2009 tarihli Emniyet Müdürlüğü Ar-Ge Büro Amirliği’nin yazıları ile belirlenen maddi delillerle desteklenen samimi beyanları karşısında, sanığın, kendisini cezalandırılmaktan kurtarmaya yönelik, inandırıcılıktan uzak, soyut savunmalarına itibar edilemeyeceği, katılanın, özde değişmeyen, maddi delillerle de doğrulanan samimi beyanlarına nazaran, iddiaya konu eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiği anlaşılma, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek, oluşturma ve dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçelerle, sanık hakkında beraat kararı verilmesi yasaya aykırılık oluşturmaktadır”¹⁰².*

¹⁰¹ Tepe, s. 281-282.

¹⁰² Yargıtay, 4. C.D, 27. 02. 2015 tarihli, 2014/30065 esas ve 2015/22375 sayılı kararı (UYAP sisteminden alınmıştır).

“Erişim”, kamusal telekomünikasyon ağları yoluyla ya da bir kuruluşun yerel ağı (LAN) ya da İtranet’i gibi bir ağ üzerindeki başka bir bilgisayar sistemine girmeyi içine alır. İletişim yöntemi (örneğin kablosuz bağlantılar da dâhil olmak üzere uzaktan ya da yakın mesafeden) önemli değildir¹⁰³.

Suç tipi incelendiğinde TCK’nın 243’üncü maddesindeki suç oluşturulan hareketler açısından ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı, suçun gerçekleşmesi için suç tanımında yer alan hareketlerin yapılmasının gerekli ve yeterli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu bir sırf hareket suçudur. Buna bağlı olarak, failin eylemi neticesinde bir zararın gerçekleşmesi ya da sistemin tehlikeye uğramasına yönelik yakın bir tehlikenin oluşması da aranmadığı için aynı zamanda bir soyut tehlike suçudur¹⁰⁴.

Bu suç birden fazla hareketin birbirine bağlı şekilde yapılmasını gerektiren “birleşik hareketli”, “ çok hareketli” veya “ birden fazla hareketli suç” olarak düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girilmesi ve sistemde kalmaya devam edilmesi hareketlerinin her ikisinin yapılmasıyla bu suç gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenle failin yalnızca sisteme girmesi; ancak sistemde kalmaya devam etmemesi halinde suç gerçekleşmeyecektir¹⁰⁵. Yetkisiz olarak sisteme erişim yapan failin yanlışlık yaptığını fark ederek derhal sistemden çıkması halinde yasanın aradığı suçun unsuru olan sistemde kalmaya devam etme unsurunun oluşmaması nedeniyle fail cezalandırılmayacaktır. Ancak bunun somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekir. Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; “*Sanığın, sübut bulan bilişim sistemine girip, katılan adına başkaları ile konuşma yapacak kadar kalmamasından ibaret eyleminin TCK’nın 243/1’inci maddesinde tanımlanan “Bilişim Sistemine Girme” suçunu oluşturacağı gözetilmeden, TCK’nın 244/2’inci maddesinden hüküm kurulması kanuna aykırılık oluşturmaktadır*”¹⁰⁶.

TCK’nın 243’üncü maddesinin “Bilişim sistemine girme” şeklindeki kenar başlığı da, madde içeriğini anlatmada hem yeterli değildir ve hem de ilk anda maddede düzenden suç hakkında (sanki sisteme yalnızca girmenin suç için yeterli olacağı şeklinde) yanlış kaniye neden olacak niteliktedir. Açıkçası, TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen TCK’nın 243’üncü maddesinin birinci fıkrasında Genel Kurulda yapılan değişiklik, yeterince düşünülmeden, maddenin

¹⁰³ Eralp, Özgür, “Bilişim Sistemine Girme”, s. 6, Ağustos 2011 Ankara, www.ozgureralp.av.tr, 12.09.2015 (erişim tarihi)

¹⁰⁴ Dülger, s. 341; Özbek ve diğerleri, s. 910.

¹⁰⁵ Taşdemir, s. 257; Dülger, s. 341.

¹⁰⁶ Yargıtay, 12. C.D, 10. 02. 2014 tarihli, 2013/11510 esas ve 2014/2982 sayılı kararı (UYAP sisteminden alınmıştır).

başta kenar başlığı ve gerekçesi olmak üzere, ikinci fıkrası da gözetilmeden yapılmıştır. Üstelik değişiklik, maddede önemli tartışmalara neden olacağı gibi, maddenin uygulanabilirliğini de olumsuz yönde etkilemiştir. TCK'nın 243'üncü maddesindeki düzenlemenin, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin "Haksız erişim" başlıklı 2'nci maddesindeki, "Her taraf, iç hukukuna uygun olarak bir bilişim sistemini tamamına veya bir kısmına kasten ve haksız olarak erişimi (illegal access), suç hâline getirmek için gerekli görülen kanunî tedbirleri kabul eder" hükmü ile paralellik taşıdığı ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, sözleşmenin 2'nci maddesinde yer alan yasadışı erişim suçunun maddi unsuru haksız olarak bir bilişim sisteminin tamamına veya bir kısmına erişim sağlamak olup, sözleşme gereğince haksız erişim, suçun tamamlanması için yeterlidir. Ayrıca TCK'da olduğu gibi erişimde devamlılık gerekli değildir¹⁰⁷.

Diğer görüşe göre, TCK'nın 243'üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "sisteme girmek" ile "orada kalmaya devam etmek" hareketleri arasındaki "veya" bağlacının "ve" bağlacına dönüştürülmesi, bir başka deyişle suçun oluşumu için yalnızca sisteme girilmesinin yeterli olmayıp, sistemde kalmaya devam edilmesinin aranmasından sonra bu suç tipinin Siber Suç Sözleşmesi'nin 2'nci maddesiyle paralellik taşıdığını söylemek güçleşmiştir. Buna göre TCK'nın 243'üncü maddesinin birinci fıkrasında TBMM Genel Kurulu'nda yapılan değişiklikle ASSS'nin 2. maddesinde suç olarak düzenlenmesi öngörülen bilişim sistemine yetkisiz erişimin, ülkemiz hukuku açısından suç olmaktan çıkartıldığı söylenmesi mümkündür. Sözleşmeye uyumun sağlanması için 243'üncü maddesinin değiştirilmesi "ve" bağlacının ; "veya" yapılması gerekir. Daha doğrusu suçun oluşması için yalnızca sisteme hukuka aykırı olarak girilmesiyle yetinilmeli ayrıca sistemde uzun ya da kısa kalma aranmamalıdır¹⁰⁸. Suçun "sisteme girme ve orada kalmaya devam etme" şeklinde düzenlenmesi, bilgisayar sisteminin güvenilirliği ve bütünlüğünün korunması ilkesine ters düşmektedir. Zira failin sisteme girilmesiyle yetinmeyerek ayrıca kalmasını aramak, hem karışıklıklara yol açacak nitelikte, hem de Avrupa Siber Suç Sözleşmesinin 2'nci maddesinde öngörülen amaçtan oldukça uzaklaştıracak özelliktedir. Zira sözleşmenin anılan maddesinde, bilişim sistemine hukuka aykırı erişim suçun oluşması

¹⁰⁷ Koray, D, "Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu", Hukuk ve Adalet, Y: 2, S: 6-7; Ekim 2005, s.296; Aynı yönde olmak üzere Yazıcıoğlu'na göre, bu maddede yer alan suç ile Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde öngörülen "hukuka aykırı erişim" düzenlemesine paralellik sağlanmaya çalışılmıştır.

¹⁰⁸ Dülger, s. 319; Karagülmez, s. 204; Erdoğan, s. 126.

için yeterli sayılmış, failin ayrıca burada kalmaya devam etmesi aranmamıştır¹⁰⁹.

Sisteme girmek kavramı belirli ve tanımlanabilir bir kavram olmasına rağmen aynı şeyi orada kalmaya devam etmek kavramı için söylemek mümkün değildir. Kanun koyucu burada belirli bir süre öngörmemiş olduğundan doktrinde suçun ne şekilde tamamlanmış sayılacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Birinci görüşe göre, suçun tamamlanmış sayılması için failin bilişim sistemine girmesi yeterli olup, her girme eylemi aslında kalma eylemini de zorunlu olarak içermektedir¹¹⁰.

İkinci görüşe göre, bir bilişim sistemine erişen fail bu sistemden çıkması için gereken makul süre dışında sistemde kalırsa bu sürenin kısa ya da uzun olması fark etmeksizin suç tamamlanmış olacaktır. Bu suç ile sistem sahibinin özel alanının masuniyeti, huzur ve verilerin gizliliği korunmak istendiğine göre, belirlenen değerleri ihlal edebilecek kadar bilişim sistemi içinde kalmış olmak, suçun oluşumu için yeterli kabul edilecektir. Bu süre ise somut olayın koşullarıyla göre belirlenmelidir¹¹¹. Kişinin bir bilişim sistemine girdiğini anlamasına rağmen sistemi terk etmediği takdirde suçun tamamlandığı, bununla birlikte konunun olaysal olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹². Kanun koyucunun sadece sistemi girmeyi değil; bununla birlikte orada kalmayı da suçun gerçekleşmesi bakımından zorunlu kabul etmesi, bireylerin dijital ortamdaki özel alanını ihlale yönelik bir amaç olmaksızın, salt deneme veya başarıyı test etme amaçlı olarak sisteme kısa süreli girişleri cezalandırmama düşüncesine dayanmaktadır¹¹³.

Üçüncü görüşe göre, kalmaya devam etme kavramının belirsiz oluşu ve kişinin sistemde kalıp kalmadığının ya da ne kadar süre kaldığının tespitinin zor oluşu nedeniyle bu düzenleme yerinde değildir¹¹⁴. Sistemde kalmaya devam etme gibi muğlak bir ifadenin uygulama bakımından sorunlara yol açacağı kesindir. Ayrıca her somut olayda bu sürenin belirlenmesinin önerilmesi de, tespitinin her zaman kolaylıkla yapılamaması gerçeğinden hareketle sorunun aşılması bakımından kesin sonuç vermeyebilecektir. Bilişim sistemine yetkisiz

¹⁰⁹ Yazıcıoğlu, Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1255-1256; Taşdemir, s. 256.

¹¹⁰ Yazıcıoğlu, Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1256.

¹¹¹ Kurt, s. 154.

¹¹² Taşdemir, s. 259.

¹¹³ Kurt, s. 148.

¹¹⁴ Tepe, s. 285.

erişim sağlandığı anda suçun işlendiğinin kabulü amaca uygun bir düzenlemeyi işaret etmektedir¹¹⁵.

Kanaatimizce kanun hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmayı açıkça aradığına göre suçun unsurlarının tamamlanmış sayılması için failin bilişim sistemine girmesi ve orada kalması suç ve cezanın kanuniliği açısından şarttır. Bilişim sistemine yetkisiz erişim, bilişim sistemi ve veri güvenliği için tehdit veya zarara sebebiyet verebileceği için bilişim sistemi ve veri güvenliğinin korunma ihtiyacı bulunmaktadır. Eşyanın doğası gereği failin bilişim sistemine bir amaç için girmesi gerekmekte olup failin bilişim sistemine girme amacı için kalacağı süre ne kadar az olursa olsun korunan hukuki menfaatler ihlal edilmiş olduğundan suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

Bilişim sistemine girme suçu, davranışın şekli bakımından yapılacak bir sınıflamada sırf hareket suçları arasında yer alır. Bir başka deyişle, bu suçun oluşumu suç tipinde öngörülen davranışların gerçekleştirilmesi ile tamamlanmış olur. Bunun dışında ayrıca bir zarar veya başkaca bir takım sonuçların gerçekleşmesi gerekmez¹¹⁶. Ayrıca bilişim sistemine doğrudan girmeden bilişim sisteminin izlenmesi halinde de bilişim sistemine girme suçu oluşacaktır.

Suçun eylem unsurunda yer alan hareketlerden birisi “orada kalmaya devam etmek” olduğundan ve bu hareket devamlılık gösterdiğinden bu suç mütemadi bir suç tipidir. Yani davranış gerçekleştirildiğinde suç oluşur; ancak hemen sona ermez. Örneğin; fail bilişim sistemine girip orada kalmakla suçu işlemiş olur. Ama sisteme girip orada kalmasıyla suç sona ermez. Fail sistemde kalmaya devam ettiği müddetçe suç da devam eder¹¹⁷.

Bilişim sistemin içine girilmesi, girilmek istenilen sistemin başına oturup

¹¹⁵ Özbek ve diğerleri, s. 909; Aynı yönde olmak üzere Dülger’e göre, her durum için geçerli olacak genel geçer bir sürenin belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü suçun konusunu oluşturan her bilişim sisteminin özelliği ve güvenlik yapısı birbirinden farklıdır. Bu nedenle, kalmaya devam etme hareketi için ne kadar sürenin yeterli olacağıının her somut uyuşmazlıkta araştırılması gerekmektedir. Ayrıca sistemde kalma hareketinin hangi andan itibaren başladığının belirlenmesi her somut durum açısından farklılık gösterecektir; fail sisteme girebilmek için de sisteme giden ağlarda önemli bir zaman harcayacaktır, dolayısıyla bu hareketin başlangıcının bilişim teknolojilerini ve mümkünse suça konu sistemin yapısını bilen teknik kişiler tarafından tespit edilmesi gereklidir. Bu her somut uyuşmazlıkta mutlaka yaptırılması gereken bir incelemedir. Aksi takdirde sistemde kalma hareketinin başlaması tespit edilemediği ve failin eylemi ispat edilemediği için ya şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her yargılamada sanıkların beraatına karar vermek gerekecek ya da tam aksine her yargılamada sisteme bir kere girildikten sonra nasılsa kalınmıştır varsayımından hareketle sanıkların mahkûmiyetine karar verilecektir. Dülger, s. 344-345.

¹¹⁶ Karakehya, s. 14.

¹¹⁷ Karakehya, s. 13.

açılması ve üzerinde işlem yapılmaya başlanması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, failin hukuka uygun şekilde kullandığı ve içine girdiği bir bilişim sistemini kullanarak sanal alana girmesi ve bugün için özellikle internet yoluyla bu ağ sistemine bağlı diğer bir sistemin içine bu kez hukuka aykırı şekilde girmesi ve orada kalması yoluyla da olabilecektir¹¹⁸.

1.5. Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal

Suçun nitelikli hali cezanın daha fazla verilmesini gerektirdiği gibi daha az verilmesini de gerektirebilir. Bu nedenler, fiilin haksızlık içeriğini etkileyen ve suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen sebeplerdir. Suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da cezanın artırılıp indirilmesini gerektirirler. Ancak, bulunmamaları halinde suçun varlığına etkilemeyecek, suçun temel şekli gerçekleşmiş olur. Buldukları zamanda suçun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmazlar¹¹⁹. Suçun nitelikli halinde dikkat edilmesi gereken nokta, suçun basit şekline yapılan ilaveler söz konusu olup, suçun temel şeklinin hukuki niteliğinin egemenliğinin devam etmesidir. Yapılan eklerle suçun basit şekli genişletilmekte ve bu halde basit şeklinin bütün unsurları bulunmaktadır¹²⁰.

Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve sistemde kalmaya devam etme suçunun düzenlendiği TCK'nın 243'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında da bu suç açısından cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hal öngörülmüştür. Buna göre hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme veya sistemde kalma eylemlerinin, "bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler" hakkında işlenmesi yasa koyucu tarafından cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hal öngörülmüş olup, verilecek cezanın yarı oranında indirileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu belirli bir ücret karşılığı yararlanılabilen bir hizmet veren bilişim sistemlerine girme halinde failin temel tip için kabul edilen ceza ile cezalandırılmasını uygun görmemiştir.

İnternet üzerinden yayın yapan ve bir ücret karşılığı şifre alınarak erişimin sağlandığı gazete, dergi ve yazılım (örneğin; mevzuat programları) gibi sistemlere bir şekilde şifre alınmadan girilmesi ve orada kalınması bu fıkraya örnek

¹¹⁸ Dülger, s. 342.

¹¹⁹ Centel, Nur/ Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 593. Yaşar /Gökçan/Artaç, s.6750.

¹²⁰ Hakeri, Hakan, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Suçu", Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu Yayını, Mersin 2009, s. 121.

teşkil eder¹²¹. Bu bağlamda örneğin, internet vasıtasıyla, belirli bir ücret karşılığında bireylere kişilik testi yapıp onların karakterlerine ilişkin tahminler sunan ya da belirli bilgisayar oyunları oynamaları konusunda imkân veren bir sisteme, söz konusu ücreti ödemeksizin şifre kırmak suretiyle erişim sağlayan kişiler bakımından, suçun daha az cezayı gerektiren halinden sorumluluk söz konusu olacaktır¹²².

Bedeli karşılığı yararlanılabilen sistem kavramından neyin anlaşılması gerektiği ise açık değildir. Bu kavram TCK'ya inceleme konusu suç tipiyle birlikte ilk defa girmiştir ve yoruma açık bir nitelik taşımaktadır. Yasa koyucu TCK'nın 243'üncü maddesinin metninde ya da gerekçesinde bu kavram hakkında bir açıklama yapmamıştır¹²³. "Bedeli karşılığı yararlanılabilen sistem" ifadesinin ne olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ilk olarak internet üzerinden ücret karşılığı hizmet veren web siteleri, ikincisi "internet kafe" gibi yerlerde olduğu üzere belirli bir bedel karşılığı bilişim sisteminin kiralanması, üçüncüsü bir kuruluş tarafından belli bir sistemin bedel karşılığı sunulması (örneğin; sağlanan anlaşmayla kişilerin cep telefonlarına bilişim sistemi üzerinden reklam amaçlı mesaj geçilmesi ve dördüncüsü de belli bir zaman ya da dönem sınırlamasıyla internet bağlantı servisinin sağlanmasıdır. Bunlar sınırlı sayıda değildir; bugünkü teknolojinin ulaştığı düzeyde en çok bilinen bedeli karşılığı bir sistemden yararlanma türleridir. Bunların hepsinde de kişiler bir bilişim sistemine bağlanmakta ve belli bir bedel karşılığı ya sistemin kendisinden ya da sağladığı hizmetlerden yararlanabilmektedirler. Kısacası bugün için "bedeli karşılığı yararlanılabilen sistem" ifadesinin içini dolduran ve en sık karşılaşılan kavramlar bunlardır¹²⁴.

Diğer bir görüşe göre ise bu kavram, belirli bir ücret karşılığında hizmet veren web sayfalarını kapsasa da; internet kafe ve benzeri yerlerde bedeli karşılığında sistemin kullanılması ve belirli bir süre internet bağlantı servisinin sağlanması durumlarını kapsamaz. Hüküm sistemin kullanıldığı mekânı değil, sistem içindeki elektronik yapıda sunulan ücretli hizmetleri kapsamaktadır¹²⁵.

Kanaatimizce bilişim sistemi ile sunulan bedeli karşılığı yararlanılabilen tüm sistemlerde herhangi bir ücret karşılığı başkalarının kullanımına açık olmayan sistemlere girme halinde cezanın indirilmesi gereklidir.

¹²¹ Gürocak, s. 14.

¹²² Karakehya, s. 17.

¹²³ Özbek ve diğerleri, s. 911; Dülger, s. 351; Erdoğan, s. 147-148; Karagülmez, s. 208.

¹²⁴ Dülger, s. 351-352.

¹²⁵ Karagülmez, s. 209-210; Gürocak, İsmail, "Bilişim Sistemine Girme", www.ismailgurocak.av.tr/makale.doc, erişim tarihi 28.5.2014, s. 13.

TCK'nın 243/2'nci maddesindeki "bedel" sözcüğünün kapsamına nelerin girdiğinin de belirlenmesi gerekir. Bu fıkradaki bedelin yalnızca para olarak anlaşılması gerekir. Bedelin sözlük anlamı, bir şeyin karşılığıdır, dolayısıyla gündelik yaşamda bir hizmetin karşılığı olarak genellikle para ödense de, bazen başka şeylerin de bedel olarak ödenmesi mümkündür. Örneğin; internet ortamında abonelerine hizmet sunan bir site, kendisine makale gönderilmesini ya da sitesine en az beş kişinin abone edilmesini sağlanmasını bedel olarak kabul etmişse, TCK'nın 243'üncü maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında değerlendirilecektir¹²⁶.

TCK'nın 163'üncü maddesinin birinci fıkrasında, bu tür sistemlerden bedelsiz yararlanılması suç olarak düzenlenmiş iken, burada bedeli karşılığı yararlanan bir sistemin bütünü ya da bir kısmına salt girilmiş ya da orada kalınmış olması hafifletici bir neden olarak yaptırıma bağlanmakta olup, bu fıkranın, bir hafifletici neden mi, ağırlatıcı neden mi olması gerektiği doktrinde tartışılmaktadır.

Bir görüşe göre, TCK'nın 243'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen nitelikli halin gerçekleşmesi halinde hem suçun basit halindeki sistemin güvenliği hukuksal değeri ihlal edilmiş olacak hem de bedeli karşılığı girilebilen bir sistemin güvenliği ihlal edildiği için, bir şekilde sistemin sahibi ya da ilgisinin malvarlığının korunmasına yönelik hukuksal değer de ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla bu fıkrada iki farklı hukuksal değer ihlali söz konusudur. Burada belirtilmesi gereken esas önemli nokta, iki farklı hukuksal değer ihlal edildiği için bunun cezaı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekirken, bunun hafifletici neden olarak düzenlenmesinin kabul edilemez bir hata olmasıdır. Yasa koyucu hem sistemin güvenliğini hem de sistemin ilgisinin malvarlığı hakkını aynı eylemle ihlal eden faili adeta ödüllendirmektedir. Bunun hiçbir suç ve yaptırım teorisiyle açıklanması mümkün değildir¹²⁷. Bu suçla hem bilişim sisteminin güvenliği hem de sistem içi veri mülkiyetinin veya zilyetliğinin korunması amaçlanmaktadır. Şayet bedeli karşılığı hizmet veren bir bilişim sistemine, hukuka aykırı erişim hafifletici bir durum olarak kabul edilecek olursa, o halde bedeli ödenmeden o sistemin kullanılıyor olmasından ötürü sistemin işleticisi ve onun sistem üzerindeki hakları ihlal edilmiş olacak ki, bu söz konusu düzenleme bakımından çelişkiye neden olmaktadır¹²⁸. Bu suçla korunan hukuki değerler arasında sistem sahibinin menfaatleri de güvence altına

¹²⁶ Karagülmez, s. 210.

¹²⁷ Dülger, s. 353.

¹²⁸ Özbek ve diğerleri, s. 911.

alındığından, bedeli karşılığı girilen sitelere bedelsiz giriş yapılmasının indirim sebebi olması doğru değildir¹²⁹.

Diğer bir görüşe göre ise, ticari bir gaye ile üçüncü kişilere sunulan verilerin masuniyeti ile faile hiçbir şekilde kullanım veya erişim izni verilmemiş bulunan verilerin masuniyeti arasında fark bulunmaktadır. Diğer taraftan, söz konusu bu veriler, bedeli karşılığı elde edilebilecek verilerdir. Burada, bedel karşılığı ulaşılabilecek bir gazete, bir bilgi, bir film veya bir programa bedel ödememek amacıyla yapılan bir müdahalenin söz konusu olduğu ve bu erişimin bedelini özel hukuk kuralları çerçevesinde alabilmek imkânı bulunduğu için cezanın daha hafif olması birinci fıkrada korunmak istenen hukuki yararlar karşılaştırıldığında yerindedir¹³⁰. Öngörülen bu indirimin nedeni, herhangi bir ücret karşılığı başkalarının kullanımına açık olmayan sistemlere girme halinde ihlal edilen hukuki yararın, bedeli karşılığında yararlanılan sistemlere girmek suretiyle ihlal edilen hukuki yarardan daha ziyade korunmaya değer görülmesidir¹³¹.

Kanaatimizce de bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme fiilinin bedeli karşılığın yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi durumunda faile daha az ceza verilecektir. Bu hükmün getiriliş amacı özel kişilere ait bir bilişim sistemine girmek ve orada kalmak halinde ihlal edilen hukuki yararın, bedeli karşılığında yararlanılan sistemlere girmek ve orada kalmak suretiyle ihlal edilen hukuki yarardan daha fazla korunmaya değer olduğu düşüncesine dayandırılmaktadır¹³².

Öğretide bedel karşılığı olup olmadığına bakılmayıp, sadece kamu kurumlarının bilişim sistemlerine yapılacak girişlerin cezası ile özel hukuk tüzel kişileriyle gerçek kişilerin bilişim sistemlerine yapılacak girişlerde farklılığa gidilerek, kamu kurumlarının bilişim sistemlerine yapılan girişlerin cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³³. Kanaatimizce de kamu kurumlarının bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girmenin cezası, özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girme fiillerine göre fazla olmalıdır.

1.5.2. Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suç

Bilişim sistemine girme suçunun gerçekleştirilmesi nedeniyle, sistemin

¹²⁹ Erdoğan, s. 151.

¹³⁰ Yazıcıoğlu, "Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1259.

¹³¹ Kurt, s. 147.

¹³² Aynı yönde olmak üzere Gürocak, s. 18.

¹³³ Ketizmen, s. 110; Erdoğan, s. 151; Dülger, s. 356.

içerdiği veriler yok olur veya değişirse, failin altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür (TCK m. 243/3). Bu düzenlemenin ayrı bir suç mu, yoksa birinci fıkradaki suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali mi olduğu doktrinde tartışılmaktadır.

Bir görüşe göre, TCK'nın 243/3'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçu kapsamında iki ayrı suçun yer aldığını, bunlardan birincisinin TCK'nın 243/1'inci maddesinde düzenlenen ve maddeye adını veren bilişim sistemine girme ve orada kalma suçu olduğunu, diğerinin ise TCK' 243/3'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemindeki verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçu olduğunu, TCK 'nın 243/3'üncü maddesinde bağımsız bir yaptırımın gösterilmesinin de bunu kanıtladığını belirtmektedir¹³⁴. Verilerin değişmesi veya yok olmasında failin kastının bulunmaması gerekir. TCK'nın 243/3'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçunu münferit bir suç olarak kabul etmek gerekmektedir. Çünkü cezai müeyyide altına alınan hareket tek başına bilişim sistemine girme ve orada kalma değil, bu hareket dolayısıyla sistemde yer alan bir verinin yok edilmesi veya değiştirilmesidir¹³⁵.

Diğer görüşe göre ise, TCK'nın 243/3'üncü maddesinin ayrı bir suç olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını, burada netice sebebiyle ağırlaşan suç halinin söz konusu olduğunu, üçüncü fıkrada kanunilik, maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları olan müstakil bir suç düzenlenmediğini, üçüncü fıkrada suç olarak kabul edilen fiil yani maddi unsurun tarif edilmediğini, "bu fiil nedeniyle" ifadesiyle birinci fıkrada tanımlanan fiile atıf yapıldığını, üçüncü fıkrada tanımlanan suçun ilk fıkrada tanımlanan suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç olduğunu, nitekim madde gerekçesinde de bu hususun açık bir biçimde ifade edildiğini belirtilir. Üçüncü fıkrada cezada artırım miktarı belirtmek yerine doğrudan ceza tayin edilmesi nedeniyle akla bağımsız bir suç olduğu gelebilir ise de; fıkranın başında açıkça birinci fıkraya atıf yapılması, bağımsız suç için gerekli maddi unsurlara yer verilmemiş olunması nedeniyle birinci fıkranın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olduğunun kabulü gerekir. Bilişim sistemine yasadışı giriş sağlayıp orada kalan failin, bilişim sistemindeki verilerin bozulması ya da değişmesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için TCK'nın 23'üncü maddesi gereğince en azından taksirle bu değişim veya zarara sebebiyet vermesi gerekecektir. Kaldı ki, bu fıkrayı bağımsız bir suç kabul edersek bu maddenin uygulanması mümkün olamayacaktır. Zira verilere kasıtlı müdahale TCK'nın 244/2'nci maddesinde açıkça düzenlenmiş olup fikri içtima bakımından cezası

¹³⁴ Malkoç, s. 2071; Yazıcıoğlu, "Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1259.

¹³⁵ Özbek ve diğerleri, s. 910.

da daha ağırdır. Verilere taksirli müdahaleden dolayı da uygulanamaz. Çünkü bir taksirli eylemden dolayı ceza verebilmek için kanun metninde taksirli eylemin cezalandırılacağına açıkça düzenlenmesi (ya da eylemin başka bir suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olması) gerekir. TCK'nın 243/3'üncü maddesinde ise taksire ilişkin bir cümle bulunmamaktadır¹³⁶.

Kanaatimizce de TCK'nın 243/3'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçunu netice sebebiyle ağırlaşan bir suç olarak kabul etmek gerekmektedir. Suç tipinde bilişim sistemine girme ve orada kalma eylemleri dışında, bu eylemler nedeniyle sistemde yer alan bir verinin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçun maddi unsurları olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 23'üncü maddesi gereğince failin kast etmiş olduğu neticeden daha ağır ve başka bir neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için gerçekleşen netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, ağır neticenin faille yüklenebilmesi için failin suçun temel şekli için kasten hareket etmiş olması, ancak kastettiği suç ve neticeden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi gerekir. Failin verilerin yok olması veya değişmesinden sorumlu tutulabilmesi için bu neticeye yönelik olarak en azından taksirinden söz edebilmek gerekir. Kaldı ki maddenin gerekçesinde de üçüncü fıkradaki halin suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olarak düzenlendiği belirtilmiş olup, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi hâlinde failin, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür. Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, failin verileri yok etmek veya değiştirmek kastıyla hareket etmemesi gerekir. Buradaki sonuç taksirle gerçekleşmektedir.

Verilerin yok olması veya değişmesi failin kastı kapsamında olmamalıdır. Aksi takdirde, yani bu hallerin kasten gerçekleştirilmesi halinde, TCK'nın 244/2'nci maddesinde düzenlenen suç vücut bulacaktır¹³⁷. TCK'nın 243/3'üncü maddesinde düzenlenen suç, netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin kurallar, m.243/3 açısından da geçerlidir¹³⁸. Bu bağlamda örneğin bir başkası-

¹³⁶ Erdoğan, s. 153.

¹³⁷ Karagülmez, s. 213; Karakehya, s. 18; Parlar, s. 19; Yazıcıoğlu, "Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu, s. 1259.

¹³⁸ Suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zararlı veya tehlike bir sonucun meydana gelmesi halinde cezası ağırlaşan suçlara netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar denilir. Objektif sorumluluğu hukuk sistemimizden çıkartmak amacıyla TCK'nın 23'üncü maddesinde bu suçlarda bulunması gereken manevi unsura ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre; netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan söz edilebilmesi ve suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde, meydana gelen zararlı veya tehlikeli sonuç nedeniyle cezanın ağırlaştırılabilmesi için, failin

nın şifreleme yöntemiyle korunan bilgisayarına izinsiz olarak giren kimsenin, şifrenin çözülmesi için gerçekleştirdiği işlemlere bağlı olarak, kastı dışında, bilgisayardaki verilerden bir kısmının bozulması ya da kaybolması söz konusu olursa, fail, bilişim sistemine girme suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halinden sorumlu olacaktır¹³⁹.

TCK'nın 243/3'üncü maddesinde düzenlenen girme ve orada kalmaya devam etme fiilinin sonucunda verinin yok olması veya değişmesi neticesi esas alınmıştır. Yalnızca 3'üncü fıkranın kaleme alınış biçimi dahi, veriyi yok etme veya değiştirme konusunda failin bir kastının olmaması gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁴⁰.

TCK'nın 243/3'üncü maddesinde uygulanabilmesinde, "verinin yok olması" ve "verinin değişmesi" seçimlik sonuçlardır; bunlardan birisinin olması yeterlidir. Bunların her ikisi de gerçekleşmişse, sonuç yine değişmez. Somut olayda hâkim bunu, 5237 sayılı TCK'nın 61'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını", "f) Failin kast veya taksirle dayalı kusurunun ağırlığını" ölçütleri çerçevesinde cezanın belirlenmesinde gözetecektir¹⁴¹.

Failin bilişim sistemine istemeyerek girmesi; ancak sistemde hiç kalmadan çıkması ve bu giriş esnasında taksirle sistemdeki verileri yok etmesi veya değiştirmesi halinde failin eylemi suç oluşturmamaktadır. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin işlenebilmesi için öncelikle temel halinin işlenmiş olması gerekmektedir. Temel halin gerçekleşmemiş olması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini de uygulanması söz konusu olamayacağı için failin bu eylemine TCK'nın 243'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Öte yandan verileri yok etme veya değiştirme eylemi bu durumda taksirle gerçekleştirildiği; ancak TCK'nın 244/2'nci maddesindeki suçun ancak kastla işlenebileceği düzenlendiği için failin eylemine TCK'nın 244'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının uygulanması da mümkün değildir. Dolayısıyla bu durumda failin eylemi suç oluşturmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır¹⁴².

bu sonuç yönünden en azından taksirli olması gerekmektedir. Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 209.

¹³⁹ Karakehya, s. 18.

¹⁴⁰ Karagülmez, s. 212.

¹⁴¹ Karagülmez, s. 212.

¹⁴² Dülger, s. 349.

2. Manevi Unsur

Bir bilişim sistemine girme ve orada kalmaya devam etme suçunun manevi unsuru kasttır. Bilişim sistemine giren fail, bu fiili izinsiz olarak gerçekleştirdiğini ve hukuka aykırı olarak davrandığını bilmeli ve bu sonucu istemelidir. Bu husus madde gerekçesinde özel olarak belirtilmiştir. Sisteme kasten haksız olarak girilmesi ve orada kalmaya devam edilmesi ile suç oluşur. Genel suç işleme kastı yeterlidir. Suçu oluşturan fiillerin hangi amaçla gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur¹⁴³. Bu bağlamda suçun gerçekleşmesi bakımından özel kast aranmaz¹⁴⁴. Failin mağdura zarar verme veya menfaat sağlama gibi bir amacı olmaksızın, sadece bakmak için hukuka aykırı olarak bir bilişim sistemine giren ve orada kalan kimse bu madde gereğince sorumlu olacaktır¹⁴⁵.

Suçla korunan hukuki menfaati ihlal etme düşüncesi olmayan ve sisteme anlık girişler yapan faillerin, bu çok kısa süreli ihlale dayanılarak cezalandırılmaması gerekir¹⁴⁶. Failin tesadüfen bir bilişim sistemine girmesi ancak bunu fark ettiği halde sistemde kalmaya devam etmesi halinde suç oluşacaktır¹⁴⁷.

Bu suç, icrai veya ihmali¹⁴⁸ hareketle işlenebilir¹⁴⁹. Failin bu suçu işlemek için özel bir saikle hareket etmesi gerekmez. Madde metninde suçun taksirle işlenebileceği ayrıca belirtilmediği için, suç taksirle işlenemez¹⁵⁰. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde de kural, öngörülen tüm suçların genel kasta tabi olmasıdır. Bu suçların taksirle de işlenebileceği sözleşmede düzenlenmemiştir¹⁵¹. Suçun işlenmesinde failin özel bir saikle hareket etmesi gerekmediğinden suç, olası (gayri muayyen) kastla da işlenebilir¹⁵².

Hukuka aykırılığın suç tanımında özel olarak gösterildiği hallerde, hukuka aykırılığın fail tarafından bilinmesi, yani hukuka aykırılığın failin kastı kapsamında bulunması gerekir. Suçun genel unsuru olan hukuka aykırılığın varlığı araştırıldığı gibi(hukuka aykırılık unsuru), failin bu fiilin hukuka aykırılığının da

¹⁴³ Erdağ, s. 20.

¹⁴⁴ Dülger, s. 361.

¹⁴⁵ Karakehya, s. 15.

¹⁴⁶ Karakehya, s. 14, dip not: 36.

¹⁴⁷ Taşdemir, s. 260.

¹⁴⁸ Failin tesadüfen bir bilişim sistemine girmesi ancak bunu fark ettiği halde sistemde kalmaya devam etmesi halinde suç oluşur. Taşdemir, s. 260.

¹⁴⁹ Taşdemir, s. 260; Özbek ve diğerleri, s. 912-913; Dülger, s. 357;

¹⁵⁰ Dülger, s. 357; Erdoğan, s. 157; ; Özbek ve diğerleri, s. 913; Karagülmez, s. 208.

¹⁵¹ İçel, K, "Avrupa Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri", İÜHFİM, C:LIX, S: 1-2, 2001, s. 9.

¹⁵² Özbek ve diğerleri, s. 912;Doğan, s. 297;

bilincinde olup olmadığı ve böylece hareket etmeyi isteyip istemediği ayrıca araştırılacaktır. Eğer fail, hukuka aykırılığın suç tanımında özel olarak gösterildiği hallerde, hukuka aykırılık bilincine sahip değilse, kastın varlığından söz edilemez. Suçun oluşması için failin sisteme girmesi ve orada kalması yetmeyecek failin eylemlerini hukuka aykırılık bilinci ile gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Failin eylemi gerçekleştirirken, iyi ya da kötü niyetli olması, merakını giderme, sistemin güvenliğini deneme gibi düşünceleri suçun oluşumunu etkilemez. Fail yetkisiz olduğu halde bir bilişim sistemine girip orada kalmaya devam ederse TCK'nın 243/1'inci maddesindeki suçu işlemiş olur¹⁵³. Ayrıca belirtmekte fayda var ki, failin kastı bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalma fiiline yönelik olmalıdır. Sistemdeki verilerin değiştirilmesi, yok edilmesi vb. fiillere yönelik bir kastın varlığı halinde, bu suç değil; TCK'nın 244'üncü maddesindeki sistemi engelleme, bozma, verileri etme veya değiştirme suçu oluşacaktır¹⁵⁴.

Doktrinde TCK'nın 243/3'üncü maddesinin taksirle işlenebileceği, kasten işlenmesi halinde TCK'nın 244/2'nci maddesinin uygulama alanı bulacağı¹⁵⁵ belirtilmesine rağmen, madde metninde suçun taksirle işlenebileceği açıkça düzenlenmediği için bunun imkânsız olduğu ileri sürülmektedir¹⁵⁶. Kanaatimizce TCK'nın 243/3'üncü maddesindeki düzenleme bilişim sistemine girmenin netice sebebiyle ağırlaşan hali olduğundan taksirinin bulunması gerekir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23'üncü maddesinde; "bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" denilmektedir. Bu nedenle kastedilenden daha ağır veya başka bir netice bakımından kastı bulunmayan failin bu netice dolayısıyla cezalandırılabilmesi için en azından taksirin bulunması zorunludur.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kast-taksir kombinasyonu suçlar olarak da anılmaktadır. Buna göre, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için birincil olarak kasten gerçekleştirilmiş bir eylem söz konusu

¹⁵³ Taşdemir, s. 260.

¹⁵⁴ Kurt, s. 159; Doğan, s. 297.

¹⁵⁵ Karagülmez, s. 208. Bilişim sistemine giren ve orada kalmaya devam eden failin sistemdeki verileri değiştirmesi, verileri yok etmesi kastını taşıması halinde eylem, 244/2'nci maddesindeki suçu oluşturacaktır. Taşdemir, s. 260.

¹⁵⁶ Özbek ve diğerleri, s. 913.

olmalı ve bu eylem ile bağlantılı olarak doğan netice arasında kanunun ifadesine göre en azından taksir derecesindeki bir sübjektif ilişki bulunmalıdır. Ayrıca kast-taksir kombinasyonu suçlarının yapısal mantığı gereğince neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, ağır neticenin kasten gerçekleştirilmiş olduğu durumlardan az, taksirle gerçekleştirilmiş olduğu durumlardan ise fazla bir ceza miktarını öngörmelidir¹⁵⁷.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/1–2–3'üncü maddesi ve fıkralarında kastedilen suçlardan daha ağır neticeye; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4'üncü maddesi ve fıkrasında ise, başka neticeye sebebiyet verilmesi hallerinin de taksirle işlenebileceği madde metinlerinde açıkça yer almamasına rağmen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olduğundan meydana gelen ağır netice açısından failin taksiri gerekmekte olup, aynı kapsamda olmak üzere TCK'nın 243/3'üncü maddesindeki suçun manevi unsuru kast- taksir kombinasyonudur.

Kusurluluğu ortadan kaldıran hallerden herhangi birisinin bulunmasına bağlı olarak failin kınanabilirliği ve bu bağlamda kusuru söz konusu olmazsa bile, suç oluşacak¹⁵⁸ ancak ceza verilemeyecektir. Örneğin, cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit altında, internet vasıtasıyla, girilmesi yasak bir sisteme giriş yapan bilişim sistemi uzmanı kimse bakımından kusurun varlığından ve dolayısıyla cezai sorumluluktan söz edilemeyecektir¹⁵⁹.

3. Hukuka Aykırılık

Ceza hukukunda hukuka aykırılık unsuru kanunda suç olarak tanımlanan fiilin hukuk düzeniyle çatışması anlamına gelmektedir. Suçun yapısal unsurlarından olan ve genel olarak hak ihlali anlamına gelen hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denir¹⁶⁰. Bu itibarla bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçunda da bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması halinde hukuka aykırılık unsurunun mevcut olduğundan bahsedilebilmektedir.

Hukuka aykırılık bilinci, failin davranışının hukuka aykırılık oluşturduğunu

¹⁵⁷ Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 191.

¹⁵⁸ Aksi görüş için bkz.: Karakehya, s. 15.

¹⁵⁹ Karakehya, s. 15.

¹⁶⁰ Akyazan, Ahmet Emrah, "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, S:1, 2006 s. 77.

bile bile o hareketi yapması demektir¹⁶¹. Yani fail, yaptığı şeye hukuki olarak izin verilmediğini ve bunun yasak olduğunu bilmektedir¹⁶². Hukuka aykırılığın kanunda açıkça yer alması gerekmez. Hukuka aykırılık fiilin hukukla çatışması sebebiyle zaten kendiliğinden vardır. Buna karşılık bazen açıkça dile getirilmesi söz konusu olur¹⁶³. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun hukuka aykırılık unsurundan söz edilmemekle birlikte, bazı suç tanımlarında hukuka aykırılık unsurunu açıkça belirtecek anlatımlara yer verilmiştir. Buna "hukuka özel aykırılık" denir¹⁶⁴. Hukuka aykırılığın suç tanımında özel olarak gösterildiği hallerde, hukuka aykırılığın fail tarafından bilinmesi, yani hukuka aykırılığın failin kastı kapsamında bulunması gerekir. Somut olayda suçun genel unsuru olan hukuka aykırılığın varlığı araştırıldığı gibi, failin bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığı ve böylece hareket etmeyi isteyip istemediği ayrıca araştırılacaktır. Eğer fail, hukuka aykırılığın suç tanımında özel olarak gösterildiği hallerde, hukuka aykırılık bilincine sahip değilse, kastın varlığından söz edilemez. Suçun genel bir unsuru olan hukuka aykırılık bilinci ise, kusurluluk bakımından değerlendirilecektir. Bu durumda kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsadığı varsayımıyla hareket edilir¹⁶⁵. Böylece yaptığı hareketin hukuk düzeyine aykırı olduğunun bilincinde olmayan fail hataya düşmekte haklı ise, ceza sorumluluğuna sahip olmayacaktır. Çünkü fail yaptığı eylemin yasal olduğunu düşünmektedir. Eğer eylem gerçekte hukuka uygun değilse ve buna rağmen fail hata sonucunda, eylemin hukuka uygun olduğunu düşünmüşse, hatanın kaçınılmaz olup olmadığı araştırılarak, sonucuna göre failin kusurlu olup olmadığı tespit edilecektir. Hata kaçınılmaz ise ceza sorumluluğu yoktur. Hatanın kaçınılmaz olmadığı kabul ediliyorsa, yani fail hataya düşmekte kusurlu ise ceza sorumluluğu bulunmaktadır¹⁶⁶.

¹⁶¹ Centel, N/Zafer, H /Çakmut, Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005, s.392.

¹⁶² Roxin, C (çev. İsfen, O), Yasağa İlişkin Yanılma, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 248.

¹⁶³ Özdemir, s. 522.

¹⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.298.

¹⁶⁵ Kural üzerinde hata, fiil üzerinde hatanın aksine kastı kaldıran değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir. Kusurluluğu kaldırması için ise hataya düşülmesinde taksir düzeyinde bir kusurun bulunmaması gerekir. Hataya düşülmesini kaçınılmaz kılan, herkes bakımından geçerli olabilecek objektif nitelikte nedenler olabileceği gibi, kişinin içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan sübjektif nitelikteki nedenler de yapılan hatayı mazur gösterebilir. Kural üzerinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fiilden dolayı kasten sorumlu tutulan failin cezasında bir miktar indirim yapılması mümkündür. Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 15.

¹⁶⁶ Aynı yönde olmak üzere bkz. Koca/Üzülmez, s. 253.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının varlığı konusunda, işlediği eylemin hukuken korunduğunu düşünen failin esaslı yani kaçınılmaz hataya düşmesi halinde, kastının oluşmaması sebebiyle ceza sorumluluğunun bulunması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları dışındaki kural üzerindeki hata hali ise, fiil üzerinde hatanın aksine kastı kaldıran değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir. Hataya düşülmesini kaçınılmaz kılan, herkes bakımından geçerli olabilecek objektif nitelikte nedenler olabileceği gibi, kişinin içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan sübjektif nitelikteki nedenler de yapılan hatayı mazur gösterebilir. Hukuka uygunluk nedenleri hakkında yapılan hatanın ceza sorumluluğunu tamamen kaldırabilmesi için failin hataya düşmekte kusursuz olması gerekmektedir. Esaslı hatanın tespiti somut olayın özel koşullarına göre araştırılmalıdır. Failin taksir düzeyinde bile bir kusurunun olmadığı sonucuna ulaşırsa, fail kusursuz olduğu için taksirli suçtan da cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir. Ancak objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı failin hataya düşmeyeceği hallerde eylemin de yasanın taksirli bir suç olarak düzenlenmiş olması şartıyla, failin taksirli suçtan sorumlu tutulması gerekmektedir¹⁶⁷.

5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenleri dört ana grupta toplanmıştır. Bunlar, "hakkın kullanılması" (m.26/1), "kanunun hükmünü yerine getirme" (m.24/1), "meşru savunma" (m.25/1) ve "ilgilinin rızası" (m.26/2) halleridir. Bilişim sistemine girme ve sistemde kalmaya devam etme suçu açısından söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri ise "kanunun hükmünü yerine getirme" ve "ilgilinin rızası" olabilir¹⁶⁸.

Failin hukuka aykırı olarak hareket ettiği saptanmadığı sürece suç oluşmaz. Bu durum her olayda araştırılmalıdır. Örneğin; yapılan bir soruşturmanın gereği olarak bilişim sistemine girilmesi halinde suç bulunmayacaktır¹⁶⁹. Çünkü burada soruşturma görevlisinin "kanunun hükmünü yerine getirme" görevi kapsamında hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Yasanın verdiği yetkiye dayanılarak izinsiz şekilde bilişim sistemine girilmesi ve orada kalınmaya devam edilmesi hali de hukuka uygunluk sebebi olan "kanunun hükmünü yerine getirme" halidir. Bunun yanında CMK'nın 134'üncü maddesinde düzenlenen "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", 135'inci maddesinde düzenlenen

¹⁶⁷ Apaydın, Cengiz, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir Ve Bilinçli Taksir Kavramları, İstanbul 2009, s. 272-273.

¹⁶⁸ Dülger, s. 363.

¹⁶⁹ Taşdemir, s. 259.

“İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması” ve 140’ıncı maddesinde düzenlenen “Teknik Araçlarla İzleme” koruma tedbirlerinin kanunda gösterilen şartlara uygun olarak uygulanması halinde, kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk sebebi nedeniyle de bu suç oluşmayacaktır¹⁷⁰. Kolluk görevlileri soruşturma makamlarının kararı gereğince şüphelinin bilişim sistemine, onun rızası hilafına girer ve orada kalmaya devam ederse, bu eylem dayanağını CMK m. 134’ten aldığı için hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bu anlamda eylem hukuka uygun olacaktır¹⁷¹. Diğer bir ifadeyle, yasaların verdiği yetkiye dayanarak bilişim sistemine müdahale edilmesi durumunda eylem artık hukuka aykırı olarak kabul edilmeyecektir.5651 sayılı yasa veya CMK’nın134’üncü ve 135’inci maddeleri gereğince bu görevleri yapmak zorunda olan kişilerin eylemleri bu kapsamda değerlendirilecektir¹⁷².

Suç tipinde mağdurun rızası ya da yasayla verilen yetki eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Kişinin, sistemin sahibi ya da ilgilisi tarafından verilen bir izne dayanarak sisteme girmesi ve sistemde kalmaya devam etmesi ya da kamu görevlisinin yasadan aldığı yetkiye dayanarak aynı eylemi gerçekleştirmesi durumunda suç oluşmayacaktır¹⁷³. Mağdurun rızasına dayanan hukuka uygunluk sebebinde rızanın suçun işlendiği sırada bulunması gerekir¹⁷⁴; ayrıca bu rızanın açık ya da zımni şekilde verilmesi aranmaz¹⁷⁵. Örneğin; kişinin bilgisayarının başından kalkarak arkadaşına “şunun sorununa bir baksana “ demesi durumunda bilişim sistemine girilmesine ve orada kalınmasına izin verilmiş demektir. Ancak her somut olayda bu şekilde bir rızanın olup olmadığı değerlendirilmelidir¹⁷⁶. Normal olarak aralarında ilişki bulunmayan bir kişinin başkasının sistemine girmesinde rıza ve onayının bulunmadığı kabul edilmelidir. Böyle bir durumda sisteme giren, rızanın varlığını ispat etmek durumundadır. Rızanın bulunduğu hallerde de bunun sakatlanmamış bir irade ürünü olması aranacak, iradeyi sakatlayan nedenlerin (hata, hile, cebir, korkutma) varlığı halinde rızanın varlığından söz edilemeyecektir¹⁷⁷.

Suç şikâyete bağlı olmadığından, mağdurun rızası eylem öncesinde elde edilmiş olmalıdır. Eylem sonrası onaylama, şikâyetçi olmama, oluşan suç ortadan

¹⁷⁰ Doğan, s. 297.

¹⁷¹ Özbek ve diğerleri, s. 912.

¹⁷² Eralp, s. 11.

¹⁷³ Dülger, s. 367.

¹⁷⁴ Taşdemir, s. 259.

¹⁷⁵ Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 6747.

¹⁷⁶ Erdoğan, s. 159.

¹⁷⁷ Malkoç, s. 2066.

kaldırılmaz ve oluşan suçun soruşturması ve kovuşturmasını engellemez¹⁷⁸.

Fiilin hukuka aykırı bir biçimde işlenmiş olması gerekmektedir. Sistemin ya da bir parçasının sahibi ya da başka hak sahiplerinin izniyle yapılan erişim (örneğin ilgili bilgisayar sisteminin izni olarak test edilmesi ya da korunması amacıyla) suç olarak tanımlanamaz. Ayrıca, kamunun ücretsiz ve açık erişimine izin veren bilgisayar sistemlerine erişim suç olarak tanımlanamaz. Bu tür erişimler “ hukuka uygun “yapılmaktadır. Spesifik teknik araçların uygulanması, iletişim amacıyla bilginin yerinin saptanması ve elde edilmesi için doğrudan ya da -deep-link’ler ya da ‘cookie’ ya da ‘bot’ların uygulanması da dâhil olmak üzere- hypertextlink’leri yoluyla bir web sayfasına erişim yol açabilir. Bu araçların uygulanması tek başına “haksız biçimde” erişim kapsamına girmez. Kamuya açık bir web sitesinin işletilmesi, web sitesinin sahibinin siteye herhangi başka bir web kullanıcısının erişmesine izin verdiği anlamına gelir. Yaygın olarak uygulanan iletişim protokol ve programlarında sunulan standart araçların uygulanması, özellikle de “cookie” örneğinde olduğu gibi, erişilen sistemin hak sahibinin ilk yüklemeyi reddetmeyerek ya da daha sonra uygulamayı kaldırmayarak bunların uygulanmasını kabul ettiğinin düşünülebileceği durumlarda, tek başına hukuka aykırı işlenmiş bir fiil değildir¹⁷⁹.

Sisteme girme konusunda şifrenin konulmamış olması, rıza olduğu anlamını taşımaz. Örneğin, bir kimse komşusuna bilgisayarını kendi evine bırakması için verse, o kişide şifre içermeyen bilgisayarını açarsa, bu durumda rızaya aykırı hareket mevcut olduğundan anılan suçun oluştuğu kabul edilecektir¹⁸⁰.

Rıza ancak hak sahibi olan kimse tarafından verilebilir. Örneğin, bir bankanın personeline sisteme girebilmesi için şifre verilmesi; ancak bu personelin şifreyi bankayla ilgisi olmayan bir kişiye vermesi halinde, şifreyi alan kişinin sisteme girmesi halinde sisteme giriş için gerekli rıza yetkili kişi tarafından verilmediğinden personelden şifreyi alan kimsenin sisteme girmesi suç olacaktır¹⁸¹. Çünkü şifre o banka memuruna görevinin gereği olarak verilmiştir¹⁸².

Mağdurun rızasıyla sisteme girildikten sonra, mağdurun rızasını kaldırmasına rağmen failin sistemden çıkmaması halinde suçun oluşup oluşmayacağı doktrinde tartışılmaktadır.

¹⁷⁸ Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu, C:II, Malkoç Kitabevi, Geliştirilmiş 3. Bası, Ankara 2008, s. 2067.

¹⁷⁹ Eralp, s. 6.

¹⁸⁰ Ergün, İsmail, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.

¹⁸¹ Erdoğan, s. 159.

¹⁸² Taşdemir, s. 259.

Bir görüşe göre, bu durumda da suç oluşacaktır¹⁸³. Bir diğer görüşe göre ise, bu durumda suç oluşmayacaktır. Madde metninde suçun oluşması için “girme ve orada kalmaya devam etme” aranmaktadır. Öyle olunca failin mağdurun rızasına aykırı olarak bilişim sistemine girmesi ve yine rızaya aykırı olarak orada kalmaya devam etmesi gerekir. Bu nedenle burada girme safhasında mağdurun rızası bulunduğu için artık çıkmama ile anılan suç oluşmayacaktır, çünkü bu suç ancak her iki hareketin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi ile işlenebilen bir suçtur¹⁸⁴.

Kanaatimizce mağdurun rızasıyla sisteme girildikten sonra, mağdurun rızasını kaldırmasına rağmen failin sistemden çıkmaması halinde suç oluşmaz. Çünkü mağdurun rızasının eylemi hukuka uygun hale getirebilmesi için failin hem bilişim sistemine girmesi hem de orada kalmaya devam etmesi sınırları içerisinde olması gerekir. Mağdurun rızasının kalkması halinde failin ben sisteme mağdurun rızası ile girdim artık mağdurun rızası olmaksızın sistemde kalmaya devam edebilirim şeklindeki düşüncenin eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği açıktır. Mağdurun rızasının sona ermiş olmasına rağmen failin sistemde kalması hukuk düzeniyle çelişkili olup, mağdurun rızasının zamansal olarak sınırsız olduğu düşüncesini ceza hukuku himaye edemez.

Bilişim sisteminin sahibinin rızası olmaksızın failin sisteme girdiği ve orada kaldığı sırada, sistem sahibi rıza verirse, bu durumda suçun mütemadi bir suç olduğu ve temadi kesilene kadar hareketin de devam ettiği kabul edilecek olursa, suç henüz tamamlanmadan verilen rızanın eylemi hukuka uygun hale getirdiği söylenebilir¹⁸⁵.

Burada kamu görevlilerine çalıştıkları kurumlar tarafından verilen bilgisayarların, kurumun yetkili amiri veya teftişle görevli kişisi tarafından alınıp, el konulması ve içeriğine girilmesi hususuna da değinmekte fayda vardır. Bir defa bu bilgisayarların verilmiş amacının iyi irdelenmesi gerekir, anılan bilgisayarlar özel işlerde değil, kurum işlerinde kullanılmak üzere verilmektedir, idare de verdiği veya tahsis ettiği bu bilgisayarları, yetkili merciin emri ile her zaman geri alabilir; alırken de bu bilgisayarların içinde kişiye özel bir veri bulunamayacağından, aksi durum 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na göre, kurum araçlarının özel işlerde kullanılması disiplin suçunu oluşturacağından, cihazın içeriğinin incelenmesi için de anılan kimsenin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle, kurum tarafından personeline verilmiş veya kullanımına tahsis

¹⁸³ Kurt, s. 92

¹⁸⁴ Erdoğan, s. 160; Dülger, s. 376; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6747.

¹⁸⁵ Özbek ve diğerleri, s. 912; Erdoğan, s. 160.

edilmiş bilgisayarların, yetkili amir veya onun adına hareket eden kimsenin emri ile incelenmesi hukuka aykırılık oluşturmaz¹⁸⁶.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçunda bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır.

Bir görüşe göre, meşru savunmanın mümkün olup olmadığı konusunda saldırının niteliğine bakılarak karar verilmelidir. Şayet saldırı ağ üzerinden yapılıyorsa, yapılan saldırı devam ederken saldırının mağdur tarafından anlaşılması halinde bilişim sistemi kapatıldığında ya da en azından ağ bağlantısı kesildiğinde otomatik olarak saldırı da engellenmiş olunacağından meşru savunma mümkün olmayacaktır. Zira savunma yaparken karşı saldırı için zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak sisteme fiilen temasla saldırı yapılıyorsa artık diğer şartlarının da bulunması halinde meşru savunma mümkündür¹⁸⁷.

Diğer bir görüşe göre ise, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçuna maruz kalan kişi karşısındaki kişinin sistemine zarar vermeden önce kendi sistemini güvenlik altına almalı ve mümkünse, kendisine saldırıda bulunan kişinin kimlik bilgilerine ulaşabilmek için gerekli işlemleri gerçekleştirmelidir. Ancak bilişim suçuna maruz kalan bir kişi açısından TCK'nın 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu" koşulunun gerçekleştiğinden söz edebilmek mümkün görünmemektedir. Çünkü teknik açıdan bilişim sistemine yapılan saldırının kapsamını o anda belirleyebilmek her zaman mümkün değildir. Ayrıca saldırının orantılı bir biçimde defedilebilmesi ve sonrasında bunun yargılama esnasında ispat edilmesi de son derece güçtür. Bir an için bilişim suçlarında meşru savunma halinin söz konusu olabileceğinin kabulü halinde, bunun koşullarını ve ölçüsünü koyabilmek de olanaklı değildir. Bu varsayımdaki yaklaşım, bilişim suçlarını çok daha arttıracak, bir bakıma bilişim suçlarının işlenmesine teşvik edecek ve bilişim suçunu işleyen hemen herkes "uğramış olduğum saldırıya karşılık veriyordum" diye savunma yapacaktır. Dolayısıyla böyle bir varsayımın kabulü, bizatihi hukuka aykırılıkların ortaya çıkmasına neden olabilecektir¹⁸⁸.

Kanaatimizce bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçunda, mağdur failin kimliğini ve adresini tespit amacıyla failin bilişim sistemine girebilir, ancak bu durumda meşru savunma koşulları oluşmamakta olup, failin hukuka

¹⁸⁶ Erdoğan, s. 161. Doğan, s. 297.

¹⁸⁷ Erdoğan, s. 162.

¹⁸⁸ Karagülmez, s. 62 vd; Dülger, s. 369.

aykırılık bilincine sahip olmadığından bahsedilecektir.

Hukuka aykırılık bakımından, bu suçla ilişkin özellikle üzerinde durulması gereken bir başka konu ise bir bilişim sistemine bağlı olarak internet üzerinden erişilebilen internet sayfalarına ilişkindir. Nitekim bazı internet sayfalarında kişilere ait birtakım bilgiler bulunmakta ya da bireylere birtakım hizmetler sunulmaktadır. Herhangi bir şifreli koruma olmaksızın bu tür sayfalara erişim sağlanması halinde de, bu fiillerin suç teşkil edip etmeyeceği düşünülebilir. Eğer sadece belirli kimselerin sayfaya giriş yapabilmesine yönelik belirli bir şifreleme yöntemi kullanılmamışsa, bu durumda söz konusu sayfalara giriş yapılması ve içeriğinin öğrenilmesi bu suçu oluşturmaz. Nitekim sanal ortamda bir sayfa oluşturup hiçbir şifreleme yapmaksızın bunun içeriğine hiç kimse tarafından erişilmemesini istemek, sokağa bir ilan asıp bunu kimsenin okumamasını talep etmek gibidir. Söz konusu kimse zaten bu verileri şifrelemeksizin internet ortamına koymakla, aleniyetini sağlamış ve kamunun bilgisine/hizmetine sunmuş olmaktadır. Bu nedenle bu tür erişimler söz konusu suçu oluşturmaz¹⁸⁹.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

1. Teşebbüs

Teşebbüste suçun sübjektif unsurları tamam olmakta ancak objektif unsurlarında eksiklik bulunmaktadır. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda yasal tanıma göre eksik kalan husus, hareket suçlarında icra hareketlerinin tamamlanmamış olmasıdır. Suçun yasal tanımında ayrıca neticeye yer verilen suçlar açısından ise, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi eksik kalan hususu oluşturmaktadır¹⁹⁰.

TCK'nın 243'üncü maddesinin teşebbüse elverişli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, bilişim sistemine girme ve sistemde kalma suçunda maddi unsur olarak sisteme girme ve orada kalmaya devam etme eylemlerinin gerçekleştirilmesi öngörülmüş, bunun dışında bir zararın meydana gelmesi suçun oluşumu için aranmamıştır. Söz konusu suç tipi bu özelliğiyle neticesiz bir suç tipidir. Hareketle netice arasında bir ayrım olmadığı için, hareketin tamamlanması ancak neticenin failin elinde olmayan bir nedenle gerçekleşmemesi halin-

¹⁸⁹ Karakehya, s. 16-17.

¹⁹⁰ Bkz; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 338.

de suça teşebbüsün gerçekleşmesi mümkün değildir, zira hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmış olacaktır. Sisteme girilmeye çalışılırken failin elinde olmayan nedenlerle hareketin yarıda kalması halinde de teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Çünkü tek başına sisteme girmek cezalandırılmadığı için, sisteme girmeye teşebbüs etmenin de cezalandırılması mümkün değildir¹⁹¹. Bu suç birden fazla hareketlidir ve kalma hareketi parçalara bölünemediğinden teşebbüs mümkün değildir. Yasada maddi unsur olarak sisteme girmenin ve sistemde kalmaya devam etmenin cezalandırılmasını aradığından, her somut olayda da sistemde kalış süresi farklı şekilde yorumlanabileceğinden, hatta benzer olaylarda, yargıçların yorum farkı nedeniyle failin biri tamamlanmış suçtan, diğeri teşebbüsten ceza alabileceğinden adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Dolayısıyla suç, failin sisteme girmesi ve çok kısa süreliğine de olsa sistemde kalmasıyla tamamlanmış olacağından, bu suçta teşebbüs uygulanmamalıdır¹⁹².

Bizimde katıldığımız diğer görüşe göre ise, hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girmeye çalışmak veya girdikten sonra orada kalmayı başaramama halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁹³. Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine giren kişi, temadi teşkil edebilecek bir süre orada kalmazsa; teşebbüs söz konusu olacaktır. Örneğin fail, hukuka aykırı bir şekilde bilişim sistemine girdiği halde, elektriklerin kesilmesi nedeniyle temadi teşkil edebilecek bir süre orada kalmaz ve bilişim sisteminden çıkarsa; suç, teşebbüs aşamasında kalmış sayılır¹⁹⁴. Yine failin hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girmesine rağmen, güvenlik duvarına takılması sonucu sistemden atılması durumunda veya sistemin kullanıcısı tarafından kapatılması durumunda¹⁹⁵ suçun teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmektedir¹⁹⁶. Sadece sisteme girmeye çalışılması ya da anlık olarak sisteme girilip hemen çıkılması halinde teşebbüs söz konusu olamayacaktır¹⁹⁷. Yasadışı

¹⁹¹ Dülger, s. 377. Sisteme girilmeye çalışılırken failin elinde olmayan nedenlerle hareketin yarıda kalması halinde de teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Çünkü tek başına sisteme girmek cezalandırılmadığı için, sisteme girmeye teşebbüs etmenin de cezalandırılması mümkün değildir. Teşebbüs aşamasında kalmış bir sisteme girme çabasının sonucunda failin kastının sistemde kalmaya yönelik olduğundan bahisle failin cezalandırılması ise yerinde bir çözüm değildir. Zira fail savunmasında “ben yalnızca sisteme girip hemen çıkmayı hedefliyordum, ancak girmeden yakalandım” dediğinde, bunun aksinin yani failin sistemde kalmaya devam edeceğinin ispatlanması mümkün değildir. Dolayısıyla sisteme girmeye yönelik girişimlerin yarıda kalması halinde failin kastı neye yönelik olursa olsun, faille suçta teşebbüsten ceza verilmemesi gerekir.

¹⁹² Ketizmen, s. 108.

¹⁹³ Erdağ, s. 3-4; Taşdemir, s. 260; Karakehya, s. 19.

¹⁹⁴ Doğan, s. 299.

¹⁹⁵ Esen, s. 631; Özbek ve diğerleri, s. 913.

¹⁹⁶ Ocak, s. 15.

¹⁹⁷ Dalkılıç, s. 220; Kargülmez, s. 207.

erişimi sağlamış olmasına rağmen elektriklerin kesilmesi, sistemin kilitlenmesi vb. sebeplerle temadi teşkil edebilecek bir süre orada kalamayan ve bilişim sisteminden çıkan failin suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır¹⁹⁸. İcra hareketlerine başlandığı halde “girme” eylemi gerçekleşmediyse (örneğin, elektrik kesildiyse) ya da “girme” gerçekleştiği halde “kalma” halinin söz konusu olmadığı hallerde teşebbüs gündeme gelecektir¹⁹⁹. İcra hareketleri tamamlanmışsa, yasada hareketten ayrı bir netice aranmadığından, suç da tamamlanır. Örneğin, bilişim sistemine girdikten sonra, engel neden dolayısıyla sistemde kalmaya devam edemeyen fail, teşebbüsten sorumlu tutulur. Teşebbüs bahsi değerlendirilirken bu suçun birleşmiş hareketli olduğu hususu dikkate alınmalıdır. Gerçekten birleşmiş hareketli suçlarda, teşebbüsten söz edebilmek için ilk hareketin yapılması, ardından failin ikinci harekete yönelik icra hareketlerine başlaması gerekir. Bu bakımdan “girme “ hareketinin gerçekleştirilemediği hallerde, teşebbüsten de bahsedilemez. Failin bilişim sistemine girdikten sonra kendi iradesiyle sistemden çıkması ihtimalinde de gönüllü vazgeçme dolayısıyla cezai sorumluluğu bulunmamaktadır²⁰⁰. Suça teşebbüsten bahsedebilmek için failin işlemeyi kastettiği bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme suçuna elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması gerekir, aksi takdirde suç teşebbüs aşamasında kalmaz. Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir;” Şüphelilerin kurdukları “www.unimugla.com” adlı internet sitesinin giriş sayfasını, müşteki Muğla Üniversitesi’nin “Dijital Üniversite” adlı internet sitesinin giriş sayfası ile aynı yapıarak, kendi sitelerini Dijital Üniversite sitesi sanarak bu siteye parola v.s. bilgilerini giren kullanıcıların bu bilgilerini elde ederek, Muğla Üniversitesinin yasal internet sitesi olan Dijital Üniversite sitesine haksız yere girerek buradaki bilgileri elde etmeye ve yine kullanıcıların gerçek bilgilerini kullanarak dolandırıcılık suçunu işlemeye çalıştıkları iddia olunan olayda, sanıkların bu site ile herhangi bir şifreyi kopyalama veya öğrenme imkânlarının bulunmadığı, iddia edilen amaca ulaşmaya yarar uygun vasıtalar içermediği, gerek dolandırıcılık gerekse bilişim sistemine girme ya da bu suçlara teşebbüs etme suçlarını işlemeye elverişli araçlar bulunmadığı, sanıkların üzerine atılı bulunan iddiaların eylemlerinin gelecekte tehlike yaratabileceği kaygısına dayandığı, mahkûmiyete yeterli delil bulunmadığı gerekçeleriyle mahkemece verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir”²⁰¹.

¹⁹⁸ Erdoğan, s. 164;Taşdemir, s. 260.

¹⁹⁹ Taşdemir, s. 260.

²⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 465.

²⁰¹ Yargıtay, 11. C.D, 21. 01. 2014 tarihli, 2012/13233 esas ve 2014/795 sayılı kararı (UYAP sisteminden alınmıştır).

TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen suçta netice hareketin gerçekleşmesiyle, yani verinin yok edilmesiyle veya değiştirilmesiyle gerçekleşeceği için kural olarak teşebbüsten bahsedilemez²⁰². Diğer bir ifadeyle, maddenin 3'üncü fıkrasındaki ağırlatıcı halin, failin taksirli hareketlerinin sonucu oluşması gerektiğinden, teşebbüs söz konusu olmaz²⁰³.

2. İştirak

Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve sistemde kalmaya devam etme fiili iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Dolayısıyla, suçta iştirak değerlendirilirken TCK'nın 37, 38, 39 ve 40'uncü maddelerindeki düzenlemeleri dikkate alınacak ve olay buna göre değerlendirilecektir²⁰⁴.

Bir bilişim sistemine girmek isteyen, ancak kendisinin bilişim sistemleri hakkında yeterli bilgisi olmadığından, bu konuda uzman bir arkadaşını, bu sisteme girme konusunda ikna eden ve bu fiilin gerçekleşmesini sağlayan kimse bakımından TCK'nın 38'inci maddesi gereğince azmettiren olarak cezai sorumluluk doğacaktır. Bu karşın sisteme giren kimse ise TCK'nın 37'inci maddesi gereğince fail olarak suç gerçekleştirmiş sayılacaktır²⁰⁵.

Suçun işlenmesinde faile yardım eden, örneğin bilgisayar veya şifre kırma programı tedarik eden kişi, TCK'nın 39'uncü maddesi çerçevesinde iştirak iradesinin de bulunması koşuluyla yardım eden sıfatıyla cezalandırılacaktır. Yine bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden faile, erişimi sağlayan servis sağlayıcıları da suç işleme kastı ve iştirak iradesinin bulunması koşuluyla suça iştiraktan cezalandırılabilirler²⁰⁶. Yasadışı erişimin sağlanmasında erişim sağlayıcılar da, suç işleme kastı ve iştirak iradelerinin bulunması şartıyla, suça iştiraktan sorumlu tutulabilecektir²⁰⁷.

Suç mütemadi suç olduğu için, temadi sona erinceye kadar anılan suça katılmak mümkündür²⁰⁸.

3. İçtima

Ceza Hukukumuzun genel sistematığı gereği fiil sayısı kadar suç olması esastır. Ancak bunun istisnası suçların içtimaı bölümünde TCK'nın 42'ncü mad-

²⁰² Yaşar/Gökcan/Artuç, C:V, s. 6751.

²⁰³ Taşdemir, s. 260; Doğan, s. 299.

²⁰⁴ Taşkın, s. 30; Özbek ve diğerleri, s. 913; Dülger, s. 379; Yazıcıoğlu, s. 1260; Parlar, s. 18.

²⁰⁵ Karakehya, s. 20.

²⁰⁶ Koca/Üzülmez, s. 812.

²⁰⁷ Erdoğan, s. 168.

²⁰⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, C:V, s. 6751.

desinde ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, işlenen suçun başka bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni olması halinde birleşik suç, bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda ancak bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez işlenmesi halinde ve aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi halinde zincirleme suç, son olarak tek bir fülle birden fazla suçun işlenmesi halinde fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Gerçekte suçların içtimasında suç çokluğu bulunmaktayken kanun koyucu farklı gerekçelerle tek suç varmış gibi ceza uygulamasını kabul etmiştir²⁰⁹. Suçların içtimai halinde cezalar içtima edilmemekte, tam tersine kanun koyucu bazı suçları cezalandırmaktan feragat etmektedir²¹⁰.

TCK'nın 243/1'inci maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçu zorunlu olarak mütemadi bir suçtur. Bu suç mütemadi suç olduğundan kalınan süre kesilmediği sürece ne kadar uzun olursa olsun tek suç olmaya devam edecektir²¹¹.

Doktrinde fail tarafından tek bir davranışla hem bilişim sistemine girme suçu hem de başka bir suçun vücut bulması halinde fikri içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin bir arkadaşının gizlice kişisel bilgisayarına girip onun bilgisayarda tuttuğu günlüğünü okuyan veya özel resimlerine bakan kimse bakımından tek bir davranışla, birden fazla hükmün ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Çünkü sisteme girilmesi ve içeriğin incelenmesi davranışın teklifi kapsamında değerlendirilmelidir. Fail sisteme girmekle söz konusu verilerin içeriğine neredeyse eş zamanlı olarak ulaşmaktadır. Bu bağlamda faile sadece daha ağır cezayı gerektiren hüküm olan TCK'nın 134'üncü maddesinde öngörülen cezanın verilmesi gerekecektir. Ancak sisteme girildiğinde sistem içerisinde ayrıca şifrelenmiş dosyalara ulaşılması ve bu surette özel hayatın gizliğinin ihlali söz konusu olursa, artık fiilin teklifinden söz edilemeyecek ve faile her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilecektir²¹². Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir; *“Saniğin, katılan ile internette tanıştığı ve bir süre telefonda ve msn üzerinden görüntülü görüşerek arkadaşlık yürüttüğü, saniğin teklifi üzerine katılanın, kendisi, kızı ve sanık ile birlikte bir otelde yaklaşık 1 hafta süreyle tatil yaptıkları, bilahare arkadaşlıklarının bitmesi üzerine, saniğin, katılanın kullandığı elektronik posta adresine rızası dışında birçok kez girerek, arkadaş listesindeki*

²⁰⁹ Özen, Mustafa, “Suçların İçtima”, (Danışman: Doç. Dr. Muharrem Özen), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2008, s.6.

²¹⁰ Erdoğan, s. 168.

²¹¹ Yaşar/Gökcan/Artaç, C:V, s. 6751.

²¹² Karakehya, s. 21.

kişilere, değişik zamanlarda başka elektronik posta adresleri üzerinden, katlanın, tatilde deniz kenarında bikini ile güneşlenirken çekilen fotoğrafları, otelde bar ortamında çekilen fotoğrafları, eski erkek arkadaşları ile olan fotoğrafları, msn üzerinden görüntülü görüşme sırasında çekilen çıplak ve yarı çıplak görüntüleri ile web kamera karşısında soyunurken çekilen video görüntüleri gibi özel yaşam alanına ilişkin fotoğraf ve video görüntülerini rızası dışında göndermek suretiyle ifşa ettiği olayda; sanığın, bu şekildeki eyleminin TCK'nın 243/1'inci maddesine uyan bilişim sistemine girme suçu ile TCK'nın 134/2'nci maddesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu, iddianamedeki anlatımda nazara alındığında, sanığın bu suçlardan sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılıya düşülerek olayda uygulama yeri bulunmayan TCK'nın 244/2'nci maddesi uyarınca hüküm kurulması, kanuna aykırı olup, sanık müdafii ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321'inci maddesi uyarınca isteme aykırı olarak bozulmasına, 07.07.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi"²¹³.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girilerek gerçekleştirilen suç tiplerinde failin elde etmek istediği amaçla yönelik eylemlerini gerçekleştirebilmek için öncelikle üzerinde eylemlerini gerçekleştireceği bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmektedir. Bu suçlar arasında geçit suçu durumu bulunup bulunmadığına göre hareket edilmelidir. TCK'nın 244'üncü maddesinde düzenlenen "sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu", TCK'nın 245'inci maddesinde düzenlenen "banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu", TCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen "haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu", TCK'nın 133'üncü maddesinde düzenlenen "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu", TCK'nın 134'üncü maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliğini ihlal suçu", TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen "kişisel verilerin kaydedilmesi suçu", TCK'nın 136'nci maddesinde düzenlenen "verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi suçu", TCK'nın 142'nci maddesinde düzenlenen "bilişim sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen hırsızlık suçu", 158'inci maddesinde düzenlenen "bilişim sistemi aracılığıyla dolandırıcılık suçu" örnek olarak verilebilir. Geçit suçu, bir suçun işlenmesi için öncelikle cezası daha hafif olan bir suçun işlenmesi, bu suçtan geçilmesinden gerekmesi halidir. Ancak geçit suçunun söz konusu olabilmesi için işlenen ilk suçun ve sonraki daha ağır

²¹³ Yargıtay, 12. C.D, 7. 07. 2014 tarihli, 2013/28897 esas ve 2014/16663 sayılı kararı (UYAP sisteminden alınmıştır).

suçun aynı hukuksal değeri koruması gerekmektedir. Oysa TCK'nın 243'üncü maddesinde bilişim sisteminin güvenliği korunmakta iken yukarıda bahsetmiş olduğumuz suçlarda TCK'nın 244'üncü maddesi hariç farklı hukuksal değerler korunmaktadır. Dolayısıyla TCK'nın 244'üncü maddesi hariç bu suçlar arasında korunan hukuksal değerlerin farklı olması nedeniyle geçit suçunun bulunması mümkün değildir²¹⁴. Bu sebeplerle ihlal edilen her hukuksal değer açısından eylemler ayrı suç oluşturacak ve gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir; *“Katılanın facebook hesabına giriş için kullandığı elektronik posta adresini, rızası dışında ele geçiren sanık hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkûmiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş, bilişim sistemindeki katlına özel kısma girip, hukuka aykırı olarak sistemde kalmaya devam eden ve katılanın bilişim sistemindeki kendisine ait kısma erişimini engelleyen sanık hakkında, TCK'nın 244/2'nci maddesindeki sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçundan ayrıca mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamıştır”*²¹⁵.

TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen ve bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girmeyi müeyyide altına alan suç türü ile TCK'nın 244'üncü maddesinde düzenlenen suçlar arasındaki ilişkiyi içtima açısından ele almakta fayda vardır.

Doktrinde bir grup yazara göre, TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve orda kalmaya devam etme suçu ile TCK'nın 244/1-2'nci maddesinde düzenlenen suçlar arasındaki ilişki geçitli suç ilişkisi olup, TCK'nın 244/1-2'nci maddesinde düzenlenen suçları işleyebilmek için evvela TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen suçu işlemek gerekecektir. Bu tür bir durumun vuku bulması halinde faile sadece TCK'nın 244'üncü maddesine göre ceza verilecektir²¹⁶. Kanun koyucu açıkça gösterirse de TCK'nın 243'üncü maddesindeki hal TCK'nın 244'üncü maddesindeki fiillerin unsurunu teşkil etmektedir. Bu nedenle geçitli suç hükümleri uygulanarak iki ayrı ceza verilmemelidir. Sadece final suç olan TCK'nın 244'üncü maddesinden ceza verilmelidir²¹⁷.

²¹⁴ Dülger, s. 383.

²¹⁵ Yargıtay, 12. C.D, 15. 09. 2014 tarihli, 2014/649 esas ve 2014/17770 sayılı kararı (UYAP sisteminden alınmıştır).

²¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 4664; Taşdemir, s. 274; Parlar, s. 27-28; Erdoğan, s. 203; Karagülmez, s. 213.

²¹⁷ Yazıcıoğlu, s. 1260; Erdoğan, s. 171.

Diğer bir görüşe göre, TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen "hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme veya sistemde kalma suçu" inceleme konusu suç tipi açısından geçit suçu oluşturmamaktadır. Zira TCK'nın 244'üncü maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarındaki suçların mutlaka TCK'nın 243'üncü maddesindeki eylem gerçekleştirilmek suretiyle işlenmesi gerekmez. Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçunun işlenmesi için, mutlaka sisteme girme ve orada kalmaya devam etme suçunun işlenmesi gerekmektedir. Zira sunucunun ya da bilgisayarın çekiçle tahrip edilmesi ya da sabit diskin hava ya da suyla temas ettirilmesi halinde de bu suç gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla TCK'nın 243'üncü maddesi ile diğer bilişim suçları arasında geçit suçu ilişkisi bulunmamaktadır. Keza aynı durum TCK'nın 244/4'üncü maddesinde düzenlenen suç için de geçerlidir. TCK'nın 243'üncü maddesinde yer alan suç işlenmeden TCK'nın 244/4'üncü maddesinde yer alan suçun işlenmesi mümkün olmadığı için bu suçlar arasında da geçit suçu özelliği bulunmaktadır²¹⁸. "Dolayısıyla failin TCK'nın 244'üncü maddenin 1 ve 2'inci fıkralardaki suçları işlemek için 243'üncü maddesindeki suçu da işlemesi halinde faile her suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir"²¹⁹. Yani sisteme girme suçun unsuru veya zorunlu davranışı değilse, fail hem bilişim sistemine girmeden hem de amaç suçtan ayrıca cezalandırılacaktır²²⁰.

Kanaatimizce fail, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girerek ve orada kalmaya devam ederek TCK'nın 243'üncü maddesindeki suçunu işleyerek, bilişim sisteminin işleyişini engelleyerek, bozarak ya da verileri bozarak, değiştirerek, erişilmez kılarak veya verileri başka bir yere göndererek TCK'nın 244'üncü maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarındaki suçları da işlerse, failin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi nedeniyle TCK'nın 44'üncü maddesi gereğince fikri içtima kuralları gereğince, bu suçlardan yalnızca en ağır cezayı gerektiren TCK'nın 244'üncü maddesindeki suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; *"..saniğin yetkisi olmadığı halde katılan şirkete ait bilişim sistemine girerek orada bulunan verileri alıp, kendi kullandığı bilgisayara ve CD'ye aktarması şeklinde gerçekleşen eylemin bir bütün olarak TCK'nın 244/2'nci maddesi ve fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırılık oluşturmaktadır"*²²¹. Ni-

²¹⁸ Dülger, s. 383-384.

²¹⁹ Dülger, s. 409.

²²⁰ Karakehya, s. 22.

²²¹ Yargıtay, 8. C.D, 14.7.2014 tarihli, 2013/3173 Esas ve 2014/18506 sayılı kararı. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında da şöyle denilmektedir; "Saniğin katılanın şifresini kırmak suretiyle girdiği facebook hesabında katılan tarafından yazılmış intiba uyan-

tekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında şöyle denilmektedir; “*Oluşa ve kabule göre; sanık Kürşat'ın, resmi nikâhlı eşi olması nedeniyle daha önce bildiği katılan Evrim'e ait facebook hesabının şifresini, katılanla aralarındaki boşanma davasının devam ettiği ve fiilen ayrı yaşadıkları dönemde, hakkı bulunmadığı halde kullanmak suretiyle bilişim sistemindeki katılana özel kısma girdiği ve buraya kendisine ait resmi koyacak kadar süreyle hukuka aykırı olarak sistemde kalmaya devam edip, katılana ait facebook hesabının şifresini değiştirerek, katılanın sistemdeki kendisine ait kısma erişimini engellediği olayda, Sanığın sübut bulan eyleminin TCK'nın 244/2'nci maddesinde düzenlenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın bir nedene dayanmayan temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak onanmasına, 19.01.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”²²².*

dıracak biçimde ve katılanı küçük düşürücü ifadeler yazma şeklindeki eyleminin TCK'nın 244/2'nci maddesinde düzenlenen bilişim sistemine veri yerleştirme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, hukuki nitelendirmede hataya düşülmek suretiyle sanığın TCK'nın 243/1'inci maddesi gereğince cezalandırılmasına ve ayrıca bilişim sistemine veri yerleştirme suçundan dolayı suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiş ise de, karşı temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı, Anlaşıldığından sanık Kamil Yüksel'in ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, tebliğnameye kısmen aykırı olarak, temyiz davasının esastan reddiyle hükümlerin onanmasına 28.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” Yargıtay, 4. C.D, 28.4.2014 tarihli, 2013/19106 esas ve 2014/14018 sayılı kararı(UYAP sisteminden alınmıştır).

²²² Yargıtay, 12. C.D, 19.1.2015 tarihli, 2014/18179 esas ve 2015/564 sayılı kararı(UYAP sisteminden alınmıştır). Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında da şöyle denilmektedir; “Dosya kapsamına göre, sanığın, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde, “İrem ..” profili ile katılanla iletişim kurarak, katılanın arkadaşlık listesine dahil olduktan sonra, katılanın facebook hesabına giriş için kullandığı elektronik posta adresini ve şifresini, onun bilgisi ve rızası dışında ele geçirip, başka bir elektronik posta adresiyle değiştirerek, katılanın facebook hesabı üzerinden, katılan tarafından yazılıyormuş algısı doğuracak şekilde, katılanın arkadaşlarına cinsel içerikli mesajlar gönderdiği ve katılanın bilişim sistemindeki kendisine ait kısma erişimini engellediğinin iddia edildiği olayda, Katılanın facebook hesabına giriş için kullandığı elektronik posta adresini, rızası dışında ele geçiren sanık hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkûmiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş, TCK'nın 61/1. maddesinde yer alan ölçütler nazara alınarak, dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar birlikte ve isabetle değerlendirilip, denetime olanak verecek ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, aynı Kanun'un 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükümlenmesi gerekirken, temel cezanın asgari haddenden tayin edilmesi, bilişim sistemindeki katılana özel kısma girip, hukuka aykırı olarak sistemde kalmaya devam eden ve katılanın bilişim sistemindeki kendisine ait kısma erişimini engelleyen

Bu suç zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına elverişlidir. Yani, fail aynı suç işleme kararıyla bir kişiye ait bir bilişim sistemine değişik zamanlarda ancak makul zaman aralıklarıyla birden fazla kez girip orada kalırsa (TCK m.43/1) ya da tek bir eylemle birden fazla bilişim sistemine girip kalırsa (TCK m.43/2) zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Ancak, farklı bilişim sistemlerine farklı fiillerle girilip orada kalmaya devam edilmesi halinde her bir bilişim sistemine girme ayrı bir suç olarak değerlendirilecek ve burada zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır²²³.

Zincirleme suçla ilişkin koşullar gerçekleştiğinde ceza tek suçtan TCK'nın 43'üncü maddesinin uygulanması suretiyle tayin edilecektir. Örneğin; failin kısa zaman aralıklarıyla bu suçu işlemesi gibi. TCK'nın 243'üncü maddesinde belirtildiği üzere fail, bir bilişim sistemine (tamamına ya da bir kısmına) hukuka aykırı olarak girdikten sonra orada kalmaya devam etmelidir. İşte failin bilişim sisteminde kalmasıyla temadi (sürme, sürüp gitme, uzama) gerçekleşmiş olmaktadır. Temadinin bitmesiyle suç tamamlanmış olacaktır²²⁴.

Bir kimsenin kişisel dosyasını arkadaşının bilgisayarında muhafaza ettiği düşünülürse, bu bilgisayara girilerek, söz konusu dosyaya ulaşılması halinde, hem bilgisayarın sahibine hem de veri sahibine karşı suç işlenmiş olur. Bu ihtimalde, diğer koşulları da varsa TCK'nın 43/2'nci maddesi uygulanabilir²²⁵.

V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMAYA İLİŞKİN KURALLAR

1. Görev

Bilişim suçlarında suç yeri kavramı, suçların zaman ve yer kavramlarının değişken ve sınırsız olması nedeniyle, uygulamada soruşturma ve yargılama aşamalarında yetkisizlik kararları verilerek tartışılan, bu nedenlerle de soruşturma ve yargılamaları uzatan bir kavramdır. İnternet ortamında işlenen suçlarda hangi ülke yasalarının uygulanacağı ve uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği ceza hukuku, borçlar hukuku, fikir ve sanat eserleri hukukunda tartışılan konulardan biridir. İnternet, bir ülkenin coğrafyası ve hukuku ile sınırlı olmayıp yeryüzündeki bilgisayarları birbirine bağlamak suretiyle bilgi alış verişini sağlamaktadır. İnternet ulusal sınırları aştığı için milli hukuklar çoğu zaman ye-

sanık hakkında, TCK'nın 244/2. maddesindeki sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçundan ayrıca mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamıştır. Yargıtay, 12. C.D, 15.9.2014 tarihli, 2014/649 esas ve 2014/17770 sayılı kararı(UYAP sisteminden alınmıştır).

²²³ Erdoğan, s. 169.

²²⁴ Taşdemir, s. 260.

²²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 703-704.

tersiz kalmaktadır. Bu nedenle uluslararası bir hukuk yaratılmak zorundadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda internet ortamında işlenen suçlarla suçun işlendiği yerin tespiti hususunda özel bir düzenleme yapılmamış, ancak 8'inci maddesinde hem "suçun işlendiği yer" hem de "sonucun gerçekleştiği yer" esas alınarak genel bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle uluslararası alanda işlenen bilişim suçlarında sorun 8'inci madde gereğince çözümlenmelidir²²⁶. Nitekim Alman ceza hukukunda, hem fiil hem de netice yeri suç yerinin belirlenmesinde esas alınarak karma teori benimsenmiştir²²⁷.

Bilişim sistemine hukuka aykırı erişim suçu açısından suçun işlendiği yerin tespiti konusunda da sorun yaşanabilmektedir. Bilişim sistemine fiziksel temasla girildiyse eylemin yapıldığı yerde suç işlenmiş olacaktır ancak bilişim sistemine ağ üzerinden giriş yapılması halinde suçun failin bilişim sistemine girmek üzere kullandığı aracın bulunduğu yerde mi yoksa fail tarafından girilmek istenen sistemin bulunduğu yerde mi işlenmiş sayılacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde hareket ile netice arasında yer farklılığı bulunması nedeniyle bu suç mesafe suçu olarak nitelendirilmekte ve suçun hem hareketin yapıldığı yerde hem de neticenin gerçekleştiği yerde işlenmiş sayılacağı kabul edilmektedir²²⁸. Mütemedi bir suç tipi olduğundan temadinin sona erdiği yer de yetkili kabul edilmelidir.

Kanaatimizce de cumhuriyet savcılıkları ve mahkemeler arasındaki yetki uyuşmazlıklarının çözümü için yasal bir düzenleme yapılarak, yargının hızlandırılması ve etkinliğinin sağlanması için suç yerinin hem icra hareketlerinin yerine getirildiği yer hem de neticenin meydana geldiği yer olarak belirlenmesi gerekir. Yetki uyuşmazlıklarının çözümünü cumhuriyet savcılıkları arasında CMK'nın 161/son maddesi gereğince ağır ceza mahkemelerine ve mahkemeler arasında yaşanan yetkisizlik kararlarının çözümünü ise Yargıtay'a bırakmak ağır ceza mahkemelerinin ve Yargıtay'ın aynı konulardaki çelişkili kararları nazara alındığında yargıyı yavaşlatmaktan başka bir amaca hizmet etmediği açıktır²²⁹.

Mahkemelerin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10, 11 ve 12'nci maddeleri uyarınca bu suçların yargılanmasında görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir.

²²⁶ Taşdemir, s. 249; Erdoğan, s. 371-372.

²²⁷ Bkz: Erdoğan, s. 377.

²²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 685; Bayındır, s. 64.

²²⁹ Kararlar için bkz: Taşdemir, s. 251

2. Yapıtım

TCK'nın 243'nin maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan bilişim sistemine hukuka aykırı girme ve orada kalmaya devam etme suçunun yaptırımı bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Suçun temel şeklinin gerçekleştirilmesi halinde faile seçenekli bir yaptırım öngörülmüştür. Bu bağlamda fail bir yıla kadar hapis cezasıyla veya adli para cezası ile cezalandırılabilir. Kanunun açık hükmü gereği hâkimin her iki cezaya da aynı anda hükmetmesi mümkün değildir²³⁰.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan daha az cezayı gerektiren hal söz konusu olduğunda faile verilecek ceza yarı oranında indirilecektir. Diğer bir ifadeyle, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin vücut bulması durumunda ise, suçun temel şekli için öngörülen cezanın yarı oranına kadar indirilmesi kabul edilmiştir. Bu yarı oranına kadar indirme seçenek yaptırımları her ikisi bakımından da geçerlidir. Yani faile ister hapis cezası isterse adli para cezası verilmiş olsun, her ikisi de ikinci fıkrada belirtilen halin söz konusu olması durumunda yarı oranına kadar indirilecektir²³¹.

Suçun üçüncü fıkrasında düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan halin gerçekleşmesine bağlı olarak ise, faile verilecek ceza altı aydan iki yıla kadar olarak kabul edilmiştir. Üçüncü fıkrada düzenlenen bu ihtimalin söz konusu olması durumunda failin hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle suçun temel şekli bakımından söz konusu seçenek yaptırımlardan adli para cezası, üçüncü fıkrada öngörülen unsurların gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulmayacaktır²³².

TCK ile tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir; ancak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu da TCK'nın 60'ıncı maddesinin 4'üncü fıkrası gereğince yalnızca yasada bunun açıkça belirtildiği hallerde olabilecektir. TCK'da bilişim alanında suçların düzenlendiği bölümün sonunda yer alan TCK'nın 246'ıncı maddesinde "Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur" düzenlemesi yer aldığı için bu suçun işlenmesinden tüzel kişilerin hukuka aykırı yarar sağlaması

²³⁰ Dülger, s. 384.

²³¹ Karakehya, s. 22.

²³² Ancak failin bir yıldan az hapis cezası alması halinde, bu cezanın seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda mahkeme ilk başta muhakak hapis cezasını belirlemeli, ondan sonra cezayı adli para cezasına çevirmelidir. Adli para cezası 3. fıkradaki nitelikli hal bakımından seçenek yaptırım olarak kabul edilmediğinden mahkemenin doğrudan adli para cezası vermesi mümkün değildir. Karakehya, s. 22.

halinde bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ancak TCK'nın genel hüküm niteliğindeki TCK'nın 20/2'nci ve 60'uncu maddeleri ile bilişim suçları açısından tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirinin düzenlendiği TCK'nın 246'ncı maddesi arasında çelişki bulunmaktadır. TCK'nın 246'ncı maddesinde "Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler" ifadesinden bu suçların kimin tarafından işlendiğinin bir önemi olmaksızın, tüzel kişi yararına menfaat sağlanması halinde bu hükmün uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Oysa TCK'nın 60/1'inci maddesinde, tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin katılımıyla ve tüzel kişiye verilen iznin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına suç işlenmesi halinde bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu çelişki gibi görünen durumun ortaya çıkmasında asıl neden TCK'nın 246'ncı maddesinde "yararına haksız menfaat sağlanan " ifadesinin gereksiz yere ve fazla olarak yer almasıdır. Bu durum TCK'nın 60/1'inci maddesinde de zaten belirtildiği için buna ayrıca TCK'nın 246'ncı maddesinde yer verilmesine gerek yoktur. TCK'nın 246'ncı maddesinin "Bu bölümdeki suçlardan dolayı tüzel kişilere de kendilerine özgü güvenlik tedbirleri uygulanır" denilmesi yeterli olacaktır²³³. Burada kanun koyucunun hukuk tekniği açısından basiretsiz bir yaklaşımına tanık olmaktadır. Çünkü söz konusu hükmün lafzından çıkan anlamla yorum yapıldığı takdirde bahsedilen güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için suç teşkil eden eylemlerin ilgili tüzel kişiye haksız menfaat sağlaması yeterli olacaktır. Bu noktada ilgili suç eylemiyle tüzel kişi arasında uygun bir illiyet bağının kurulması için bu ölçüt yeterli değildir. Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin şerhinde de belirtildiği biçimiyle bu babda bir cezai yükümlük doğması için sağlanması gereken şartlar arasında, suçun, tüzel kişinin yetkili bir yöneticisi yahut çalışanı, vekili tarafından yetkilerinin kullanılması sırasında işlenmesi şartlarının da haksız menfaat şartına eklenmesi hem hukuk tekniği hem uygulamada tutarlılık ve içtihat birliği hem de kanunilik ilkesi ve kusur sorumluluğu ilkesi adına daha isabetli olurdu²³⁴.

3. Zamanaşımı

TCK'nın 243'üncü maddesindeki suçun dava zanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK'nın 66/1-e madde ve fıkrası). Dava zanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde dava zanaşımı süresi,

²³³ Dülger, s. 384-385.

²³⁴ Eker, Ö. Umut, "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları" Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Yorumu, TBB Dergisi, S:62, 2006, s. 131.

TCK'nın 67/4'üncü maddesi ve fıkrası gereğince kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar, yani fiilin işlenmesinden itibaren on iki yıl olacaktır.

Suçun işlendiği sırada fail, on iki yaşını doldurmuş olup da henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zamanlaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK 'nın 66/2'nci maddesi). Mütemedi bir suç tipi olduğundan zamanlaşımı temadinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.

4. Soruşturma Yöntemi

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalma suçunun takibi şikâyete tabi değildir. Cumhuriyet savcısı ihbar veya başka bir suretle suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrendiği anda gerekli araştırma ve delil toplama sürecini tamamlayarak kamu davası açılmasını gerektirir yeterlilikte delil elde ederse iddianame düzenler. Ceza yargılamasında maddi gerçek arandığı için şekli olarak sadece IP kullanıcısının tespiti ile açılan davalarda eksik soruşturma bulunmaktadır²³⁵. Bilişim sistemine girme işlemlerini gerçekleştiren IP işlemcisi kullanıcısının tespit edilip, fiille ve faille irtibatının değerlendirilmesi, IP kullanıcısının suç tarihinden öncesinde ve sonrasında kullandığı cep telefonu hatlarının tespiti ile faille görüşme yapıp yapmadığının araştırılması gerekir. Ayrıca modem hattının kablolu olup olmadığının araştırılıp, kablosuz olması halinde hattın güvenliği için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı, internet bağlantısına dışarıdan girilip girilemeyeceği, IP numarasının değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı, bilgisayara veya cep telefonuna virüs gönderilerek bilgilerinin alınıp alınmadığı, internet erişimlerine servis sağlayıcısının aynı

²³⁵ Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir;” Sanıklardan Mustafa Ö...’in kullanımında olan bilgisayarın, modem ve dosyanın bütünüyle bilişim suçlarından anlayan tercihen bilgisayar mühendisi bir bilirkişiye tevdi edilerek adı geçen sanığın bilgisayarına bağlı modemin türünün tespit edilmesi, modem hattının kablosuz olması durumunda hattın güvenliği için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı, sanığın internet bağlantısına dışarıdan girilip girilemeyeceği, IP numarasının değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı, sanığın bilgisayarına virüs gönderilerek bilgilerinin alınıp alınmadığı, internet erişimlerine servis sağlayıcısının aynı bilgisayar için her seferinde farklı bir numara belirlemesi gerekirken, aynı IP numarasının farklı bilgisayarlara verilebilmesinin mümkün olup olmadığı hususları ile modem ve bilgisayarın “bilgisayar inceleme raporu” çıkartılarak suç tarihine kadar yapılan işlemler ve elektronik izlerin tespit edilmesi hususlarında rapor düzenletirilmesi, sonucuna göre tüm deliller çerçevesinde sanığın hukuksal durumunun değerlendirilmesi gerekirken, yeterli ve yerinde olmayan eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi,bozmayı gerektirmiştir” Yargıtay 13.C. D, 26.02.2015 tarihli, 2014/15995 esas ve 2015/3124 sayılı kararı.(UYAP isimli Hâkim ve Cumhuriyet savcılarında Yargıtay kararlarına ulaşma imkânı sağlayan siteden alınmıştır).

bilgisayar için her seferinde farklı bir numara belirlemesi gerekirken, aynı IP numarasının farklı bilgisayarlara verilebilmesinin mümkün olup olmadığı hususları ile modem ve bilgisayarlarla ilgili olarak uzman bilirkişiler tarafından hazırlanacak inceleme raporu çıkartılarak suç tarihine kadar yapılan işlemler ve elektronik izlerin tespit edilmesi gerekmektedir. Her olayın somut özelliklerine göre soruşturma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir;” *Sincan Cumhuriyet Başsavcılığının 03.01.2011 tarihli iddianamesiyle, sanık hakkında katılan adına internette facebook hesabı açıp resim yüklediğinin iddia olunması karşısında; sanığın eyleminin sabit görülmesi halinde sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu kapsamında değil, TCK'nın 136/1'inci maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak sanığın, evinde internet sistemini kablosuz olarak kullandığı, ilk sıralarda internete girdiğinde oluşturduğu bir şifresinin olmadığı, bu nedenle kablosuz erişim olanağı dikkate alındığında belli bir mesafede herhangi bir kimsenin de kendisine ait internet sistemi üzerinden internete erişim olanağının var olduğunu öğrendiği, bu kişilerden herhangi birisinin muhtemelen yaptığı, kendisinin kesinlikle böyle bir şey yapmadığı, müşteriye hiç tanımadığı, interneti kendisi dışında kullanan olmadığı, suçlamayı bu nedenle kabul etmediği, sonradan şifre kullanmaya başladığı, 2 aydır şifre ile internete girdiği yönündeki savunması ile bilişim uzmanı bilirkişi raporunda, facebook şirketinin merkezinin ABD de bulunduğu, Türkiye’de temsilciliği bulunmadığı, bu yüzden söz konusu adrese ait log kayıtlarının tespit edilebilmesinin mümkün olmadığı, sanığın kablosuz modemle internet erişimi sağladığı, şifresiz kullandığını beyan ettiği, bu nedenle yaklaşık 200 metre çevresinde bulunan herhangi birisinin eylemi gerçekleştirmiş olabileceği, sanığa ait bilgisayar hard diskinde yapılan incelemede dava konusu olay ile ilgili herhangi bir bulguya ulaşamadığının belirtilmesi karşısında, sanığa atılı suç sabit olmadığından beraatına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir”²³⁶.*

Gelişen ve değişen teknoloji nedeniyle araştırma ve soruşturma görevlerinin nitelik ve niceliklerinin artırılması gerekmekte olup, delil toplama tekniklerinin teknolojiye uygun olarak geliştirilmesi ve delillerin titizlikle araştırılması şarttır²³⁷. Aksi takdirde bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve

²³⁶ Yargıtay 12.C. D, 16.06.2014 tarihli, 2013/28893 esas ve 2014/14700 sayılı kararı.(UYAP isimli Hâkim ve Cumhuriyet savcılarında Yargıtay kararlarına ulaşma imkânı sağlayan siteden alınmıştır).

²³⁷ Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir;” Sanık hakkında

sistemde kalma suçu etkin bir şekilde soruşturulamayacak ve failler cezasız kalacaktır. Faillerin delilleri karartma kolaylığı göz önünde tutulduğunda delillerin ivedi olarak tespit edilmesi açısından belirtilen suça ilişkin delillerin nasıl elde edileceğinin yasal düzenlemeler yapılarak sistematik olarak ortaya konulması gerekmektedir.

SONUÇ

Bilişim suçlarının zaman veya mekân sınırlaması olmaksızın kolay ve hızlı işlenmesi, bilişim suçlarından korunmaya yönelik önleyici tedbirlerin bulunmaması, bilişim teknolojilerini kullananların bilişim suçlarının failleri veya mağdurları olabilecekleri konusunda farkındalıklarının olmaması nedeniyle bilişim suçları klasik suçlara nazaran hızla artış göstermektedir. Bilişim suçlarında faillerinin ve suç delillerinin ortaya çıkarılmasında yaşanan güçlükler, sosyal ve ekonomik alanda ortaya çıkan tehlikelerin ve zararların fazlalığı, bu alanlarda ortaya çıkabilecek ekonomik, sosyal, siyasal ve kişisel ihtiyaçlara cevap verebilecek hukuki boşluk yaratılmasına engel olacak yasal düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bilişim suçlarında zaman ve yer kavramı değişkenlik arz etmektedir. Bilişim

Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 05/12/2012 tarihli iddianamesi ile; katılanla sanığın internet ortamında tanışarak bir süre arkadaşlık yaptıkları, sanığın kendisiyle arkadaşlık yaptığı sırada evli olduğunu öğrenen katılanın, sanıkla arkadaşlığını bitirdiği, daha sonra katılanın rızası bulunmaksızın, sanığın katılana ait msn hot mail hesabına girerek, bu hesapta katılana ait resimleri ele geçirdiği, bilahare bu resimleri katılanın akrabası olan tanık Mehmet'e gönderdiğinin iddia edildiği; bu eylemlerden sonra Kale Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 03/04/2012 tarihli iddianamesi ile; sanığın, katılana ait facebook isimli sosyal şifresini ele geçirerek, bu hesabı kendi adına kullandığı ve bu hesaptan uygunsuz sitelere girdiğinin iddia edildiği olay da; Sanık hakkında Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yapılan soruşturma sonucunda sanığa ait bilgisayardan temin edilen imaj kaydının bulunduğu, yargılama sırasında bu imaj kaydının kaybolduğunun bildirilmesi nedeniyle bilirkişi incelemesi yapılmadığı belirtilmiş ise de; karardan sonra 28/06/2013 tarihli tutanak ile bahse konu imaj kaydının bulunduğu tespit edilmesi göz önünde bulundurulduğunda, imaj kaydı üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, sanığın katılana ait hotmail ve facebook hesabına hangi tarihler arasında kaç kez girdiği, katılana ait fotoğrafların bulunup bulunmadığı hususunda yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile, dailmotion isimli internet sitesinde katılanın fotoğraflarının video görüntülerinin bulunduğu takdirde temin edilerek, tüm fotoğrafların katılana gösterilerek katılana ait olup olmadığı hususunda beyanı alındıktan sonra, alınacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması, kanuna aykırı olup, sanığın ve mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca, hükmün isteme aykırı olarak bozulmasına, 06/04/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi". Yargıtay 12.C. D, 6.04.2015 tarihli, 2014/23220 esas ve 2015/5842 sayılı kararı.(UYAP isimli Hâkim ve Cumhuriyet savcılarına Yargıtay kararlarına ulaşma imkânı sağlayan siteden alınmıştır).

suçlarının yurt dışındaki veri ağları üzerinden veya ülke içerisinde ancak sahte kimliklerle açılmış hesaplarla yapılması faillele mücadelele zorlaştırmaktadır. Bu nedenle ulusal ya da uluslar üstü bilişim soruşturmaları için demokratik hukuk devletinin gereklerine uygun bir şekilde uluslar arası işbirliğini sağlayacak kanuni düzenlemelerin ve antlaşmaların yapılması gerekmektedir.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalmaya devam etme suçu ile mücadele ederken klasik soruşturma yöntemlerinin dışına çıkılması şarttır. Çünkü bilişim cihazlarının nitelikleri ve bilişim ağlarının yapısı söz konusu suçların soruşturulmasında ve delil toplanmasında büyük güçlükler ortaya çıkarmaktadır. Hukuka uygun yöntemlerle elde edilecek delillere nasıl ulaşılacağı ve bu delillerin neyi temsil ettiği standardize edilerek geliştirilmesi ve sistematik hale getirilmesi gereklidir. Ceza muhakemesi alanında kaynak veri iletişiminin denetimi, telekomünikasyon ile soruşturma organlarının işbirliği, veri teslim etme yükümlülüğü ve şifre çözmeye yönelik yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

İnternet servis sağlayıcılarının bilişim ağı hizmetlerini etkin, hızlı ve sağlıklı bir şekilde vermesi bilişim suçları ile mücadelede önemli bir gerekliliktir. İnternet servis sağlayıcılarının hem ulusal hem de uluslararası düzeyde hukuki sorumluluklarının yasal düzenlemelerle belirlenmesi şarttır.

Bilişim suçlarında delil niteliği taşıyan veriler çoğunlukla bilgisayar, cep telefonu ve internet gibi ortamlarda tutulan sesli, yazılı ve görsel kayıtlardır. Bu kayıtların delil niteliği teşkil edebilmesi için sağlam ve değiştirilemez bir yapıya sahip olması gerekmektedir. Ancak bilişim cihazlarının kullanıcıları tarafından belirlenen yöntemlerle kaydedilen bilgiler yine bilişim cihazlarının kullanıcıları tarafından değiştirilebilme ihtimali taşımaktadır. Böyle olunca hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş sağlam bir delil olmaktan çıkmaktadır. Bilişim suçlarında, dijital delillerin hukuki durumunun net bir şekilde belirlenmesi için dijital delil kavramının tanımlanması ve yapısı gereği ivedilikle tespitinin yapılması gerektiğinden bu konuda yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Faillele hukuka aykırı olarak online hizmetlere, alışveriş sitelerine ve elektronik posta hesaplarına girmeleri halinde delillerin hangi sistematik içinde aşama aşama nasıl toplanacağına ilişkin uygulamaya ışık tutacak nitelikte ayrıntı ve derinlik içeren soruşturma tekniklerinin ortaya konulması şarttır.

Hâkim, cumhuriyet savcısı ve adli kolluk görevlileri araştırma ve soruşturma yöntemini tam olarak bilmedikleri bilişim suçlarına ilişkin yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda, hukuk ihlallerine sebebiyet verdikleri gibi, haksız yere suçlanan kişilerin ceza mahkûmiyeti almalarına ve gerçek suçluların da cezasız

kalmalarına neden olmaktadır. Bu hukuk ihlallerinin önüne geçilebilmesi için, bilişim suçlarını soruşturan ve yargılayan makamların bilişim alanında hangi kavramın neyi temsil ettiği veya hangi delilin hangi amaçla araştırılması gerektiğini bilecek yeterli düzeyde teknik bilgiye sahip olması gerekmektedir. Bu amaçla bilişim suçlarını yargılayan özel mahkemelerin ve bilişim suçlarını soruşturan cumhuriyet savcılarını için de özel büroların kurulması gereklidir. Özel bir mahkeme veya büro kurup, bu konuda bilgi sahibi hâkim ve savcılarının görev yapmasını sağlamanın yanında ayrıca bilişim sistemleri konusunda eğitilmiş, özel olarak görevlendirilmiş, teknik bilgiye sahip ve hukuka uygun her türlü soruşturma taktik ve tekniklerini bilen adli kolluk görevlilerinin, Cumhuriyet savcılarının koordinesinde adli bilişim ve iletişim uzmanları ile birlikte hareket edebilecekleri soruşturma yöntemi yasallaştırılmalıdır. Soruşturmalar bizzat Cumhuriyet savcılarını ve onların denetimi altındaki özel adli kolluk görevlileri ve adli bilirkişiler tarafından yapılmalıdır.

Dijital delillerin tespiti ve değerlendirilmesini sağlamak amacıyla adli kolluk görevlilerinin, adli bilirkişilerin, cumhuriyet savcılarının ve ceza hâkimlerinin eğitilmesi ve bilgilendirilmesi sürekli hale getirebilecek, bilişim ve teknoloji alanındaki gelişmeleri takip edebilecek, bilişim ve iletişim alanında uzmanlaşmış özel organize birimlerinin ivedilikle kurulması gerekmektedir.

Bilişim suçlarıyla mücadelede son teknolojinin en iyi şekilde kullanılması, bilişim teknolojisini kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının, özel şirketlerin, özel ve kamu bankalarının önleyici tedbirleri almalarının sağlanması ve personellerinin bilişim suçlarıyla ilgili eğitime tabi tutularak farkındalık oluşturulması, bilişim teknolojileri kullanıcılarının ve toplumun bilişim suçlarının işleme şekilleri ile ilgili olarak bilişim suçlarının mağduru olmaktan korumaya yönelik bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

Bilişim suçlarının önlenmesi ve suçluların cezalandırılması açısından ceza hukukunun ölçülülük ilkesine uygun olarak faillerin kusurlarına ve işledikleri suçların ağırlığına uygun cezaların yasalarda yer alması gerekmektedir. TCK'nın 243'üncü maddesindeki suçların cezaları bu suçlarla korunmak istenen hukuki yararları hizmet etmekten uzaktır. Özellikle uygulamada cezaların genellikle asgari haddenden verildiği göz önünde tutulduğunda TCK'nın 49'uncu maddesi gereğince asgari 1 ay olarak belirlenen cezanın ve seçimlik ceza olan adli para cezasının artırılması gerekmektedir. Ayrıca bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalma suçunun faillerinin kamu görevlileri, bilgisayar tamircileri, teknik servis görevlileri, telekomünikasyon görevlileri ya da internet servis sağlayıcı görevlileri gibi sisteme girmeyi kolayca sağlayan kişilerce

görevlerinin ya da mesleklerinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi hali ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmelidir.

Bilişim teknolojileri ve internetin kullanılması suretiyle kişilere veya topluma zarar veren veya tehlike oluşturan eylemlerin suç olarak belirlenmesi ve cezasız kalmaması açısından ortaya çıkan hukuki sorunların çözülebilmesi için yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Bu yasal düzenlemeler, teknolojik gelişmelerin ve uluslar arası yasal düzenlemelerin gerisinde olmamalıdır. Bilişim teknolojileri ve internetin, mekân ve zaman tanımaz oluşu, bilişim teknolojileri ve internet ile suçların hızlı ve kolay işlenebilme özelliği nedeniyle, ulusal hukuk sistemleri çerçevesinde öngörülecek düzenlemelerin, zamanla yetersiz kalmaması için teknolojik gelişmeler ve siber âlem konularının iyi bir şekilde takip edilerek bilişim ceza hukuku politikası oluşturulmalıdır. Çünkü bilişim ceza hukukuna ilişkin hukuki ve teknik düzenleme gereksinimleri hızla ortaya çıkmakta ve değişmektedir. Verilerin ve delillerin güvenlik altına alınması için seri yargılama usulü getirilmelidir.

Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve orada kalmayı kanun açıkça aradığına göre suçun unsurlarının tamamlanmış sayılması için failin bilişim sistemine girmesi ve orada kalması suçun kanuniliği açısından şarttır. Bilişim sistemine yetkisiz erişim, bilişim sistemi ve veri güvenliği için tehdit veya zarara sebebiyet verebileceği için bilişim sistemi ve veri güvenliğinin korunma ihtiyacı bulunmaktadır. Eşyanın doğası gereği failin bilişim sistemine bir amaç için girmesi gerekmekte olup failin bilişim sistemine girme amacı için kalacağı süre ne kadar az olursa olsun korunan hukuki menfaatler ihlal edilmiş olduğundan suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalma suçunun taksirle işlenen halinin de ceza kanununda suç olarak düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Çünkü eylemin taksirle işlenmiş olması halinde de korunan hukuki yararlar büyük zararlar verilmekte olup, bireylere başkalarının bilişim sistemine her ne şekilde olursa olsun hukuka aykırı olarak girmemeleri yönünde objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü içeren cezai bir sorumluluk yüklenmelidir.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak “girme” ve “sistemde kalmaya devam etme” fiilleri Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’ndeki gibi seçimlik hale getirilerek suçun maddi unsurlarının yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca madde başlığının da bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya sistemde kalma olarak değiştirilmesini önermekteyiz. Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalmaya devam etme fiillerinin örgüt

faaliyetleri çerçevesinde örgütün sağladığı araç gereç ve eleman sayısının fazlalığının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi hali ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmelidir.

Cumhuriyet savcılıkları ve mahkemeler arasındaki bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve sistemde kalma suçları ile ilgili yetki uyumsuzluklarının çözümü için yasal bir düzenleme yapılarak, yargının hızlandırılması ve etkinliğinin sağlanması için suç yerinin hem icra hareketlerinin yerine getirildiği yer hem de neticenin meydana geldiği yer olarak belirlenmesi gerekir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, “Bilişim Suçları”, SÜHFD, Milenyum Armağanı, Sayı 1-2, C: 8, Konya 2000.

Akıncı, Hatice/**Alıç**, A. Emre/**Er**, Cüneyd, “Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları”, İnternet ve Hukuk, Der: Yeşim M. Atamer, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004.

Akıncı, Füsün, Sokullu, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi”, İÜHFM, C:LIX, S:1-2, İstanbul 2001.

Akyazan, Ahmet Emrah; “5237 Sayılı TCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ankara Barosu Dergisi, S:1, 2006.

Alşahin, Mehmet Emin; “Ceza Hukukunda Zamanaşımı”, (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2010.

Apaydin, Cengiz, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir Ve Bilinçli Taksir Kavramları, İstanbul 2009.

Artuk, Mehmet, E/**Gökçen**, Ahmet /**Yenidünya**, A, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C:5, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Avşar, B. Zakir/Öngören, Gürsel, “Bilişim Hukuku”, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, İstanbul 2010.

Aydın, Devrim, “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006.

Aydın, Devrim, “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, (Danışman: Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008

Bayındır, Aslı, “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Bilişim Suçları”, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, İstanbul 2010, S:2.

Çakıcı, M, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Y:9, S:24, Nisan 2014.

Centel, Nur/**Zafer**, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005.

Çeken, Hüseyin, “ABD’de internet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğunun Hukuki Esası” (Çevrimiçi) <http://www.jura.uni-b.de/turkish/HCeken1.html>.

Değirmenci, Olgun, “2004 Türk Ceza Kanununun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 58, 2005.

Doğan, Aydın, Emin, “Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş”, Doruk Yayınları, Ankara, 1992.

Doğan, Koray, “Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi Y:2, S:6-7, Ekim 2005.

Dülger, Murat Volkan, “Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku”, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Eker, Ö. Umut, “Türk Ceza Hukuku’nda Bilişim Suçları” Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Yorumu, TBB Dergisi, S:62, 2006.

Erem, Faruk , “Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu”, İBD, İstanbul, C.LXIX, S.10 - 11 - 12, 1993.

Erdoğan, Yavuz, “Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları”, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

Ergün, İsmail, “Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum”, Ankara 2008, Adalet Yayınevi.

Ersoy, Yüksel, “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi,C:49, S:3-4, Ankara 1994.

Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007.

Gözüşirin, Mesih, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Suçları ve Bilişim Suçları ile Mücadeleye İlişkin Model Önerisi”, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Olgun Değirmenci), Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, 2011.

İçel, Kayıhan, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana ilkeleri”, İÜHFM, İstanbul, C.LIX S.1 - 2, İstanbul 2001, s.3.

Karagülmez, Ali, “Bilişim Suçları ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri”, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Karakehya, Hakan, Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Sistemine Girme Suçu, TBB Dergisi, S:81, 2009.

Katoğlu, T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

Keskin, İbrahim, “Bilişim Suçları”, Adalet Dergisi, Eylül 2007, S:29.

Ketizmen, Muammer, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları”, (Danışman: Prof. Dr. Metin Feyzioğlu), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Koca, Mahmut/**Üzülmez**, İbrahim, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, EÜHFD, C:XI, S:1-2, Erzincan 2007.

Koca, Mahmut/**Üzülmez**, İbrahim, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Kurt, Levent, “Açıklamalı ve İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Öngören, Gürsel, İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, Yayın no:1, İstanbul 2006.

Özbek, Veli Özer, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, DEÜHFD, İzmir, C.4, S.1, 2002.

Özbek, V, Ö/**Kanbur**, M,N /**Doğan**, K /**Bacaksız**, P /**Tepe**, İ, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Özen, Mustafa, “Suçların İçtimar”, (Danışman: Doç. Dr. Muharrem Özen), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2008.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), ATGV Yayını, 3. Bası, Ankara 2006.

Parlar, Ali, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları”, Bilge Yayınları, Ankara, 2011.

Parlar, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007.

Palli, Hayati, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları”, (Danışman: Doç. Dr. Yavuz Kaplan) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Roxin, Claus: "Yasağa İlişkin Yanılma" (çev. Osman İsfen), Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Şen, Bilal, T.C. İçişleri Bakanlığı, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, <http://www.kom.gov.tr> 10 <http://www.bilgisayarpolisi.com/index.php?sayfa=makaleler&kategori=3>.

Tanılır, Mehmet Niyazi, "İnternet Suçları ve Bireysel Mahremiyet", Ankara, Liberte Yayınları.

Taşdemir, Kubilay, "Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları", Cantekin Matbaacılık, Ankara 2009.

Taşkın, Şaban Cankat, "Karşılaştırılmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları", (Danışman: Doç. Dr. Ayşe Nuhoglu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Taşkın, Koray, "Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y:2, S:6-7, Ekim 2005.

Tepe, İlker, "Modern Ceza Hukuku Anlayışında İnternet Suçluluğu ve Türk Ceza Hukukundaki Yansımaları" (Danışman: Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Turkkahraman, Mimar/Çalışkan, Aydın, "Reel Dünyadan Sanal Dünya'ya Yolculuk Mekânları Olarak Bilişim Suçları Kapsamında İnternet Kafeler", 14-15 Mayıs 2005 Polis Bilişim Sempozyumu, Emniyet Genel Müdürlüğü Yayını, Katalog No:395.

Tulum, İsmail, "Bilişim Suçları ile Mücadele", (Danışman: Doç. Dr. Faruk Turhan), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2006.

Ünver, Yener, "Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının internet Açısından Değerlendirilmesi", İÜHFİM, İstanbul, C.LIX S.1 -2, 2001.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Yaycı, Esra, "Bilişim Suçları", (Danışman: Prof. Dr. İzzet Özgenç) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Master Tezi, 2007.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Bilgisayar Ağları ile ilgili Suçlar Konusunda Türk Ceza Kanunu 2000 Tasarısı", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Hackerler Ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK. Md. 243)”Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara 2008, C: II.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Bilgisayar Suçları Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle”, Alfa Basım, İstanbul 1997.

Yazıcıoğlu, Yılmaz“Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi”, YÜHFD, C:II, S:2, İstanbul 2005.

Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, “Bilgisayar Suçları”, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997.

Yenidünya, Caner/ **Değirmenci**, Olgun, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları”, Legal Yayınevi, İstanbul 2003.

Yenisey, Feridun, “İnternet Suçlarının Yeni İşleniş Biçimleri”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002.

Yılmaz,Sacit, “5237 Sayılı TCK’nın 244’üncü Maddesinde Düzenlenen Bilişim Alanındaki Suçlar” ,Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, 2011.

Yıldız, M, Emre, “İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay’ın 17. 11. 2009 tarih ve 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı:14.

VERGİ HUKUKU KAPSAMINDA ANONİM ŞİRKETLERİN TÜZEL KİŞİ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN KANUNİ TEMSİLCİ SIFATIYLA SORUMLULUĞU

*Liability of Legal Entity Members of the Board of Directors
of Joint Stock Companies in Their Capacity as Legal Representative of the
Company Within the Context of Tax Law*

Dr. İlhami ÖZTÜRK*

ÖZET

Anonim şirketlerin mükellef veya vergi sorumlusu olarak yüklendiği vergisel ödevler, kural olarak anonim şirketlerin kanuni temsilcisi sıfatıyla yönetim kurulları tarafından yerine getirilir. Bu ödevlerin yönetim kurulları tarafından şirket adına yerine getirilmemesi yüzünden anonim şirket malvarlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar kanuni ödevleri yerine getirmeyen şirket yönetim kurulu üyelerinin malvarlıklarından tahsil edilir. Bu çalışmada, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine gerçek kişiler yanı sıra seçilmeleri mümkün olan tüzel kişilerin, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35'inci maddesinde yer alan hükümler çerçevesinde şirket malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacakları nedeniyle taşıdıkları sorumluluk incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Tüzel Kişi, Yönetim Kurulu Üyesi, Kanuni Temsilci, Kanuni Temsilcinin Sorumluluğu.

ABSTRACT

In principle, the tax duties of joint stock companies as taxable entities or taxpayers are carried out by their board of directors in their capacity as legal representative of the company. Taxes which could not be collected, whether partially or fully, from the assets of the company due to the lack of fulfillment of these duties by the board of directors on behalf of the company and the related debts are collected from the personal assets of the members of the board of directors having omitted to fulfill the legal responsibilities. Within the context of duplicate article no: 35 of Law no: 213 relating to Collection Procedure of Public Receivables and of article 10 of Tax Procedure Law no: 213, this study analyses, the liability with regards to public receivables of legal entities which are allowed to be appointed as member of board of directors of joint stock companies along with natural persons by the entry into force of Turkish Commercial Code no: 6102.

* Hacettepe Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Öğretim Görevlisi, Sermaye Piyasası Kurulu (E) Üyesi; ozturkilhami@hotmail.com

Keywords: Joint Stock Company, Legal Entity, Member of Board of Directors, Legal Representative, Liability of Legal Representative.



Giriş

Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen amme alacaklarıyla ilgili olarak mevzuatımızda iki ayrı sorumluluk hükmü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 10'uncu maddesinde, ikincisi ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) mükerrer 35'inci maddesinde yer almaktadır.

Kanunla belirlenen şartlar gerçekleştiğinde yönetim kurulu üyelerinin, şirket malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarından dolayı alacaklı kamu idarelerine karşı kanuni temsilci sıfatıyla sorumlulukları söz konusudur.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile tüzel kişilerin bizzat kendisinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilmelerine imkan tanınmıştır. Bu değişiklik ile artık bir temsilciye gerek olmaksızın tüzel kişiler de yönetim kurulu üyesi olarak görev yapabileceklerdir. TTK ile getirilen bu değişiklik uyarınca anonim şirketlerin malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacakları için kanuni temsilci sıfatıyla tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

1. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyesinin Kanuni Temsilci Sıfatıyla Kamu Alacaklarından Sorumluluğu

Tüzel kişi, gerçek kişilerin dışında, hukuk düzeni tarafından kişi sıfatı tanınmış olan varlıkları ifade eder.¹ Toplu halde yaşama, bazı sürekli amaçlara hizmeti de bir ihtiyaç olarak ortaya çıkarmıştır. İnsanın tek başına kişi olarak hukukî durumu, sınırlı ömrü ve keza sınırlı imkanları, söz konusu amaçlara ulaşmayı mümkün kılmamıştır. Bu sebeptendir ki, insanın dışında ikinci bir kişiliğe ihtiyaç duyulmuş ve tarih içinde geçirilen aşamalardan sonra bugünkü anlamda tüzel kişilik kurumu doğmuştur.² Tüzel kişiler hukuku alanında sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus) geçerlidir. Kanun tarafından öngörülmedikçe, kişi veya mal topluluklarının tüzel kişilik kazanması mümkün değildir.³ Türk

¹ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, C.2, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 209.

² ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2000, s. 3.

³ DURAL / ÖĞÜZ, s. 212.

Medeni Kanunu'nun "Tüzel kişilik" başlıklı 47'nci maddesinde başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal topluluklarının, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanacağı, 55'inci maddesinde de ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümlerinin saklı tutulduğu hüküm altına alınmıştır. TTK'nın 124'üncü maddesinde ticaret şirketleri arasında sayılan anonim şirketler aynı Kanun'un 125'inci maddesi uyarınca tüzel kişiliği haizdir.

Tüzel kişi statüsündeki anonim şirketler, yönetim kurulları tarafından temsil edilir ve yönetilir.⁴ Kanuni temsilci niteliğindeki yönetim kurulu üyelerinin oldukça geniş sorumlulukları⁵ söz konusudur. Bunlar arasında vergilendirmeye ilişkin sorumluluklar da vardır.

Vergi ödevlerinin mükelleflerin kendileri tarafından yerine getirilmesi esas olmakla birlikte, bazı mükellefler açısından bu her zaman mümkün değildir.⁶ Tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilmektedir.⁷ Bu sebeple, vergi ve diğer kamu alacaklarının korunması amacıyla kanuni temsilcilere özel hukuk kapsamındaki borçlar bakımından söz konusu olmayan ve kanun ile ihdas edilen bir takım sorumluluklar yüklenmiştir. Özel hukuk bakımından, şirketin yönetimi ve temsili ile yetkilendirilen kişilerin, şirket ile ilgili görevlerini yerine getirmesi sırasında işlediği haksız fiillerden tüzel kişilik sorumludur. Özel hukuk, kusursuz sorumluluk kapsamında tüzel kişiliği sorumlu tutarken, kamu hukuku vergi ve diğer kamu alacaklarının güvence altına alınması amacıyla özel hukuktan farklı olarak tüzel kişilik yanında kanuni temsilciyi de sorumlu tutmaktadır.⁸ Temsilci, başkasının nam ve hesabına eylemlerde bulunarak,

⁴ KARAHAN, Sami (Edit), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s.389.

⁵ Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 45-163; HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 50-106; AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 99-196.

⁶ ÖZYER, Mehmet Ali, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 4. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Ankara, 2008, s. 50.

⁷ DİLİÇİKİK, Ata, Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrasında Ödenmeyen Amme Alacaklarından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu, Vergi Dünyası, Sayı: 407, Temmuz 2015, s. 36; UYSAL, Ali / EROĞLU, Nurettin, Açıklamalı ve Örnekli Vergi Usul Kanunu, 4. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 82; ÖNCEL, Muallâ / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 74; BİLİCİ, Nurettin, Vergi Hukuku, Cilt:1, 33. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 43.

⁸ AYYILDIRIM, Kadir / DEMİRLİ, Yunus / AYYILDIZ, Yaşar, Tüzel Kişilerde Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları, Sayı:

temsil ettiği kişiyi hak sahibi veya borçlu kılabilen kişidir. Temsilci, temsil yetkisini bir kanun hükmünden almış ise kanuni temsil söz konusudur. Bu tür yetkiye sahip olan kişiye de kanuni temsilci denilir.⁹ Anonim şirketlerde, şirket mal varlığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarından sorumluluk kapsamında kanuni temsilci yönetim kuruludur. Ancak, sözleşmeye hüküm konulmak kaydıyla anonim şirkette kanuni temsilcilik görevi, yönetim kurulu başkanına veya herhangi bir yönetim kurulu üyesine de bırakılabilir.¹⁰

Bir tüzel kişi olan anonim şirketlerin mal varlığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarından kanuni temsilci sıfatıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesini sağlayan iki ayrı kanun düzenlemesi bulunmaktadır. Bunlardan birisi VUK'un "*Kanuni Temsilcilerin Ödevleri*" başlıklı 10'uncu maddesinde¹¹ diğeri de AATUHK'nın "*Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu*" başlıklı mükerrer 35'inci maddesinde¹² yer almaktadır.

Her iki madde kapsamında kanuni temsilciye yüklenen sorumluluk tüm mal varlığı ile düzenlendiğinden bir sınırsız sorumluluk halidir.¹³ Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; kamu alacağının güvence altına alınması amacıyla, kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi şartıyla sadece asıl borçlu

408, Ağustos 2015, s.77-78.

⁹ ÇELİK, Binnur, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2002, s. 104; ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ekin, Bursa, 2014, s. 81, 98-101.

¹⁰ PEHLİVAN, Osman, Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Murathan Yayınevi, Trabzon, 2012, s. 55.

¹¹ "*Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır. Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz.*"

¹² "*Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Bu madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki mümessilleri hakkında da uygulanır. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz. Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler.*"

¹³ AYYILDIRIM/DEMİRLİ/AYYILDIZ, s.83.

mükellef veya sorumlu hakkında değil, bunların kanuni temsilcileri ve ortakları hakkında da takip işlemlerinin uygulanmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu hükümler uyarınca anonim şirketlerin mal varlığından tamamen veya kısmen alınamayan kamu alacakları, kanuni temsilci sıfatıyla şirket yönetim kurulu üyelerinin varlıklarından alınabilecektir. İlk bakışta aynı konuda yapılmış iki ayrı düzenleme gibi gözükmeyle birlikte, kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen her iki hüküm içerikleri itibarıyla farklılıklar taşımaktadır. Kamu alacağının türü uygulanacak olan hükmün tespitinde en temel kriter olarak kendini göstermektedir.

2. Kamu Alacağının Türüne Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğunun Dayanağı Olan Hükmün Tespiti

Şirket mal varlığından tahsil edilemeyen kamu alacağının türü yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun dayanağı kanun hükmünün tespiti açısından önem arz etmektedir. Kamu alacağı VUK kapsamındaki vergi ve vergiye bağlı alacaklardan kaynaklanıyor ise VUK'un 10'uncu maddesine istinaden kanuni temsilci sıfatıyla yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Vergi dışında kalan bir kamu alacağı ya da gümrük vergisi gibi VUK'a tabi olmayan bir vergi söz konusu ise bu kez yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesine dayandırılacaktır.

VUK'un 10'uncu maddesinde öngörülen sorumluluk, vergi alacakları ile vergiye bağlı alacakları ve vergi cezalarını kapsamaktadır. Ancak bu madde kapsamında öngörülen vergi alacağı sorumluluğu her türlü vergiyi değil VUK kapsamına giren¹⁴ vergi, resim ve harçlar ile bunlarla aynı nitelikteki zamlar (gecikme faizi, gecikme zammı ve cezalar) ve kanunlarında bu maddeye göndermede bulunulan diğer alacakları içermektedir. VUK'a tabi olmayan vergi ve benzeri mali yükümler için bu maddeye istinaden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna başvurulamaz. Ayrıca, VUK'un 333'üncü maddesi uyarınca tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin vergi sorumluluğu hakkında VUK'nun 10'uncu maddesi hükmü, vergi cezaları hakkında da uygulanabilecektir.¹⁵

¹⁴ VUK'un 1'inci maddesinde, bu kanun hükümlerinin gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler dışında genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca; gelir vergisi, kurumlar vergisi, katma değer vergisi, özel tüketim vergisi, motorlu taşıtlar vergisi, emlak vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, ilân ve reklâm vergisi, eğlence vergisi, haberleşme vergisi, elektrik ve havagazi tüketim vergisi, yangın sigorta vergisi, çevre temizlik vergisi, harcamalara katılma payları ile harçlar VUK'un 10'uncu maddesi kapsamındadır.

¹⁵ Ancak velayet veya vesayet altında bulunanlar ile işlerinin idaresi bir kayıma tevdi

AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesinin gerekçesinde¹⁶bu maddenin VUK kapsamına girmeyen fiyat farkı, kur farkı, haksız yere alınan ihracatta vergi iadesi, kaynak kullanımı destekleme primi gibi bazı amme alacaklarının tüzel kişiliğin mal varlığından tahsil imkânı bulunmadığı durumlarda geçerli olacağı hususu belirtilmiştir. Kanun gerekçesi ve yerleşik yargı kararları¹⁷ uyarınca şirket mal varlığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarından VUK kapsamında olan vergiler için VUK'un 10'uncu maddesi, VUK kapsamına girmeyenler için

edilmiş olanların kendilerine izafeten veli, vasi veya kayyımın vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden dolayı cezaya muhatap tutulmayacakları, bu hallerde cezanın muhatabının veli, vasi veya kayyım olduğu VUK'un 332'nci maddesinde belirtilmiştir.

¹⁶ “VUK'un 10'uncu maddesiyle, tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri ile yabancı şahıs ve kurumların Türkiye'deki temsilcileri tarafından yerine getirileceği, yukarıda yazılı olanların bu ödevlerini yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevleri yerine getiremeyenlerin varlıklarından alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümden hareketle, tüzel kişiliğin varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların tüzel kişiliğin kanuni temsilcilerinden 6183 sayılı Kanunun cebri takibe ilişkin hükümlerine göre takip ve tahsilî cihetine gidilmektedir. Öte yandan, VUK kapsamına girmeyen fiyat farkı, kur farkı, haksız yere alınan ihracatta vergi iadesi, kaynak kullanımı destekleme primi gibi bazı amme alacaklarının tüzel kişiliğin mal varlığından tahsil imkânı bulunmadığında da kanuni temsilciler hakkında takibata geçilmiş ancak Danıştay'ca verilen muhtelif kararlarla VUK kapsamına girmeyen alacakların takibinde mezkûr maddenin tatbik imkânı bulunmadığı yönünde görüş birliğine varılmıştır. VUK kapsamına girmeyen bu tür alacakların takibinde genel hükümlere başvurulması uzun zaman alacağı gibi bu hükümlerin uygulanması idareye pratik bir fayda da sağlamayacaktır. Bu itibarla, amme borçlusunun mal varlığından alınamayan bu tür alacakların kanuni temsilcilerinin, teşekkülü idare edenlerin veya yabancı şahıs veya kurum mümessillerinin mal varlığından 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsilini temin etmek ve VUK kapsamına giren vergi ve buna bağlı alacaklarda sorumlu olan bu şahısların diğer amme alacaklarının ödenmesinden de sorumlu olmalarını sağlamak amacıyla 6183 sayılı Kanuna mükerrer 35'inci madde eklenmiştir.”

¹⁷ “Vergi Usul Kanunu kapsamına giren vergi ve buna bağlı alacakların ödenmesinden Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesi uyarınca sorumlu olan kanuni temsilcilerin, diğer amme alacaklarının ödenmesinden de 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35'inci maddesi uyarınca sorumlu olacakları sonucuna varılmaktadır. 6183 sayılı Kanunun tüm amme alacaklarının tahsil usulünü düzenlemiş olması karşısında, bu kanunun mükerrer 35'inci maddesinin vergi ve buna bağlı alacaklar için de uygulanabileceği düşünülebilir ise de, Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının vergi ve buna bağlı alacaklarla ilgili özel hükmü karşısında, vergi ve buna bağlı alacaklarda mükerrer 35'inci maddenin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Nitekim maddenin gerekçesinde Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesine yapılan gönderme ile, mükerrer 35'inci maddenin “diğer amme alacakları” için getirildiği belirtilerek, ayrı ve paralel bir düzenlemeye gidildiği de açıklanmaktadır. Bu durumda, vergi ve buna bağlı alacaklarda kanuni temsilcilerin takibi için uygulanacak maddenin, özel hüküm olan Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesi olduğu, 6183 sayılı Kanunun 35'inci maddesinin ise ancak diğer amme alacakları için uygulanabilecek hüküm olduğu kuşkusuzdur.” Danıştay 7. Daire, 21.12.1998, E. 1997/5295, K.1998/4660.

AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesi hükümlerine dayanılarak anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna başvurulabilecektir.

AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Danıştay'ın genel yaklaşımı bu istikamettir.¹⁸

AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesine 5766 sayılı Kanun ile son fıkra olarak eklenen, *213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümlerin, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı* yönündeki düzenleme dolayısıyla "vergi" alacaklarının takibinin de mükerrer 35'inci madde kapsamında yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Böylece, VUK'da kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen 10'uncu madde ile AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesinin aynı anda tatbik edilebilmesi mümkün olmuştur.¹⁹ Bu durum,²⁰ aynı maddi olaya iki ayrı yasal düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluşturmuş, Anayasa Mahkemesi anılan düzenlemeyi belirlilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.²¹ İptal kararı sonrasında ortaya

¹⁸ Danıştay 3. Daire, 3.5.2012, E.2011/1494, K.2012/1571; Danıştay 4. Daire, 4.11.1997, E.1997/1869, K.1997/3971; Danıştay 3. Daire, 12.10.1999, E.1999/275, K.1999/3287; CANDAN, Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 178-186; ÖZBALCI, Yılmaz, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 370; YILMAZ, Kazım, Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa Açıklama Yorum Yargı Kararları ve Vergi Alacakları Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2006, s. 465-466. Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımını eleştiren görüş için bkz. SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, Beta, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s. 112.

¹⁹ 5766 sayılı Kanun öncesinde de içerikleri farklı olmasına rağmen uygulamada zaman zaman tahsil daireleri tarafından 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35'inci maddesi hükmünün VUK 10'uncu maddesi kapsamında da kullanıldığı görülmüştür.

²⁰ Vergi idaresi, 5766 sayılı Kanun ile 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35'inci maddesine eklenen 6'ncı fıkra ile getirilen değişiklik sonrasında, Seri:A Sıra No:2 Tahsilat Genel Tebliği ile VUK'un 10'uncu maddesinde, *kanuni temsilcilerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin düzenlenmiş olması, VUK kapsamındaki amme alacaklarının takibinin 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35'inci maddesine göre yapılmasına engel teşkil etmeyeceği, dolayısıyla VUK kapsamına giren amme alacakları dahil olmak üzere tüm amme alacakları için mükerrer 35'inci madde uyarınca takip yapılmasının mümkün olduğu* yönünde görüş belirtmiştir. Ancak, Danıştay söz konusu fıkra yürürlüğe girdikten sonra da vermiş olduğu birçok kararda vergi ve buna bağlı alacaklar için VUK'un 10'uncu maddesinde öngörülen şartlar oluşmadıkça kanuni temsilcilerin takip edilemeyeceği görüşünü benimsemiştir (Danıştay 7. Daire, 12.5.2014, E.2011/7412, K.2014/2572; Danıştay 3. Daire, 3.10.2013, E.2011/991, K.2013/3859; Danıştay 9. Daire, 24.5.2012, E.2009/588, K.2012/3021).

²¹ "İtiraz konusu kuralda, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı öngörülmektedir... Hukuk devletinde kanunlarla kişilerin ekonomik, sosyal ve hukuki yaşam alanlarına yöneltilen müdahaleler öngörülemeli ve geleceğe dönük planlar buna göre yapılabilir. Belirlilik ilkesi, vergi ve diğer kamu alacakları açısından miktar, tarh ve tahsil zamanı ile biçimi gibi vergi ve diğer alacakların esaslı unsurlarının önceden belli ve kesin olmasını gerektirir...213

çıkan hukuki sonuç daha önceden olduğu gibi VUK kapsamındaki vergiler için VUK'un 10'uncu maddesi, diğer amme alacakları için AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesinin uygulanması yönündedir.

Öte yandan, kanuni temsilciler adına düzenlenen ödeme emirlerinde VUK'un 10'uncu ve AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddelerinin her ikisinin de aynı anda işleme dayanak gösterilmesi, Danıştay tarafından savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesine olanak tanımadığı gerekçesiyle kabul edilebilir bulunmamıştır.²²

3. Yönetim Kurulu Üyesinin Kamu Alacağından Sorumlu Tutulmasının Şartları

3.1. Yönetim Kurulu Üyesinin Kusurlu Olması

VUK'un 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında, tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin yerine getirilmesi konusunda bunların kanuni temsilcileri görevlendirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında kanuni temsilcilere yüklenen sorumluluk, birinci fıkrada kanuni temsilcilere yüklenilmiş olan vergisel ödevlerin yerine getirilme görevinin, yerine getirilmemiş olmasından kaynaklanan bir sorumluluktur. İkinci fıkra metninde bu husus, *"yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden"* ibaresiyle ifade edilmektedir. Buna karşılık, AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesinde öngörülen sorumluluğun doğması için kanuni temsilcilere yüklenmiş olan böyle bir görevin yerine getirilmemiş olması şart değildir. Bu madde kapsamındaki sorumluluk bizzat kanuni temsilcilik sıfatından²³ kaynaklanmaktadır.

sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin düzenlenmiş olması, bu Kanun kapsamındaki amme alacaklarının takibinin itiraz konusu kurala göre yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla itiraz konusu kural nedeniyle, 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacakları da dâhil olmak üzere tüm amme alacakları için takip yapılması mümkündür. Bu durumda her iki kanunun aynı maddi olaya uygulanabilmesi nedeniyle, iki ayrı kanuni düzenleme hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluşmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır. İptali gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2015 tarih ve 29315 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.3.2015 tarih ve E.1914/144, K.1995/29 sayılı kararı).

²² Danıştay 7. Daire, 22.03.2007, E.2007/885, K.2007/1449.

²³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 26'ncı maddesinde 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35'inci maddesinin, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun veya Fon personelinin kayyım sıfatı ile atandığı şirketlerde Fon ve Fon personeli aleyhine, bu Kanun ve mülga Bankalar Kanunu kapsamında banka ve şirketlerde Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından görevlendirilen kişiler aleyhine uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Müstakar yargı kararlarında kanuni temsilcinin sorumluluğu kusura dayalı bir sorumluluk olarak kabul edilirken,²⁴ doktrinde sorumluluk için kusurun şart olmadığı görüşü²⁵ de ileri sürülmüştür. VUK'un 10'uncu maddesinin 3505 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle değişiklik yapılmadan önceki ilk halinde²⁶ yer alan *"kasıt ve ihmalleriyle yerine getirmemeleri yüzünden"* ibaresinden, sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olduğu açıkça anlaşılmalıdır.

3505 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle yapılan değişiklikten sonra bu ibarenin madde metninden çıkarılmış olmasından hareketle, yasa koyucunun buradaki sorumluluğu kusur sorumluluğu olmaktan çıkarma yönünde bir iradesinden bahsedilebilir. Ancak yine de, kanun metninde yapılan değişiklikten sonra *"getirmemeleri"* ibaresinin korunması dikkat çekicidir. Mevzuatımızda *"getirmeme"* sözcüğü yanı sıra *"getirilmeme"* ve *"getirememe"* sözcükleri de kullanılmıştır. Kanundaki getirmeme sözcüğü lâfzî olarak yorumlandığında, açıkça yerine getirmeme yönünde bir irade ile hareket edildiği gibi bir anlam yani kusur sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Getirilmeme ve getirememe sözcüklerinde ise kusuru da kapsayan geniş bir sorumluluk hali, diğer bir ifade ile kusursuz sorumluluk hali düzenlenmektedir. Kasıt ve ihmalleri ibaresinin madde metninden çıkarılmasının ardından maddenin yeni halinde *"Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri"* ibaresinden kusurlu sorumluluk halinin devam ettiği söylenilebilir. Çünkü sorumluluğun doğması kanuni temsilcinin ödevlerini yerine getirmemesine bağlıdır. Kanuni temsilcinin ödevlerini yerine getirmemesi hali ise bir kusur sonucu ortaya çıkacak bir durumdur.²⁷ VUK'un 10'uncu maddesiyle getirilen sorumluluğun, esas itibarıyla bir "kusur

²⁴ *"Vergi Usul Kanununun olay tarihinde yürürlükte bulunan 10'uncu maddesi uyarınca yasal temsilcilerin şirket borçlarından sorumlu tutulabilmeleri için vergi alacağının şirket varlığından kısmen veya tamamen alınamaması ve vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinde yasal temsilcilerin kasıt veya ihmalinin bulunması gerekmektedir. ... yasal temsilcilerin şirket borçlarından sorumlu tutulabilmesi için vergiye ilişkin ödevlerin kasten veya ihmal sonucu yerine getirilmemiş olması yeterlidir. ... Bu gibi durumlarda vergi borcunun süresinde ve tam olarak ödenmemesinde kusurları olmadığını, başka bir anlatımla borcun ödenmemesinde kendi istemlerinin etkili olmadığını ya da özensizlik bulunmadığını kanıtlama yükü yasal temsilcilere düşmektedir."* Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 31.03.1995, E.1994/239, K.1995/117.

²⁵ KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 89-90; KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 220.

²⁶ *"Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi alacakları kanuni ödevleri yerine getirmiyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır."*

²⁷ ÖZTÜRK, İlhami / YİĞİT, Uğur, 5766 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrasında 6183 Sayılı Kanunun Mük. 35. Maddesinin Vergi ve Buna Bağlı Alacakların Tahsilinde Uygulanabilirliği (I), Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Sayı:70, Ekim 2009, ss.15-23, s. 22.

sorumluluğu” olduğu,²⁸ Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında yer alan, “213 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinde, kanuni temsilciler için kabul edilen sorumluluk, kusura dayalı sorumluluktur. Buradaki kusur, vergilendirmeye dair ödevlerin ihlal edilmesidir.” ifadesi ile de vurgulanmıştır.²⁹

AATUHK’nın mükerrer 35’inci maddesinde öngörülen sorumlulukta ise, kanuni temsilcilere yüklenen bir görevin yerine getirilip getirilmediğine bakılmaksızın kanuni temsilcilik sıfatının taşıyıyor olması yeterli kabul edilmekte ve bu haliyle esasen “kusursuz sorumluluk” ilkesinin benimsenmiş olduğu görülmektedir.³⁰ Dolayısıyla, AATUHK’nın mükerrer 35’inci maddesinde öngörülen sorumluluğun, VUK’un 10’uncu maddesinde öngörülen sorumluluğa, kıyasla daha geniş tutulduğu ve sadece kamu alacağının asıl borçlunun mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması bulunması koşulunun gerçekleşmesinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Kanuni temsilcinin kusuru olmadığını kanıtlayarak söz konusu sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

3.2. Kamu Alacağının Mükellefi ya da Sorumlusu Anonim Şirketten Tahsil Edilememiş Olması

VUK’un 10’uncu maddesi ve AATUHK’nın 35’inci maddesi uyarınca yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun doğması için kamu alacağının anonim şirketin mal varlığından tamamen veya kısmen alınamaması gerekir. Bu koşulun gerçekleşmemesi durumunda her iki madde kapsamında kanuni temsilci sı-

²⁸ ÖZBALCI, Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş Yayıncılık, 2010, s. 139; AYYILDIRIM/DEMİRLİ/AYYILDIZ, s. 82; GEZER, Güngör, Anayasa Mahkemesi’nce Verilen İptal Kararının Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna Etkisi, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:320, Mayıs 2015, ss.126-129, s.128; AKIN, Serdar, Anayasa Mahkemesi’nin Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna Yönelik Sınırlama Kararı ve Yapılması Gereken Yasal Düzenlemelere İlişkin Öneriler, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 321, Haziran 2015, ss.153-161, s.160; COŞKUN, Mahmut, Açılmalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2. Baskı, Seçkin, 2013, s. 336-337.

²⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 3.4.2015 tarih ve 29315 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 19.3.2015 tarih ve E.1914/144, K.1995/29 sayılı kararı. Anılan kararın dayanağı itiraz başvurusunu yapan Danıştay 4. Dairesi de yaptığı itiraz başvurusunda VUK’un 10’uncu maddesinde düzenlenen sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu, bu sorumluluğun kanuni temsilciye düşen ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle doğduğu, buna karşılık 6183 sayılı Kanun’un mükerrer 35’inci maddesindeki sorumluluğun ise kanuni temsilcilere yüklenen bir görevin yerine getirilip getirilmediğine bakılmaksızın kanuni temsilcilik sıfatının taşıyıyor olmasından kaynaklanana kusursuz sorumluluk hali olduğunu belirtmiştir.

³⁰ ÖNER, Erdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 79; DİLİÇİKİK, s. 38; ÜREL, Gürol, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 97.

fatıyla yönetim kurulu üyesi nezdinde cebren takip işlemlerinin başlatılması mümkün değildir. Kanuni temsilci adına ödeme emri düzenlenebilmesi için asıl borçlu şirket hakkında gerekli takibatın yapılması gerekir.³¹

Bu noktada belirtmek gerekir ki, alacaklı tahsil dairesi kanuni temsilci veya temsil edileni takip etmek hususunda seçimlik hakka sahip değildir. Öncelikle, asıl borçlu olan temsil edilenin takip edilmesi zorunludur. Bu sebeple kanuni temsilcileri, asıl borçlu yerine sorumlu tutulan ikinci derecede (fer'i) vergi borçlusu olarak nitelendirmek mümkündür.³²

Kanuni temsilci, şirketten tahsil imkanı kalmayan ve kesinleşmiş amme alacağından dolayı sorumlu tutulabilecek, şirket adına kesinleşen vergiler nedeniyle AATUHK uyarınca tesis edilecek işlemlerle takip mümkün olabilecektir. Buna karşılık, şirket adına tahakkuk ettirilmesi gereken verginin, kanuni temsilci adına tahakkuk ettirilmesine olanak yoktur.³³

³¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 13.12.2002, E. 2002/395, K.2002/491; Danıştay 3. Daire, 17.11.2014, E.2011/4348, K.2014/5223. Davacının kanuni temsilcisi olduğu asıl borçlu şirket hakkında Elektronik Vergi Dairesi Otomasyonu sisteminde yapılan mal varlığı araştırması sonucu şirketin borcuna yetecek miktarda malvarlığı bulunmadığı, bankalar ve merkezi kayıt kuruluşu nezdinde yapılan sorgulamada da herhangi bir varlığın bulunmadığının tespit edildiği, yapılan araştırmalara ilişkin sorgulama sonuçlarının dosyaya sunulduğu, şirketin borcunu ödeyebilecek durumda olmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla kesinleşen ve şirketten tahsil imkanı kalmayan borcun tahsili için dava konusu dönemde kanuni temsilci olması nedeniyle sorumlu olan davacı adına ödeme emri düzenlenmesinde yasaya aykırılık bulunmadığından aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir (Danıştay 4. Daire, 2.4.2013, E.2010/8700, K.2013/1722). Bir tüzel kişinin kanuni temsilcisinin sorumlu tutularak VUK'un 10'uncu maddesi uyarınca takip edilebilmesi için, kamu alacağının sorumlu sıfatıyla kendisinden tahsil edileceğinin kanuni temsilciye duyurulmasından önce borcun tüzel kişiye usulüne uygun biçimde tebliğ edilmesi, uyumsuzluk yaratılmak suretiyle ya da uyumsuzluk yaratılmaksızın kesinleşmiş bulunmasına rağmen vadesinde ödenmemiş olması, bu nedenle tüzel kişinin 6183 sayılı Yasa'nın 54, 55 ve müteakip maddeleri uyarınca takip edilmesi ve bütün bunlara rağmen kamu alacağının tüzel kişinin mal varlığından tamamen ya da kısmen tahsil edilememiş olması gerekir (Danıştay 3. Daire, 3.5.2012, E.2010/1535, K.2012/1607).

³² NARTER, Recep, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Mükerrer 35'inci Maddesinde Yer Alan Bazı Fıkraların Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Üzerine Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme, Vergi Dünyası, Sayı: 410, Ekim 2015, ss.120-130, s. 123.

³³ Danıştay 7. Daire, 11.9.2014, E.2010/3698, K.2014/3904. "Amme alacağının Vergi Usul Kanunu'nun 10 uncu maddesi uyarınca kanuni temsilcilerden takibi yoluna gidilebilmesi için, vergi borçlusu hakkında tüm takip yollarının tüketilmesi, borçlunun, borcu karşılayabilecek düzeyde haczi kabil malı bulunmaması veya bulunan malların satış bedelinin borcu karşılamaması sebebiyle borçlunun aciz halinde olması ve bu durumla birlikte bakiye borç miktarının bir aciz fişinde gösterilmesi gerekmektedir. Kanuni temsilcilerin takibi, ancak tüm bu safhalardan sonra mümkündür." (Danıştay 4. Daire, E.1995/2409, K.1995/4296).

3.3. Yönetim Kurulu Üyesinin Temsile Yetkili Olması

TTK hükümlerine göre anonim şirketlerde kanuni temsilci, yönetim kurulu olmakla birlikte, yetki paylaşımı olması halinde imza ve temsil yetkisi bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin şirket borçlarından dolayı VUK'un 10'uncu maddesi uyarınca sorumlu tutulması hukuken mümkün değildir. Yönetim kurulu üyesi seçilmiş olan ancak şirketi temsil ve ilzam yetkisinin yönetim kurulu başkanına verilmiş olması nedeniyle temsil yetkisi bulunmayan kişinin kanuni temsilci olarak nitelendirilmesine ve sorumlu tutulmasına olanak yoktur.³⁴ Bu madde uyarınca yönetim kurulu üyelerinin kanuni temsilci sıfatıyla takip edilebilmeleri için sadece yönetim kurulu üyesi olmaları yeterli bulunmamakta, aynı zamanda bu kişilerin görevde buldukları sırada tüzel kişiliği fiilen temsil yetkisine ve tüzel kişiliğe ait vergi borcunu da ödeme iktidarına sahip olmaları, ayrıca vergi borcunun ödenmemesi fiili ile bunların tutumu arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.³⁵ Anonim şirket yönetim kurulu üyesinin, kanuni temsilci sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için vergi borcunun kendi yönetim dönemiyle ilgili olması gereklidir.³⁶

Anonim şirketlerde yönetim kurulu esas sözleşmeyle atanmış olabileceği gibi genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden de oluşabilir (TTK, md.359/1). Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanundaki istisnai hükümler saklıdır (TTK, md.365). Yönetim, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilebilir. Yönetim devredilmediği takdirde yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir (TTK, md.367). Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır (TTK, md.370/2).

Yönetim hakkının kullanılması tamamen ortaklığın iç ilişkisini ilgilendirdiği için kanun yöneticilerin yönetim hakkını diledikleri şekilde taksim etmelerine olanak vermiştir. Taksim sonucunda belirli işler bir üyeye verilebileceği gibi, bir gruba da verilebilir. Meselâ teknik işler bir üyeye veya gruba, ticari işler diğer bir üyeye veya gruba bırakılabilir. Ana sözleşmenin verdiği yetkiye dayanarak yönetim hakkı, üyeler arasında taksim edilmişse, her üye veya grup, kendi görevli olduğu kısımdan sorumlu olur. Örneğin teknik işlerle görevli üye, tica-

³⁴ Danıştay 4. Daire, 27.01.2011, E.2011/5126, K.2013/1958.

³⁵ Danıştay 4. Daire, 22.11.2000, E. 1999/4600, K.2000/3832.

³⁶ KARAKOÇ, s. 220.

ri işler sebebiyle ortaklığa verilen zarardan kural olarak sorumlu tutulamaz. Yine bunun gibi ihracat konusu bir üyeye bırakılmışsa, bu alanda doğan tüm sorumluluk görevli ve yetkili üyeye aittir. Öte yandan, anonim ortaklıklarda yönetim hakkının tümü veya bir kısmı, yönetim kurulu üyesi olan “murahhas üyelere” veya ortak dahi olması gerekli olmayan “murahhas müdürlere” tevdi olunabilir. Murahhaslar kendilerine bırakılan alandaki yönetim haklarının bağımsız hamili oldukları için görev alanındaki işlerden doğan sorumluluk da kural olarak kendilerine aittir.³⁷ Benzer şekilde kamu alacaklarının tahakkuku ve ödenmesine ilişkin olarak ancak yetkili olan yönetim kurulu üyelerinin VUK’un 10’uncu ve AATUHK’nın mükerrer 35’inci maddesi kapsamında sorumlu tutulabilecekleri, yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin³⁸ ise kural olarak sorumlu tutulamayacakları açıktır.

Nitekim, 390 Seri No’lu Tahsilat Genel Tebliği’nde de, kamu alacağının anonim şirket şeklinde örgütlenmiş tüzel kişiliğin mal varlığından kısmen veya tamamen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması halinde tüzel kişiliğin kanuni temsilcisi konumundaki yönetim kurulu üyelerinin şahsi malvarlıklarından takip ve tahsili cihetine gidilmeden önce, şirket esas sözleşmesinin tetkik olunması, temsil salâhiyetinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan murahhas bir veya bir kaç üyeye veya şirkette pay sahibi olmayan müdürlere bırakılmış olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği, yapılacak tespit sonucunda, şirketi temsil salâhiyetinin murahhas üye veya üyeler ile şirkette pay sahibi olamayan müdürlere bırakıldığının anlaşılması halinde kamu alacağının bunlardan takip ve tahsiline gidilmesi, bu durumda diğer yönetim kurulu üyeleri hakkında işlem yapılmamasının icap edeceği, şirket esas sözleşmesinde bu şekilde bir görevlendirmeye ilişkin herhangi bir kayıt bulunmaması halinde, yönetimde bulunan tüm üyelerin müşterek ve müteselsil sorumlulukları dikkate alınarak AATUHK’nın mükerrer 35’inci maddesi uyarınca işlem yapılacağı belirtilmiştir.

Her ne kadar yönetim kurulu organ olarak şirketin yasal temsilcisi ise de, sorumluluk konusunda tüm üyeleri kayıtsız şartsız sorumlu tutmak olanaklı değildir. Sorumluluk, vergisel yükümlülüğü yerine getirmek yetkisine sahip olduğu halde bu ödevi zamanında ve gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerine ait olmalıdır. Bu üyeler icra gücüne, diğer bir anlatımla tem-

³⁷ ÇAMOĞLU, s. 192-196.

³⁸ Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar (TTK, md.553/2).

sil yetkisine sahip olan üyelerdir. Bu nedenle temsilci sıfatını taşımayan yani kendisine sözleşme veya bir kararla temsil ve imza yetkisi verilmemiş olan yönetim kurulu üyeleri sorumluluk kapsamı dışındadır. Hukuka uygun olarak atanan murahhas üyelerin de kanuni temsilci sıfatını taşıdıkları ve sorumluluğun muhatabı oldukları kuşkusuzdur.³⁹ Devir sonucu yönetim ve temsil yetkisi kalmayan yönetim kurulu üyesinin kanuni temsilci sıfatı da kalmayacağından, sorumlu tutulması olanaklı değildir.⁴⁰

3. 4. Yönetim Kurulu Üyesinin Görev Dönemine İlişkin Bir Kamu Alacağı Olması

VUK'un 10'uncu maddesinde öngörülen sorumluluk, kanuni temsilcilik sıfatının devamı süresince söz konusudur. Kanuni temsilcinin sorumluluğu, bu sıfatın kazanıldığı tarih ile yitirildiği tarih arasında kalan vergilendirme dönemlerini kapsar. Bu tarihlerden önceki ve sonraki vergilendirme dönemlerine ait olup yerine getirilmeyen vergi ödevlerinden dolayı, kanuni temsilcinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Temsilcilik sıfatının kazanıldığı ve yitirildiği tarihler kanuni temsilcinin sorumluluğunun zaman bakımından sınırını oluşturmaktadır.⁴¹ Danıştay, dönemi ve vadesi kanuni temsilcilik sıfatının sona erdiği tarihten sonraya rastlayan ve ödenmeyen vergi borçlarının tahsili amacıyla kanuni temsilci sıfatıyla davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka uygunluk bulunmadığını,⁴² davacının kanuni temsilci olmadığı dönemlere rastlayan amme alacağından sorumlu tutulmayacağını karara bağlamıştır.⁴³ Anonim şirket yönetim kurulu üyesinin kanuni temsilci olarak sorumlu tutulabilmesi

³⁹ ÇAMOĞLU, s. 273-274.

⁴⁰ CANDAN, Turgut, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s. 38.

⁴¹ Yönetim kurulu üyesi olarak seçilen ve bu durumu tescil ve ilan edilen kişinin herhangi bir sebeple kanuni temsilcilik sıfatının sona ermesi halinde bu hususun tescil edilip, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilinceye kadar üçüncü şahıslar nezdinde hukuki sonuç doğurmayacağı, ancak yönetim kurulu üyesi seçilme ve sona erme durumları sicilde tescil ve ilan edilmeyen kişinin ancak bu görevinin sona erdiğinin bilinmesi halinde tescil ve ilan gerekli olmaksızın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği ve davalı vergi dairesinin de yasa da belirtilen üçüncü kişilerden sayılacağı anlaşılmaktadır. Her ne kadar davacının yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi ticaret sicilinde tescil ve ilan edilmese de, yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmış olduğu üçüncü kişi konumunda olan davalı vergi dairesi bilgisine giren davacının kanuni temsilcilik sıfatının sona erdiği anlaşıldığından, söz konusu tarihten sonraki dönemlere ilişkin vergi borcunun tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerini iptal eden vergi mahkemesi kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun görülmüştür (Danıştay 3. Daire, 8.11.2012, E.2010/2335, K.2012/3569).

⁴² Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 27.04.2007, E. 2007/1, K.2007/147.

⁴³ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.05.2006, E. 2006/9, K.2006/119.

için borcun ilişkin olduğu vergilendirme döneminde bu sıfatı taşıması gerekmektedir.⁴⁴ Ödeme emri ile takip edilen kamu alacakları hangi vergilendirme döneminde tahakkuk etmiş ise, şirket hakkında kanuni takip yolları tüketilmek koşuluyla bunların ödenmemesinden de yine aynı dönemde kanuni temsilci olan kişiler sorumlu olacaktır.⁴⁵ Burada, kanuni temsilci sıfatıyla yönetim kurulu üyeleri nezdinde yasal takibin *zamanaşımı süresi* içinde başlatılması gerektiğini⁴⁶ de belirtmekte yarar vardır.

AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesine 5766 sayılı Kanun ile eklenen; *"Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur."*⁴⁷ ile amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda görev yapan kanuni temsilciler sadece kendi görev dönemleri ile değil bu dönemleri aşacak mahiyette müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Yapılan bu değişiklik, vergi alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahısların, vergi alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacağı öngörülmektedir. Ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁴⁸ Bu ip-

⁴⁴ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 11.12.2013, E.2013/161, K.2013/755.

⁴⁵ Danıştay 4. Daire, 20.11.2012, E.2010/9503, K.2012/6854. Vergi incelemesi daha sonraki bir dönemde yapılmış olsa dahi sorumluluk, incelemenin yapıldığı değil verginin ait olduğu döneme ilişkin olacağından, matrah farkının daha sonraki bir dönemde tespit edilmesi bu sorumluluğu ortadan kaldıracak hukuki bir neden olarak düşünülemez. Vergi incelemesi sonucunda yükümlü şirkete ait matrah farkının bulunmuş olması, diğer bir anlatımla eksik beyanda bulunulduğunun veya mal ve hizmet teslimi sonucu katma değer vergisi tahsil edildiği halde vergi dairesine ödenmediğinin tespiti, yükümlü şirketin vergi ile ilgili ödevlerinin eksiksiz olarak yerine getirilmediğini gösterir ki, bu da kanuni temsilcilerin şirkete ait vergisel yükümlülükleri kasten veya ihmal sonucu yerine getirmedikleri anlamını taşır. Ödeme emri ile istenilen amme alacağının davacının yönetim kurulu üyesi olduğu döneme ilişkin bulunduğu, şirket hakkında yapılan yasal takiplerin sonuçsuz kalması ve dolayısıyla amme alacağının şirketin tüzel kişiliğinden tahsil olanağının kalmadığının anlaşılması üzerine davacı adına söz konusu ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının sorumluluğu yönetim kurulu üyesi olduğu dönemlere ilişkin ve dava konusu amme alacağının da bu döneme ait olduğu tartışmasız olduğundan, vergi borcunun daha sonraki tarihlerde yapılan vergi incelemesi ile bulunduğu ve davacıya atfedilecek kusurun bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emrini iptal eden vergi mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir (Danıştay 11. Daire, 26.01.1999, E. 1997/2550, K.1999/224).

⁴⁶ AYYILDIRIM/DEMİRLİ/AYYILDIZ, s.83.

⁴⁷ 5766 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle 06.06.2008 tarihinden geçerli olmak üzere eklenmiş, 6.6.2008 tarih ve 26898 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁸ "Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir. Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz

tal kararı sonrasında amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olması halinde, amme alacağının doğduğu dönemde vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilciler, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen amme alacağının ödenmemesi fiilinden müteselsilen sorumlu tutulamayacaklardır. Dolayısıyla kanuni temsilcilik sıfatının sona ermesinden sonra ödenmesi gereken amme alacaklarından kanuni temsilcilik sıfatı sona eren kanuni temsilcilerin sorumlu tutulmaları mümkün olmayacaktır. Ancak hem amme alacağının doğduğu hem de ödenmesi gerektiği dönemde kanuni temsilcilik sıfatının olması durumunda ödenmeyen amme borçlarından sorumluluk devam edecektir.⁴⁹ Bir başka ifade ile iptal kararı sonrasında kanuni temsilcilerin sorumluluğunun zaman bakımından kapsamı temsilcilik dönemiyle sınırlandırılmıştır.⁵⁰ Öte yandan, AATUHK'ya 5766 sayılı Kanun ile eklenen ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükümlere ilişkin olarak 5766 sayılı yasanın geçici 1'inci maddesinde yer alan; *bu kanunla 6183 sayılı kanunda yapılan değişiklikler ve eklenen hükümler, hükümlerin yürürlüğe girdiği 6.6.2008 tarihi itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanacağı* hükmü de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁵¹ Böylece, 5766

önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Adalet ve hakkaniyet ilkeleri karşısında, bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2015 tarih ve 29315 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.3.2015 tarih ve E.1914/144, K.1995/29 sayılı kararı).

⁴⁹ DİLİÇİKİK, s.41.

⁵⁰ NARTER, s. 129.

⁵¹ “5766 sayılı Kanunla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da genel olarak şirket ortakları ve kanuni temsilcilerin, kamu borcu nedeni ile sorumluluklarını arttıran, genişleten ve müteselsil sorumluluk esasını getiren düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un geçici 1'inci maddesi ile Kanunla getirilen hükümlerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanması öngörülmüştür... İtiraz konusu geçici 1'inci maddeyle 5766 sayılı Kanun'la 6183 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve eklenen hükümlerin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte henüz tahsil edilmemiş, ancak daha önceki bir dönemde doğmuş ve ödenmesi gereken hale gelmiş kamu alacaklarına da uygulanması öngörülmek suretiyle Kanun hükümleri geriye yürütülmüş olmaktadır. Buna göre, amme alacağının sorumluluğunun tespitinde alacağı doğuran olayın gerçekleştiği zaman değil, Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla borcun halen tahsil edilmemiş olması esas alınmıştır... Kanunun değişmeden önceki hükümlerine göre şirket ortağı olan veya hisse devri yolu ile ortaklığı bırakan şahıslar ile kanuni temsilcilerin faaliyetlerini ve konularını

sayılı Kanun ile AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesine eklenen hükümlerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden önce bu hükümlerin geçmişe yönelik uygulanmalarına imkan tanıyan hüküm iptal edilmiştir.

4. Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu

6102 sayılı TTK'nın 359'uncu maddesi ile 6762 sayılı TTK'dan (m.312/II) farklı olarak⁵² tüzel kişilerin de anonim şirket yönetim kurulu üyesi olmaları mümkün kılınmıştır. Bu bir zorunluluk olmayıp TTK'nın 359'uncu maddesi ile tüzel kişilere yönetim kurulu üyesi olabilme hususunda sadece bir imkan sunulmaktadır. Esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişi olması şartı getirilebilecektir.⁵³ Yeni sistem sebebiyle, tüzel kişilerin temsilcileri değil bizzat kendileri sorumlu olacak, bu da piyasada anonim ortaklıklara güveni artıracaktır.⁵⁴ Kurumsal yönetim açısından olumlu olarak değerlendirilebilecek bu yenilikle,⁵⁵ bir taraftan kanunun dolanılmasının ön-

o tarihte yürürlükte olan kurallara göre sahip oldukları ve üstlendikleri sorumluluk çerçevesinde belirlemeleri doğaldır. Bu şahıslardan sonraki yıllarda getirilecek sorumluluğa göre konularını belirlemeleri ve ticari faaliyetlerini sürdürmeleri beklenemez... 5766 sayılı Kanun'da esas olarak bir kamu alacağı ile ilgili bireylerin sorumluluklarını arttıran ve müteselsil sorumluluk getiren düzenlemelerin, Kanunun geçici 1'inci maddesi ile yürürlük tarihi itibari ile tahsil edilmemiş alacaklara da uygulanması hukuk kurallarının geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasada yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır, iptali gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2011 tarih ve 28085 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 28.4.2011 tarih ve E.2009/39, K.2011/68 sayılı kararı).

⁵² 6762 sayılı TTK'da tüzel kişi pay sahiplerinin "bizzat" yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan verilmemiş, yerlerine gerçek kişi temsilcilerini gönderebilecekleri hükme bağlanmıştır (KORKUT, Ömer, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 40).

⁵³ KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/ MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2013, s. 401-403; ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Seçkin, Ankara, 2013, s. 2482; PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 978.

⁵⁴ TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 118.

⁵⁵ Kanun gerekçesinde, "Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmelerine olanak tanınarak, bir taraftan, 623'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile uyum sağlanmış, diğer taraftan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasının yolu açılarak şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence verilmiştir. Düzenleme sorumluluk hukukunun ana gelişme eksenine ile çakışmaktadır. Dev yapılı, çok uluslu şirketlerin; temsilcilerinin arkasına gizlenmelerine hukukun seyirci kalması sadece adaletsizliği artırmakla kalmamakta aynı zamanda hukuka güveni de sarsmakta, hukuki gerçeğe göz kapama anlamına gelmekte ve kanun koyucuyu da hukuk kuralının nesneliliği yönünden müşkül durumda bırakmaktadır. Bu fıkra ile çağdaş, hakça bir sorumluluk sistemi kabul edilerek, tüzel kişinin temsilcisinin üye seçilmesi ile üyenin (temsilcinin) tüzel kişi ile arasındaki bağ kesildiği ve tüzel kişinin, temsilcisinin eylem ve

ne geçilmekte öte taraftan şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların hakları bir anlamda teminat altına alınmaktadır.⁵⁶

TTK kapsamında yönetim kuruluna seçilecek tüzel kişi açısından çeşitli olasılıklar mevcuttur. Şirkette çoğunluğa sahip tüzel kişi genel kurulda kendi oylarıyla kendisini yönetim kuruluna seçtirebileceği gibi, azınlık olması veya belirli bir grup pay sahibi olması halinde ana sözleşmeye (TTK, md.360) veya hissedarlar sözleşmesine hüküm koydurmak suretiyle kendi seçimini sağlayabilmesi de mümkündür. Tüzel kişinin gerekli oy çoğunluğuna sahip olması halinde başka bir kimseyi hatta pay sahibi olmayan üçüncü bir şahsı da yönetim kuruluna seçtirmesi mümkündür. Ancak o takdirde tüzel kişinin desteği ile seçilen kimsenin sorumluluğu farklılık gösterecektir. Zira yönetim kurulu üyeliği sıfatı, tüzel kişi tarafından desteklenerek yönetim kuruluna seçilen gerçek veya tüzel kişide olacağından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin muhatabı da tüzel kişi değil seçilen kimse olacaktır.⁵⁷ Tüzel kişi, kendisi bizzat yönetim kurulu üyesi olarak seçildiğinde, VUK'un 10'uncu ve AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddeleri kapsamında, anonim şirket malvarlığından tahsil edilmeyen vergi ve diğer kamu alacakları için kanuni temsilci sıfatıyla yönetim kurulu üyesine yüklenen sorumluluğu taşıyacaktır. Yukarıda sayılan ve kanunla belirlenmiş olan diğer şartların mevcudiyeti halinde, asıl vergi mükellefi ya da sorumlusu olan anonim şirket malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarının tahsili amacıyla tüzel kişi nezdinde takip ve tahsil işlemleri yapılabilecektir. Tüzel kişi bir temsilci vasıtası ile değil de bizzat kendisi yönetim kurulu üyesi olarak seçildiği durumda, kanun ile yönetim kurulu üyesine yüklenmiş olan sorumluluk da bu tüzel kişi yönetim kurulu üyesine ait olacaktır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyesi olarak; anonim, limited, kollektif, komandit şirket, kooperatif, dernek ya da vakıf gibi bir tüzel kişinin seçilebilmesi mümkündür. Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye⁵⁸ seçildiği takdirde tüzel kişi ile birlikte tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen tam ehliyetli (TTK,

kararlarından sorumlu tutulamayacağı şeklindeki yapay teori reddedilmiştir. Artık, tüzel kişilerin temsilcilerinden oluşan zayıf malvarlıklı üyelerin sorumluluğu ile hukukî gerçeklere göz yumulmayacaktır.” denilmek suretiyle tüzel kişi yönetim kurulu üyesi seçilebilmesinin nedenleri gösterilmiştir.

⁵⁶ EMİNOĞLU, Cafer, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 188.

⁵⁷ AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 27.

⁵⁸ Tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu başkanı olup olamayacağı hususunda TTK'da açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte gerek başkanın gerek başkan vekilinin yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesini öngören TTK'nın 366'ncı maddesinin lafzı karşısında tüzel kişinin de başkan seçilebileceğini kabul etmek gerekir (AKDAĞ GÜNEY, s. 53).

m.359/3) sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinden hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir. Türu fark etmeksiz her tüzel kişi iradesini bir gerçek kişi vasıtasıyla açıklamak mecburiyetindedir.⁵⁹

Yönetim kurulu üyeliği sıfatı tüzel kişiye ait olduğundan, onun adına hareket eden gerçek kişinin bu sıfatının bulunmaması sebebiyle, yönetim kurulu üyesi için öngörülen sorumluluk hükmünün de ancak “tüzel kişi” için geçerli olması gerekir. Tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişinin kanuni temsilci olarak nitelendirilemeyecek olması nedeniyle sorumluluğu da söz konusu değildir. Zira, seçimle yönetim kuruluna üye olan tüzel kişidir.⁶⁰ Yönetim kurulu üyesi sıfatı bu gerçek kişiye değil onu atayan tüzel kişiye aittir.⁶¹ Bu sebeple, anonim şirketlerin mal varlığından tahsil edilemeyen vergi ve diğer mali yükümler için kanuni temsilci sıfatıyla gerçek kişi yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin mal varlığına müracaat edilmesi, onun adına hareket eden gerçek kişinin mal varlığına müracaat edilmemesi gerekir. Ancak, şirket mal varlığından tahsil edilemeyen kamu alacağının kanuni temsilci sıfatıyla yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin mal varlığından da tahsil edilememesi durumunda tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişi nezdinde takip işlemlerinin yapıp yapılamayacağı hususunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Benzer şekilde, anonim şirket malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacakları nedeniyle tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile eş zamanlı olarak tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin iradesini açıklamada vasıta olarak kullandığı gerçek kişi nezdinde de takip işlemlerinin yapıp yapılamayacağı konusunda da mevzuatta bir belirlilik yer almamaktadır. Bunda VUK’un 10’uncu ve AATUHK’nın mükerrer 35’inci maddelerinin yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan 6762 sayılı TTK uyarınca anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine gerçek kişilerin dışında tüzel kişilerin seçilmesinin mümkün olmaması etkili olmuştur. Bir başka ifade ile kanuni temsilciye sorumluluk yükleyen her iki yasa maddesi de tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilmelerini mümkün kılan 6762 sayılı TTK’dan önce yürürlüğe girmiş olduğundan, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ve onun adına tescil ve ilan olunan gerçek kişinin sorumluluğuna özgü açık bir hüküm içermemektedir.

⁵⁹ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 403.

⁶⁰ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 231.

⁶¹ ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2015, s. 357.

6102 sayılı TTK'nın tüzel kişinin doğrudan yönetim kuruluna seçilmesine olanak sağlayan yeni düzenlemesi ile doktrinde son derece tartışmalı olan "tüzel kişi adına yönetim kurulu üyeliğine seçilen kimsenin sorumluluğu" meselesi ortadan kalkmıştır. Zira tüzel kişinin bizzat yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin muhatabı da bizzat tüzel kişinin kendisi olacaktır.⁶² Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına imkan verilerek, sorumlu tutulabilmeleri sağlanmış, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence getirilmiştir. Böylece şirketlerin, temsilcilerinin arkasına gizlenerek sorumluluktan kurtulmaları engellenmek istenmiştir. Tüzel kişi ile temsilcisi arasındaki bağ temsilcinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesiyle ortadan kalkmamakta, tüzel kişi sorumlu tutulmaktadır.⁶³ 6102 sayılı TTK'nın tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilmelerini mümkün kılması sebebiyle, 6762 sayılı TTK'daki sistemi sürdürmeye, yani tüzel kişiyi temsilen gerçek kişileri yönetim kurulu üyesi seçmeye artık -kural olarak-⁶⁴ olanak yoktur.⁶⁵ Bununla birlikte, tüzel kişilerin bizzat yönetim kurulu üyeliği görevine seçilmelerinin kanunen mümkün olmadığı dönemde, bir tüzel kişiyi temsilen gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı durumda, tahsil dairelerinin kanuni temsilcinin sorumluluğu kapsamında -mevzuatta açık bir hüküm bulunmamasına rağmen- yönetim kurulu üyesi gerçek kişilerin yanı sıra temsil olunan tüzel kişi nezdinde de takip işlemi yaptıklarını hatırlatmakta yarar vardır. Bu durum nedeniyle verilen yargı kararları da istikrar kazanamamıştır. Nitekim, Danıştay'ın *şirkete ait ödenmeyen vergi borçlarından yönetim kurulu üyesinin değil, bu üyenin temsil ettiği tüzel kişinin sorumlu tutulması gerektiği yönünde verilmiş kararlarının*⁶⁶ yanı sıra *borçlu şirketten tahsil edilemeyen vergi borçlarının şirket yönetim kurulu üyesinden tahsili için ödeme emri düzenlenebileceği, bu kişinin şirket yönetimine bir tüzel kişiliği temsilen katılmasının sonucu değiştirmeyeceği, şirkette yönetim kurulu üyesi olması ve şirketi temsil ve ilzama yetkili olması nedeniyle şirketten tahsil ola-*

⁶² AKDAĞ GÜNEY, s. 281.

⁶³ BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 230.

⁶⁴ Bahsedilen kurala TTK'da sonradan yapılan bir değişiklik ile pay sahibi kamu tüzel kişileri bakımından istisna getirilmiştir. 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 79'uncu maddesi ile TTK'nın 359'uncu maddesine eklenen fıkra uyarınca Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde sayılan tüzel kişilerin yanı sıra bunların *gerçek kişi temsilcilerinin* de yönetim kuruluna seçilebilmesi mümkün kılınmıştır.

⁶⁵ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 407-408.

⁶⁶ Danıştay, 9. Daire, 6.2.2014, E.2011/5881, K.2014/271; Danıştay 7. Daire, 5.12.2012, E.2008/7259, K.2012/6621; Danıştay 11. Daire, 10.6.1998, E.1998/231, K.1998/2198.

*nağ*ı kalmayan vergi borçlarından sorumlu olacağı yönünde aksi istikamette⁶⁷ kararları da mevcuttur.

Söz konusu uygulama ve neticesinde verilen yargı kararlarından hareketle, tahsil daireleri tarafından, şirket tüzel kişiliğinden ve kanuni temsilci sıfatıyla tüzel kişi yönetim kurulu üyesinden tahsil edilemeyen kamu alacakları için tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına toplantılara katılıp onun adına hareket eden gerçek kişinin -yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olmamasına rağmen- sorumlu olduğu iddiasıyla malvarlığına başvurulmasının ihtimal dahilinde olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç

Bir tüzel kişilik olan anonim şirketlerin malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacakları için kanuni temsilci sıfatıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen, biri VUK'un 10'uncu maddesinde diğeri AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesinde yer alan iki ayrı hüküm bulunmaktadır. Her iki sorumluluk hükmünün içeriği farklılık arz etmektedir. Bu sebeple, tesis edilen işlemlerde her iki hükmün aynı anda dayanak gösterilmesi ya da bu hükümlerin birbirinin yerine kullanılması hukuken muteber değildir.

Kamu alacağı VUK kapsamındaki vergi ve vergiye bağlı alacaklardan oluşuyor ise VUK'un 10'uncu maddesine istinaden kanuni temsilci sıfatıyla yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bunun dışında kalan kamu alacakları için AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesi kapsamındaki sorumluluk hali geçerlidir.

VUK'un 10'uncu maddesi uyarınca, mükellef veya vergi sorumlusu olan anonim şirketlerin vergisel ödevlerinin yerine getirilmesi konusunda kural olarak yönetim kurulu üyeleri görevlendirilmiştir. Bu ödevlerin yerine getirilmemesi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurmakta bir başka ifade ile kusurlu sorumluluk hali söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesinde öngörülen sorumluluğun doğması için bir görevin yerine getirilmemiş olması şart değildir. Bu madde kapsamındaki sorumluluk bizatihi kanuni temsilcilik sıfatından kaynaklanan objektif sorumluluktur.

Her iki hüküm kapsamında alacaklı tahsil dairesi kanuni temsilci veya temsil edileni takip etme hususunda seçimlik hakka sahip değildir. Öncelikle, asıl borçlu olan temsil edilenin takip edilmesi zorunludur. Ancak anonim şirket mal

⁶⁷ Danıştay 7. Daire, 2.10.2002, E.2000/3048, K.2002/3067; Danıştay 9. Daire, 10.3.2009, E.2007/834, K.2009/1270; Danıştay 7. Daire, 12.6.2012, E.2006/3547, K.2012/3094.

varlığından elde edilemeyen kamu alacakları için yönetim kurulu üyelerinin malvarlıklarına müracaat edilebilecektir. Yönetim kurulu üyesinin temsile yetkili olması ve takibe konu kamu alacağı ile ilgili ödevlerin yönetim dönemine ilişkin olması şartı her iki sorumluluk hükmü açısından ortaktır.

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesiyle gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de anonim şirket yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan tanınmıştır. Bir tüzel kişi yönetim kurulu üyesi seçildiği takdirde; tüzel kişi ile birlikte tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, tam ehliyetli bir gerçek kişinin tescil ve ilan olunması ve tescil ve ilan yapılmış olduğu hususunun şirketin internet sitesinden hemen açıklanması zorunludur. Yönetim kurulu üyesi sıfatı tüzel kişi yönetim kurulu üyesine ait olduğundan, bu sıfatı taşımayan onun adına hareket eden gerçek kişinin VUK'un 10'uncu maddesi ve AATUHK'nın mükerrer 35'inci maddesi kapsamında sorumluluğu bulunmamaktadır.

TTK uyarınca tüzel kişilerin kendisinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesinin mümkün olmadığı, tüzel kişiyi temsilen ancak gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak görev yapabildiği geçmiş dönemlerde, tahsil dairelerinin kanuni temsilcinin sorumluluğu kapsamında, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla bu gerçek kişilerin dışında, mevzuatta açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, temsil olunan tüzel kişi nezdinde takip işlemi yaptıkları ve istikrar kazanmış olmakla birlikte temsil olunan tüzel kişi nezdinde yapılan bu takip işlemlerini hukuka uygun bulan yargı kararlarının varlığı dikkate alındığında, kanuni temsilci sıfatıyla tüzel kişi yönetim kurulu üyesinden tahsil edilemeyen kamu alacakları için tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına toplantılara katılıp onun adına hareket eden gerçek kişinin, yönetim kurulu üyesi sıfatı taşımasına rağmen, sorumlu tutularak alacaklı kamu idareleri tarafından bu gerçek kişiler nezdinde takip ve tahsil işlemi yapılması ihtimali söz konusudur. Bu konudaki olası hatalı uygulama ve ihtilafların önlenmesi açısından, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişinin, şirket malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarına ilişkin sorumluluğu hususunda açık bir düzenleme yapılmasında yarar vardır.



KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- AKIN, Serdar, Anayasa Mahkemesi'nin Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna Yönelik Sınırlama Kararı ve Yapılması Gereken Yasal Düzenlemelere İlişkin Öneriler, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 321, Haziran 2015.
- ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2000.
- AYYILDIRIM, Kadir / DEMİRLİ, Yunus / AYYILDIZ, Yaşar, Tüzel Kişilerde Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları, Sayı: 408, Ağustos 2015.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2015.
- BİLİCİ, Nurettin, Vergi Hukuku, Cilt:1, 33. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- CANDAN, Turgut, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.
- COŞKUN, Mahmut, Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2. Baskı, Seçkin, 2013.
- ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ÇELİK, Binnur, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2002.
- DİLİÇİKİK, Ata, Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrasında Ödenmeyen Amme Alacaklarından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu, Vergi Dünyası, Sayı:407, Temmuz 2015.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, C.2, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- EMİNOĞLU, Cafer, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Seçkin, Ankara, 2013.

GEZER, Güngör, Anayasa Mahkemesi'nce Verilen İptal Kararının Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna Etkisi, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:320, Mayıs 2015.

HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2001.

KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

KARAHAN, Sami (Edit), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2013.

KORKUT, Ömer, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

NARTER, Recep, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Mükerrer 35'inci Maddesinde Yer Alan Bazı Fıkraların Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Üzerine Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme, Vergi Dünyası, Sayı: 410, Ekim 2015.

ÖNCEL, Muallâ / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

ÖNER, Erdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.

ÖZBALCI, Yılmaz, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2006.

ÖZBALCI, Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş Yayıncılık, 2010.

ÖZTÜRK, İlhami / YİĞİT, Uğur, 5766 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrasında 6183 Sayılı Kanunun Mük. 35. Maddesinin Vergi ve Buna Bağlı Alacakların Tahsilinde Uygulanabilirliği (I), Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Sayı.70, Ekim 2009.

ÖZYER, Mehmet Ali, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 4. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Ankara, 2008.

PEHLİVAN, Osman, Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Murathan Yayınevi, Trabzon, 2012.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, Beta, 5. Baskı, İstanbul, 2009.

ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2015.

ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ekin, Bursa, 2014.

TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

UYSAL, Ali / EROĞLU, Nurettin, Açıklamalı ve Örnekli Vergi Usul Kanunu, 4. Baskı, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2009.

ÜREL, Gürol, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.

YILMAZ, Kazım, Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa Açıklama Yorum Yargı Kararları ve Vergi Alacakları Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasası, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2006.

İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU (TCK M.117)

Violation of Freedom of Work and Labor (TCC Art.117)

Dr. Uğur ERSOY*

ÖZET

İnceleme konumuzu oluşturan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK'da da -bazı değişikliklerle- yer verilmiştir.

TCK'nın 117. maddesinin başlığı her ne kadar “*İş ve çalışma hürriyetinin ihlali*” olsa da maddede esas itibariyle dört ayrı suç tipinin düzenlendiğini söyleyebiliriz. Çalışmamızda, 117. maddenin 1. fıkrasında belirtilen suçu tanımlamak için “*İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu*”, 2. fıkrasında belirtilen suçu tanımlamak için “*Sömürü Suçu*”, 3. fıkrasında belirtilen suçu tanımlamak için “*Sömürü İçin Tedarik, Sevk veya Nakletme Suçu*”, 4. fıkrasında belirtilen suçu tanımlamak içinse “*Ücreti Değiştirmeye veya Sözleşmeye Aykırı Koşullar Altında Anlaşmaya Zorlama ile İşin Durmasına veya Sona Ermesine Neden Olma Suçu*” kavramları kullanılacaktır. Böyle bir ayırımın, konunun anlaşılmasını sağlaması açısından daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.

İnceleme konumuzu oluşturan suç tipleri, her ne kadar ceza hukukunun konusunu oluştursa da, maddenin yorumlanması bakımından iş hukukundan istifade edilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle, yeri geldikçe iş hukukuyla ilgili kavramların açıklımının yapılarak doğru tespit ve sonuçlara varılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş ve Çalışma Hürriyeti, Sömürü, Hürriyet, Çalışma Hakkı, İş Hukuku.

ABSTRACT

Violation of work and labor is also issued in Turkish Criminal Code No.5237 as in the Turkish Criminal Code No.765, but with some amendments.

Article 117 of Turkish Criminal Code issues Violation of freedom of work and labor, but we can tell that there are four offenses issued by article, in essence. In our study we will use term “Crime of violation of freedom of work and labor” for the crime which issued in the first paragraph of article, “Crime of exploitation” for the crime which issued in the second paragraph of article, “Crime of procurement, dispatch or transportation for exploitation” for the crime which issued in the third paragraph and “Crime of causation to compose to change the wage or to make an agreement with noncompliant clauses or to cause the work to be halted or terminated” for the crime which issued in the fourth paragraph. With these terms we use, it will be easier to understand our study.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. avugurersoy@gmail.com

It is important to refer labour law, although the crimes we will explain are about criminal law for explication of Article 117. Therefore we will describe some terms about labour law when possible.

Keywords: Freedom of Work and Labor, Exploitation, Freedom, Right of Work, Labour Law.



I. Ceza Hukuku ve İş Hukuku Arasındaki İlişki

Tarihsel sürece bakıldığında, ekonomik buhran zamanlarında en fazla etkilenen kitlenin işçiler olduğu ve hukuk düzeninin işverenler tarafından işçiler aleyhine kullanıldığı görülmektedir. Bu dönemlerde, işsiz kalma tehdidi altında bulunan işçiler, işverenler tarafından önerilen çalışma koşullarını tartışmasız kabul etmişler ve iş sözleşmeleri, işçileri işverenlere minnettar kılan bir nevi “bağlılık sözleşmeleri”ne dönüşmüştür¹. Özellikle 18. yüzyılın sonlarında başta İngiltere olmak üzere ekonomik yönden ileri olan Batı Avrupa ülkelerinde sanayinin gelişmesiyle birlikte, o zamana kadar bağımsız olarak çalışmakta olan esnaf ve sanatkarların çoğu, başka bir kimsenin hizmetinde işçi olarak çalışmaya başlayarak bağımsızlıklarını yitirmişlerdir. Böylece, ilkçağ ve ortaçağdaki kölelere nazaran kişisel özgürlüğü olan, fakat geçimini sağlayabilmek için çalışmasını başkasının hizmetinde yapmak zorunda kalan kişilerden oluşan bir işçi sınıfı doğmuştur².

Türkiye’de iş hukukunun gelişmesi, Batı Avrupa’dakine nazaran çok geç olmuştur. Bunun en temel faktörü, Osmanlı İmparatorluğu’nun son zamanlarında ve hatta Cumhuriyetin başlarında, çalışma hayatının genellikle tezgah ve el işlerine dayanması ve sanayileşmenin çeşitli nedenlerle başlayamamış olmasıdır³.

Türk Hukuku’nda, çalışma hakkının korunması, başka bir ifadeyle iş güvenesinin sağlanması için çeşitli kurumlar bulunmaktadır. Bu kurumlardan bazı-

¹ Demir, Fevzi, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986, s.15.

² Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 27.Bası, İstanbul 2014, s.3; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2.Bası, İstanbul 1999, s.14; Akyıldız, Hüseyin/Korkmaz, Adem, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Ankara 2009, s.4; Aktay, A.Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E.Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012, s.5; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku – Ferdi İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir 1998, s.5-6.

³ Türkiye’de iş hukukunun gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.5-15; Tunçomağ/Centel, İş Hukuku, s.17-19; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.5-6; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s.5; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.18-22.

ları, caydırıcı bir işlev üstlenirken, bazıları ise onarıcı bir işlev üstlenmektedir⁴. Çeşitli kanunlarda yer alan bu düzenlemelerin bir kısmı özel hukuk ve idare hukuku yaptırımını içerirken, çalışma konumuzu ilgilendiren diğer bir kısım düzenlemeler ise Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer almak suretiyle cezai yaptırım altına alınmıştır.

Bilindiği üzere ceza hukuku, insanlık tarihi kadar eski bir geçmişe dayanmaktadır. Buna karşın iş hukuku, 19. yüzyılda ortaya çıkmış yeni bir hukuk dalıdır. İş hukukunun amaçları arasında, emek ve sermaye ilişkisinin ortaya konulması, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve üretimin sosyal adalet çerçevesinde bölüşümü bulunmaktadır. Tam bu noktada karşımıza şöyle bir soru çıkmaktadır: Acaba ceza hukuku, üretim gelirinin bölüşülmesi nedeniyle sermaye ile emek arasında çıkan uyuşmazlıklarda ve mücadelede etkin bir rol oynamalı mıdır, yoksa bu mücadelenin tamamen dışında mı kalmalıdır?⁵

Toplumun gelişmesiyle birlikte ceza hukuku da bu gelişmelere ayak uydurmuştur. Bunun sonucu olarak, kanun koyucular, klasik suçlar olarak nitelendirilebileceğimiz suçların yanı sıra sayıları giderek artan yeni ceza normları ihdas etme yoluna gitmişler ve gitmektedirler. Böylece ortaya, ticari, ekonomik, sosyal ve mali içerikli bir ceza hukuku çıkmıştır. Günümüzde sağlığı, gençliği, çevreyi koruyucu kurallara, ticaretin dürüst olarak yapılmasını öngören normlara, sosyal, mali ve vergi yasalarına aykırı hareket edenlerin, trafik kurallarına uygun davranmayanların cezalandırılması toplumun yeni değerlerine uygun düşmektedir⁶.

II. Hürriyet (Özgürlük) Kavramı ve Bu Kavramın Ceza Hukukundaki Yansımaları

Erem tarafından hukuk, "*hürriyet ilmi*" olarak tanımlanmıştır⁷. Yazara göre, bir düzenin, kanun ile tesis edilmiş olması, insanları başka insanların keyfi müdahalelerinden koruma işlevi görebilir, ancak bu durum insanların aynı zamanda kanun koyucunun keyfi müdahalelerinden de korunacağı anlamına gelmemektedir⁸.

⁴ Demir, İş Güvencesi, s.41 vd.; Bıyıklı, Hasan, Sosyal Ceza Hukuku – İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Ankara 1983, s.111.

⁵ Yarsuvat, Duygun, Çalışma Ceza Hukuku – Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar – Kanun Dışı Grev ve Lokavt Suçları, İstanbul 1978, s.3.

⁶ Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.6-7.

⁷ Buna karşılık Cihan'a göre, hürriyet, hukuki bir müessese değildir, fakat yüce politik bir ilkedir. Bkz. Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188), İstanbul 1978, s.11.

⁸ Erem, Faruk, Hürriyet ve Suç, Ankara 1952, s.1.

Ceza hukuku bakımından hürriyeti, cezai yaptırımların varlığı suretiyle korunan hukuki menfaat olarak tarif etmek mümkündür. Ceza hukukunun asli görevlerinden birisinin, hürriyetlerin etkili bir şekilde korunması olduğu söylenebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, buradaki hürriyetten kasıt, yalnızca bireysel hürriyetlerdir⁹.

Hürriyet kavramından ne anlaşılması gerektiği, eski zamanlardan beri insan düşüncesini kurcalayan büyük sorunlardan birisi olmuştur. Yüzyıllar boyunca yapılan bütün çabalara ve araştırmalara rağmen, üzerinde herkes tarafından anlaşmaya varılmış bir hürriyet kavramına rastlanmadığını görmekteyiz. Bunun sebebi olarak hürriyetin çok yönlü bir kavram olması gösterilebilir¹⁰.

Çalışma hürriyeti kavramı da, çok yönlü bir kavram olup, çalışmanın serbest bir faaliyet olduğu, kişinin işini ve işinin türünü seçmekte serbest olduğu; herkesin, kimsenin engellemesine maruz kalmadan işini yapma imkanına sahip olması anlamlarına gelmektedir. Çalışma hürriyetinin kabulü, kamu makamlarının, vatandaşların çalışma faaliyetini ve işin seçimini engellemekten çekinmeleri ile çalışma hürriyetini engellemek isteyenlerin kamu makamları tarafından önlemesi veya cezalandırılmaları sonucunu doğurur¹¹.

Çalışma hürriyeti, tarihsel süreç içerisinde bireysel niteliğini yitirerek, kişinin sendika özgürlüğü, toplu pazarlık ve grev hakkı gibi çeşitli haklarını içeren sosyal içerikli kolektif bir hak ve özgürlük¹² haline dönüşmüştür. Günümüzde, kişilerin sendikalar altında örgütlenerek çalışma koşullarını düzeltmek üzere toplu pazarlık yapmak, gerektiğinde ise baskı araçlarını kullanma hakları bulunmaktadır. Bu haklara yapılacak saldırılar kişinin çalışma hürriyetini tehlikeye sokacaktır. Bu nedenle de ceza hukuku, kişiyi çalışması sırasında da korumak görevini üstlenmiştir¹³.

Hürriyet aleyhine işlenen suçlar ile korunmak istenen husus esas olarak hürriyettir. Bu bakımdan, kanunun şekillenmesinde, kanun koyucuların hür-

⁹ Erem, Hürriyet ve Suç, s.1; Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.16.

¹⁰ Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.11-12; Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993, s.3; Akın, İlhan F., Temel Hak ve Özgürlükler, 3.Bası, İstanbul 1971, s.5; Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku – İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine, 3.Bası, İstanbul 1996, s.11-14; Üzülmüş, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı:5, s.93-95.

¹¹ Ersoy, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. m.201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri), Ankara 1973, s.76.

¹² Kolektif özgürlüklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, s.1 vd.

¹³ Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.V.

riyet kavramı konusundaki anlayış tarzları ve görüşleri belirleyici olmaktadır. Özellikle, hürriyetlerin kaynağı, bireyin hürriyetçi düzen içindeki yeri gibi değişik sorular kanun koyucuyu değişik sonuçlara götürmektedir¹⁴.

Hürriyet kavramı, hukuki bir içeriğe sahip olması bakımından ceza hukukunun ilgi sahasına girmektedir. Tarihsel gelişime bakıldığında da, hürriyetlerin sadece anayasalar tarafından düzenlenmekle kalınmadığı, bunların ihlaline karşı koruyucu tedbirlerin de alındığı görülmektedir. Hürriyet, hukuki bakımdan, subjektif bir hak olarak değil, devlet düzenini ve hürriyetçi rejimini ilgilendiren bir kavram olarak korunma altında bulunmaktadır. Bu bakımdan hürriyet, doğrudan doğruya ceza hukukunu ilgilendiren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵.

Hürriyet meselesi bütün tabii ve manevi bilgilerin, felsefe sistemlerinin, din, ahlak, psikoloji, hukuk vs. gibi değişik sistemlerin ya doğrudan ya dolaylı bir şekilde konusunu oluşturmuştur. Bundan dolayı, hürriyet kelimesi her soyut kavram gibi kullanıldığı sahaya, kullanan kişinin dünya görüşüne, tarihi gelişime göre anlam değiştirmektedir¹⁶.

Hürriyet sorununa devlet yönetimi açısından bakıldığında, sınıflar arasındaki mücadeleden kaynaklandığı görülmektedir. Tarihsel süreç içinde ortaya çıkan yeni sınıfların hürriyet mücadelesi verdiği, bu sınıfların karşısında yönetimi ellerinde bulunduran egemen güçlerin ise iktidarı kaybetmemek için bu yeni sınıflar açısından hürriyeti tanımama eğilimi içine girdikleri ve hürriyet kavramını yozlaştırmak suretiyle çıkarlarına alet ettikleri görülmektedir¹⁷.

Hürriyete karşı işlenen suçların ayrı bir kategori olarak ortaya çıkışı, tabii hukuk filozoflarının, insanın kişiliğine bağlı hürriyet anlayışlarının ve Amerika ile Fransa'da insan hak ve hürriyetleri ile ilgili olarak yayınlanan beyannamelerin etkisiyle ortaya çıkan hukuki hürriyetlerin özünü teşkil eden hakların kabulüne bağlıdır. Bu açıdan bakıldığında, hürriyete karşı işlenen suçların ceza kanunlarında ayrı bir kategori olarak ortaya çıkışının çok da eskilere dayanmadığını söylemek doğru olacaktır¹⁸.

Çalışma hürriyeti kavramının ortaya çıkışı, Batı Avrupa ülkelerinde sanayi

¹⁴ Özek, Çetin, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", İÜHFİM, Cilt:29, Sayı:4, Yıl:1963, s.933.

¹⁵ Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.949.

¹⁶ Abadan, Yavuz, "Hürriyet Problemi", İÜHFİM, Cilt:6, Sayı:2-3, Yıl:1940, s. 502-503.

¹⁷ Çuhadar, Cengiz, "Hürriyet Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme", Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, Yıl:2007, s.146.

¹⁸ Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.22.

ve ticaretin gelişmesi ve burjuva sınıfının güçlenmesi sonucunda, bu faaliyetleri sınırlayan ve engelleyen geleneksel kuruluşlara karşı bağımsızlaşma çabasına dayanmaktadır. Sosyal, ekonomik ve siyasi şartlardaki önemli değişikliklere rağmen loncaların ayrıcalıklarından vazgeçmek istememeleri, yeni icatlar ve büyük sanayi karşısında eski sistemlere bağlılıkları çalışma faaliyetinin önünde engel olarak görülüyordu. Ayrıca, eskiden farklı olarak bir sınıf haline gelmekte olan işçiler eski kurallara karşı çıkıyor, daha iyi şartlarda yaşama isteğini dillendiriyor ve bu da gelişen sanayi ve ticaret faaliyetini elinde bulunduranlar tarafından zararlı görülüyor ve haliyle de işçilerin bu talepleri ve eylemleri ceza hükümleriyle bastırılmaya çalışılıyordu¹⁹. Türkiye’de ise, çalışma hürriyetinin gelişim süreciyle ilgili Avrupa’dakine benzer bir gelişim çizgisinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir, bunun nedeni olarak yukarıdan aşağıya doğru yapılan ıslahat çalışmaları gösterilmektedir²⁰.

Türk Ceza Kanunu’nda korunan çalışma hürriyeti, çalışmanın serbest bir faaliyet olduğu ve herkesin başkalarının müdahalesine ve engellemesine maruz kalmadan çalışma hakkında sahip bulunduğunu ifade eden bir kavramdır. Devlet, çalışma faaliyetini engellemeye kalkanları cezalandırmak suretiyle bu hürriyeti korumaktadır²¹.

III. İş ve Çalışma Hürriyeti Kavramı

İş ve çalışma hürriyeti, Avrupa’da kapitalizmle gelen sanayileşme döneminde başlayan sanayi ve ticaretin gelişmesi ile sanayi ve ticaret faaliyetinin bağımsız şekilde sürdürülmesi esasını hakim kılmak amacıyla yönelik olarak ortaya çıkan bir kavramdır²². Bu kavram ile amaçlanmak istenen, sanayileşme yönündeki ekonomik gelişme önünde engel olarak duran meslek birliklerinin (loncaların) hakimiyetini kırmak olmuştur. İşçi sınıfının doğması ile yeniden şekillenmeye başlamış olan çalışma ilişkilerinde, sermayenin önündeki bir diğer engel de giderek birlikte hareket etmeyi öğrenen ve hak arayan işçiler olmuştur. Bu bağlamda, iş ve çalışma hürriyeti kavramı, geleneksel meslek birliklerine ve güçleri gittikçe artan işçi sınıfına karşı burjuvayı korumak üzere ortaya atılmış bir kavram olmuştur. Burjuva, meslek birliklerinin gücünü kırmayı bashedikten sonra sıra işçilerin her türlü birleşme ve eylemlerinin engellenme-

¹⁹ Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.53.

²⁰ Çalışma hürriyetinin Osmanlı ve Türkiye Cumhuriyetindeki gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.63-71.

²¹ Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.78-79.

²² Öztürk, Mehmet Onat, Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, İstanbul 2006, s.20.

sine gelmişti. Bu yolda yapılan ilk düzenlemeler, işçi örgütlerini ve grev gibi benzeri eylemleri yasaklamak olmuştur. Bu dönemde, Avrupa’da yapılan ilk düzenlemelerin ortak tarafı, yapılan yasakların yalnızca işçiler için söz konusu olmasıydı. Zira burada güdülen amaç, bağımsız ve dilediğince iş yapabilen müteşebbislerin korunması ve güçlenmesi olmuştur. Bu açıdan bakıldığında, çalışma hürriyeti kavramının ilk olarak, işverenlerin ve müteşebbisin güçlendirilmesine ve korunmasına hizmet ettiği söylenebilir²³.

İş ve çalışma hürriyeti kavramı, 1789 Fransız İhtilali’nden itibaren önemli bir değişim göstermiştir. Önceleri, devletin müdahalesinin olmadığı ve kişilerin tamamen serbest hareket edebilmesi olarak anlaşılan hürriyet, gelişen ekonomik ve sosyal koşullar nedeniyle, kişiler için hürriyet olmaktan ziyade, talep edilebilir bir hak olmaya doğru bir değişim geçirmiştir. Zira önceleri yoksulluk içine düşen işçiler, her türlü yasak ve baskıya rağmen birlikte hareket etmeye başlamışlar ve hak arayışına girişmişlerdir. Bu durum da sosyal barışı bozmuş ve ekonomik hayatı olumsuz etkilemiş, bütün bunların sonucunda da işçilere bir takım haklar verilmesi kabul edilmiştir²⁴.

Bu açıdan bakıldığında, günümüzde de kabul edildiği şekliyle, iş ve çalışma hürriyeti kavramı, devletin, iş ve çalışma hürriyeti alanına, insan haysiyetine yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak üzere müdahale etmesi, sosyal ve ekonomik tedbirler alma görevini yüklenmesi anlamına gelmektedir. O halde, iş ve çalışma hürriyeti kavramı, işçi faaliyetinin özgürlüğü ile işveren faaliyetinin de özgürlüğünü kapsayan bir kavramdır. Bu çerçevede, iş ve çalışma hürriyeti kavramının içine, ticari ve endüstriyel faaliyette bulunmak serbestisi ve sözleşme özgürlüğü de girmektedir²⁵.

İş ve çalışma hürriyeti kavramının anayasal boyutta da birçok izdüşümü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesidir. Söz konusu maddeye göre: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” Söz konusu maddeden de anlaşıldığı üzere, çalışma hürriyeti, dar anlamda işçilerin çalışma özgürlüğünü ifade etmekten, geniş anlamda, sözleşme özgürlüğü ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünü de içine alan bir anlama sahip-

²³ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.20-21.

²⁴ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.21.

²⁵ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.22.

tir²⁶. Anayasa'nın 48. maddesine, "*Temel Hak ve Ödevler*" kısmında yer verildiği nazara alındığında, çalışma hürriyetinin anayasal temel bir hak ve hürriyet olduğu sonucuna varabiliriz.

Anayasa'nın "*Çalışma hakkı ve ödevi*" başlıklı 49. maddesinde de, "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*" denilmek suretiyle, çalışmanın hem bir hak²⁷ hem de bir ödev²⁸ olarak kabul edildiği vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 48. ve 49. maddesi ile yakın ilişki içerisinde olan bir diğer madde ise Anayasa'nın 18. maddesidir. "*Zorla çalıştırma yasağı*" başlıklı 18. maddeye göre: "*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*" Çalışma nasıl bir özgürlükse, çalışmama da bir özgürlüktür. Başka bir ifadeyle hem çalışmak, hem de çalışmamak bireye tanınmış bir özgürlük olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte Anayasa'nın 18. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Benzer bir düzenlemeye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 4. maddesinde de yer verilmiştir: "*Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.*"

Pek tabidir ki, her hürriyetin/özgürlüğün olduğu gibi, çalışma hürriyetinin de bazı sınırları bulunmaktadır. İş Kanunu ve diğer ikincil mevzuatta da ayrıntılı şekilde düzenlemelere tabi tutulan çalışma hürriyetinin sınırlanması nedenlerinin temelini Anayasa'nın 50. maddesinde görmekteyiz. Söz konusu maddeye göre: "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.*"

Burada son olarak üzerinde durmak istediğimiz husus, çalışma hürriyetinin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığıyla ilgilidir. Yukarıda da ifade

²⁶ Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.Bası, Ankara 2012, s.415.

²⁷ Genel bir terim olan çalışma hakkı, çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Genel olarak çalışma hakkı, gerçekleşmesi, devletin gayretlerine bağlı olan sosyal ve iktisadi bir haktr. Çalışma hakkı denilince, her şeyden önce, devletin tam çalışmayı sağlamak için gerekli tedbirleri alması anlaşılmaktadır (Any. m.49/2). Çalışma hakkı, bireylere, devlete karşı ileri sürebilecekleri subjektif bir hak sağlamamaktadır. Bkz. Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.75; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.238-240.

²⁸ Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın herkes için bir görev olduğu ifade edilmek suretiyle, vatandaşların topluma karşı önemli bir vazifesine işaret edilmektedir. Bu hükmün özellikle *ahlaki* bir karakter taşıdığı, maddenin söz konusu ettiği çalışma ödevi ile kastedilmek istenenin, toplumun maddi ve manevi gelişimine katkıda bulunmak amacıyla topluma yararlı bir faaliyette bulunmak hususunda vatandaşlara düşen ödev olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.72-73.

olunduğu üzere, Anayasa'nın 48. maddesine göre, herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Yine Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Anayasa Mahkemesi, çalışma hürriyetinin sınırlandırılması iddiasıyla önüne gelen bir davada, itiraz konusu olan, avukatların başka bir baroya nakilleri için avukatın disiplin kovuşturması altında olmaması gerektiği, şayet disiplin kovuşturması devam ediyorsa, disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından evvel nakil işleminin yapılmayacağı yolundaki kuralı (1136 s. Avukatlık Kanunu m.69), Anayasa'nın 48. maddesinde ifade olunan çalışma özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmediği, bu nedenle itiraz konusu kuralın çalışma özgürlüğünü sınırlandırdığından bahisle Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir²⁹. Bu karardan da açıkça anlaşılacağı üzere, çalışma hürriyetinin sınırlandırılması mümkün değildir.

Sonuç olarak, TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali³⁰ suçu ile, hem genel anlamda çalışma özgürlüğünün, hem de işçi ya da işverenin özgür iradeleri ile serbestçe sözleşme yapma ve bunu uygulama özgürlüğünün korunduğunu ifade edebiliriz³¹.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalardan sonra, TCK'nın 117. maddesinde

²⁹ Anayasa Mahkemesi, 01.10.2009 T., 2008/73 E., 2009/120 K., R.G. Tarih-Sayı: 22.06.2010-27619.

³⁰ Doktrinde, TCK m.117'de kullanılan "iş" ve "çalışma" sözcüklerinin çoğu kez birbiri yerine kullanılabilirliğinden, isteneni anlatma bakımından yerinde olmadığı belirtilmektedir. Burada "iş ve çalışma hürriyeti" ile kastedilenin, Anayasa'nın 48. maddesi doğrultusunda, "çalışma özgürlüğü" ile "özel teşebbüs serbestisi" olduğu belirtilmektedir. Bkz. Centel, Tankut, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, Sayı:5, Cilt:19, s.8.

³¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.415. 5237 sayılı TCK ile, işçilerin bazı temel haklarının ceza kanununun koruması altına alındığı; endüstriyel ilişkiler düzenimize işveren yanlısı bir platformdan bakanlar için, TCK'nın işçiler lehine getirmiş olduğu düzenlemelerin, işverenlerin aleyhine bir düzen kurmak ve çalışma yaşamında olumsuz sonuçlar doğuracak bir girişim olarak suçlayacakları belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, TCK'nın, ilk defa işçilerin Anayasa'dan doğan ve bugüne kadar Çalışma Bakanlığı'nın, sendikaların ve yargı organlarının varlığına karşın bir türlü güvence altına alınamayan bazı temel hakları konusunda ilk defa cezai yaptırımlar öngören bir kanun olduğu belirtilmektedir. İş sözleşmesine dayalı olarak çalışan 12 milyon insanın %53'ünün kayıt dışı çalıştırıldığı, hiçbir güvenceleri olmadan kölelik düzenine benzer koşullarda emeklerini satmaya zorlandığı ülkemizde TCK'nın 117. maddesinin haksız olduğunun hiç kimse tarafından savunulamayacağı belirtilmektedir. Bkz. Ünsal, Engin, "Sendikalar Yeni TCK'nın Korumasında", 01.06.2005 günlük Cumhuriyet Gazetesi.

dört ayrı suç tipinin düzenlendiğini söyleyebiliriz^{32 33}:

- İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu (m.117/1)
- Sömürü suçu (m.117/2)
- Sömürü için tedarik, sevk veya nakletme suçu (m.117/3)
- Ücreti değiştirmeye veya sözleşmeye aykırı koşullar altında anlaşmaya zorlama ile işin durmasına veya sona ermesine neden olma suçu (m.117/4)

Aşağıda her bir suç tipiyle ilgili açıklamalara yer verilecektir.

IV. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (m.117/1)

A. Kavramsal Gelişim

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, gerek 765 sayılı TCK'da, gerek 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 201. maddesi ve 5237 sayılı TCK'nın 117. maddesi, fıkralar halinde gösterilen ve aslında her biri farklı bir suç tipi ve yaptırım öngören hükümlerden oluşmaktadır. Bu itibarla, söz konusu maddelerin altında yer alan her bir fıkranın, çalışma özgürlüğüne karşı suçlar başlığı altında ayrı maddeler şeklinde düzenlenmesi de mümkündür. Ancak bu şekilde yapılmayıp, her iki kanundaki her bir fıkranın, aynı bölüm/fasıl altında farklı maddeler halinde düzenlenmesinin bu suçlar arasındaki bağı gevşetmiş olacağı ifade edilmektedir³⁴.

İnceleme konumuzu oluşturan TCK'nın 117/1. maddesine benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'da da mevcuttu. Hemen belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK'daki bu suç tipi, yürürlükte kaldığı süre zarfında 1933, 1956 ve 1971 yıllarında olmak üzere toplamda üç kez önemli denilebilecek değişikliklere tabi tutulmuştur. 765 sayılı TCK'nın kabul edilen ilk şeklinde "*İş ve çalışma hürriyeti aleyhindeki cürümler*" faslı altında 201. maddede bir fıkradan ibaret bir

³² Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.28; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.416; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R.Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s.319.

³³ Madde başlığı ve içeriğinin tam bir uyum içerisinde olmadığı yolundaki görüş için bkz. Soyaslan, Doğan, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Cengel'e Armağan, İstanbul 2011, s.814.

³⁴ Öztürk'e göre, gerek 765 sayılı TCK, gerek 5237 sayılı TCK'da düzenlenen maddelerin birinci fıkraları suçun en genel şeklini düzenlemekte, diğer fıkralar ise suçun özel görünüş şekillerini belirlemektedirler. Bu itibarla, diğer fıkralar kapsamında değerlendirilemeyen ve iş ve çalışma hürriyeti aleyhinde işlenen bir fiil, unsurları oluşması kaydıyla en genel hüküm içeren 1. fıkradaki yaptırıma maruz kalacaktır. Bkz. Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.28.

suç tipi düzenlenmişti. Söz konusu madde şu şekildeydi: “Her kim ihafe³⁵ veya tehdit veya cebir ve şiddet veya başka suretlerle sınaat³⁶ veya ticaret serbestisini menederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.” Daha sonra söz konusu maddede 1933 yılında yapılan değişiklik³⁷ ile maddeye bir fıkra daha eklenmiş ve madde iki fıkraya çıkmıştır: “Her kim, cebrü şiddet veya tehdit ile veya her ne suretle olursa olsun sanat veya ticaret serbestisini tahdit veya men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur. /.../ Her kim cebrü şiddet veya tehdit ile gerek ameleyi ve gerek ticaret ve sanat sahiplerini veya müteahhileri yevmiyeleri azaltıp çoğaltmağa veyahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadile bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına âmil olursa altı aydan beş seneye kadar hapis ile cezalandırılır.” 1956 yılına gelindiğinde söz konusu maddenin birinci fıkrasında değişikliğe³⁸ gidilmiş, ikinci fıkrası aynı kalmıştır: “Her kim cebir ve şiddet veyahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.” 201. maddede 1971 yılında son kez değişiklik³⁹ yapılmış ve daha önce iki fıkra olarak düzenlenmiş bulunan maddeye iki yeni fıkra daha eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi olarak, ülkede yaşanan bazı gelişmeler üzerine, toplu şekilde işlenen ve kamu düzenini bozucu nitelikte görülen birtakım fiiller ile suç olup olmadığı kanundan açıkça anlaşılabilen bazı işyeri işgallerinin cezalandırılması gerektiği gösterilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle, işyeri işgalleri, maddenin 3. fıkrası ile suç haline getirilmiş, 4. fıkrada ise maddede düzenlenmiş bulunan her üç suç tipi için ağırlaştırıcı sebepler öngörülmüştür. Söz konusu madde şu şekildeydi: “Her kim cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya menederse üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur. /.../ Her kim cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadiyle bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa sekiz aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. /.../ Her kim yukarıdaki fıkralarda

³⁵ İhafe, korkutmak anlamına gelmektedir.

³⁶ Sınaat, zanaat anlamına gelmektedir.

³⁷ 08.06.1933 Gün ve 2275 s. Kanun, R.G. Tarih-Sayı: 20.06.1933-2432.

³⁸ 29.06.1956 Gün ve 6762 s. Kanun, R.G. Tarih-Sayı: 09.07.1956-9353.

³⁹ 28.09.1971 Gün ve 1490 s. Kanun, R.G. Tarih-Sayı: 03.10.1971-13975.

gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere, cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın, işyerini her ne suretle olursa olsun kısmen veya tamamen işgal ederse bir aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. /.../ Yukardaki fıkralarda gösterilen fiiller silah ile veya kendini tanınmıyacak bir hale koyarak veya birkaç kişi tarafından birlikte işlenirse veya ayrıca bir tahribat meydana getirilmişse yahut mevcut veya mefruz bazı gizli cemiyetlerin husule getirdikleri tehdit kuvvetinden istifade ile işlenmiş ise; ceza iki misli artırılarak hükümlenir. Ancak hükümlenilecek ceza beş seneyi geçemez.”

765 sayılı TCK döneminde, sanat veya ticaret dışında kalan çalışma şekilleri bakımından söz konusu suçun uygulanamayacağı kabul edilmekteydi. Bu bağlamda, avukatlık, doktorluk ve öğretmenlik gibi meslekler maddenin uygulama alanı dışında kalmaktaydı; ancak bu çalışmalar, özel okul, özel klinik, eczane gibi ticarethane biçiminde düzenlenmişse bu suçun meydana geleceği ifade edilmekteydi⁴⁰.

2002 senesine gelindiğinde 4771 sayılı Kanun ile, 765 sayılı TCK'nın 201. maddesinden sonra gelmek üzere 201/a ve 201/b maddeleri de söz konusu fasıl altına eklenmiştir. 201/a maddesi ile genel olarak göçmen kaçakçılığı (krş.5237 sayılı TCK m.79) fiili suç haline getirilmiştir. Söz konusu madde ile, Türkiye tarafından imzalanmış bulunan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”ne ek “Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün gereğinin yerine getirilmesi amaçlanmıştır. 201/b maddesi ile de genel olarak insan ticareti (krş. 5237 sayılı TCK m.80) fiili suç haline getirilmiştir. 201/b maddesi ile Türkiye tarafından imzalanmış bulunan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”ne ek “İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”ün gereğini yerine getirilmesi amaçlanmıştır.

B. Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer

Hürriyetlerin ceza yaptırımı ile korunması, hürriyetleri ihlal eden fiillerin suç sayılması suretiyle mümkün olmaktadır. Ortada hürriyete karşı bir suç olup olmadığını anlamak için bu suçun düzenlendiği ceza normunun koruduğu hukuksal menfaati tespit etmek gerekmektedir. Şayet korunan menfaat hürriyet değilse, ihlal dolayısıyla hürriyetin de sınırlandırılmış veya kaldırılmış olması

⁴⁰ Erman, Sahir, “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Men’i Suçu”, İÜHMF, Yıl:1952, Cilt:18, Sayı:3-4, s.682; Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:III, Özel Hükümler, 3.Bası, Ankara 1985, s.324; Yaşar, Osman, Uygulama ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2001, s.407.

bu suçun hürriyete karşı suç olduğunu göstermez⁴¹.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, TCK'nın İkinci Kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlığını taşıyan İkinci Kısmında yer alan "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde, benzer düzenlemeler getiren 201. maddenin düzenleniş yerine ilişkin olarak doktrinde yapılan bazı eleştiriler⁴² de 5237 sayılı TCK'nın kabulüyle sona ermiş bulunmaktadır.

Söz konusu suç ile korunması amaçlanan hukuksal değer, kişilerin her türlü cebir, şiddet ve tehditten uzak olarak çalışabilmeleri, iş ve sanatlarını icra edebilmeleri, bu yolla toplumsal menfaatin temini ve ekonomik çalışma düzeninin korunması olduğu ifade edilebilir. Ayrıca söz konusu madde ile, bireysel çalışma özgürlüğünün de korunmak istendiğini söyleyebiliriz. Böylece Anayasa'da düzenlenen, çalışma, sözleşme yapma ve serbest girişim özgürlüğünün, buna aykırılığın ceza yaptırımını altına alınması suretiyle daha etkin bir biçimde korunması amaçlanmaktadır⁴³.

C. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

1. Fail

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu açıdan failin işçi veya işveren olması da gerekmez.

Bu suç çok failli bir suç değildir⁴⁴. Ancak, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halin düzenlendiği TCK m.119/1-c fıkrasına göre bu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Failin kamu görevlisi olması ise TCK m.119/1-e'ye göre suçun bir diğer nitelikli halini oluşturmaktadır.

⁴¹ Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.21.

⁴² Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2003, s.79.

⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.319-320; Üzülmüş, Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.108; Erman, Çalışma Hürriyetinin Tahdidi, s.680; Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.82-85; Centel, Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, s.8; Yarsuvat, Duygun, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, Yıl:2, Sayı:7, s.142; Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, "İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu (TCK m.117)", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Yıl:5, Sayı:20, s.254; Soyer, Sesim, "İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı:7, Temmuz 2006, s.100; Kürtün, Hüsamettin, Türk Ceza Hukukunda Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, İzmir 2010, s.67 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

⁴⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.416.

Söz konusu suç bakımından, TCK'nın 60. maddesi bağlamında, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Zira, TCK m.60/4'e göre, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri sadece kanunda açıkça belirtilen hallerde uygulanabilecektir. TCK'nın 117. maddesinde, bu suç bağlamında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması kabul edilmediğinden bu güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Doktrinde, bu suç bakımından da tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanmasına imkan veren bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵.

2. Mağdur

Bu suçun mağduru herhangi bir kimse olabilir. Bu açıdan mağdurun işçi veya işveren olması da gerekmez.

Kamu görevlilerinin, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun mağduru olup olamayacakları sorusunun da yanıtlanması gerekmektedir. Örneğin, TCK'nın 265. maddesinde düzenlenmiş bulunan, görevi yaptırmamak için direnme suçunda da kamu görevlisinin çalışmasının engellendiği, dolayısıyla bunun da çalışma hürriyetine karşı bir suç olduğu düşünülebilir. Ancak burada, kamu görevlisinin yapmakta olduğu görev ve bunun devlet idaresi bakımından arz ettiği önem göz önünde bulundurulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar burada memurun çalışmasının engellendiği söylenebilirse de, ihlal edilen husus, bireysel çalışma hürriyeti değildir⁴⁶.

3. Konu

Söz konusu suçun konusu, iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilen kişidir.

4. Hareket

Bu suçun hareket unsurunu, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek amacıyla, cebir veya tehdit kullanılması ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması oluşturmaktadır⁴⁷. Bu açıdan bakıldığında, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun gerçekleşebilmesi için, tipe uygun haksızlığın cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmesi gerek-

⁴⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.417.

⁴⁶ Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.3; Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu, s.254.

⁴⁷ Soyaslan'a göre, hukuka aykırı bir davranışın çalışma özgürlüğünü ihlal etmesi halinde suç oluşuyorsa, cebir ve tehdidi ayrıca suçun unsuru olarak belirtmenin bir anlamı yoktur; çünkü cebir ve tehdit fiilleri hukuka aykırı fiillerdir. Bkz. Soyaslan, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.817.

tedir⁴⁸. Bu bağlamda, söz konusu suçun sadece maddede sayılan şekillerde gerçekleştirilebilmesi mümkündür, başka bir ifadeyle bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz.

Maddede, söz konusu suçun hareket unsurunu oluşturan cebir, tehdit ve hukuka aykırı başka bir davranış kavramlarına aşağıda kısaca değinmek istiyoruz.

Cebir, *vis absoluta* (mutlak kuvvet) ve *vis compulsiva* (zorlayıcı kuvvet) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ceza hukuku bakımından önem taşıyan cebir türü, zorlayıcı kuvvet şeklinde icra edilendir (çalışmamızın bundan sonraki kısmında kullanılan cebir kavramı ile, zorlayıcı kuvvet şeklindeki cebir türü kastedilecektir), çünkü mutlak kuvvete maruz kalarak bir suç işletilen kişinin, işlenen suç ile arasında manevi bir bağ mevcut değildir. Zorlayıcı kuvvet şeklindeki cebir, TCK'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir⁴⁹. Cebir, bağlamak, tutmak, hapsedmek şeklinde olabileceği gibi, narkoz etkisinde tutmak, uyuşturucu madde veya uyku hapi vermek şeklinde de olabilir. Eşya üzerinde gerçekleştirilen cebirin de TCK m.117/1 anlamında cebir kavramı içine dahil edilebileceği söylenebilir⁵⁰. Kaldı ki 117. maddede,

⁴⁸ “TCK'nın 117/1. maddesinde tanımlanan iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı ve elverişli başka bir davranış gerçekleştirilerek işlenmesi mümkündür. Yargılamaya konu olayda, iddianamede sanığın “aralarında arazi anlaşmazlığı bulunan şikayetçinin yanına gelerek tarlada çalışmalarını engellediği, şikayetçi ve yanındaki tanıkların çalışmak için ısrar etmelerine rağmen şüphelinin çalışmayı engellediği ve şikayetçiye sinkafılı sözlerle hakaret ettiği”nin iddia edilmesine ... hükmün gerekçesinde de cebir, tehdit ve hukuka aykırı bir davranıştan bahsedilmemesine karşın ve sanığın mülkiyetinin ihtilaflı olduğunu kabul ettiği tarlanın etrafına tel çeken katılana mani olmasının, ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimini engelleme niteliğinde olmadığı ve iddianamede hakaret dışında başka bir suç da yüklenmediği gözetilerek beraat kararı verilmesi gerekirken...” (Yargıtay 4.CD, 04.02.2013 T., 2012/33587 E., 2013/2850 K.). “Sanığın dereden toplayarak katılanın işyerine bıraktığı odunların bir başkası tarafından alınması nedeniyle, katılana, “işyerini çalıştırmayacağını söyleyerek, elektrik şalterini kapatması” biçiminde gerçekleşen eyleminin, ne şekilde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturduğu açıklanıp tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması...” (Yargıtay 4.CD, 17.06.2013 T., 2010/27942 E., 2013/18933 K.).

⁴⁹ Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2010, s.314.

⁵⁰ Ersoy'a göre, bazı kimseler tarafından bir sanayi çalışmasını durdurmak için fabrikaya güç sağlayan suyun yolunu kuvvet kullanarak değiştirme veya elektrik enerjisi sağlayan telleri kesme durumlarının varlığı halinde de suç oluşmaktadır. Zira burada önemli olan, kullanılan şiddetin çalışmayı engellemesidir, yoksa şiddet hareketinin şahıs veya eşya üzerinde olmasının önemi yoktur. Bkz. Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s.137. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suç-

hukuka aykırı herhangi bir davranış ifadesine yer verilmiş olması karşısında, eşya üzerinde kullanılan cebirin de bu kapsamda değerlendirilmesi pekala mümkündür. Öte yandan, cebirin mutlaka iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilmek istenen kişiye karşı gerçekleştirilmiş olması da zorunlu değildir, bu bağlamda, mağazaya giren müşterilerin engellenmesi halinde de cebir unsurunun gerçekleştiği söylenebilir⁵¹.

Kullanılan cebirin, yaralama boyutuna ulaşmış olması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de 5237 sayılı TCK kapsamında⁵² cevaplanması gereken bir başka sorudur. Daha önce de ifade edildiği üzere, burada kullanılan cebirin uygulanma amacı, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmektir. Kullanılan cebirin yaralama boyutuna ulaşması halinde, gerçek içtima kurallarının uygulanması suretiyle sonuca gidileceği düşünülebilir. Ancak TCK m.119/2'de, söz konusu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin (TCK m.87) gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir⁵³. Durum böyle olunca, TCK m.117/1 kapsamında kullanılan cebirin TCK m.87 değil de TCK m.86 kapsamında kalması halinde, failin ayrıca kasten yaralamadan dolayı cezalandırılmasının mümkün olmayacağı sonucu çıkmaktadır^{54 55}.

lar, s.408; "Sanıklardan Özlüce Taşıyıcılar Kooperatifi Başkanı A.A. ile şoför sanık M.D'nin, adı geçen kooperatif binası önünden geçerek orman deposuna tomruk naklederken, sefer başı 100 lira ödemeyen müdahil Mehmet Sarı'nın traktörünün önünü kapatıp, lastiklerinin havasını indirmek ve orman emvalini taşımalarını engellemek suretiyle, ticaret özgürlüğünü kısıtladıkları anlaşılmaktadır." (YCGK, 15.12.1980 T., 4/360-435 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.419).

⁵¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.418.

⁵² 657 sayılı TCK zamanında böyle bir sorun bulunmamaktaydı: "Sanığın yanından ayrılıp ayrı bir işyeri açmak isteyen işçisini bu nedenle tehdit edip, boğazını sıkma eyleminin; TC. Yasasının 201/1, 61. madde ve fıkrasındaki özel nitelikteki suç oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın daha genel nitelikteki 191/1. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması; a) Boğazı sıkma eyleminin TC. Yasasının 456/4. maddesine girdiği gözetilmeden tehdit suçunun ögesi sayılması..." (Yargıtay 4.CD, 15.03.1999 T., 1999/1903-2669 E.K.).

⁵³ TCK'daki benzer düzenlemeler için bkz. m.102/4, 103/5, 109/6, 149/2, 265/5.

⁵⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, TCK m.86'nın 2. ve 3. fıkraları dikkate alındığında, m.117'ye nazaran daha ağır ceza içeriyor olmasından dolayı, bu düzenleme tarzının adalet ve hakkaniyete uygun olmadığını ifade etmektedirler. Bu nedenle yazarlar, TCK m.117'de öngörülen ceza miktarının gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.418. Kanaatimizce, yazarların vermiş oldukları örnekteki 2. fıkranın 1. fıkrası olması gerekmektedir. Zira maddenin son şeklinde, 1. fıkrada öngörülen hapis cezası 1 yıldan 3 yıla kadarken, 2. fıkrada öngörülen hapis cezası 4 aydan 1 yıla kadardır.

⁵⁵ "Sanığın, çalışma hürriyetini ihlal amacıyla iki katilani silahla tehdit edip basit tıbbi müdahaleyi gerektirir şekilde yaralaması eyleminde, yaralamanın maddede öngörülen suçun cebir unsuru olması karşısında, TCK'nın 119/2. maddesi yollamasıyla 117/1, 43. maddeleri gere-

Tehdit, bir kişi üzerinde psikolojik etkide bulunmak suretiyle o kişinin irade serbestisini ortadan kaldırmaya yönelik bir fiildir⁵⁶. Tehdit suçu genel itibariyle TCK'nın 106. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. TCK m.117/1'de de tehdit unsuruna yer verilmiş olması nedeniyle nasıl bir uygulama yapılacağı sorusu akıllara gelebilir. TCK m.117/1'de yer verilen suçun bağlı hareketli bir suç olduğu, tehdit (veya cebir) olmaksızın bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığı hususu dikkate alındığında, TCK m.117/1'in, TCK m.106'ya göre özel hüküm niteliğinde olduğu ve öncelikle özel hüküm niteliğindeki iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşup oluşmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Benzer değerlendirmelerde bulunan Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da bu hususa vurgu yapılmıştır: *"Sanığın, diğer sanıklarla birlikte mağdura ait iş yerine giderek orada çalışan işçilere 'burada çalışmayacaksınız...' diyerek tehdit içeren sözler söylediklerinin soruşturma evresinde alınan tanık anlatımlarında belirtilmiş olması karşısında, eylemin özel hüküm niteliğindeki 5237 sayılı Yasanın 117. maddesi kapsamında iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan, genel nitelikteki tehdit suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir"*⁵⁷; *"Sanıkların işyerlerine silahla girerek benzin pompasına el koymak suretiyle (burayı kapattık, herkes çekilsin) diyerek manevi zor (tehdit) kullanmaktan ibaret eylemleri, TCK m.201/1-son'a uyar; tehdit eylemi bu suçun ögesi olduğundan ayrıca TCK m.191/2 ile ceza verilemez."*⁵⁸; *"Sanığın, katılanın inşaatında çalışma yapan işçileri 'malzemelerinizi toplayın, size burada inşaat yaptırmam, eğer gitmezseniz, birkaç gün sonra kendiliğinizden gidersiniz' şeklinde tehdit ederek iş ve çalışma hürriyetini ihlal ettiği kabul edildiği halde..."*⁵⁹; *"Sanıkların katılanın demir doğrama atölyesine birlikte giderek, sanık Cengiz Şahin'in katılanı 'bu ayın on yedisine kadar dükkanı kapatacaksın, işçilerini dağıt, ya sen beni sinkaf edersin ya da ben seni', sanık Turan Göktekin'in ise 'Ereğli küçük bir yer bunu unutma seninle görüşeceğiz' biçiminde sözlerle tehdit etme eylemlerinin iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan yetersiz gerekçe ile tehdit suçundan hüküm kurulması..."*⁶⁰; *"Sanığın belediyede işçi olarak çalışmakla birlikte Akdeniz internet kafenin resmi olmayan sahibi olduğu, katılanın da sonradan Lider internet kafe adında bir işyeri açtığı, aralarında rekabet bulunduğu, ko-*

ğince ceza tayini gerekirken, ayrıca yaralama suçundan da hüküm kurulması..." (Yargıtay 4.CD, 07.03.2013 T., 2010/28583 E., 2013/6398 K., kaynak: www.kazanci.com).

⁵⁶ Çınar, Ali Rıza, Tehdit Suçu, Ankara 2002, s.63.

⁵⁷ Akt. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.419 dn.213.

⁵⁸ Yargıtay 4.CD, 01.02.1996 T., 8495/919 E.K., YKD Mayıs 1996, s.808.

⁵⁹ Yargıtay 4.CD, 28.11.2011 T., 2009/20854 E., 2011/22341 K.

⁶⁰ Yargıtay 4.CD, 22.05.2013 T., 2011/19782 E., 2013/15694 K.

nuşma içerikleri ve tehdit nedenlerine göre sanığın, katılanı daha sonra açtığı internet kafenin kendi ticari gelirine zarar vermesi nedeni ile tehdit ettiği, savunmasında da kendi müşterilerini çaldığı, sürekli kendisini şikayet ettiği ve haksız rekabette bulunduğunu ileri sürdüğü dikkate alındığında, eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 117/1 ve 119/1-c maddelerinde tanımlanan iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunu oluşturup oluşturmayacağına tartışılmaması...⁶¹.

Tehdit halinde kişi, bir saldırının veya kötülüğün, ileride gerçekleştirileceği beyanıyla korkutulmuş, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır⁶². Tehditte, ileride gerçekleşeceği söylenen kötülüğün oluşturduğu manevi bir zorlama söz konusudur⁶³. Tehdidi, cebirden ayıran hususların başında, tehdidin geleceğe yönelik olması gelmektedir. Tehdidin mutlaka bireye yönelik yapılmış olması şart değildir; malvarlığı bakımından zarara uğratılacağı ya da herhangi bir kötülük yapılacağına yönelik ifadeler de fiilin tehdit olarak nitelendirilmesi için yeterlidir⁶⁴. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, tehdit içeren fiillerin mağdurun iradesini etkileyecek ölçüde olması gerektiğidir⁶⁵. Buradaki

⁶¹ Yargıtay 4.CD, 25.03.2013 T., 2011/13507 E., 2013/8377 K.

⁶² "Aynı duraktan yolcu taşıyan sanığın yakınına; 'bu duraktan yolcu almayacaksın, alırsan; ağzını, burnunu kırarım' biçiminde sözler söylemekten ibaret eyleminin, T.C. Yasasının 201 ve 61. maddelerine uyduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 188/1. maddesiyle hüküm kurulması..." (Yargıtay 4.CD, 17.09.1996 T., 1996/5950-6683 E.K., YKD Kasım 1996, s.1821.).

⁶³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.313.

⁶⁴ "Yakınan Celal'e ait işyerine, yeniden ortak olmak isteyen ve bu isteği reddedilen sanığın "beni ortak etmezsen bu ekmeği sana yedirmem, bu kursa kilit vurdururum" demekten ibaret eyleminin TCY'nin 201/1, 61. maddelerine giren suçu oluşturduğunun gözetilmemesi..." (Yargıtay 4.CD, 28.03.2001 T., 2001/1757-3271 E.K.).

⁶⁵ "Çorum İli'ne bağlı ... Köyü'nde bir sağlık evi inşaatına karar verilip, gerekli işlemlerin usulen tamamlandığı ve olay günü müteahhit Ekrem'in işçilerini alarak yanında köy muhtarı ve ilgililer olduğu halde arsa başına gelerek çalışmaya başladıkları, bu sırada köyden olan sanıklar Ramazan. Hasan Hüseyin, Şükrü ve (O.K.) nin yanlarına gelerek (sağlık evini bu yere yaptıramayız...) gibi sözlerle çalışmaya engel olmak istedikleri, orada bulunan müteahhit ve köy muhtarının (Buraya yapılmaya karar verildi... Görevimizi engellemeyin... Netice değişmez... Bir kere karar verilmiş... Buraya yapılacak) gibi sözlerle onları yatıştırmak ve engellemelerini önlemek istedikleri, ancak (Buraya kazı yapmayacaksınız... Bildiğiniz yere gidin) diyerek sanıkların, orada çalışanların üzerine yürüdükleri ve bu arada Şükrü'nün belinden tabancasını çekerek müteahhit Ekrem'in üzerinden havaya doğru iki el ateş edip ayrıca yüzüne bir de tokat attığı, bunun üzerine işçilerin işi bıraktıkları, müteahhit ve muhtarın yanındaki Memduh'a ait eve sığındıkları, sanıkların ise çevrede bekleyen 15 saat kadar süreyle onları dışarı çıkarmadıkları ve bu suretle yapılacak inşaat işini bir süre engelledikleri görülmüştür. /.../ Bu açıklamalar doğrultusunda olayımıza bakacak olduğumuzda sanıkların, müstekiler ve onların mahiyetindeki işçilerin iş ve çalışma hürriyetlerini tahdit ve men ettikleri ve tahdit ve men eyleminden sonra ayrıca taraflar arasında kavga çıktığı, bu halin daha önce oluşan suçun hukuki niteliğini değiştirmeyeceği cihetle..." (YCGK, 17.02.1986 T., 180/47 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.412-418).

değerlendirme, objektif kriterler esas alınarak yapılacaktır⁶⁶.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundaki tehdidin silahla, imzasız mektupla, özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak veya kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde TCK m.119/1'e göre, verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Dikkat edilirse benzer ağırlaştırıcı nedenlere tehdit suçunda da (TCK m.106/2) yer verilmektedir. Ancak burada özel normun önceliği prensibi gereği yalnızca 119/1'e göre artırım yapılması, 106/2'nin ise uygulanmaması gerekmektedir⁶⁷. Burada dikkat edilmesi gereken son husus ise, 119/1'de belirtilen ağırlaştırıcı nedenlerin, TCK m.61/3'e göre, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamaları gerektiğidir.

Söz konusu suçun hareket unsurlarından sonuncusunu "*hukuka aykırı başka bir davranış*"⁶⁸ oluşturmaktadır.

Her ne kadar 5237 sayılı TCK ile söz konusu ifadeye ilk defa yer verildiği söylene de, kavramsal gelişim başlığı altında ayrıntılı olarak bahsettiğimiz üzere, 765 sayılı TCK döneminde de benzer bir ifadenin madde metninde mevcut olduğunu düşünmekteyiz. 765 sayılı TCK'nın 201. maddesinde 1956 yılında yapılan değişiklikten önce madde metni şu şekildeydi: "*Her kim, cebrü şiddet veya tehdit ile veya her ne suretle olursa olsun sanat veya ticaret serbestisini tahdit veya men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.*" Maddeyle ilgili önemli eleştirel tespitlerde bulunan Erman'a göre, söz konusu suç bağlamındaki hareket,

⁶⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.419.

⁶⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda yazılan karşı oyda, bizim savunduğumuz görüşün aksine şu şekilde bir tespitte bulunulmuştur: "*Eylem her ne kadar iş ve çalışma hürriyetinin ihlali niteliğinde ise de, silahla tehdit niteliğindeki eylemin cezasının TCK'nın 106/2. maddesi uyarınca 2 yıldan 5 yıla, 117/1. maddesindeki suçun cezasının ise 6 aydan 2 yıla kadar hapis olduğu gözetildiğinde, 119. madde eylemde silah kullanılması nedeniyle uygulansa bile bir kat artırımla en fazla 4 yıl hapisle cezalandırılabilir. İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun işlendiği sırada unsur niteliği taşıyan tehdidin TCK'nın 106/2. maddesinde öngörüldüğü biçimlerde, olayımızdaki gibi silahla ve birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi durumunda unsur niteliğindeki suçun cezasına bileşik suçun cezasını aşar nitelikte olması nedeniyle ayrıca cezalandırılması gerektiğinden ve failin 117. madde yanında ayrıca silahla tehdit suçundan da cezalandırılması gerektiği...*" (Yargıtay 4.CD, 21.04.2014 T., 2013/1750 E., 2014/12799 K., karar yayımlanmamıştır.).

⁶⁸ TCK'da yalnızca 9 adet suç tipinde (TCK m.112, 113, 114, 115, 117, 118, 123, 223, 224) "*hukuka aykırı başka bir davranış*" ifadesine yer verilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu bu ifadeye ağırlıklı olarak hürriyete karşı işlenen suçlarda yer vermeyi uygun görmüştür.

sanat veya ticaret serbestisini tahdit veya menetmekten ibarettir. Ancak sanat veya ticaret serbestisinin muayyen vasıtalarla men veya tahdit edilmesi gerekmektedir. 201. maddenin 1. fıkrasına göre bu vasıtaların başında “cebrü şiddet” ve “tehdit” gelmekle beraber, Kanun bununla yetinmemiş ve ayrıca sanat veya ticaret serbestisinin “her ne suretle olursa olsun” men veya tahdit olunmasını da suç saymıştır. *Erman*’a göre, mehz İtalyan Ceza Kanunu’nda da “her ne suretle olursa olsun” tabiri kullanılmakta ise de, bu bambaşka bir anlama gelmektedir. Zira mehz Kanun’un ilgili maddesinde “cebir veya tehditle sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya meneden kimse” denilmektedir. Buradan çıkan sonuca göre, mehz Kanun’daki bu tabir, vasıtalara değil, neticelere karşılık gelmekte, tahdit veya men’in şekil ve türü bakımından fark olmadığını ifade etmektedir; başka bir ifadeyle vasıtalar yalnızca cebir veya tehdit olarak kalmaktadır. 765 sayılı TCK’da ise, “her kim cebrü şiddet veya tehdit veya her ne suretle olursa olsun sanat veya ticaret serbestisini tahdit veya menederse” denilmek suretiyle aynı tabir neticeye müteallik olmaktan çıkarılmış ve vasıtalara izafe edilmiştir. Böylece, mehz Kanun’un tercümesinde yapılan bir zaaf, maddenin anlamını tamamıyla değiştirmiş ve her ne suretle olursa olsun çalışma hürriyetinin men veya tahdidini cezalandırma yoluna gitmek gibi yanlış bir neticeye sebebiyet vermiştir. *Erman*’a göre, bu açıdan bakıldığında maddede bir çelişki olduğu ortadadır. Zira, ticaret veya sanat serbestisinin “her ne suretle olursa olsun” men veya tahdidi suç sayıldıktan sonra, bunun cebrü şiddet veya tehditle işlenmesi lüzumunun ayrıca işaret edilmesine ihtiyaç yoktur. *Erman*, böyle bir çelişkinin mehz İtalyan Ceza Kanunu’nda mevcut olmadığını da sözlerine eklemektedir⁶⁹. *Erman*’ın makalesini kaleme aldığı tarih olan 1952 yılından sonra 1956 yılında 201. maddede yapılan değişiklik ile, *Erman*’ın eleştirileri karşılanmış ve maddenin 1. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Her kim cebir ve şiddet veyahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.” Maddede yapılan bu değişiklikten sonraki dönemde, Yargıtay vermiş olduğu kararlarda cebir, şiddet veya tehdit sayılmayan hallerin varlığı durumunda bu suçun oluşmadığına karar vermiştir⁷⁰.

Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK’nın hazırlanması aşamasında, 765 sayılı TCK döneminde birçok eylemin, maddenin mevcut şekli karşısında yaptırımsız kal-

⁶⁹ Erman, Çalışma Hürriyetinin Tahdidi, s.684.

⁷⁰ “Sanıkların zor ve şiddet kullanmaksızın geceleri vitrin camlarını kırmaktan ibaret eylemlerinde TCK’nın 201. maddesinde gösterilen suç öğelerinin oluşmadığının gözetilmemesi yasa-ya aykırıdır.” (Yargıtay 4.CD, 05.02.1996 T., 1996/250-956 E.K.).

diği gerekçe gösterilmiş olsa gerek ki, bu boşluğu doldurmak için, 1956 yılından önceki metninde yer alan “*her ne suretle olursa olsun*” ifadesinin güncel ve biraz da teknik karşılığı olan “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesine 50 sene sonra yeniden TCK’da yer verilmiştir.

Yapmış olduğumuz bu retrospektif bakıştan sonra, hukuka aykırı başka bir davranış ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili açıklamalarda bulunmak istiyoruz.

Hukuka aykırı başka bir davranış ile kastedilmek istenen, cebir ve tehdit dışında kalan her türlü harekettir⁷¹. Bu duruma örnek olarak, üye sayısı kabarıklık bir işçi sendikasının üyelerinin bir mağazaya gelip, mağazada sergilenen mallara bakıp yoklamaları, ama gün boyu hiçbir şey satın almayıp, bu yolla gerçek müşterilerin alışveriş yapmalarını engellemeleri hali gösterilebilir⁷². Hukuka aykırı başka bir davranışın suç olması da mümkündür. Örneğin, iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak (m.109) suretiyle de işlenebilir. Bu durumda bileşik suç (m.42) kurumu gereği faile yalnızca m.117’de yer alan suçun cezası mı verilecek, yoksa gerçek içtima kurumu gereği her iki suçtan da (m.109 ve m.117) ayrı ayrı mı ceza verilecektir? Bilindiği üzere, bileşik suçun iki görünüm şekli bulunmaktadır: İlk görünüm şeklinde, bir suçun diğerinin unsurunu oluşturması söz konusudur. Bileşik suçun bu şekilde, bileşik suçu meydana getiren suçların niteliği değişmekte, ortaya başka nitelikte bir suç çıkmaktadır. İkinci görünüm şeklinde ise, bir suçun diğer bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak kabul edilmesi durumu söz konusudur ve nitelikli unsur durumunda bulunan suç bağımsızlığını kaybetmektedir. Bileşik suçun bu her iki görünüm şeklinde de dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır: Kanunda açıkça unsur veya nitelikli hal olarak gösterilen suç bağımsızlığını kaybedecektir; bileşik suçun tanımında unsur veya nitelikli hal olarak açıkça belirtilmeyen suçlar ise bağımsızlıklarını korumaya devam edeceklerdir⁷³. Bu açıdan m.117/1’e bakıldığında, yalnızca hukuka aykırı başka bir davranıştan söz edilmekte ancak bu davranışın ne olduğu belirtilmemektedir. O halde, yukarıdaki örnekteki gibi durumların varlığı halinde gerçek içtima kurumu gereği her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilmesi gerekecektir⁷⁴.

⁷¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.419; Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.256.

⁷² Centel, Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, s.9.

⁷³ Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.482-483.

⁷⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda sadece kasten yaralama suçu bakımından gerçek içtima öngörülmüş ise de, gerçek içtimanın bununla sınırlı olmadığı da görülmektedir. Yazarlara göre bu tartışmaları ortadan kaldırmak ve gerçek içtimayı mümkün kılmak için m.212’deki gibi bir düzenleme yapılması yerinde

Madde metninde geçen, hukuka aykırı başka bir davranışın mutlaka suç oluşturması şart değildir, hukuka aykırı olması yeterlidir. Özel hukuk-kamu hukuku arasında bir ayırım yapılmadığına göre, hukuka aykırı davranışın herhangi bir hukuk dalından kaynaklanması yeterlidir⁷⁵. Bu yorum tarzının bazı durumlarda amacı aşan bir duruma dönüşebileceği, bu bağlamda, haksız rekabet, yalan haber, hatta sözleşmeye aykırılığın bile hukuka aykırılık olarak kabul edilmesinin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir⁷⁶. Örneğin, belirli süreli bir iş sözleşmesinin taraflarından birinin sözleşmeyi haklı bir sebep olmaksızın sona erdirmesi durumunda bile 117. maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir. Benzer şekilde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen⁷⁷ ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonucu olarak işverenin mahkeme kararına rağmen işçiyi işe başlatmaması durumunda işveren, işçiye tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır. Bu durumda işverenin, işçiyi işe başlatmaması hukuka aykırı bir davranış (haksız fiil) sayılabileceğinden 117. maddedeki suçun da oluşacağı söylenebilir⁷⁸. Bütün bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, 5237 sayılı TCK ile, önceden sadece hukuki bir anlaşmazlık olarak değerlendirilebilecek bu ve benzeri olaylarda, 117. maddedeki suçun da oluşması söz konusu olabilecektir. Ancak, 1982 Anayasası'nın 38/8. maddesinde, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü dikkate alındığında, 117. maddede ifade edilen *"hukuka aykırı başka bir davranış"* ifadesinin Anayasa'ya aykırılığının gündeme gelebileceği çok açık ortadadır⁷⁹. Pek tabidir ki, kanun koyucunun bu ifade ile, 117. maddenin uygulama alanını, Anayasa'ya da aykırı olabilecek nitelikte bu denli geniş tutmak istediğini düşünmek doğru olmasa gerekir. Ancak

olacaktır. Bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.420

⁷⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.420.

⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok'a göre, burada davranışın suç teşkil etmesinden değil, hukuka aykırı olmasından söz edildiği için, hile de iradeyi sakatlayan bir yöntem olarak hukuka aykırılık oluşturduğundan, suç oluştursun ya da oluşturmasın, hukuk düzeninin ve özellikle iş mevzuatının yasal saymadığı her türlü davranışın bu kapsamda ele alınması gerekmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.321-322.

⁷⁷ İş Kanunu m.21/1: *"İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur."*

⁷⁸ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.69-70. Karşı görüş için bkz. Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.256 (Yazarlara göre, iş sözleşmesinin haksız nedenle feshin sonuçları İş Kanunu'nda düzenlendiği için, böyle bir davranışın ceza hukuku bakımından ayrıca ele alınmasına gerek yoktur.).

⁷⁹ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.69; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.420.

maddenin lafzi yorumundan başkaca bir sonuç çıkartılması da mümkün gözükmemektedir⁸⁰. Sonuç olarak, kanaatimizce, “*hukuka aykırı başka bir davranış*” gibi içeriği tam belli olmayan, geniş yorum yoluyla özel hukuk uyumsuzluklarını da kapsamına alması mümkün olan ve bu açıdan bakıldığında kanunilik prensibine de aykırılık teşkil edebilecek bu ibarenin gerek 117. maddeden, gerek TCK’daki diğer maddelerden çıkartılması ve böylelikle uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi gerekmektedir.

5. Netice

TCK m.117/1’de düzenlenmiş bulunan suç, neticeli bir suçtur. Bu nedenle, söz konusu suçun tamamlanabilmesi için yalnızca hareketin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda neticenin de gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu suçun netice kısmını, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali oluşturmaktadır.

Yargıtay 765 sayılı TCK zamanında bu suçu neticeli bir suç olarak kabul etmesine rağmen⁸¹, 5237 sayılı TCK zamanındaki yeni tarihli kararlarında söz konusu suçu neticeli bir suç olarak görmemektedir⁸².

765 sayılı TCK’nın 201. maddesinden farklı olarak, TCK m.117’de yer alan suçun netice unsurunu, sanat veya ticaret serbestisi değil, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK zamanında, bu suçla korunan hususun sanat ve ticaret serbestisi olduğu, dolayısıyla burada sanayi veya ticaret

⁸⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.420; Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.70.

⁸¹ “*Sanığın tehdidinden sonra yakınanın aynı yerde ticaretini sürdürüp sürdürmediğinin araştırılıp, sürdürülmemiş ise TCK’nın 61. maddesinin uygulanması gerekirken, suçun tam kaskıma olanaklı bulunmadığı da gözetilmeden aynı Yasanın 62. maddesinin uygulanması bozma nedeni sayılmıştır.*” (Yargıtay 4.CD, 09.10.2000 T., 5567/6437 E.K.) Akt. Kürtün, Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, s.75. “*Sanıkların, yakınının ucuz satış yapmasını engellemek amacıyla zor kullandıklarında satışı önleyip önlemedikleri ve sonuç alıp almadıkları araştırılarak sonucuna göre suçun tamamlanıp tamamlanmadığının tartışılmaması...*” (Yargıtay 4.CD, 20.04.1998 T., 2926/3734 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.421). “*Sanığın zorlamasının yakınanı balık satın almasını önleyip önlemediğinin araştırılıp, sonucuna göre suçun tamamlanıp tamamlanmadığının tartışılması, tamamlanmamış ise TCY’nin 201, 61. maddelerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmesi gerekirken, eksik soruşturmaya dayanarak yazılı biçimde hüküm kurulması...*” (Yargıtay 4.CD, 27.09.1995 T., 5273/6093 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.426).

⁸² “*765 sayılı TCK’nın 201/1. maddesinde suçun tamamlanması için “men veya tehdit” neticesi aranmış iken, 5237 sayılı Kanun’un 117/1. maddesinde aynı konu “çalışma hürriyetini ihlal” sözcükleriyle ifade edilmiş olup, kanuni tanımda yer alan seçenek hareketlerin gerçekleştirilmesi ile özgürlüğün ihlali sonucu meydana geleceğinden, incelenen dosyada tehdit sözünün muhataba ulaşması ile suçun tamamlanacağı ve suçun teşebbüse elverişli bulunmadığı...*” (Yargıtay 4.CD, 17.12.2012 T., 2011/9258 E., 2012/30508 K.).

faaliyeti sayılacak bir çalışmanın kastedildiği kabul edilmekteydi. TCK m.117'de ise, sanat ve ticaret serbestisi kavramına özellikle yer verilmediği görülmektedir. O halde, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali için failin hareketinin, mağdurun sanayi veya ticari alandaki faaliyetine yönelmiş olması gerekmemektedir. Hükümle korunan hukuksal değer, sanayi ve ticaret faaliyeti değil, iş ve çalışma hürriyetidir. İş ve çalışma hürriyeti ise, sanayi ve ticaret faaliyetini de içine alan daha geniş bir anlama sahiptir. Buna göre, iş ve çalışma hürriyetinden, gelir elde etmek amacına yönelik yasal her çeşit ekonomik faaliyetin ve özellikle mal veya hizmet üretmek faaliyetinin kastedildiği ortadadır⁸³.

Doktrinde, TCK'nın 117. maddesinde kullanılan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali deyiminin kapsamının ve sınırının oldukça belirsiz olduğu, bunun da kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, kanunilik ilkesine göre, ceza normlarının açık, kesin ve belirli olması gerektiği, oysa 765 sayılı TCK'nın 201. maddesinde yer alan ifadelerin bile ne anlama geldiği o dönem doktrin ve uygulamada birçok tartışmalara yol açmışken, TCK m.217'de kullanılan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali gibi daha belirsiz bir kavrama yer verilmiş olmasının daha önemli tartışmalara gebe olacağı ifade edilmektedir⁸⁴.

Bütün bu belirsizlik ve tartışmalara rağmen, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali ifadesinin kapsamının net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali, hem genel anlamda çalışma özgürlüğünü, hem de işçi ya da işverenin özgür iradeleri ile serbestçe sözleşme yapma özgürlüğünün ihlali olarak düşünülmelidir. Söz konusu iş ve çalışma hürriyetinin, iş sözleşmesi ve serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, şahsi-özel şekilde ifa edilen avukatlık, öğretmenlik, doktorluk faaliyetleri, Türk Ticaret Kanunu kapsamında olmamasına rağmen, başka bir ifadeyle ticari mahiyet taşıyorsa dahi, 117. madde kapsamında değerlendirilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, TCK'nın diğer maddelerini de dikkate almak ve özel hüküm niteliğinde olan maddeleri gözden kaçırmamak gerekmektedir. Örneğin, TCK m.112, m.265/2 vs. 117. maddenin kapsamının zaman içinde içtihatlar yoluyla ve doktrin tarafından netleşeceği ortadadır⁸⁵.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, iş ve çalışma hürriyetinin, iş sözleşmesi ve

⁸³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.417; Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.52.

⁸⁴ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.55.

⁸⁵ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.55-56; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.417.

serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, kamu görevlileri ile devlet arasındaki ilişkinin TCK m.117 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁶. Bu bağlamda, üzerinde durulması gereken bir sorun bulunmaktadır: Vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarına karşı işlenen fiiller bu madde kapsamında değerlendirilecek midir? Bu sorunun ortaya çıkmasına, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar⁸⁷ neden olmuştur. Söz konusu kararın esasını oluşturan uyuşmazlık, vakıf üniversitesi bünyesinde sözleşmeli olarak görev yapan bir öğretim üyesinin sözleşmesinin feshine ilişkin işlemin, idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerinde mi, yoksa özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde mi görüm ve çözüme kavuşturulması noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi, konuyu ayrıntılı bir şekilde tartıştıktan sonra, vakıf üniversiteleri tarafından çalıştırılan öğretim üyelerinin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırıldıkları, öğretim üyelerinin statüleri, göreve alınmaları, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında kamu personeli olduklarına karar vermiştir. Bu açıdan bakıldığında, öğretim üyelerinin sözleşmelerinin feshine ilişkin işlemin de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte birer idari işlem niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de idari yargının görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu noktadan hareketle, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kamu görevlisi olduğu kabul edilen vakıf üniversitesinde çalışan öğretim üyelerine karşı iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun işlenemeyeceğini düşünmekteyiz.

İş ve çalışma hürriyetine bu şekilde kısaca değindikten sonra şimdi de madde metninde geçen *"ihlal"* kavramı üzerinde durmak istiyoruz. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da, *"tahdit veya men"* terimi yerine *"ihlal"* terimine yer verilmiştir. İhlal terimi, tahdit veya men terimlerinden daha genel bir anlama sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, ihlal terimi, güçleştirme, engelleme, sınırlama, ortadan kaldırma gibi tüm bu terimleri de kapsayan üst bir anlama gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, m.117/1'de yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, diğer fıkralarda yer alan fiilleri de kapsar; başka bir deyişle, 117. maddenin diğer fıkralarında belirtilen fiiller de esas itibarıyla iş ve çalışma hürriyetinin ihlalini oluşturmaktadırlar⁸⁸.

İhlal, kişilerin iş ve çalışmalarına ilişkin faaliyetlerin en azından geçici bir

⁸⁶ Özbeke/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.417.

⁸⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.12.2012 T., 2012/223-282 E.K.

⁸⁸ Özbeke/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.421; Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.59.

süreliğine de olsa normal iş ve çalışma düzeninden uzaklaştırılmasını ve bu düzenin bozulmasını ifade etmektedir. Ancak bu düzenin tamamen bozulması ve hiç iş yapamayacak hale gelmesi gerekmez. Bu durumlara örnek olarak, iş yerine girmek veya ticarethane açmak isteyen kişinin engellenmesi gösterilebilir⁸⁹.

Burada ifade edilen ihlalin geçici ya da sürekli olması önem arz etmemektedir. Bu nedenle suç kesintisiz suç özelliği taşımaz, ancak ihlalin süreklilik göstermesi de mümkündür. Neticenin gerçekleştiğinin kabulü bakımından yapılan hareketin ihlal boyutuna ulaşması gerekmektedir, aksi halde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenecektir. Madde metninde açıkça ihlal eden ibaresine yer verildiğinden dolayı, söz konusu suçun bir zarar suçu olduğu söylenebilir⁹⁰.

6. Suçun Nitelikli Halleri

TCK'nın 117. maddesinde, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna ilişkin nitelikli hale yer verilmemiştir. Ancak, hürriyet aleyhine işlenen bazı suçlar için ortak hüküm olan 119. maddede bazı nitelikli hallere yer verilmiştir. 119. maddenin 1. fıkrasında, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, silahla⁹¹, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte⁹², var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin

⁸⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.421.

⁹⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s421.

⁹¹ "Sanığın, üzerine yüklenen çalışma özgürlüğünü kısıtlama suçunu, emanette bulunan oyuncak tabanca ile işlediği hususu sabittir ve bu hususta bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Ancak, TCY'nin 201/son maddesinde düzenlenen yasal artırıcı sebebin uygulanabilmesi için, çalışma özgürlüğünü kısıtlama suçunun mutlak silahla işlenmesi zorunluluğu yoktur. Oyuncak tabanca ile işlenmiş bulunsa bile, önemli olan suçun işlenmesinde kullanılan aracın (somut olayda oyuncak tabanca) mağdur üzerinde olağan durumda etki yaratıp yaratmadığıdır. Sanık, mağdurun minibüsünün önüne çıkarak emanette kayıtlı oyuncak tabancasını çekip doğrultarak, onun köyün içinden geçen yolun kullanmasını engellemiş, suçta kullandığı oyuncak tabancanın mağdur üzerinde korkutucu etki yarattığı iddia, tanık anlatımları ve tüm dosya ile anlaşılmış, mağdur bu sebeple ilçeye ulaşan olağan yolu kullanmayıp, daha uzun mesafeli ve elverişsiz, güzergahında yolcu alma olanağı bulunmayan bir başka yolu kullanmak zorunda kalmıştır. O halde, sanığın suçta kullandığı oyuncak tabanca, mağdur üzerinde olağan durumda korkutucu nitelikte etki yarattığından ve TCY'nin 201/son maddesinde düzenlenen yasal artırıcı sebebin uygulanabilmesi için suçun mutlaka silahla işlenmesi gerekmediğinden, sanık hakkında TCY'nin 201/son maddesi uygulanmalıdır." (YCGK, 16.04.1996 T., 4/69-80 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.411-412).

⁹² "Sanıkların, iddianamede, mağdurun yanına gelerek her ikisini de mağdura hitaben "buradan yolcu alamazsın, seni öldürürüz, keseriz" şeklinde tehdit etmeleri biçiminde tanımlanan eylemlerinin "birlikte iş ve çalışma hürriyetini ihlal" suçunu oluşturduğu..." (Yargıtay 4.CD, 10.06.2013 T., 2011/5202 E., 2013/18029 K., kaynak: www.kazanci.com)

sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda verilecek cezanın bir kat artırılacağı hükme bağlanmıştır.

D. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru

Maddede bahsedilen suç, yalnızca kasten işlenebilir, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Suçun işlenmesi bakımından genel kast yeterlidir, özel kasta gerek yoktur⁹³. Buna karşılık Yargıtay, söz konusu suçun işlenebilmesi için özel kastın varlığını gerekli görmektedir. Yargıtay'a göre: *"Akaryakıt pompası bayisi olan sanığın, aynı işi yapan katlanı 'müşterilerimi çalamazsın, bayilik almayacaksın, senin çoluğunu çocuğunu yetim bırakırım' biçiminde silahla tehdit etme eyleminin, TCY'nin 117/1, 119/1- maddelerine uyan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmayacağı özel kasit açısından tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması bozmayı gerektirir."*⁹⁴. Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında da benzer tespitlerde bulunulmuştur: *"Sanığın kendisi gibi tüp gaz ticaretiyle uğraşan yakınana "sana buralara gelme, buralarda satış yapma, seni öldürürüm demedim mi" diyerek gaz tabancasıyla havaya ateş etmekten ibaret eyleminin, çalışma özgürlüğünü sınırlama özel kastıyla gerçekleştirildiği ve TCY'nin 201/1-son maddelerine uyduğu gözetilmeden..."*⁹⁵. *"a) Tehdit eyleminin gerçekleştirildiği saptanın ise, sanığın özel kastı araştırılıp açıklığa kavuşturularak, aa) Eylemin çalışma özgürlüğünü sınırlama amacıyla gerçekleştirildiği saptandığında TC Yasasının 201/1., bb) Eylemin kiracı olan yakınına otelden çıkarmak amacıyla gerçekleştirildiği saptandığında ise ayın Yasanın 308/2-4 madde ve fıkralarının uygulanması..."*⁹⁶. *"Müştekilerle aynı işi yapan sanığın müşterilerin işyerine gelerek, işyerinde bulunan müşteki Mürsel'i müşteriye nakliye gönderirsen sonucuna katlanırsın diyerek tehdit ettiği ve darp ettiğinin anlaşılması karşısında, eylemlerinin özel kast açısından ... kanununun 117. maddesinde düzenlenen ve şikayete bağlı olan iş ve çalışma özgürlüğünü engelleme suçunu oluşturup oluşturmayacağının karar yerinde tartışılması gerekirken..."*⁹⁷. *"Sanıkların eylemlerinin '...şikayetçi ile aralarında benzer işi yapmaları nedeniyle rekabet bulunduğu... olay günü sabahı sanık İ.H.G. ile çocuğu olan sanık O.G.'nin şikayetçinin işyerinin önüne gittikleri, sanık İ.H.'nin işyerinin*

⁹³ Soyaslan, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.818.

⁹⁴ Yargıtay 4.CD, 14.11.2011 T., 2009/17013 E, 2011/20988 K.

⁹⁵ Yargıtay 4.CD, 29.04.1998 T., 3289/4200 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.421.

⁹⁶ Yargıtay 4.CD, 11.02.1998 T., 11792/867 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.422.

⁹⁷ Yargıtay 15.CD, 17.01.2013 T., 2012/12113 E., 2013/563 K. (Kaynak: www.kazanci.com).

içerisine girdiği, sanık İ.H.'nin şikayetçiye saldırdığı, diğer sanığın işyerinin dışında bekledikleri, sanık İ.H.'nin dışarı çıkartıldığı sırada sanık O.G.'nin tabanca ile ateş ettiği, işyerinin çeşitli yerlerine merminin isabet ettiği' biçiminde olduğunun kabul edilmesi, mağdurun kollukta işyerini kapatması hususunda tehdit edildiğini belirtmesi karşısında, sanıkların eylemlerinin özel kasıt açısından iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan..."⁹⁸.

Bir kimsenin bir işçiyi yaralaması halinde, tedavisi süresince işe gidemeyen işçinin çalışma hürriyetinin de ihlal edilmiş olduğu ortadadır. Fakat failin, işçiyi yaralarken onun çalışma hürriyetini engellemek maksadıyla hareket etmediği durumlarda mağdurun çalışma hürriyetinin de sınırlanmış olmasının bu suçta çalışma hürriyetine karşı bir suç haline getirmeyeceği ortadadır⁹⁹.

117. maddede bahsedilen, cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışın, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etme kastıyla yapılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle mahkeme, failin gerçekleştirmiş olduğu eylemin iş ve çalışma hürriyetini ihlal etme kastı taşıyıp taşımadığını tespit etmek zorundadır¹⁰⁰.

Suçun oluşumu açısından failin saiki de önem arz etmez. Bu açıdan suçun, ekonomik, siyasi, dinsel, siyasi ya da diğer herhangi bir saikle işlenmiş olması arasında fark bulunmamaktadır. Yargıtay da benzer görüştedir: *"Sanıkların, Aslanapa İlçesi'nde fırın işletmesini engellemek amacıyla yakınları tehdit ettikleri kabul edildiği halde, eylemlerinin TCY'nin 201/1 ve 61. maddelerine uyduğunun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir."* (4.CD, 1.3.1994 T., 1993/9543 E., 1994/1613 K.).

Suçun genel kastla işlenmesi gerekli ve yeterli olduğundan dolayı, bu suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür¹⁰¹.

⁹⁸ Yargıtay 4.CD, 21.04.2014 T., 2013/1750 E., 2014/12799 K., karar yayımlanmamıştır.

⁹⁹ Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.1-2.

¹⁰⁰ *"Sanıkların, yanlarında kimliği saptanamayan iki kişi ile birlikte ve sanık Şahin'in de elinde sustalı bir bıçak bulunduğu halde, aynı ticari faaliyeti sürdürmekte olan ve aralarında bu nedenle rekabet ve husumet bulunan katılanların işyerine giderek, dükkanı açmamaları konusunda yönelttikleri tehdit içeren sözlerin, TCY'nin 201/son maddesine uyup uymadığının tartışılmaması..."* (4.CD, 31.10.2003 T., 2002/26173 E., 2003/10445 K.). *"Simitçilik yapan sanığın, bakkallık yapan ve kendisinden ucuz simit satan müştekiyi, birkaç kere uyardıktan sonra olay tarihinde bakkal dükkanına giderek kendisinden ucuz simit satmaması için tornavida ile tehdit etmekten ibaret olan eyleminin, özel hüküm olan TCY'nin 117/1 ve 119/1.a maddesine uyan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması..."* (Yargıtay 4.CD, 17.09.2012 T., 2012/18549-17156 E.K., kaynak: www.kazanci.com).

¹⁰¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.423.

E. Hukuka Aykırılık

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu bakımından gündeme gelebilecek üç çeşit hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünmekteyiz: Kanunun hükmünün yerine getirilmesi (m.24/1), amirin emrini ifa (m.24/2) ve hakkın kullanılması (m.26/1).

Bu suç bağlamında uygulanabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan kanunun hükmünün yerine getirilmesi, TCK'nın 24/1. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddeye göre *"Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez."* Bu bağlamda, örneğin, iş güvenliği kurallarına uymadığı tespit edilen işyeri hakkında ilgili mevzuat hükümleri gereği işyeri kapatma cezası verilmesi halinde, kanunun hükmü yerine getirildiği için işyeri hakkında kapatma kararı veren kişi bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

Bu suç bağlamında uygulanabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden ikincisi olan amirini emrini ifa, TCK'nın 24/2. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddeye göre *"Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz."* Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte olduğu gibi, iş güvenliği kurallarına uymadığı tespit edilen işyeri hakkında verilen kapatma cezasını uygulayıp işyerini mühürleyen görevli bu hukuka uygunluk sebebinden istifade edecektir.

Bu suç bağlamında uygulanabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden sonuncusu ise, TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan hakkın kullanılması oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre *"Hakkını kullanan kimseye ceza verilemez."* Bu hukuka uygunluk nedenine örnek olarak, alacaklı olduğu işyerine hacze gidip işyerindeki üretim makinelerini haczedene alacaklıyı gösterebiliriz. Hukuka uygun bir şekilde, alacağını icra marifetiyle almak isteyen alacaklının, borçlunun işyerindeki makineleri haczetmesi sonucunda işyerindeki üretim durmuş olacağından iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edileceği ortada olsa da, alacaklının hukuken geçerli alacağını tahsil amacıyla hakkını kullandığından hareketle bu hukuka uygunluk nedeninden istifade etmesi söz konusu olacaktır.

F. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1. Teşebbüs

Yargıtay'ın aksi görüşteki kararlarına rağmen¹⁰², iş ve çalışma hürriyetinin

¹⁰² "765 sayılı TCK'nın 201/1. maddesinde suçun tamamlanması için "men veya tehdid" neticesi aranmış iken, 5237 sayılı Kanun'un 117/1. maddesinde aynı konu "çalışma hürriyetini ihlal"

ihlali suçunun teşebbüse elverişli olduğunu düşünmekteyiz¹⁰³. Failin, icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması mümkündür. Örneğin, A'nın dükkanını açmasını cebir kullanarak engellemeye çalışan B'nin eyleminin, diğer esnafın olay yerine gelmesi sonucu tamamlanamaması halinde, B'nin iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçuna teşebbüs etmiş olacağı söylenebilir.

2. İştirak

Söz konusu suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda, bu suça iştirakin her türlü mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. TCK'nın 119. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiş bulunan, birden fazla kişi tarafından birlikte işleme durumunun iştiraktan farklı olduğunu ifade etmek gerekmektedir. İştirakte, suça ilişkin fiillerin bazı bölümlerinin farklı zamanlarda ve ayrı ayrı işlenmesi mümkün olabileceği gibi, bu hareketlerin tek bir fail tarafından gerçekleştirilmesi ve diğer şeriklerin faile başka şekillerde yardım etmeleri hatta azmettirmede olduğu gibi faile hiç yardım edilmemesi de mümkündür. Oysa TCK m.119/1-c'de düzenlenmiş bulunan bu nitelikli halin uygulanması için, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin birden çok kişi tarafından ve birlikte yapılması gerekmektedir¹⁰⁴.

sözcükleriyle ifade edilmiş olup, kanuni tanımda yer alan seçenek hareketlerin gerçekleştirilmesi ile özgürlüğün ihlali sonucu meydana geleceğinden, incelenen dosyada tehdit sözünün muhataba ulaşması ile suçun tamamlanacağı ve suçun teşebbüse elverişli bulunmadığı...” (Yargıtay 4.CD, 17.12.2012 T., 2011/9258 E., 2012/30508 K.).

¹⁰³ “Yakınan M.D.nin olay sonrasında ticaretini sürdürmediğine ilişkin olarak iddiasını doğrulayan kanıtlar gösterilip tartışılmadan, TCY'nin 201/1 ve 61. maddeleri yerine, yazılı biçimde hüküm kurulması...” (Yargıtay 4.CD, 26.05.1999 T., 4819/5784 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.420). “Sanığın eyleminden sonra mağdurun çalışmasını sürdürdüğüün anlaşılması karşısında, eylemin eksik kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi...” (Yargıtay 4.CD, 12.05.1998 T., 4235/5030 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.421). “Sanıkların tehdidinden sonra, yakınanın çalışmasını sürdürüp sürdürmediği araştırılarak sonucuna göre TCY'nin 61. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağıının tartışılması gerekirken...” (Yargıtay 4.CD, 21.03.1996 T., 1402/2522 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.424). “Sanığın, müdahili köy postacılığı yapmaması ve yolcu taşımaması için silahla tehdit ettiği kabul edilmesine göre, eyleminin TCK'nın 201. ve 62. maddeleri kapsamına giren ticaret serbestisini men ve tahdide teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı gerekçe ile silahla tehdit olarak kabulü ile TCK'nın 188/3. maddesiyle ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 4.CD, 18.04.1984 T., 2476/2911 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.431). “Sanığın tehdidinden sonra, yakınanın dondurma satma eylemini sürdürüp sürdürmediği araştırılıp sonucuna göre, TCY'nin 61. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağıının tartışılmaması...” (Yargıtay 4.CD, 17.03.1997 T., 1439/1904 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.424).

¹⁰⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.422.

3. Suçların İçtimalı

Suçların içtimalı ile ilgili olarak bu başlık altında yapılan açıklamaların yanında, yukarıda, hareket başlığı altında yapılan açıklamalara da bakılmalıdır. Zira konu bütünlüğünü sağlamak açısından, içtimal ile ilgili bazı özel durumlar yukarıda bu başlık altında ele alınmıştır.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin şartlarının oluştuğu takdirde uygulanmasına bir engel olmadığını düşünmekteyiz¹⁰⁵.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, aynı zamanda, özel nitelikteki diğer kanunlarda veya TCK'daki diğer maddelerde düzenlenmiş bulunan suçları¹⁰⁶ da oluşturması mümkündür. Böyle bir durumda, suçların içtimalı bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel nitelikteki en önemli kanun olarak 2822 sayılı *"Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu"*nu (TİSGLK) gösterebiliriz. Söz konusu kanunun 68-81. maddeleri arasında çeşitli suçlar düzenlenmiştir. Bu suçlara bakıldığında genel itibariyle, toplu iş sözleşmesi¹⁰⁷, grev ve lokavtla ilgili suçlar olduğu görülmektedir. Bu maddeler arasında düzenlenen suçların da esas itibariyle 117. maddede yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturacakları söylenebilir. Bu durumda 2822 sayılı Kanun hükümleri mi yoksa TCK m.117 mi uygulanacaktır? Bu sorun, genel kanun-özel kanun, önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi çerçevesinde çözüme kavuşturulabilir. Her ne kadar 2822 sayılı

¹⁰⁵ Yargıtay da benzer görüştedir: *"Suçun birden fazla mağdura karşı tek fiille işlendiği kabul edilerek TCK'nın 43/2. maddesi uyarınca yapılan artırım sırasında..."* (Yargıtay 4.CD, 17.12.2012 T., 2011/9258 E., 2012/30508 K.). *"Aynı gün yarım saat arayla işlenen çalışma özgürlüğünü sınırlama eylemlerinin, aynı suç işleme kararıyla işlenip işlenmediğinin ve TCY'nin 80. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılmaması..."* (Yargıtay 4.CD, 02.10.1997 T., 7455/7883 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.422).

¹⁰⁶ *"Sanığın, taşımali eğitim gereği öğrencileri taşıyacak sürücülerini belirlemek üzere valilikte yapılacak ihaleye girmek için güvence parası yatıran yakınına tehdit edip üzerine yürüyerek ihaleden çekilmesini sağlamakla ibaret eyleminin TCY'nin 366/1. maddesine uyup uymayacağı tartışılmadan aynı Yasanın 201/1. maddesi ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır."* (Yargıtay 4.CD, 18.06.2001 T., 6464/7560 E.K., YKD Nisan 2002, s.640).

¹⁰⁷ 2822 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre toplu iş sözleşmesi *"...hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere..."* yapılan bir sözleşme olduğundan, 2822 sayılı Kanun'un uygulama kapsamına iş sözleşmesiyle çalışan ve bu bakımdan işçi sıfatını taşıyanlarla, bunları çalıştıran işverenlerin girecekleri açıktır. Bu itibarla, 2822 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından işçinin, iş kanunlarına tabi olup olmaması, Borçlar Kanunu kapsamında kalması, yani bireysel iş ilişkilerini düzenleyen hükümlerin mahiyeti önem taşımaz. Bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 4.Bası, Ankara 2011, s.281.

Kanun özel kanun ise de, TCK genel kanun olmakla birlikte sonraki kanun niteliğindedir. Böyle olunca da, genel kanun olsa da, sonraki kanun olan TCK önceki kanunda yer alan benzer düzenlemeleri yürürlükten kaldırmış sayılır¹⁰⁸. Bu tespit, 2822 sayılı Kanun'un "*Tekerrür hali ve daha ağır cezanın uygulanması*" başlıklı 81. maddesinin 2008 yılında 5728 sayılı Kanun'la mülga olmadan önceki halinde daha net bir şekilde yapılmaktaydı. Söz konusu 81. maddede şöyle denilmekteydi: "*Bu Kanunda suç sayılan fiiller diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirdiği takdirde daha ağır ceza uygulanır.*" 2822 sayılı Kanun'da yer alan suçların neredeyse hemen hepsinin hapis cezasının m.117'dekinden daha az olduğundan dolayı, çoğu durumda TCK'nın uygulanması söz konusu olmaktaydı. Ancak kanaatimizce, 2822 sayılı Kanun'un 81. maddesinin mülga olmasından sonra da eski uygulamanın devam etmesi gerektiği, böylelikle 2822 sayılı Kanun'da yer alan suçların aynı zamanda TCK'nın 117. maddesine girmesi halinde, TCK'nın uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

TCK m.119/2 ile, gerçek içtima kurallarının uygulanmasına yönelik bir düzenleme getirilmiştir. TCK m.119/2'de, söz konusu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin (TCK m.87) gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Durum böyle olunca, TCK m.117/1 kapsamında kullanılan cebrin TCK m.87 değil de TCK m.86 kapsamında kalması halinde, failin ayrıca kasten yaralamadan dolayı cezalandırılmasının mümkün olmayacağı sonucu çıkmaktadır^{109 110}. Başka bir ifadeyle, kasten yaralamanın basit halleri bakımından fikri içtimadan söz edilebilecektir. Bu durumda, iş ve çalışma hür-

¹⁰⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.424.

¹⁰⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, TCK m.86'nın 2. ve 3. fıkraları dikkate alındığında, m.117'ye nazaran daha ağır ceza içeriyor olmasından dolayı, bu düzenleme tarzının adalet ve hakkaniyete uygun olmadığını ifade etmektedirler. Bu nedenle yazarlar, TCK m.117'de öngörülen ceza miktarının gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.418. Kanaatimizce, yazarların vermiş oldukları örnekteki 2. fıkranın 1. fıkrası olması gerekmektedir. Zira maddenin son şeklinde, 1. fıkrada öngörülen hapis cezası 1 yıldan 3 yıla kadarken, 2. fıkrada öngörülen hapis cezası 4 aydan 1 yıla kadardır.

¹¹⁰ Yargıtay da benzer görüştedir: "*Sanık Tamer Kozay'ın, müşteki Tahir Kalaycı'yı iş ve çalışma hürriyetini ihlal amacıyla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralaması eyleminin, TCK'nın 119/2. maddesi uyarınca 117/1 maddesi kapsamında kalması karşısında, sanığın ayrıca TCK m.86/2 maddesi gereğince cezalandırılmayacağını gözetilmemesi...*" (Yargıtay 4.CD, 17.06.2013 T., 2012/14166 E., 2013/19046 K.). "*Sanığın ekmek verdiği bakkallara, başka bir fırında çalışan yakınının ekmek vermesi nedeniyle vurup 7 gün alışılmış uğraştan kalacak biçimde yaraladığının oluşa uygun kabulü karşısında, bu maddi sorun çalışma özgürlüğünü sınırlama cürmünün ögesi olduğu gözetilmeden ayrıca TCK'nın 456/4 ile hüküm kurulması...*" (Yargıtay 4.CD, 24.02.1999 T., 58/1089 E.K. Akt. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.420).

riyetinin ihlali sırasında uygulanan cebir, 86. madde anlamında bir yaralama boyutuna ulaşmış ise, fikri içtima kurumu gereği faile en ağır olan ceza verilecektir. İfade etmemiz gerekir ki, burada bileşik suçtan söz etmek mümkün değildir, çünkü daha önce de ifade ettiğimiz üzere, 117. maddede sadece cebirden söz edilmiş ancak işlenen suç açıkça belirtilmemiştir¹¹¹.

Son olarak, yukarıda da bahsedildiği üzere, 117. maddede geçen “*hukuka aykırı başka bir davranış*”ın aynı zamanda bir suç oluşturması durumunda da gerçek içtima kurumu gereği her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerekeceğini, başka bir ifadeyle suçların içtimalı kurumunun işletilmeyeceğini ifade edebiliriz¹¹².

G. Yargılama

1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali, takibi şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu suçun takibi şikayete bağlı olduğundan, CMK'nın 253. maddesi gereği bu suç uzlaşma kapsamında bulunmaktadır. Bu nedenle uzlaşma işlemi yapılmadan karar verilmesi kanuna aykırı olacaktır¹¹³.

¹¹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.425.

¹¹² Yargıtay'da benzer görüştedir: “5237 sayılı TCK'nın 117/1. maddesinde tanımlanan iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranış gerçekleştirilerek işlenebilir. Yargılamaya konu somut olayda; sanığın, katılanlara “Şahin de siz de burada çalışacak olursanız, ananızı avradınızı sinkaf ederim, sizi öldürürüm” demekten ibaret eyleminde, yüklenen iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun, tehdit etmek sureti ile gerçekleştiği, hakaretin ise maddede yer alan “hukuka aykırı başka bir davranış” olarak nitelendirilemeyeceği ve ayrıca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, hakaret suçunun maddedeki hukuka aykırı davranış kapsamına dahil olduğu ve suçun unsurlarını teşkil ettiğinden bahisle beraat kararı verilmesi...” (Yargıtay 4.CD, 17.12.2012 T., 2011/9258 E., 2012/30508 K.).

¹¹³ “Sanıkların üzerine atılı 5237 sayılı TCK.nun 117. maddesinde düzenlenen çalışma hürriyetini ihlal ve aynı yasanın 125. maddesindeki hakaret suçunun 5237 sayılı TCK.nun 73. maddesi ve CMK.nun 253. ve 254. maddelerinde göre uzlaşma kapsamında bulunduğu, buna göre uzlaştırma işlemi yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 1.CD, 08.07.2008 T., 2008/1982-5731 E.K., kaynak: www.kazanci.com). “5237 sayılı TCY.nin 117. maddesinde çalışma özgürlüğünü engelleme suçu için seçeneği ceza öngörülmesi ve kovuşturulması yakınmaya bağlı suç olarak düzenlenip uzlaşma hükümlerinin uygulanmasının olanaklı bulunması karşısında, her iki yasanın ilgili maddeleriyle denetime olanak verecek biçimde ayrı ayrı hükümler kurulup sonuçları karıştırılmadan...” (Yargıtay 4.CD, 14.01.2008 T., 2006/6430 E., 2008/46 K., kaynak: www.kazanci.com).

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suç için öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır¹¹⁴. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

V. Sömürü Suçu (m.117/2)

A. Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer

Sömürü suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer ile benzerlik göstermektedir. Bu nedenle, yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerliliğini korumaktadır. Ancak özel olarak bu suç tipi ile korunması amaçlanan hukuksal değerlerden ilkinin, kişinin sömürüye maruz kalmama hakkı, ikincisi belki de en önemlisinin ise "*insan onuru*"¹¹⁵ olduğunu söyleyebiliriz. İnsan onuruyla ilgili olarak aşağıda ayrıntılı açıklamalarda bulunulacaktır.

Köleliğin dünyada yasaklanmasının üzerinden çok uzun süre geçmiş olmasına karşın, insanoglunun başka insanları sömürme isteği sona ermemiştir. İnsanlık tarihinde, bazı insanların, kendilerinden daha zayıf insanlar üzerinde etkili tasarrufları her zaman var olmuştur¹¹⁶.

Anayasa'da sömürülmeme hakkı açık bir şekilde belirtilmemiş olsa da, çeşitli maddelerden bu hakkın anayasal bir hak olduğunu çıkartmamız mümkündür. Bu maddelerden ilki, zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18. maddedir. Söz konusu maddeye göre "*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*" Çalışma hakkı ve ödevinin düzenlendiği 49. maddeye göre ise "*Çalışma, her-*

¹¹⁴ "*Suçun, hapis veya adli para cezası şeklinde seçeneekli yaptırım içermesi karşısında hangi hukuksal gerekçelerle hapis cezasının tercih edildiğinin Yargıtay denetimine olanak sağlayacak şekilde hükmün gerekçesinde gösterilmemesi...*" (Yargıtay 4.CD, 17.12.2012 T., 2011/9258 E., 2012/30508 K.).

¹¹⁵ Söz konusu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, İzmir 1999, s.1 vd. (yayımlanmamış doktora tezi); Seymen Çakar, Ayşen, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumları Dizisi, 11-12 Ekim 2012 Antalya (Sempozyumda sunulan bildirisi).

¹¹⁶ Dinler, Veysel, "Cinsel Sömürü Amaçlı İnsan Ticareti Suçunun Yöntemi ve Mağdurları (İsparta Örneği)", Yerelden Küresele Sınırşan Suçlar, (Ed. S. Özeren, M.A. Sözer ve O.Ö. Demir) Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2010, s.190.

kesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”¹¹⁷ Çalışma şartları ve dinlenme hakkının düzenlendiği 50. maddede ise “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.” denilmektedir. Son olarak, ücrette adaletin sağlanması başlıklı 55. maddeye göre “Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.”

Anayasa'nın yukarıda bahsedilen söz konusu maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, sömürülmeme hakkının da anayasal bir hak olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

B. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

1. Fail

Söz konusu suç bağlamında, failin herhangi bir özellik göstermediğini ifade edebiliriz. Bu açıdan söz konusu suçun faili herhangi bir kimse olabilir, failin mutlaka işveren olması zorunlu değildir.

Bu suç tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Her ne kadar suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlenmişse de (m.119/1-c) bu durum söz konusu suç çok failli bir suç yapmamaktadır. Failin kamu görevlisi olması da (m.119/1-e) nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Mağdur

Bu suçun mağduru herhangi bir özellik göstermemektedir. Söz konusu su-

¹¹⁷ Kaboğlu'na göre, çalışma hakkı, nasıl olursa olsun bir işe sahip olmakla sınırlı bir hak değildir. Çalışma ortam ve koşulları bu hakkı tamamlar. Birer alt kategori olarak belli haklar sağlanmışsa o zaman çalışma hakkından söz edilebilir. Bu haklara örnek olarak şunlar gösterilebilir: İş güvenliği hakkı, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, çalışma sürelerinin uygun ölçülerde tutulmasını isteme hakkı, çalışan çocuk, kadın ya da gençlerin özel olarak korunmalarıyla ilgili haklar, adil ücret hakkı, ücretli tatil, dinlenme hakkı, boş zaman bulabilme hakkı, yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun işlerde çalıştırılmayı isteme hakkı; sosyal güvenlik hakkı; eşit işe eşit ücret hakkı. Bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.239-240.

çün mağduru herhangi bir kimse olabilir. Bu açıdan bakıldığında, mağdurun mutlaka işçi olması da gerekmemektedir.

3. Konu

Söz konusu suçun konusu, çaresiz, kimsesiz ve bağlı durumda olmasından dolayı, ücret hakkı ihlal edilen veya insan onuru ile bağdaşmayan çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınan kişidir.

4. Hareket

Söz konusu suçun hareket unsuru şu şekilde tanımlanabilir: Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya bu durumda bulunan kişi veya kişileri, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak. Bu açıdan bakıldığında, söz konusu suçun ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir:

- *Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak,*

- *Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak.*

Sömürme ile kastedilmek istenen, mağdurların içinde bulunduğu durumdan failin haksız ve sürekli yarar sağlamak amacıyla yararlanmasıdır. Sömürme, yarar sağlamanın sürekli olmasını gerektiren bir durum olduğundan, çaresiz durumdaki bir kimseye bir kereye özgü düşük ücretle götürü bir işin yaptırılması ya da bu kişinin bir kereye özgü zor koşullarda çalıştırılması halinde bu suçun oluşmayacağını söyleyebiliriz¹¹⁸.

Söz konusu hareket unsurlarını incelemeye geçmeden önce, madde metninde özensiz kullanıldığını düşündüğümüz birkaç kelime üzerinde durmak istiyoruz. 117. maddenin 2. fıkrasında, ilk hareket şekli için “*kişi veya kişileri*” ifadesi kullanılmaktadır. Doktrindeki bir görüş, hükümde yer alan “*kişi veya kişileri*” ibaresinin yerinde olmadığını, çünkü böyle bir ibarenin, mağdurun birden fazla olması durumunda sanki tek bir suçun oluşacağı izlenimini verdiği, oysa bunun doğru olmadığı, bu nedenle yalnızca “*kişi*” ifadesinin kullanılması-

¹¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.322; Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.256-257.

nın yeterli olacağını ifade etmektedir¹¹⁹. Biz de bu eleştiriye aynı gerekçelerle katılmaktayız. Madde metnindeki bir başka eksiklik ise, ikinci hareket şeklinde yalnızca “kişiyi” ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Aynı metinde, “kişi veya kişileri” ifadesine yer verildikten sonra “veya bu durumda bulunan kişiyi” ifadesine yer vermek suretiyle, mağdurun sanki tek bir kişi olması gerektiği, mağdurun birden fazla olması halinde bu suçun gerçekleşmeyeceği şeklinde bir izlenime yol açılabileceğinden maddenin özensiz bir şekilde kaleme alındığını ifade edebiliriz.

Yine madde metninde kullanılan bağlaçlar bakımından da benzer bir sıkıntının olduğunu ifade edebiliriz. Şöyle ki; maddenin 2. fıkrasında geçen “Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını...” ile “insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına...” ifadelerindeki “ve” bağlacının “veya” anlamında mı kullanılmak istendiği yoksa öyle mi yorumlanması gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada, çalışma ve konaklama koşullarının her ikisinin mi bir arada aranması gerektiği, yoksa yalnızca birisinin varlığının suçun oluşumu bakımından yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre¹²⁰ madde metninde arada “ve” bağlacına yer verilmiş olmasından dolayı insan onuruyla bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşulunun birlikte gerçekleşmesi gerektiği, çalışma veya konaklama koşullarından birisi insan onuruyla bağdaşmayacak nitelikte ise bu suçun gerçekleşmeyeceği ifade edilmektedir. Buna karşılık doktrindeki diğer görüşe göre¹²¹, buradaki “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacının kullanılmamış olmasının nedeni, tek başına uygunsuz konaklama koşullarına tabi kılmak durumunda bu suçun oluşmayacağını belirtmek için olmalıdır. Bu ifadeyi, insan onuruyla bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarının bir arada bulunması gerektiği biçiminde anlamak yerinde olmaz, zira maddenin bütünü çalışma ile ilgilidir. Çalışmadan bağımsız bir konaklama kavramı, maddenin koruma alanı içinde yer almaz. Benzer tespitler, “Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını...” ifadeleri için de geçerlidir. Kanaatimizce, maddenin konuluş amacı ve söz konusu maddeyle korunması amaçlanan hukuksal değer birlikte ele alındığında, söz konusu kavramlar arasındaki “ve” bağlacını mutlak bir şekilde değerlendirmek, başka bir deyişle sayılan bu unsurlardan birisi gerçekleşmediği vakit suçun oluşmayacağını savunmak doğru olmayacaktır. Buradaki bağlaç kullanımının, bilinçli bir şekilde yapılmadığını (gerekçede de bunun bilinçli bir şekilde yapıldığı yolunda bir açıklama bulunmamaktadır) bilakis TCK’nın birçok maddesinde yer alan

¹¹⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.426.

¹²⁰ Soyer, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.104.

¹²¹ Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.196-197.

dilbilgisi hatalarından birisi olduğunu düşünmekteyiz. Bu açıdan bakıldığında, mağdurun, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma koşullarına (veya çalışma koşullarıyla birlikte konaklama koşullarına) tabi kılınması halinde bu suçun oluşacağını; buna karşılık mağdurun yalnızca insan onuru ile bağdaşmayacak konaklama koşullarına tabi kılınması halinde bu suçun oluşmayacağını ifade edebiliriz. Yaptığımız bu tespitler, “Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını...” kavramları için de geçerlidir¹²².

Bu açıklamalardan sonra, söz konusu suçta yer verilen iki seçimlik hareketi ayrı ayrı incelemeye geçebiliriz.

- Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantsız düşük bir ücretle çalıştırmak:

Sömürü suçunun gerçekleşebilmesi için, tipe uygun haksızlığın, çalıştırılan kişinin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu suçun sadece maddede sayılan şekillerde gerçekleştirilebilmesi mümkündür, başka bir ifadeyle bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak burada kullanılan, “çaresizlik”¹²³, “kimsesizlik”¹²⁴ ve “bağlılık”¹²⁵ kavramlarının çok belirsiz kavramlar olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu bağlamda, ne anlama geldikleri çok da net olmayan bu kavramların madde

¹²² Benzer görüş için bkz. Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.196-197; Kürtün, Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, s.93-94.

¹²³ Çaresizlik, kişilerin üstesinden gelemedikleri maddi veya manevi sorunlarının olması anlamına gelmektedir. Çaresizliğin kaynağı çok çeşitli olabilir: Ailevi, ekonomik, fiziksel, duygusal vb. Bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.87; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.320; Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.254. Soyaslan’a göre çaresizlik, mağdurun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlar itibarıyla hayatını devam ettirmek için ücretsiz veya düşük ücretle çalışmaya razı olmaktan, insan onuruyla bağdaşmayan şartlarla çalışmaktan ve kendisine barınak yeri olarak gösterilen yerde kalmaktan başka imkanının olmaması demektir. Bkz. Soyaslan, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.820.

¹²⁴ Kimsesizlik, mağdurun sorunlarıyla ilgilenen kimsenin bulunmayışı, kendisine bakan ve yardım eden kimsenin olmayışıdır. Mağdurun aile yakınlarının olması, ancak hiç kimsenin mağdurun sorunlarıyla ilgilenmemesi halinde o kişi kimsesizdir. Bkz. Soyaslan, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.820; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.320-321; Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.254.

¹²⁵ Bağlılık, gerek ailevi, gerek sözleşmesel, gerekse başka türlü bağlarla ilişki içinde bulunduğu kimselerin, mağdur üzerinde sahip olduğu otorite ilişkisini ifade etmektedir. Burada fail, mağdur üzerinde sahip olduğu otorite ilişkisinden, mağduru sömürmek amacıyla yararlanmaktadır. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.321; Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.255; Soyaslan, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.820.

metninde kullanılmış olmalarının, hem kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan ceza normlarının belirli olmaları kuralına aykırılık oluşturduğu, hem de hükümün uygulama imkanını daralttığı eleştirileri yapılmaktadır. Bu nedenle, bu ifadelerin tek tek değerlendirilmeleri yerine tümünün bir arada ele alınması ve bu açıdan bakıldığında burada çalışma hakkının kullanılması bakımından kişinin özgür ve serbest iradesiyle karar veremeyecek bir durumda olmasının ifade edilmek istendiği düşünülebilir. Çaresizlik, kimsesizlik ya da bağıllık esas itibarıyla bu iradeyi ortadan kaldıran unsurlar olarak ele alınmalıdır¹²⁶.

Ülkemizde sigortasız işçi çalıştıran kişilerin sayılarının çokluğu düşünüldüğünde, bu suçun aslında her gün yüz binlerce kez işlendiği ifade edilmekte ve bu nedenle söz konusu kavramların madde metninden çıkartılması ya da amacı ifade eden kavramlara yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁷.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, bu suçun kasten işlenebildiğinden hareketle, failin kastının, sömürüyü de içerdiği, başka bir ifadeyle failde sömürme kastı bulunmadığı hallerde bir kişinin çaresizlik nedeniyle düşük ücretli bir işte çalıştırılmış olması halinde bu suç tipinin gerçekleşmiş olmayacağı ifade edilmekte, bunun önüne geçebilmek için uygulamada büyük bir ihtimalle düşük ücretle çalıştırmanın sömürü kastının varlığı için yeterli kabul edileceği yönünde bir kanaatin gelişeceği belirtilmektedir¹²⁸. Kanaatimizce, bu görüşte olan yazarların eleştirilerinde haklılık payı olmakla birlikte, sömürmenin kasta dahil bir unsur olarak kabul edilmesi fikrine katılmamaktayız. Elbette ki failin kastından söz edilebilmesi için, tipikliğin maddi (objektif) unsurlarının tamamının bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir (m.21/1). Ancak madde metninde geçen “sömürmek suretiyle” ifadesinin, failin kastının sömürmeyi de içerdiği şeklinde kabul edip, diğer maddi unsurlar gerçekleşmesine rağmen failin sömürme kastının olmadığından bahisle failin beraatine karar vermenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Metinde geçen “sömürmek suretiyle” kanaatimizce hareketin gerçekleştiriliş şeklini ifade etmek için kullanılmış bir ifadedir. Kaldı ki, kişinin çaresizliğini, kimsesizliğini veya bağıllığını sömürmek suretiyle kişiyi ücretsiz olarak vs. çalıştıran kişinin sömürmeden başka bir kastının olmayacağı da ortadadır.

Madde metninde açıklığa kavuşturulması gereken belirsiz ifadelerden bir diğeri ise “sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantsız”¹²⁹ ifadesidir. Buradaki

¹²⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.427.

¹²⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.428.

¹²⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.427.

¹²⁹ Söz konusu kavramın belirsiz olduğu yolundaki görüş için bkz. Bostancı-Tüfekçi, Gülşah, “İş

orantısızlığın neye göre ve nasıl belirleneceği sorusunun net bir şekilde cevaplandırılması gerekmektedir. Her şeyden önce, “*sağlanan hizmet*” ifadesinin dilbilgisi açısından doğru olmadığını, doğru olanın “*verilen hizmet*” olması gerektiğini düşünmekteyiz. İkinci olarak, buradaki orantısızlıkla kastedilmek istenenin, her şeyden önce, asgari ücretin altında işçi çalıştırılması olduğunu düşünmekteyiz¹³⁰. Ancak asgari ücretin altında her çalıştırmanın bu suçu oluşturacağını söylemek de doğru olmayacaktır. Örneğin, asgari ücretin net 1.000 TL olduğunu düşünelim; failin, mağduru 990 TL ücret ile çalıştırması halinde, kanunda aranan “*açık bir şekilde orantısızlık*” şartı gerçekleşmemiştir denilebilir; buna karşın, aynı mağduru 500 veya 600 TL ücretle çalıştırılması halinde ise açık bir orantısızlığın olduğu belirlenmeli ve suçun olduğu kabul edilmelidir. İşçi tarafından verilen hizmetin ortalama karşılığının, asgari ücretin çok üstünde olduğu durumlarda nasıl hareket edileceği de bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, ülkesindeki savaştan kaçıp Türkiye’ye sığınan ve dünya çapında tanınmış bir virtüöz olan mültecinin, fail tarafından aylık 2.000 TL karşılığı çalıştırıldığını, bu virtüözün serbest piyasada çalışsa alması gereken ücretin aylık 10.000 TL olduğunu düşünelim. Acaba bu durumda, maddede aranan diğer şartların da varlığı halinde, söz konusu suçun gerçekleştiği söylenebilecek midir? Kanaatimizce burada, verilen hizmet ile açık bir şekilde orantısızlık olduğu kabul edilerek söz konusu suçun gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir. Pek tabidir ki, verilen hizmetin piyasa koşullarında ne kadar olduğunun tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve sonuca göre hakim tarafından, söz konusu ücretin açık bir şekilde orantısız olup olmadığı takdir edilmelidir.

- Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak:

Sömürü suçunun bu şeklinin gerçekleşebilmesi için de, tipe uygun haksızlığın, çalıştırılan kişinin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu suçun bu şeklinin sadece maddede sayılan hareketlerle gerçekleştirilebilmesi mümkündür, başka bir ifadeyle sömürü suçunun bu işleniş şeklinin de bağlı hareketli olduğunu belirtebiliriz.

ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof.Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s.833.

¹³⁰ Soyaslan’a göre, işverenin, çalıştırdığı bir işçiye asgari ücretin altında her ücret ödemesi bu suçu oluşturmayacaktır. Bkz. Soyaslan, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.821.

Biraz önce yapmış olduğumuz eleştirilerin burada da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Zira, metinde geçen *“insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kıl(mak)”* ifadesinin kanunilik prensibiyle çok da uyumlu olmadığını düşünmekteyiz.

Metinde geçen *“çaresizlik”, “kimsesizlik”* ve *“bağlılık”* ve *“sömürü”* kavramları ile ilgili olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerliliğini aynen sürdürmektedir.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken en önemli husus *“insan onuru”* kavramıdır. Zira suçun bu şeklinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, maddede bahsedilen hareketlerin, insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle insan onuru kavramıyla ilgili kısa bir açıklamada bulunma ihtiyacı duymaktayız.

Felsefi ve dinsel açıdan binlerce yıllık bir geçmişe sahip olan insan onuru kavramının, hukuksal bir kavram olarak kullanılması oldukça yenidir. İnsan onuru, hukuk devletinde en yüksek hukuksal değerdir. İnsan onuru, pozitif hukuktan bağımsız olarak geçerli olan hukuksal bir normdur. İnsan haklarının temelini bakıldığında, mutlak, dokunulmaz ve temel değer olan insan onurunun bulunduğunu görmekteyiz. Yalnızca insan olmak, onura ve haklara sahip olmak için yeterlidir. İnsan onurunu korumayı ve ona saygı göstermeyi kendisi için ödev saymayan ve bu konuda gerekli önlemleri almayan bir devlet, hukuksal metinlerde kendisinin hukuk devleti olduğunu vurgulasa da, özgürlükçü bir hukuk devleti niteliğine asla sahip olamaz. İnsan onuru kavramı, anayasa koyucuyu da bağlayan yani anayasa koyucu tarafından da ihlal edilemeyen hukuksal bir değeri ifade etmektedir¹³¹.

İnsan onuru ilkesi, özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonraki gelişmeler neticesinde birçok ülkenin anayasalarında da kabul edilmeye başlanmıştır¹³². 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (Grundgesetz) *“İnsan onurunun korunması, insan hakları, anayasanın bağlayıcılığı”* başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir: *“İnsan onuru dokunulmazdır. Tüm devlet organları, insan onuruna saygı göstermek ve insan onurunu korumakla yükümlüdür.”*¹³³ Yine aynı Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında, söz konusu 1. maddenin değiştirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Böylelikle, insan onurunun, hem anayasanın ve anayasadaki değerler sisteminin en başına yerleştirilmiş bulunduğunu, hem de anayasa koyucuyu da bağlayan bir

¹³¹ Şimşek, İnsan Onuru, s.1-8.

¹³² Şimşek, İnsan Onuru, s.38-42.

¹³³ Grundgesetz, Beck-Texte im dtv, 43.Auflage, München 2011, s.2.

ilke haline getirildiğini görmekteyiz¹³⁴. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) de, konuyla ilgili vermiş olduğu bazı kararlarda, insan onuruna saygı gösterilmesinin anayasal bir zorunluluk olduğuna vurgu yapmıştır¹³⁵.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Başlangıç Kısmı'nda insan onuru¹³⁶ kavramına vurgu yapılmış *"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"* belirtilmiştir. Anayasa'nın 176. maddesine göre, Başlangıç Kısmı da Anayasa metnine dahil olduğu için, insan onuruna saygının Anayasa'da açık bir şekilde teminat altına alındığını söyleyebiliriz. Anayasa'nın, diğer birçok maddesinde de insan onurunun korunmasını desteklemeye yönelik hükümlere yer verildiğini görmekteyiz. Bunlara örnek olarak, Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesi, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin niteliğini düzenleyen 12. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ile ilgili 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması ile ilgili 14. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ile ilgili 15. maddesi, kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili 19. maddesi ve temel hak ve hürriyetler ile ilgili neredeyse hemen her maddesini gösterebiliriz. Anayasamızda insan onuruna (haysiyetine) 17. ve 32. maddelerde doğrudan yer verilmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinde *"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."* denilirken, 32. maddede *"Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir."* denilmektedir. Anayasa'daki bu hükümlerin varlığının, insan onurunun etik ve hukuksal bir değer olarak tanınmış olduğunun ve devlet düzeni içerisinde

¹³⁴ Şimşek, İnsan Onuru, s.40.

¹³⁵ Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, Opladen 1993, s.7 ve dn.2'deki kararlar.

¹³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 1966 tarihli bir kararında, insan onuru kavramının tanımına yer verilmiştir. Kararda şöyle denilmektedir: *"İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele, ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir."* (Anayasa Mahkemesi, 28.06.1966 T., 1963/132 E., 1966/29 K., R.G. Tarih-Sayı: 27.06.1967-12632). Benzer nitelikte bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 22.05.2014 T., 2013/137 E., 2014/94 K., R.G. Tarih-Sayı: 12.09.2014-29117.

korunması gerektiğinin bir göstergesi olarak görülmesi gerektiği; insan onuru ilkesinin, devletin siyasi ahlakı ve vazgeçilemeyen ahlak yasası olduğu belirtilmektedir¹³⁷. Ancak, kendisini hukuk devleti sayan bir devletin, bütün faaliyetlerinde insan onuruna yalnızca saygı göstermekle kalmayıp, aynı zamanda onu korumakla da yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, insan onuru kavramının, ahlaki bir deklarasyon olmayıp, anayasa hukukunun güncel bir normu olduğu vurgulanmaktadır¹³⁸.

İnsan onuruyla ilgili yapmış olduğumuz bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucunun, anayasal teminat altına alınmış insan onurunun korunmasına ilişkin sorumluluğunun bir yansıması olarak bu suç tipinin TCK ile düzenlediğini ifade edebiliriz. Böylelikle insanların, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi tutulmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Ancak kanunilik prensibi açısından olaya yaklaşıldığında, iyi niyetli yapılan bu düzenlemenin içeriğinin çok açık olmadığını söyleyebiliriz. Zira insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarının nasıl tespit edileceği büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle ülkemizin gerçekleri dikkate alındığında, bu suçun oldukça çok ve sık işlendiği inkar edilemez bir gerçektir.

İnsan onuru ile bağdaşmayacak çalışma koşullarına örnek olarak, uzun süre güneş altında veya aç-susuz çalıştırmak, dinlenme olanağı vermeden çalıştırmak, çalışma saatlerini aşan sürelerde çalıştırmak gösterilebilir. Başka bir örnek olarak, çocuk veya kadın işçi çalıştırmanın yasak olduğu iş kollarında çocuk veya kadın işçi çalıştırılmasını gösterebiliriz. İnsan onuru ile bağdaşmayacak konaklama koşullarına ise, ısıtma, soğutma ve havalandırma tertibatı bulunmayan, asgari güvenlik önlemlerinin bile alınmadığı gecekondu tarzı çadır tipi barınma yerlerini örnek gösterebiliriz¹³⁹.

İnsan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarından ne anlaşılması gerektiği konusunda yol gösterici olabilecek kıstaslardan belki de en önemlilerini, İş Kanunu'ndaki ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki hükümlerde bulabiliriz.

İş Kanunu'nun, "İşin Düzenlenmesi" başlıklı bölümünde yer alan 63 ila 76. maddeler arasında iş ilişkisinin düzenlenmesi ile ilgili hükümlere yer verilmek-

¹³⁷ Şimşek, İnsan Onuru, s.43-44.

¹³⁸ Şimşek, İnsan Onuru, s.47.

¹³⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.428.

tedir. Bu hükümler genel olarak incelendiğinde esas itibariyle iki hususun düzenlendiği görülmektedir: Çalışma süreleri ile işçinin dinlenme hakkı. Aşağıda, çalışmamızın kapsamını aşmamak için söz konusu düzenlemelere kısaca değinilecektir.

İşveren, işten beklediği çıkarı temin için bu süreleri tespit ve düzenlemede belirli bir serbestiye sahip ise de, işçinin korunması amacıyla kanun koyucu çalışma süresinin düzenlenmesinde işvereni tamamen serbest bırakmamış, aksine çoğu mutlak emredici mahiyette kurullarla hem bu sürenin azami ne kadar devam edeceğini, hem de nasıl düzenlenip uygulanacağını belirleme yoluna gitmiştir¹⁴⁰. Türk Hukuku'nda, çalışma süresi haftada en çok 45 saattir (İş Kanunu m.63/1). Bu 45 saatlik süreyi aşan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilmektedir (İş Kanunu m.41/1). Fazla çalışma, belli şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. Ancak mevzuatımızda, fazla çalışma yapılamayacak işler ve fazla çalıştırılmayacak işçiler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (İş Kanunu m.41/6). Örneğin, "İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği"nin 7. maddesine göre, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalıştırma yapılamaz. Aynı Yönetmeliğin 8. maddesine göre, 18 yaşını doldurmamış işçilere, fazla çalışma yapmalarının sağlıkları açısından tehlikeli olduğu hekim raporu ile sabit olan işçilere, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere fazla çalıştırma yaptırılması mümkün değildir.

Dinlenme, genel olarak çalışanlara ve bu kapsamda işçilere tanınmış bir haktır. Çalışma sürelerinin kısaltılmasındaki sosyal neden olarak karşımıza çıkan işçinin sağlığının ve özel yaşamının korunması, dinlenme hakkının tanınmasının da dayanağını oluşturmaktadır. Dinlenme hakkı, anayasal bir hak da olan çalışma hakkı kapsamında ele alınan bir haktır. Anayasa'nın çalışma şartları ve dinlenme hakkını düzenleyen 50. maddesinin 3. fıkrasında, dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu vurgulandıktan sonra, 4. fıkrasında, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmek suretiyle, tarihsel ve hukuksal gelişimine uygun olarak dinlenme hakkı içinde yer alan en temel dinlenme süreleri belirtilmiş olmaktadır¹⁴¹. Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında vermiş olduğu bir kararda konumuz açısından önem arz eden şu tespitleri yapmıştır: "Bir hafta olağan biçimde çalışıp yorulan kimsenin hafta sonunda dinlenmesi onun insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış düzeyine erişmesi için bugünkü uygarlık dünyasında vazge-

¹⁴⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.1045.

¹⁴¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.1131.

çilmez bir koşul sayılmaktadır. İnsanca yaşamının gerekli koşullarından birisi de olağan biçimde çalışan işçinin hafta sonu dinlenmesidir.”¹⁴² Bu karardan da anlaşılacağı üzere, dinlenme hakkı, insan onurunun korunmasının gerektirdiği bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

İş sağlığı ve iş güvenliğiyle ilgili düzenlemelere 2012 yılına kadar İş Kanunu'nun 77 ila 89. maddeleri arasında yer verilmişken, bu tarihten sonra konuyla ilgili düzenlemeler 6331 sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu” ile ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmış ve İş Kanunu'nun söz konusu maddeleri ilga edilmiştir. Böyle özel bir kanun çıkartılmasının temelinde hiç şüphesiz Türkiye’de iş sağlığı ve güvenliği konusunda yaşanan olumsuzluklar yatmaktadır. İş hukukunun, çalışılan ortamın insanileştirilmesi düşüncesinden doğduğu ve insanileştirilmiş bir çalışma ortamının da öncelikle işçinin maddi ve manevi varlığını tehdit eden risklerden arınmış sağlıklı ve güvenli bir ortamı anlatmak için kullanıldığı ortadadır. İş sağlığı ve güvenliği ile amaçlanan, sayıları her geçen gün giderek artan iş kazası ve meslek hastalıklarının işçi üzerinde yarattığı olumsuz sonuçları giderici düzenlemelerle yetinmek yerine, riskin gerçekleşmesine mani olacak, yani iş kazası ve meslek hastalıkları risklerine karşı önleyici tedbirlerin alınmasıdır. İş mevzuatının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallarının, kamu hukukuna ilişkin emredici kurallar olduğunu da vurgulamakta yarar vardır¹⁴³.

Gerek İş Kanunu’nda gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda yer verilen ve yukarıda genel hatlarıyla incelediğimiz kuralların ihlalini oluşturan her durumun, aynı zamanda m.117/2’nin de ihlali anlamına geldiğini söylemek doğru olmayacaktır. Birçok durumda, bu kanunlarda yer alan kuralların ihlalinin lafzi bir yorumla, aynı zamanda m.117/2’nin ihlali olacağı söylenebilir de, böyle bir kabulün çok da yerinde olmadığı izahından varestedir. Kanaatimizce 117. maddedeki anahtar ifade “*insan onuruyla bağdaşmayacak*” ifadesidir. Bu nedenle basit nitelikteki her ihlalin bu suçu oluşturmayacağı söylenebilir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz 1971 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında, dinlenme hakkının dahi insan onurunun korunmasının zorunlu bir şartı olduğunun vurgulandığı dikkate alındığında, bu tespitin çok da kolay yapılamayacağını belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle yukarıda da izah olunduğu üzere, ileride, maddenin uygulanma sayısı arttıkça, söz konusu ifadenin anayasaya aykırı olduğu yolundaki iddiaların Anayasa Mahkemesi’nin önüne de götürülebileceğini düşünmekteyiz.

¹⁴² Anayasa Mahkemesi, 13.07.1971 T., 1971/32-65 E.K., R.G. Tarih-Sayı: 27.04.1972-14171.

¹⁴³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.1175-1177.

Son olarak üzerinde durmak istediğimiz husus, özellikle Türkiye gerçekle-ri dikkate alındığında kanayan bir yara olarak mevcudiyetini sürdüren sosyal sigorta hükümlerine uyulmaksızın, başka bir ifadeyle sigortasız işçi çalıştırma durumunda bu suçun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Her şeyden önce, kayıt dışı istihdamın insan onuruyla bağdaşmadığını¹⁴⁴ net bir şekilde ifade edebiliriz. Bu açıdan bakıldığında, sigortasız işçi çalıştırmanın varlığı halinde sömürü suçunun oluşabileceğini de söyleyebiliriz. Ancak doktrinde, buradaki düzenlemenin, ülke gerçeklerine ters düşecek ceza uygulamalarına kapı aradığı da ifade edilmektedir. Zira, kayıt dışı ekonomiyle, sosyal ve ekonomik bütün olanaklar seferber edilmesine rağmen başa çıkılmadığı gerçeği karşısında, ceza hukuku yaptırımlarıyla bununla nasıl başa çıkılacağına büyük bir merak konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁵.

5. Netice

Söz konusu suçun ilk gerçekleştiriliş şeklinin netice unsurunu, ücretsiz olarak çalıştırmak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak oluşturmaktadır. O halde, bu şekilde çalıştırmak ile suç tamamlanmış olmaktadır. Bu yönüyle söz konusu suçun bir zarar suçu olduğunu ve neticenin hareketten ayrılabilir olduğunu söyleyebiliriz¹⁴⁶.

Bu suçun ikinci gerçekleştiriliş şeklinin netice unsurunu ise, kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak oluşturmaktadır. Bu nedenle, suçun tamamlanmış sayılması için kişinin çalıştırılması zorunlu değildir. Bu yönüyle, mağdurun bu koşullarda yaşaması şart değildir, tabi kılma yeterlidir¹⁴⁷.

6. Suçun Nitelikli Halleri

TCK'nın 117. maddesinde, sömürü suçuna ilişkin nitelikli hale yer verilmiştir. Ancak, hürriyet aleyhine işlenen bazı suçlar için ortak hüküm olan 119. maddede bazı nitelikli hallere yer verilmiştir. 119. maddenin 1. fıkrasında, sömürü suçunun, silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlik-

¹⁴⁴ Kaboğlu'na göre, ülkemizdeki milyonlarca işsiz sosyal güvenlik haklarından yararlanamaları, onların aileleriyle birlikte, onur içinde yaşama hakkına sahip olmadıkları, hatta devlet tarafından bu haklarının çiğnendiği şeklinde yorumlanabilir. Bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.244.

¹⁴⁵ Centel, Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, s.9.

¹⁴⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.428.

¹⁴⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.429.

te, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda verilecek cezanın bir kat artırılacağı hükme bağlanmıştır.

C. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru

Sömürü suçu, yalnızca kasten işlenebilir, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun işlenmesi bakımından genel kast yeterlidir, özel kasta gerek yoktur. Suçun genel kastla işlenmesi gerekli ve yeterli olduğundan dolayı, bu suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür.

D. Hukuka Aykırılık

Bu suç bakımından uygulanması düşünülebilecek hukuka uygunluk nedenlerinden en önemlisini, ilgilinin rızası (m.26/2) hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre: *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* Acaba kişi, ücretsiz olarak veya düşük bir ücretle çalıştırılmaya veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşulları altında çalışmaya rıza gösterir ise acaba fail bu hukuka uygunluk nedeninden istifade edebilecek midir?

Açıklanan rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilebilmesi için, maddede de belirtildiği üzere söz konusu hakkın, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olması gerekmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinde de belirtildiği üzere, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamaz. Bu bağlamda, insan onuru ile bağdaşmayan bu nevi muameleler konusunda mağdurun açıkladığı rızanın hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyeceğini ve bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu suç bakımından uygulama imkanının bulunmadığını ifade edebiliriz.

Söz konusu suç bağlamında uygulanma ihtimali bulunan hukuka uygunluk nedenlerinden birisini de kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeni oluşturabilir. Zira, İş Kanunu'nun 43. maddesinde olağanüstü nedenlerle fazla çalışma düzenlenmiştir. Buna göre, seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak kaydıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde gerekli görüldüğü takdirde işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu tarafından günlük çalışma süresinin en çok çalışma gücüne çıkarılması suretiyle fazla çalışma yaptırılması mümkündür. Bu durumda kanunun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeni gündeme gelecektir. Benzer bir şekilde, amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni de bu suç bakımından uygulama kabiliyeti bulabilecektir.

E. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1. Teşebbüs

Sömürü suçunun teşebbüse elverişli bir suç olduğunu söyleyebiliriz¹⁴⁸. Failin, icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması mümkündür. Örneğin, A, çaresiz durumda olduğunu bildiği B'yi, ücretsiz çalıştırmak üzere anlaşmış, ancak B çalışmaya başlamadan önce A işyerini kapattığı için B'yi çalıştırmaya başlatamadığından, çalışma gerçekleşmemiş olacağından suçun teşebbüs aşamasında kalmış olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir örnek olarak şunu gösterebiliriz: A, İş Kanunu'nun 71. maddesine göre, 15 yaşını doldurmamış B'yi kendisine ait işyerinde çalışması için ikna eder, ancak B, iş ve çalışma müfettişlerinin bu durumu öğrenmesi üzerine çalışmaya başlayamaz. Bu durumda da, çalışma gerçekleşmemiş olacağından suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söyleyebiliriz.

2. İştirak

Söz konusu suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda, bu suça iştirakin her türlü mümkündür. İştirakle ilgili olarak yukarıda TCK m.117/1'de yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

3. Suçların İçtimaı

Sömürü suçunun, aynı zamanda, TCK'nın 80. maddesinde düzenlenmiş bulunan insan ticareti suçunu oluşturması da mümkündür. Böyle bir durumda, suçların içtimaı bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira gerek 80. maddede, gerekse 117/2. maddede, kişilerin çaresizliğinden yararlanma hareketleri ortaktır¹⁴⁹. Her şeyden önce, insan ticareti suçunun, sömürü suçuna göre özel norm niteliğinde olduğunu ve bu nedenle de failin sadece insan ticareti suçundan dolayı cezalandırılabilceğini söyleyebiliriz. Kaldı ki, fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde de aynı sonuca varılacağı ortadadır.

Sömürü suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür.

¹⁴⁸ Soyaslan, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.821. Aksi yönde görüş için bkz. Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, "Hürriyete Karşı Suçlar", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt:II, Ankara 2010, s.2743.

¹⁴⁹ Bununla birlikte TCK m.80'de yer verilen araç fiillerin tümü TCK m.117/2'de belirtilmemiştir. Bu bağlamda kişinin, tehdit, baskı, cebir, şiddet veya kandırmak suretiyle ve insan onuruyla bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşulları içinde çalıştırılması halinde TCK m.117/2'deki suç oluşmayacaktır. Bkz. Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.260.

6331 sayılı Kanun'un 26. maddesinde idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiillere yer verilmiştir. Söz konusu maddede belirtilen ve kabahat olarak nitelendirilmiş bulunan bazı fiillerin aynı zamanda sömürü suçunu oluşturması da mümkündür. Böyle bir durumda, yani, söz konusu fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış olması halinde, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca failin yalnızca suç içeren fiilden dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir. Başka bir ifadeyle fail yalnızca TCK m.117/2 hükmü uyarınca cezalandırılabilir.

F. Yargılama

1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Sömürü suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Bundan dolayı da uzlaşma hükümlerinin bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suç için öngörülen ceza 6 aydan 3 yıla kadar hapis veya 100 günden az olmamak üzere adli para cezasıdır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

VI. Sömürü İçin Tedarik, Sevk veya Nakletme Suçu (m.117/3)

A. Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer

Bu suç tipi ile korunması amaçlanan hukuksal değer, sömürü suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer ile aynı olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle, sömürü suçu bakımından yaptığımız açıklamalar burada da geçerliliğini korumaktadır.

B. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

1. Fail

Söz konusu suç bağlamında, failin herhangi bir özellik göstermediğini ifade edebiliriz. Bu açıdan söz konusu suçun faili herhangi bir kimse olabilir.

Bu suç tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Her ne kadar suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlenmişse de (m.119/1-c) bu du-

rum söz konusu suçu çok failli bir suç yapmamaktadır. Failin kamu görevlisi olması da (m.119/1-e) nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Mağdur

Bu suçun mağduru herhangi bir özellik göstermemektedir. Söz konusu suçun mağduru herhangi bir kimse olabilir. Bu açıdan bakıldığında, mağdurun mutlaka işçi olması da gerekmemektedir.

3. Konu

Bu suçun konusu, maddenin ikinci fıkrasındaki durumlara düşürmek üzere tedarik, sevk veya nakledilen kişidir.

4. Hareket

Söz konusu suçun hareket unsurunu, bir kimsenin TCK'nın 117. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen durumlara düşürmek üzere tedarik veya sevk edilmesi veya bir yerden diğer bir yere nakledilmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçun, seçimlik hareketli bir suç olduğunu ve bu seçimlik hareketlerden birinin yapılmasının yeterli olduğunu ifade edebiliriz. Seçimlik hareketlerden hepsinin yapılması halinde de yine tek bir suç olacaktır.

Maddede sayılan seçimlik hareketlerden her birisinin farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması da mümkündür. Örneğin, bir kişi tedarik hareketini, diğeri sevk hareketini, bir başkası da nakil hareketini gerçekleştirmiş olabilir; bu durumda her bir fail bakımından söz konusu suçun gerçekleşmiş olduğunu ifade edebiliriz¹⁵⁰.

Maddede bahsi geçen seçimlik hareketlerden ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz.

İlk seçimlik hareket olan tedarik, araştırıp bulma, sağlama, elde etme anlamlarına gelmektedir¹⁵¹. Bu bağlamda, fail, mağdurun çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırma veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak üzere bulmuş veya sağlamış olmalıdır¹⁵².

¹⁵⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.431.

¹⁵¹ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 18/08/2015)

¹⁵² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.430; Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.258.

Seçimlik hareketlerden ikincisi olan sevk etmek, göndermek, götürmek anlamlarına, üçüncü seçimlik hareket olan nakletmek ise, nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek anlamlarına gelmektedir¹⁵³. Bu açıdan bakıldığında, sevk etmek ve nakletmek arasında bir benzerlik olduğu görülmektedir. Ancak, sevk etmek ve nakletmek birbirlerinden farklı kavramlardır. Nakletmekten kastedilen şey, tedarik edilen mağdurların, bir yerden bir başka yere götürülmesi ve ilgili kişiye teslim edilmesidir. Başka bir ifadeyle nakletmek, mağdurların, sömürülmeleri gayesiyle ilgili kişiye teslim edilmesi amacıyla taşınmasıdır. Tedarik edilen mağdurları, nakil için götüreceği kişiye teslim eden kişi ise sevk eden olarak nitelendirilecektir. Bu ayrımın önemi, teşebbüs bakımından kendisini göstermektedir. Zira söz konusu suç, tedarik, sevk veya nakil hareketinin gerçekleşmesiyle tamamlanacaktır. Bu açıdan bakıldığında, kanaatimizce, sevk etme hareketi teşebbüse müsait değilken, tedarik ve nakletme hareketi teşebbüse müsaittir. Örneğin, A, sömürmek üzere mağdurları bulmuş, B, bu mağdurları taşınması için C ile anlaşmış olsun. C yola çıktıktan bir süre sonra polis tarafından yapılan çevirme sonucunda yakalanmış olsun. Bu durumda, nakil işlemi tamamlanamadığından C'nin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığını söyleyebiliriz. Başka bir ifadeyle, nakil işleminin tamamlanması için, mağdurların ilgili kişiye teslim edilmesi gerekmektedir; teslim işlemi gerçekleşmemiş ise suç, teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Ancak diğer sanıklar A (tedarik etme) ve B'nin (sevk etme) eylemlerinin tamamlanmış olduğu ortadadır.

5. Netice

TCK m.117/3'de düzenlenmiş bulunan suç, neticeli bir suçtur. Bu nedenle, söz konusu suçun tamamlanabilmesi için yalnızca hareketin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda neticenin de gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu suçun netice kısmını sömürmek üzere kişi veya kişilerin tedarik, sevk veya nakledilmesi oluşturmaktadır.

6. Suçun Nitelikli Halleri

TCK'nın 117. maddesinde, sömürü için tedarik, sevk veya nakletme suçuna ilişkin nitelikli hale yer verilmemiştir. Ancak, hürriyet aleyhine işlenen bazı suçlar için ortak hüküm olan 119. maddede bazı nitelikli hallere yer verilmiştir. 119. maddenin 1. fıkrasında, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla

¹⁵³ Erdem/Önok, İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, s.258; www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 18/08/2014).

veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda verilecek cezanın bir kat artırılacağı hükme bağlanmıştır.

C. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru

Doktrinde, TCK m.117/3'te bahsi geçen *"Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere"* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin çok net olmadığı belirtilmektedir. *"Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlar"*dan kasıt, mağdurun çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırma veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmaktır. Buradaki sorun, failin, mağdurun sömürülüyor olduğunu bilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır¹⁵⁴.

Madde metninden yola çıkıldığında, söz konusu tedarik, sevk ya da nakil fiilini gerçekleştiren kişinin kastının, m.117/2'de yer alan unsurları da kapsamı gerekmektedir¹⁵⁵. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, 2. fıkra anlamında daha çok yardım eden olarak cezalandırılması mümkün olan eylemleri gerçekleştiren kişileri fail gibi cezalandırılır hale getirmiştir¹⁵⁶.

D. Hukuka Aykırılık

Bu suç bakımından uygulanması düşünülebilecek hukuka uygunluk nedenlerinden en önemlisini, ilgilinin rızası (m.26/2) hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre: *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* Acaba kişi, ücretsiz olarak veya düşük bir ücretle çalıştırılmaya veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşulları altında çalışmak için tedarik veya sevk edilmeye veya nakledilmeye rıza gösterir ise acaba fail bu hukuka uygunluk nedeninden istifade edebilecek midir?

Açıklanan rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilebilmesi için, maddede de belirtildiği üzere söz konusu hakkın, kişinin üzerinde mutlak surette tasar-

¹⁵⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.430; Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.207.

¹⁵⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.430-432.

¹⁵⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.432.

ruf edebileceği bir hak olması gerekmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinde de belirtildiği üzere, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamaz. Bu bağlamda, insan onuru ile bağdaşmayan bu nevi muameleler konusunda mağdurun açıkladığı rızanın hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyeceğini ve bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu suç bakımından uygulama imkanının bulunmadığını ifade edebiliriz.

E. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1. Teşebbüs

Söz konusu suç, tedarik, sevk veya nakil hareketinin gerçekleşmesiyle tamamlanacaktır. Bu açıdan bakıldığında, kanaatimizce, sevk etme hareketi teşebbüse müsait değilken, tedarik etme ve nakletme hareketi teşebbüse müsaittir. Örneğin, A, sömürmek üzere mağdurları bulmuş, B, bu mağdurları taşımaya için C ile anlaşmış olsun. C yola çıktıktan bir süre sonra polis tarafından yapılan çevirme sonucunda yakalanmış olsun. Bu durumda, nakil işlemi tamamlanmadığından C'nin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığını söyleyebiliriz. Başka bir ifadeyle, nakil işleminin tamamlanması için, mağdurların ilgili kişiye teslim edilmesi gerekmektedir; teslim işlemi gerçekleşmemiş ise suç, teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Diğer örnek bir olayda ise, A, yurt dışından kaçak yollarla ülkeye girmiş ve çaresizlik içinde bulunan bir grup göçmen ile insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak üzere görüşmeler yapar, ancak göçmenlerle anlaşmaya varamadan önce yakalanır. Bu durumda A'nın fiilinin teşebbüs aşamasında kalmış olduğu söylenebilecektir.

2. İştirak

Söz konusu suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda, bu suça iştirakin her türlü mümkündür. İştirakle ilgili olarak yukarıda TCK m.117/1'de yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

3. Suçların İçtimaı

Sömürü için tedarik, sevk veya nakletme suçunun, aynı zamanda, TCK'nın 80. maddesinde düzenlenmiş bulunan insan ticareti suçunu da oluşturması mümkündür. Böyle bir durumda, suçların içtimaı bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira gerek 80. maddede, gerekse 117/3. maddede, kişilerin çaresizliğinden yararlanma hareketleri ortaktır. Her şeyden önce, insan ticareti suçunun, sömürü için tedarik, sevk veya nakletme suçuna göre özel norm niteliğinde olduğunu ve bu

nedenle de failin sadece insan ticareti suçundan dolayı cezalandırılılabileceğini söyleyebiliriz. Kaldı ki, fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde de aynı sonuca varılacağı ortadadır.

Sömürü için tedarik, sevk veya nakletme suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür.

F. Yargılama

1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Sömürü suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Bundan dolayı da anlaşma hükümlerinin bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suç için öngörülen ceza 6 aydan 3 yıla kadar hapis veya 100 günden az olmamak üzere adli para cezasıdır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

VII. Ücreti Değiştirmeye veya Sözleşmeye Aykırı Koşullar Altında Anlaşmaya Zorlama ile İşin Durmasına veya Sona Ermesine Neden Olma Suçu (m.117/4)

A. Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer

Bu suç ile korunması amaçlanan hukuksal değer iş ve çalışma hürriyetidir¹⁵⁷. Ancak burada özel olarak sözleşme hürriyetinin de korunduğu söylenebilir.

Bu fıkrada düzenlenen suç tipi ile, diğer fıkradakilerden farklı olarak işverenler de koruma altına alınmıştır. Madde metninde işverenlerden de bahsedilmiş olması, bireysel veya toplu iş sözleşmelerinin koruma altına alındığı sonucunu doğurmaktadır.

B. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

1. Fail

Bu suçun faili herhangi bir özellik göstermemektedir. Zira madde metninde

¹⁵⁷ Maddenin eleştirisi için bkz. Centel, Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, s.9-10.

“kişi” ibaresine yer verilmiş olması, suçun failinin herkes olabileceğini ifade etmektedir.

2. Mağdur

Maddenin kaleme alınış şekline de anlaşılacağı üzere, bu suçun mağduru ancak işçi veya işveren sıfatını taşıyan bir kişi olabilir. Bu açıdan suçun mağdurunun özellik gösterdiğini ifade edebiliriz.

3. Konu

Bu suçun konusunu, işçi veya işverenler ile durdurulmak, sona erdirilmek veya durmanın devamına neden olunmak istenen iş oluşturmaktadır.

4. Hareket

Söz konusu suçun hareket unsuru şu şekilde tanımlanabilir: Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenleri, ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmaları kabule zorlamak ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmak. Bu bağlamda söz konusu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz.

Bu fıkrada dikkati çeken en önemli husus, 1. fıkradan farklı olarak, *hukuka aykırı başka bir davranış* ifadesine yer verilmemiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, cebir veya tehdit dışında kalan hareketlerle suçun gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Cebir ve tehditten ne anlaşılması gerektiği konusunda, yukarıda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalara bakılabilir.

Bu kısa açıklamadan sonra, söz konusu suçta yer verilen iki seçimlik hareketi ayrı ayrı incelemeye geçebiliriz.

- Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenleri, ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında yapılan anlaşmaları kabule zorlamak:

Burada bahsedilen suçun en önemli unsurunu ücret kavramı oluşturmaktadır. Bu nedenle ücret kavramının içine nelerin dahil olduğunun net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak ondan sonradır ki diğer unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine geçilebilecektir.

İş sözleşmesi, ivazlı bir sözleşmedir; iş edimi, açık veya zımni olarak kararlaştırılan bir ücret karşılığında taahhüt edilir. Bu açıdan ücret, iş sözleşmesinin

temel unsurudur¹⁵⁸. İş Kanunu'nun 32/1. maddesinde ücret "*Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para olarak ödenen tutardır.*" şeklinde tanımlanmaktadır. İş hukuku bakımından ücret denilince anlaşılması gereken ücret işte bu kanuni tanımdaki ücrettir. Bu açıdan, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti ve yıllık izin ücreti de kanuni tanımdaki ücrete dahildir. Bununla birlikte, transfer ücreti denilen, işçinin iş görme borcunun karşılığı olmayıp, işçinin işyerine transferini gerçekleştirmeyi amaçlayan işverenin, işçinin niteliklerine göre ve işyerine yapacağı katkıyı göz önünde bulundurarak yerine getirmeyi taahhüt ettiği bir ödeme, ücret olarak nitelendirilmemektedir. İş Kanunu'nun 120. maddesi ile yürürlükte bırakılan 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14. maddesinde de, ücret yanında, işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatlerin de göz önünde tutulacağı hükmüne yer verilmektedir. Ayrıca İş Kanunu'nun 32/5. maddesinde de, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, işçinin ücreti yanında sözleşme ve kanundan doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün çıkarlarının tam olarak ödenmesi zorunluluğu da dile getirilmiştir. Bu bağlamda, İş Kanunu m.32/1'de tanımlanan ücret kavramının yanında, söz konusu maddelerde belirtilen nitelikleri taşıyan ödemeler "*ücret ekleri*" terimi altında ücret kavramına dahil edilmektedir. Ücret eklerine örnek olarak, ikramiye, prim, bahşiş, kardan alınan pay ve komisyon gösterilebilir. Ücret eklerinin, genel anlamda ücretle, yani işin karşılığı olan asıl ücretle oluşturduğu bütüne "*geniş anlamda ücret*" denilmektedir¹⁵⁹.

Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, madde bağlamında ücretten anlamamız gereken "*geniş anlamda ücret*"tir. Bu bağlamda, yalnızca *genel anlamda ücreti* azaltıp çoğaltmaya zorlamak değil, aynı zamanda *ücret eklerinin* azaltıp çoğaltmaya zorlamak da tipiklik unsurunun gerçekleşmesi açısından aranması zorunlu unsurlardandır.

Bilindiği üzere, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre, ücretin miktarı, öncelikle iş sözleşmesi ile belirlenir (Borçlar Kanunu m.401). Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar kural olarak ücretin miktarını kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde serbestçe belirleyebilirler (Borçlar Kanunu m.26). İş Kanunu yönünden ücretin miktarını belirlemede tarafların sahip oldukları serbesti, temel olarak asgari ücret kurumu ile sınırlandırılmış bulunmaktadır; buna göre taraf-

¹⁵⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.297; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.102; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.42; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s.99.

¹⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.545-557; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.43; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s.99-100.

lar, kural olarak, kanuni asgari ücretin altında olmamak kaydıyla ücret miktarını serbestçe belirleyebilirler (Borçlar Kanunu m.401).

İşte genel anlamıyla Borçlar Kanunu'nda ifadesini bulan sözleşme serbestisi ilkesi ve bu ilkenin bir yansımasını oluşturan ücretin miktarını belirlemede tarafların sahip oldukları serbestinin ceza hukuku vasıtasıyla da korunması gerektiğini düşünen kanun koyucu 117. maddenin 4. fıkrası ile, ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında yapılan anlaşmaları kabule zorlamayı yaptırım altına almıştır.

Borçlar Kanunu'nun 37. maddesinde *"korkutma"* kurumu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu maddeye göre: *"Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir."* Korkutmanın koşullarını düzenlendiği 38. maddeye göreyse: *"Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır."* Bu açıdan baktığımızda, cebir veya tehdit kullanılarak yapılan ücret azaltma/çoğaltma veya başka sözleşmeler yapmaya zorlama halinde, yapılan işlemler hukuken geçersiz olacaktır. Ancak özel hukuk bakımından doğan bu sonucu yeterli görmeyen kanun koyucu, söz konusu davranışları ceza yaptırımına bağlamak suretiyle konuya verdiği önemi göstermiş bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüş, işçi veya işverenin, ücretleri azaltıp çoğaltmaya ya da anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlanması halinde suçun tamamlanmış olduğunu ifade etmektedir. Bu yönüyle, zorlamanın gerçekleşmesinin yeterli olduğu, zorlamadan bir sonuç alınmış olmasının, yani bir zarar neticesinin doğmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle söz konusu suçun somut tehlike suçu olarak kabul edilmesi gerektiği, başka bir ifadeyle, söz konusu cebir veya tehdidin böyle bir neticeyi doğurabilecek tarzda olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁰.

Kanaatimizce söz konusu suçun niteliği konusunda doğru bir karar verebilmek için öncelikle metinde geçen *"zorlama"* (*"zorlayan"*) kelimesinden ne anlaşılması gerektiğini net bir şekilde ortaya koymamız gerekmektedir. Zira bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenen bu suçun gerçekleşebilmesi için cebir veya tehdit kullanılması şarttır. Bu bağlamda, cebir veya tehdit kullanan failin aynı zamanda *"zorlama"*da da bulunmuş olacağı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Peki kanun koyucu neden bir de zorlama kelimesini kullanma

¹⁶⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.433.

ihtiyacı duymuştur? Kanaatimizce buradaki zorlama ile kastedilmek istenen, mağduru iradesinin aksi yönde bir karar almaya veya işlem yapmaya mecbur bırakmaktır. Ancak bu zorlamanın, TCK m.28'dekine benzer bir dereceye ulaşması da şart değildir. Bu zorlama sonucu ücretlerin azaltılıp çoğaltılmış olması veya anlaşma içeriğinin değiştirilmesi şart değildir. Pek tabidir ki, bu zorlama sonucunda bunların gerçekleşmesi de mümkündür, bunların gerçekleşmiş olması halinde TCK m.61'e göre hakim, temel cezayı belirlerken asgari haddenden uzaklaşabilecektir.

Burada üzerinde durmak istediğimiz son husus, madde metninde yalnızca *"cebir veya tehdit"*e yer verilmiş olması, buna karşılık maddenin 1. fıkrasından farklı olarak *"hukuka aykırı başka bir davranış"* ifadesine yer verilmemiş olmasıdır. Bu bağlamda, cebir veya tehdit oluşturmayan bir davranışın gerçekleştirilmesi suretiyle ücretleri azaltılıp çoğaltmaya veya başka koşullar altında anlaşmaları kabule zorlama halinde bu suçun gerçekleşmeyeceğini rahatlıkla ifade edebiliriz. Kanun koyucunun bu tercihi yaparken ne amaç güttüğü veya bu tercihin bilinçli mi olduğu hususunda hiçbir fikrimiz bulunmamaktadır.

- Cebir veya tehdit kullanarak, bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmak:

Söz konusu suçun bu şeklinin gerçekleşebilmesi için, işin durması, sona ermesi veya durmanın devamına neden olunması gerekmektedir. Ancak bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu dikkate alındığında, başka bir ifadeyle cebir veya tehdit kullanılması suretiyle bu neticeye neden olunması gerekmektedir.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken şey, durma, sona erme veya durmanın devamına neden olunan *"iş"* kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. İş, maddi veya gayri maddi, yararlı bir ürünü ortaya koymaya yönelik bilinçli, istemli ve doğal, ancak bir çabayı da gerektirdiği için zahmetli bir beşeri faaliyet olarak tanımlanmaktadır¹⁶¹. İş edimi, bir şey yapma anlamında olumlu (pozitif) bir eylemdir, bu nedenle, salt bir çekinme veya katlanma hali iş edimi olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, pozitif bir eylemin, mutlaka harici bir hareket olarak anlaşılması gerekmez. Bir ressama modellik yapma, sabit bir şekilde işyerindeki makineleri kontrol etme, bir şeyin korunmasını üstlenme, harici bir hareket olmamakla birlikte olumlu eylemlerdendir. Hatta iş ifası için hazır beklemek de, fiilen bir çalışma yapılmadığı halde, iş kavramına dahil edilmektedir. İş bedensel olabileceği gibi, düşünsel de olabilir¹⁶².

¹⁶¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.2-3; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.69.

¹⁶² Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.293; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.100; Tunçomağ/Centel, İş Hukuku, s.65; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.23.

İş kavramı ile ilgili yapmış olduğumuz bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, tipikliğin objektif unsurlarından olan işten ne anlaşılması gerektiği bu kapsamda ele alınmalıdır. Bu suçun oluşması için, teknik anlamda bir “iş” olması zorunlu olmasına karşın tek başına yeterli değildir, zira suçun oluşumu için işin başlamış olması da şarttır. Çünkü maddede bahsedilen, durma, sona erme veya durmanın devamı yalnızca başlamış bir işin olması halinde söz konusu olabilir.

İşin durması, geçici bir durumu ifade ederken, sona erme süreklilik arz eden bir durumdur. Metinde, durmanın devamından da söz edildiğine göre fiil bu bakımdan mütemadi suç niteliği göstermektedir. Ne kadar bir süre durmanın, durmanın devamı şeklinde kabul edileceği somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. İşin durması, tek başına suçun gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olduğundan, durmanın devamının aranmasının gereksiz olduğu söylenebilir. Bunun önemi, durmaya neden olan kişi ile durmanın devamına neden olan kişilerin farklı olması halinde ortaya çıkacaktır¹⁶³.

Durmaya veya durmanın devamına neden olma fiillerine örnek olarak işçilerin greve katılmaya zorlanması gösterilebilir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda şöyle demektedir: *“Sanığın greve katılmayan ve işyerindeki çalışmasını sürdüren mağdureyi tehdit ederek greve zorlamaya teşebbüsten ibaret eyleminin, özel hüküm niteliğindeki TC Yasası’nın 201/2, 61. maddelerine uyduğu gözetilmeden, aynı yasanın 188/1. maddesinin (tehdit) uygulanması yasaya aykırıdır.”*¹⁶⁴

Maddede, durma, sona erme ya da durmanın devamı şeklindeki neticelerin gerçekleşmesi zorunlu görüldüğünden, söz konusu suçun zarar suçu olduğunu ifade edebiliriz¹⁶⁵.

Burada üzerinde durmak istediğimiz son husus, madde metninde yalnızca *“cebir veya tehdit”*e yer verilmiş olması, buna karşılık maddenin 1. fıkrasından farklı olarak *“hukuka aykırı başka bir davranış”* ifadesine yer verilmemiş olmasıdır. Kanun koyucunun bu tercihi yaparken ne amaç güttüğü veya bu tercihin bilinçli mi olduğu hususunda hiçbir fikrimiz bulunmamaktadır. Bu bağlamda, cebir veya tehdit oluşturmamayan bir davranışın gerçekleştirilmesi suretiyle işin durması, sona ermesi veya durmanın devamına neden olunması halinde bu suç oluşmayacaktır. Örneğin, A, B’nin fabrikasındaki işin durması için fabrikanın elektrik kablolarını keser ve elektrik kesintisi nedeniyle iş durursa, A’nın

¹⁶³ ÖzbeK/Kanbur/Doğın/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.434.

¹⁶⁴ Yargıtay 4.CD, 03.10.1996 T., 1996/5880-7298 E.K.

¹⁶⁵ ÖzbeK/Kanbur/Doğın/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.434.

gerçekleştirmiş olduğu davranışın bu suçu vücuda getirmeyeceğini ifade edebiliriz. Çünkü, A'nın davranışı, hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilebilirse de, ne cebir ne de tehdit olarak kabul edilemez. Pek tabidir ki, bu durumda TCK m.117/1'in uygulanması gündeme gelebilecektir.

5. Netice

Söz konusu fiilin netice unsurunu, işin durması, sona ermesi veya durmanın devam etmesi oluşturmaktadır.

6. Suçun Nitelikli Halleri

TCK'nın 117. maddesinde, sömürü suçuna ilişkin nitelikli hale yer verilmiştir. Ancak, hürriyet aleyhine işlenen bazı suçlar için ortak hüküm olan 119. maddede bazı nitelikli hallere yer verilmiştir. 119. maddenin 1. fıkrasında, sömürü suçunun, silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda verilecek cezanın bir kat artırılacağı hükme bağlanmıştır.

C. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru

Söz konusu suç yalnızca kasten işlenebilir, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun işlenmesi bakımından genel kast yeterlidir, özel kasta gerek yoktur. Suçun genel kastla işlenmesi gerekli ve yeterli olduğundan dolayı, bu suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür.

D. Hukuka Aykırılık

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58 vd. maddeleri uyarınca işçilere ve işverenlere, grev ve lokavt hakkı tanınmıştır.

6356 sayılı Kanun'un, grevi düzenleyen 58. maddesinde şöyle denilmektedir: "(1) İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir. (2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir. (3) Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır." Bu açıdan bakıldığında, kanuni

grevin, işçilere tanınmış bir hak olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

6356 sayılı Kanun'un, lokavtı düzenleyen 59. maddesinde ise şöyle denilmektedir: *"(1) İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir. (2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması halinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavta kanuni lokavt denir. (3) Kanuni lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavt kanun dışıdır."* Bu açıdan bakıldığında, kanuni lokavtın da, işverenlere tanınmış bir hak olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Grev ve lokavtın kanuna uygun olması halinde, gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olacağından söz konusu fiil suç teşkil etmeyecektir. Pek tabidir ki, grev veya lokavt kanun dışı ise söz konusu hukuka uygunluk nedeni uygulanmayacak ve fiil suç teşkil edecektir.

E. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1. Teşebbüs

Cebir veya tehdit kullanılmasına karşın, işin durması, sona ermesi veya durmanın devam etmesi gerçekleşmemiş ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir.

2. İştirak

Söz konusu suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda, bu suça iştirakin her türlü mümkündür. İştirakle ilgili olarak yukarıda TCK m.117/1'de yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

3. Suçların İçtimaı

Bu suçun, şartları olduğu takdirde zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.

F. Yargılama

1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

TCK m.117/4'te belirtilen suç re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Bundan dolayı da uzlaşma hükümlerinin bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suç için öngörülen ceza 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

VIII. SONUÇ

Günümüzde kabul edildiği şekliyle iş ve çalışma hürriyeti kavramı, devletin, iş ve çalışma hürriyeti alanına, insan haysiyetine yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak üzere müdahale etmesi, sosyal ve ekonomik tedbirler alma görevini yüklenmesi anlamına gelmektedir. Bundan dolayı, iş ve çalışma hürriyeti kavramı, hem işçi hem de işveren faaliyetinin özgürlüğünü kapsayan bir kavramdır. Bu çerçevede, iş ve çalışma hürriyeti kavramının içine, ticari ve endüstriyel faaliyette bulunmak serbestisi ve sözleşme özgürlüğü de girmektedir.

İnceleme konumuzu oluşturan TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen suç tipleri ile, hem çalışma özgürlüğünü, hem sömürülmeme hakkını, hem de işçi ya da işverenin serbestçe sözleşme yapma ve bunu uygulama özgürlüğünü ihlal edici davranışların yaptırım altına alındığını ifade edebiliriz.

Maddede kullanılan bazı kavramların ne anlama geldiğinin çok net olması, hem kanunilik prensibinin sonuçlarından olan ceza normlarının belirli olması kuralına aykırılık oluşturmakta, hem de hükmün uygulama imkanını daraltmaktadır. Ayrıca madde metninde geçen "*hukuka aykırı başka bir davranış*" gibi içeriği tam belli olmayan, geniş yorum yoluyla özel hukuk uyuşmazlıklarını da kapsamına alması mümkün olan ve bu açıdan bakıldığında kanunilik prensibine de aykırılık teşkil edebilecek bir ifadenin gerek 117. maddeden, gerek TCK'daki diğer maddelerden çıkartılması ve böylelikle uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Son olarak, söz konusu madde bağlamında korunması amaçlanan hukuksal değerler dikkate alındığında, suçlar için öngörülen yaptırımların caydırıcı etki doğurmaktan çok uzak olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle maddede yapılacak bir değişiklikte yaptırımların yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmek istiyoruz.



KAYNAKÇA

- Abadan, Yavuz, "Hürriyet Problemi", İÜHFM, Cilt:6, Sayı:2-3, Yıl:1940, s.501-516.
- Akın, İlhan F., Temel Hak ve Özgürlükler, 3.Bası, İstanbul 1971.
- Aktay, A.Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E.Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012.
- Akyıldız, Hüseyin/Korkmaz, Adem, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Ankara 2009.
- Bıyıklı, Hasan, Sosyal Ceza Hukuku – İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Ankara 1983.
- Bostancı-Tüfekçi, Gülşah, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu", İş Dünyası ve Hukuk, Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s.829-839.
- Centel, Tankut, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, Sayı:5, Cilt:19, s.1-17.
- Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188), İstanbul 1978.
- Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 27.Bası, İstanbul 2014.
- Çınar, Ali Rıza, Tehdit Suçu, Ankara 2002.
- Çuhadar, Cengiz, "Hürriyet Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme", Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, Yıl:2007, s.131-150.
- Demir, Fevzi, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986.
- Dinler, Veysel, "Cinsel Sömürü Amaçlı İnsan Ticareti Suçunun Yöntemi ve Mağdurları (Isparta Örneği)", Yerelden Küresele Sınırşan Suçlar, (Ed. S. Özeren, M.A. Sözer ve O.Ö. Demir) Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2010, s.189-215.
- Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, "İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu (TCK m.117)", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Yıl:5, Sayı:20, s.253-263.
- Erem, Faruk, Hürriyet ve Suç, Ankara 1952.
- Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:III, Özel Hükümler, 3.Bası, Ankara 1985.

Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2003.

Erman, Sahir, “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Men’i Suçu”, İÜHMF, Yıl:1952, Cilt:18, Sayı:3-4, s.680-707.

Ersoy, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. m.201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri), Ankara 1973.

Grundgesetz, Beck-Texte im dtv, 43.Auflage, München 2011.

Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, “Hürriyete Karşı Suçlar”, Prof.Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt:II, Ankara 2010, s.2711-2760.

Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, Opladen 1993.

Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989.

Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku – İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine, 3.Bası, İstanbul 1996.

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2010.

Kürtün, Hüsamettin, Türk Ceza Hukukunda Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, İzmir 2010 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi.)

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 4.Bası, Ankara 2011.

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku – Ferdi İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir 1998.

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.Bası, Ankara 2012.

Özek, Çetin, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM, Cilt:29, Sayı:4, Yıl:1963, s.933-995.

Öztürk, Mehmet Onat, Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, İstanbul 2006.

Seymen Çakar, Ayşen, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3.Hukukun Gençleri Sempozyumları Dizisi, 11-12 Ekim 2012 Antalya (Sempozyumda sunulan bildiri)

Soyaslan, Doğan, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s.814-828.

Soyer, Sesim, “İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı:7, Temmuz 2006, s.99-108.

Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, İzmir 1999 (yayımlanmamış doktora tezi).

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R.Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2.Bası, İstanbul 1999.

Ünsal, Ergin, “Sendikalar Yeni TCK’nin Korumasında”, 01.06.2005 günlü Cumhuriyet Gazetesi.

Üzülmmez, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı:5, s.93-113.

Yarsuvat, Duygun, Çalışma Ceza Hukuku – Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar – Kanun Dışı Grev ve Lokavt Suçları, İstanbul 1978.

Yarsuvat, Duygun, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, Yıl:2, Sayı:7, s.141-143.

Yaşar, Osman, Uygulama ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2001.

KLASİK TOPLUMSAL SÖZLEŞME TEORİLERİNİN YÖNETİM BİÇİMLERİNE ETKİSİ

The Influence of Classical Social Contract Theories on Forms of Government

Dr. Ergin ERGÜL*

ÖZET

Klasik toplumsal sözleşme teorilerinin hepsinin ortak yönü toplumun, devletin ve siyasi iktidarın temelini bireyi esas alarak açıklamalarıdır. Bu bakımdan modern-ulus devletin oluşumuna katkıları son derece önemlidir. Bu teoriler bağlamında Hobbes, Locke ve Rousseau ilk akla gelen düşünürlerdir. Günümüz demokratik rejimleri üzerinde her üç düşünürün de değişik ölçülerde de olsa etkileri görülmektedir. Toplumsal sözleşme düşünürlerinin amacı, devletin nasıl ortaya çıktığını açıklamak değildir. Asıl hedefleri devlet denilen siyasal topluluğun temelini ne olması gerektiğidir. Bu düşünürlerin her birinin siyasi düşüncesi genelde belli bir yönetim biçimine karşılık gelecek şekilde yorumlanır. Ancak yol açtıkları yönetim biçiminin dışında, hatta bazen tamamen karşıt biçimlerde başka siyasi rejimlerin ortaya çıkışında ve meşruiyetlerinin gerekçelendirilmesinde de etkili olmuşlardır. Çünkü her üç düşünür de çağlarını aşan şahsiyetler olduklarından teorileri kendilerinden sonraki bir çok siyasi düşünürü ve devlet adamını etkilemiş, bu bakımdan değişik yönetim biçimleri üzerinde de etkili olmuştur. Çalışma, klasik toplumsal sözleşme teorilerini, söz konusu üç ünlü teorisyenin düşünceleri ile bunların yönetim biçimleri üzerinde etkileri bakımından ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Toplum Sözleşmesi, Devlet, Hobbes, Locke, Rousseau

ABSTRACT

The common feature of all classical social contract theories is that they all explain the foundation of society, state and political power by putting the individual in the centre. In this regard, their contribution to the formation of modern nation-state is extremely important.. In the context of these theories, Hobbes, Locke and Rousseau are the philosophers who come first to mind. It is seen that all three philosophers have effect on today's democratic regimes to different extents The aim of social contract philosophers is not to explain how the state emerges. Their real target is to put forward what should be the foundation of the political community called state. The political opinions of these philosophers are generally interpreted in a manner to correspond to a certain form of government. However, apart from the form of government they lead to the emergency of, they have also played a role in the emergence of other political regimes even in opposite forms, and in justification of their legitimacy. As all three philosophers are the persons who go beyond their

* Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı, erginergul@gmail.com

centuries, their social contract theories influenced succeeding political philosophers and politicians and had effect on different forms of government in this respect. This study discusses the classical social contract theories in respect to the views of these three well-known theorists as well as their effects on the forms of government.

Keywords: Social Contract, Government, Hobbes, Locke, Rousseau



GİRİŞ

16., 17. ve 18. yüzyıllarda insanlığın tanıdığı en büyük entelektüel devrimlerden biri gerçekleşirken Batı Avrupa'nın bütün büyük ülkelerinde akılcı ve doğacı felsefeye sıkı sıkıya bağlı iki düşüncenin yani "doğa durumu" ve "toplumsal sözleşme" düşüncesinin ortaya çıktığını görmek oldukça dikkat çekicidir.¹

Hukuk ve devlet felsefesinin ana akımlarından birisini oluşturan bu teoriler, adı üstünde bir sözleşmeyi esas alır ve toplumun, özellikle devletin bu sözleşme ile kurulduğunu kabul eder. Toplumsal sözleşme teorilerinin hem klasik hem modern versiyonları² vardır. Klasik olsun, modern olsun, bunların hepsi rasyonalisttir.³

Dolayısıyla bu teorilerin ortak yönünün, toplumu, devleti ve siyasi iktidarı doğal bir olgu olarak değil de, birey iradesine dayalı yapay bir oluşum olarak açıklamaları olduğu söylenebilir.

Klasik doğal hukuk doktrini ve sosyal sözleşme teorilerinin ilk belirtileri eski Yunan'da sofistlere kadar gitmektedir.⁴ Büyük İskender'in mutlakiyet yönetimi döneminde, ilk defa olarak Epikür tarafından "doğa durumuna" bağlı bir toplumsal sözleşme teorisi ortaya atılmıştır. Bu teori Reform döneminde ise Monarkomark olarak adlandırılan protestan yazarlarca inanç özgürlüğünü savunmak ve zorba yönetimlere karşı isyanı meşrulaştırmak için savunulmuştur.⁵

Klasik toplumsal sözleşme teorilerine modern devlet bağlamında bakıldığında ise devletin kökenini ilk kez laik bir temele kavuşturan Hobbes, liberal devletin teorisyenlerinden Locke ve yine egemenlik ve genel irade kavramları

¹ BRIMO, Albert, Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état, 3^{ème} édition, Paris 1978, s. 107

² Modern sözleşme teorisyenleri olarak J. Buchanan ve J.Rawls akla gelmektedir. YAYLA, Atilla, Siyaset Bilimi, Adres Yayınları, Ankara 2015, s. 56

³ YAYLA, a.g.e, s. 56

⁴ GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 14

⁵ BRIMO, a.g.e, s. 108

ile demokratik teoriye önemli katkıları yapması dolayısıyla Rousseau ilk aklâ gelen düşünürlerdir.⁶

Bu teorilerin tamamı “doğa durumu” olarak adlandırılan devletsiz bir toplumda hayatın nasıl olacağına dair bir tablo çizerler.⁷ Bu kuramlarda doğâ durumu bireylere yaptırım gücü uygulayacak bir üstün otoritenin bulunmadığı bir durum olarak betimlenir.⁸ Dolayısıyla doğâ durumunda henüz toplum, devlet ve siyasi iktidar ortaya çıkmamıştır.

“Doğa hali” ve “toplum sözleşmesi” hipotezlerini işlerken, toplumsal sözleşme kuramcılarının amacı, devletin nasıl ortaya çıktığı değildir. Onlar bu hipotezleri siyaset teorilerinin kuruluşunda sadece bir çıkış noktası olarak almışlardır. Asıl göstermek istedikleri husus devlet denilen siyasal topluluğun temelini ne olması gerektiğidir.⁹

Nitekim, tarihte düşünürlerin ifade ettiğine benzer bir sözleşme yapıldığına dair bir belge ve kanıt yoktur. Düşünürler bir varsayımdan hareket etmektedirler.

Anılan üç düşünürde iradi devlet teorisi 1789’da milli egemenliğin çıkışını hazırlayacak bir güç kazanacaktır. Böylece neredeyse iki asrı bulan çabalar, entelektüel ve siyasi mücadeleler sonunda, yeni tip bir meşruiyet zafer kazanmış olacaktır.¹⁰

Genelde toplumsal sözleşme ile demokrasi arasında kaçınılmaz bir mantıksal bağ kurulduğu görülür; demokrasi toplumsal sözleşmeden çıkar, demokrasinin özünü ifade eden de toplumsal sözleşmedir. Ancak siyasal düşünceler tarihine bakıldığında bunun böyle olmadığı görülür. Demokrasi ilkesine götürmeyen toplumsal sözleşme teorileri olduğu gibi, toplumsal sözleşme teorisine dayanmayan demokrasi doktrinleri de söz konusudur.¹¹

Sözkonusu kuramcılarının her biri kendi benimsediği değerler açısından belli bir toplum modeli ortaya koymak istemiştir. Açıkladıkları görüşlerin toplum

⁶ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Toplum Sözleşmesi Kavramı ve Günümüz İnsan Hakları Kuramına etkisi*, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, [S.I.], 2011, <<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/view/1023001630>>. Erişim: 16 Ocak 2016, s.193

⁷ HEYWOOD, Andrew, *Siyasetin Temel Kavramları*, Adres Yayınları, Ankara 2012, s. 31

⁸ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, ZAPCI, ÇULHA, Filiz, ERGÜN, Reyda, *Kral-Devletten Ulus-Devlete*, İmge Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 164

⁹ KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 33.Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara 2013, s.41.

¹⁰ BRIMO, a.g.e, s. 111

¹¹ ATGER, Frédéric, *Essai sur l’histoire des doctrines du contrat social: thèse présentée pour le doctorat des sciences politiques et économiques*, Impr. coopérative ‘la Laborieuse’ 1906, s.8

düzeni, devlet ve birey ilişkileri, devletin yetkileri, otoritenin sınırları ve kişinin hakları bakımından önemi vardır.¹²

Bu teorilerin herbiri demokrasiden totaliter rejimlere kadar farklı siyasal yönetim biçimlerinin teorisyenlerine ve kurucularına esin olacak tezler taşımaktadır.

Biz bu çalışmamızda klasik toplumsal sözleşme teorilerini, söz konusu üç ünlü teorisyenin düşünceleri ile bunların modern çağda ortaya çıkan siyasal yönetim biçimleri üzerinde etkileri bakımından ele alacağız.

1. Thomas Hobbes: Rasyonel Bireyci Mutlakiyet

1.1 Genel Olarak

Bir İngiliz düşünürü olan Thomas Hobbes (1588-1679), klasik sözleşme kuramcılarının ilkidir. Hobbes'ten önce Protestan ilahiyatçılar ve bazı azınlık filozofları, din özgürlüğünü geliştirmek için sözleşme düşüncesini bir silah olarak kullanmışlardır. Fakat Hobbes'la birlikte sözleşme düşüncesi, genel anlamda özgürlüğü arayan bireyler için bir araç haline gelir ve özgürlük, dini olduğu gibi siyasal ve kişisel de olabilir.¹³

Hobbes siyasî doktrinini “İnsan Tabiatı Hakkında”, “Vatandaş Hakkında” ve “Leviathan” adlı meşhur üç eserinde açıklar.¹⁴ 16. ve 17. yüzyıllar İngilteresi'nin anayasal tarihine bakıldığında, bu yüzyıllarda hakim olan, birbiriyle iç içe, ama aynı zamanda da çatışan gelişmelerin olduğu görülür: İktidarın monarşide yoğunlaşması ve bireysel özgürlüğe yönelik artan ilgi. VIII. Henri 1534'te papalık otoritesini reddedip İngiltere Kilisesi'nin başı olduğunda, geleneksel feodal kurumlar pahasına devlet iktidarının uzun sürecek merkezileşme sürecini başlatmıştır. Aynı zamanda, davranış rehberi olarak Protestanların bireysel vicdanı ısrarla vurgulamaları, geleneksel otorite kaynaklarını alt üst etmiştir. Sonunda bu çalkantı, Kral ile Parlamento arasındaki siyasal çatışma ile doruğa çıkmıştır.¹⁵

1642'de İç Savaş patlak verir ve İngiltere tarihinde bir ilk olmak üzere 1649'da Kral I. Charles idam edilir. Bu dönem (1649-1658) İngiltere, Parla-

¹² KAPANİ, a.g.e, s. 41

¹³ TANNENBAUM, Donald G, SCHULTZ, David (Çev. Fatih Demirci), Siyasî Düşünceler Tarihi, Filozoflar ve Fikirleri, Adres Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2015, s.211

¹⁴ AKBAY, Muvaffak, Umumi Amme Hukuku Dersleri, Cilt 1, 4. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 26

¹⁵ ARNHART, Larry, Platon'dan Rawls'a Siyasî Düşünceler Tarihi (Çev. Ahmet Kemal Bayram), Adres Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 159

mento ve Olivier Crowell'in ordusu tarafından yönetilir. Askeri diktatörlük ve püriten fanatiklerin yönetiminden doğan rahatsızlıklar, II. Charles'in şahsında monarşinin restorasyonuna yolaçmıştır. İşte Hobbes'u 1651'de Leviathan'ı¹⁶ yazmak üzere harekete geçiren şey, geleneksel kurumların çöküşü ve bunu takiben modern mutlakiyetçilik ile modern bireycilik arasında ortaya çıkan çatışma olmuştur.¹⁷

1.2. Doğa Durumu ve Sözleşme Düşüncesi

1.2.1 Doğa Durumu

Hobbes başlangıçta bir "doğa durumu" varsaymaktadır. Hobbes doğa durumu ile insanları düzene sokacak belli bir siyasi iktidarın yokluğunda, yani bir egemenin bulunmadığı durumda insanların hangi koşullarda yaşayacağını göstermek ister.¹⁸

Doğa durumunun tarihi mevcudiyeti Hobbes için pek önem taşımaz. Belki bazı yerlerde mevcut olmuş olabilir. Ancak iç savaşla tekrar ortaya çıkmaktadır.¹⁹

Hobbes bu dönemin temel özelliklerini şöyle sıralamaktadır: İnsanlar doğuştan eşittir; eşitlikten güvensizlik doğar; güvensizlikten savaş doğar; devlet olmadıkça, herkes herkese karşı devamlı savaş halindedir; böyle bir ortam bir çok sıkıntılar getirir; böyle bir savaşta hiçbir şey adalete aykırı değildir; ölüm korkusu ve rahat bir hayat arzusu ve umudu insanları barışa yöneltir.²⁰

Bu dönemde, insanlar arasında doğal bir eşitlik sözkonusuydu. Gerçi insanlar arasında kuvvet farkları mevcuttur, fakat bunlar o kadar önemli bir karakter taşımazlar. Çünkü zayıf olan insanlar dahi kuvvetli insanı hile ile veya birleşerek öldürmek imkânına sahiptirler. Bu durumda insanlar kendi tutkularına tabi

¹⁶ Leviathan Tevrat'ın Eyüp kısmının 3 üncü, 40 inci ve 41 inci bablarında kendisinden bahsolenan bir deniz canavarıdır. Bu deniz canavarı kitabı mukaddeste "iki çenesi arasına kimsenin giremeyeceği, ağızından alevli meşaleler çıkan, yüreği taş gibi sert olan, kendisine karşı kılıç, mızrak ve kargının işe yaramadığı, çok kudretli" bir yaratık olarak tasvir edilmiştir. Kitabına Leviathan yani Dev, Ejderha ismini vermesi dahi onun devleti ne büyük kuvvetlerle donatmak istediğinin açık ifadesidir. Leviathan 4 ayrı bölüm ve 47 kısımdan ibarettir. I. Bölümde insan tabiatından bahsetmiş, genel felsefe konularını incelemiş, din ve tabiat hakkındaki fikirlerini ortaya koymuştur. II. Bölümde bir Hristiyan devleti içinde kilisenin durumunun ne olması gerektiğini göstermiştir. GÜRİZ, Adnan, *Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasî Fikirleri*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3320.pdf>, erişim: 21.12.2015, s. 301

¹⁷ ARNHART, a.g.e, s. 160

¹⁸ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 434

¹⁹ BRIMO, a.g.e, s. 113

²⁰ HOBBS, a.g.e, s. 99-103

olarak diledikleri gibi hareket edebildikleri için aynı zamanda özgürdüler.²¹

Dolayısıyla doğa durumunda insanlar, varlıklarını sürdürebilmek için devamlı olarak kendilerini korumak zorundaydılar. Bu ise onları kargaşaya, savaşa, birbirlerine düşmanlığa sürüklüyordu. Herkesin yalnızca canını kurtarmayı amaç edindiği bu dönemde adalet, yasa, mülkiyet hakkından söz edilemezdi. Bu, herkesin geleceğini korumak için yekdiğerini feda ettiği bir dönemdi.²²

Doğa durumu, herkesin kendi aklıyla hareket ettiği ve düşmanlarına karşı kendi hayatını korumak için işine yarayabilecek her şeyi kullandığı bir savaş durumudur. Ancak bu sıradan bir savaş değildir. “Herkesin herkese karşı savaş” söz konusudur.²³ Bu dönemde herkes herkesin düşmanıdır. Doğa durumu Hobbes’un “insan insanın kurdudur” şeklinde kısaca formüle ettiği bir savaş durumudur. Hobbes, doğa durumunda, insan doğasına ait ve çatışmaya yol açan üç temel özelliğın olduğunu söyler: Rekabet, güvensizlik ve şeref.²⁴

Bu nedenle Hobbes’un doğa durumu olarak resmettiği durumun başlıca kaynağı, bir çok yazarın vurguladığı gibi düşünürün İngiltere’deki iç savaşlara ilişkin gözlemlerinde aranabilir.²⁵

Hobbes doğa durumundan sözleşme ile toplum haline geçişi sağlamak için bir takım doğal yasaları ileri sürer. Bu bağlamda doğal hak, özgürlük ve doğal yasa kavramlarını tanımlama ihtiyacı hisseder.²⁶ Burada doğa yasası aklın insanlara buyurduğu şey demektir. Hobbes’a göre insanların barışa ulaşmak istemeleri bir doğa yasasıdır (Temel Doğal Yasa: Barışı ara ve izle). Barış ulaşıl-

²¹ GÜRİZ, a.g.m, s.304

²² AKAD, Mehmed, DİNÇKOL, Bihterin Vural, BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 10. Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2014, s. 104

²³ SALİHPAŞAOĞLU, a.g.m, s.830

²⁴ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 435

²⁵ Gerçekten de Hobbes’un devlet felsefesini en çok etkileyen olay ise, ömrünün 11 yılını ülkesinden uzakta geçirmesine neden olan kanlı İç Savaştır. İngiliz toplumunu idari, siyasi ve dini bakımdan kamplara bölen ve binlerce kişinin ölümüyle sonuçlanan bu İç Savaşın etkisiyle toplum paramparça olmuş, düzen bozulmuş, üretim durma seviyesine gelmiş, can ve mal güvenliği yok olmuştu. Hobbes bu dönemi, herkesin herkesle savaş halinde olduğu “doğa durumuna” benzeter. SALİHPAŞAOĞLU, a.g.m, s. 822; TANNENBAUN/SCHULTZ, a.g.e, s.203, AKAD, DİNÇKOL, BULUT, a.g.e, s. 23, AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.427

²⁶ Doğal hak: insanın kendi doğasını, yani kendi hayatını korumak için kendi muhakemesi ve akli ile, bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapmak özgürlüğüdür.

Özgürlük: Dış engellerin yokluğudur.

Doğal yasa: Akılla bulunan ve insanın kendi hayatı için zararlı veya hayatını koruma yollarını azaltıcı olan şeyleri yapmasını yasaklayan veya insanın hayatını insanın hayatını en iyi şekilde koruyabileceğini düşündüğü bir ilke veya genel kuraldır. HOBBS, a.g.e, s.104

bilir nitelikte olmadığında herkes, savaşa başvurabilir. Bu, ikinci doğa yasasına yolaçar. Bu yasaya göre, herkes barışa kavuşabilmek için diğerleri ile birlikte tüm haklarından vazgeçmelidir (2. doğal yasa: Haklardan vazgeç). Hobbes, bu iki doğa yasasından toplum sözleşmesi için gerekli olan toplumsal usüller ve ahlaki erdemlerle ilgili on yedi tane daha yasa üretmiştir.²⁷ Bu yasaları şöyle sıralar; adalet, minnetarlık, nezaket, affetmek, kin tutmama, başkalarını küçümsememe, kibirlenmeme, mağrur olmamak, hakkaniyet, ortak mallardan eşit olarak yararlanma, külfet ve nimetlerin eşit taksimi, ilk zilyetlik, aracılık, hakem kararına razı olmak, kimsenin kendi yargıcı olmaması, yargıcın tarafsızlığı ve tanıklık.²⁸

1.2.2. Toplumsal Sözleşme Yorumu

Doğa durumunun güvensizliğinden ve kötülüklerinden kurtulmak isteyen insanlar bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Fakat bu sözleşme insanların toplumsallık eğilimlerinin bir sonucu değildir. Sözleşmenin sebebi barışı temin etmenin onların çıkarına daha uygun olmasıdır. Hobbes'a göre sözleşme demek iki veya daha fazla şahsın karşılıklı olarak haklarından fedakârlıkta bulunmaları demektir.²⁹

Hobbes'a göre, doğa durumu sona erdiren sözleşmeyi sürekli kılmanın ve insanların mutlu ve güvenli bir hayat sürmeleri için gerekli olan üstün gücü kurmanın tek yolu, bütün güç ve kuvvetin tek bir kişiye ya da tek bir heyete/meclise devredilmesidir. Herkesin herkesle yaptığını varsaydığı bu sözleşmenin formülünü Hobbes şöyle ifade etmiştir, *"senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde ayı şekilde yetkili kılman şartıyla, kendimi yönetme hakkımı bu kişiye veya heyete bırakıyorum"*.³⁰

Şu halde iki sözleşme sözkonusudur: İlkiyle bireyler kendi aralarında birleşmişler, ikincisiyle de bütün haklarını egemene devretmişlerdir.³¹

Hobbes ikinci sözleşmeyi bir bağış (hibe) işlemine benzetmektedir. Bu nedenle, halk ne kadar büyük bir çoğunlukla karar verirse versin, egemenden, onun rızası olmadan iktidarı geri alamaz.³²

Bu sözleşme ile herkes her şey üzerinde sahip olduğu mutlak nitelikte do-

²⁷ ARNHART, a.g.e, s.165

²⁸ HOBBS, a.g.e, s. 114-123; GÖZE, a.g.e, s. 155

²⁹ GÜRİZ, a.g.m, s. 306

³⁰ HOBBS, a.g.e, s. 136

³¹ BRIMO, a.g.e, s.113

³² AKBAY, a.g.e, s. 32

ğal hakkını bir kişiye ya da bir meclise sözleşme ile terkederek siyasal toplumu kurmuş olur. Lehine terk işleminin yapıldığı kişi veya meclisin iradesi, sözleşmeyi yapan kişilerin iradesinin yerini alacak ve onları temsil edecektir. Sözleşmeyi yapanlar bu kişi ya da meclisin işlem ve kararlarını kendi işlem ve kararları gibi kabul edeceklerdir. Bu sözleşmenin hedefi ise, insanların barış içinde yaşamalarını ve güvenliklerini sağlamaktır.³³

Sözleşmenin lehine oy kullananlar gibi, aleyhinde oy kullananlar da, barış içinde birlikte yaşamak ve başkalarına karşı korunmak için, o kişi ya da heyetin tüm eylem ve kararlarını, sanki kendi eylem ve kararlarıymış gibi yetkili kılmış kabul edilir. Böylece, tek bir kişilik olarak birleşen yığın, bir devlete dönüşmüş, Leviathan doğmuş olur.³⁴

Egemenin varlık nedenine gelince, Hobbes'e göre; Doğa durumundan çıkarak barışa kavuşmak için yaptıkları sözleşmenin bir değer taşıyabilmesi için, her türlü sözleşmede olduğu gibi sözleşmeyi yapan tarafların ödevlerini yerine getirmeleri gerekir. Halbuki insan karakter itibarıyla bencildir. Kendi menfaatini barışa tercih edebilir. O halde sözleşmeye uymayanı cezalandıracak bir üçüncü tarafa ihtiyaç vardır. Bu üçüncü taraf mevcut olmadıkça sözleşme hiç bir mana ifade etmez. Hobbes bu hususta daha açık şekilde, "kılıcsız fakat kelimeyle yapılan sözleşmeler insana emniyet sağlamaz" der. Çünkü insan diğerlerine tanıdığı hürriyetten daha fazlasına sahip olmakla memnun olan bir bencildir. Onun için tarafların sözleşmeye riayet etmelerini sağlayacak bir egemen kuvvete ihtiyaç vardır. Bu egemen kuvvetin adı devlettir. Devlet sözleşmede taraf değildir.³⁵

Toplum sözleşmesi sonrasında da artık uyruklar, doğa durumundaki gibi eşit durumdadırlar. Fakat, artık sözleşme sonrasındaki bu yeni durum, egemenin yönetimi altında eşitliğe dönüşmüş olmaktadır.³⁶

Kısacası Hobbes'ta sözleşmenin iki özelliğinden bahsedilebilir. Bireyler açısından tam bir itaat, egemen açısından ise bu sözleşme ile bağlı olmama.

Görüldüğü üzere, Hobbes'a göre toplum haline gelme ihtiyacı doğa durumundaki güvensizlik ortamına son verme gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer yandan toplum sözleşmesinde bireyler iradi olarak, sözleşmeye dayanan rıza ile devleti oluşturmalarına rağmen Leviathan'a karşı korumasız

³³ GÖZE, a.g.e, s. 156

³⁴ SALİHPAŞAOĞLU, a.g.m, s.833, 834

³⁵ GÜRİZ, a.g.m, s. 306

³⁶ HAKYEMEZ, a.g.e, s. 36

kalmışlardır. Doğa durumunda sahip olmadıkları güvenliğin bedeli doğal hak ve özgürlükleri olmuştur. Ancak devletin kaynağının bireye dayandırılması ve egemenliğin sözleşme ile egemene verilmesi ileriye doğru bir sıçramayı temsil etmektedir. Bu yenilik sonraki klasik sözleşme düşünürlerinin kuramlarının altyapısını hazırlaması bakımından da önem taşımaktadır.

1.3. Devlet Teorisi

Temel amacı barışın korunması olan Hobbes, bunun için siyasal bir düzenin, siyasal birliğin yani devletin varlığını gerekli görür.³⁷

Hobbes'un geliştirdiği "doğa durumu" ve "sosyal sözleşme" teorisi, egemenliğin Tanrı tarafından değil insanlar tarafından sözleşmeyle verildiğini ileri sürdüğünden ilahi nitelikten soyutlanmış, soyut, yapay bir devlet modelini ortaya çıkarmıştır.³⁸

Sözleşme ile toplum haline geçen insanların, yönetim haklarını devrettikleri egemenin niteliği nedir? Leviathan'da Hobbes bunu monarşi olarak belirtir.³⁹ Hobbes egemenliği cebri iktidar tekeli olarak tanımlar ve bu iktidarın karşı konulamaz yegane bir egemenliğe teslim edilmesini savunur. O vatandaşlara mutlakiyetçilik ve anarşi arasında bir seçim yapmaları gerektiğini önerir.⁴⁰

Hobbes'e göre egemenin her davranışı haklı ve doğrudur. Yasaları yapan da egemenin kendisidir. O halde egemen, ne yaparsa yasadır veya egemen yasanın kendisidir.⁴¹ Dolayısıyla yasalarla bağlı değildir. Egemen güç bölünemez. İnsanların kurdukları devletin biçimini değiştirmeye hakları yoktur. Egemen güç hiç bir şekilde hiçbir şeyle bağlı değildir. Mülkiyet hakkı da egemenin verdiği bir haktır. Özgürlük egemen gücün yasaklamadığı alanlarda geçerlidir.⁴²

Görüldüğü üzere Hobbes, mutlakiyetçi devlet anlayışını tesis edebilmek için toplumsal sözleşme'den faydalanmıştır.⁴³

Hobbes devlet egemenliğinin mutlak nitelik taşıması düşüncesinde kendinden önce yaşamış olan Bodin'in etkisi altındadır. Bodin 1576'da yayımladığı

³⁷ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali (Editör), Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2013, s. 440

³⁸ SALİHPAŞAOĞLU, a.g.m, s. 847

³⁹ DUPIRE, a.g.m, s. 120

⁴⁰ HEYWOOD, a.g.e, s. 36

⁴¹ YILDIZ, Mesut, *Rousseau ve Kant'ta Özgürlük Sorunu*, <http://felsefet.home.uludag.edu.tr/kaygi/dergi002/1-6.pdf>, s. 2, erişim: 15.12.2015

⁴² GÖZE, a.g.e, s. 157-159

⁴³ GÜRİZ, a.g.m, s. 311, DUPIRE, a.g.e, s. 120

“Devletin Altı Kitabı” adlı eserinde Fransa’nın yaşadığı zamandaki durumunu dikkate alarak krallık müessesesi etrafında bütün kuvvetlerin toplanması gerektiğini belirtmiş ve her devlette yüksek ve bölünemez bir gücün varlığı gerekliliğine temas etmiştir. Bu fikirler Hobbes’un sistemi içinde de önemli bir yer tutmuştur. Diğer yandan Hobbes kuvvete dayanan bir devlet politikasının savunulması hususunda teorik alanda Machiavelli’nin düşüncelerinden yararlanmışır.⁴⁴

Hobbes, diğer siyasal düşünürlerin tersine, yönetim biçimleri ile pek fazla ilgilenmemiş, kuramında bu konuya ağırlıklı bir yer vermemiştir. Hobbes klasik yönetimler sınıflandırmasına sadık kalarak monarşi, demokrasi ve aristokrasi olarak üç çeşit yönetimden bahseder.⁴⁵ Klasik sınıflandırmadan ayrıldığı nokta, yönetim biçimlerinin bozulmuş şekilleri olduğunu kabul etmemesidir. Tiranlık, oligarşi ya da anarşi, yönetim biçimlerinin yozlaşmış biçimleri değil, bu yönetimleri benimsemeyenlerin onlara yakıştırdıkları adlardır. Diğer yandan Hobbes karma yönetimi, iç kargaşaya ve bölünmeye neden olacağı savıyla kabul etmez.⁴⁶

Hobbes, savunduğu mutlakiyetçiliğin doğal sonucu olarak, kuvvetler ayrılığını kabul etmez ve İngiltere’nin yaşadığı iç savaşın nedenini de bu bölünmeye bağlar. Ona göre, “kendi içinde bölünmüş bir krallık ayakta duramaz: çünkü, önceden bu bölünme olmadıkça, karşıt ordulara bölünme asla olamaz. Bu yetkilerin Kral, Lordlar ve Avam Kamarası arasında bölünmesi düşüncesi İngiltere’nin çoğunluğu tarafından en başta kabul edilmemiş olsaydı, halk asla bölünmez ve bu iç savaşa sürüklenmezdi”.⁴⁷

Hobbes devletin neleri yapması gerektiği meselesi üzerinde dururken, daha sonra birçok siyasi rejimde yansımaları görülen otoriter ilke ve uygulamaları egemenin olmazsa olmaz yetkisi olarak olarak görür. Bazı örnekler vermek gerekirse;

⁴⁴ GÜRİZ, a.g.m, s. 301 Elbette “doğa durumunda” olduğu gibi böyle bir durumda da özlemi en çok duyulan şey barış ve düzendir. İşte bu özlem Hobbes’u mutlakiyetçi görüşlerin savunucusu yapmıştır. Nasıl ki benzer bir süreç yaşayan 15. yüzyıl İtalyasında Niccolo Machiavelli (1469-1527), 16. yüzyıl Fransa’sında Jean Bodin (1530-1596) çözümü mutlakiyetçi rejimlerde gördüyse, 17. yüzyıl İngiltere’sinde de Hobbes (1588-1679) barış ve güvenliğin sağlanmasını için Leviathan adını verdiği benzer bir rejim önermiştir. SALİHPAŞAOĞLU, a.g.m, s. 823

⁴⁵ Temsilci bir kişi olduğunda, devlet monarşi’dir. Bir araya gelerek herkesten oluşan bir heyet ise demokrasi’dir veya halk devletidir. Sadece bir kesimin heyeti olduğunda ise, aristokrasi adını alır. HOBBS, a.g.e, s. 146

⁴⁶ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 449

⁴⁷ HOBBS, a.g.e, s. 143

1. Egemenin eylemleri uyruk tarafından eleştirilemez. Egemen uyruklarından herhangi biri tarafından adaletsizlikle suçlanamaz.⁴⁸

2. Uyruklara hangi düşüncelerin öğretileneğine egemen karar verir. Barış için gerekli bir şey olarak; yani ayrılık ve iç savaşı önlemek amacıyla, görüşler ve düşünceler hakkında karar vermek veya bu konularda karar verecek yargıçları atamak yetkisi, egemen gücü elinde tutana aittir.⁴⁹

3. Doğa durumu herkesin herkesle mücadelesi ve herkesin her şey üzerinde hakkı bulunduğundan mülkiyet hakkı sözkonusu olamaz. Mülkiyet hakkı devletle birlikte ortaya çıkmıştır. Bu sebepten devletin mülkiyet hakkını istediği gibi kontrol etme hakkı mevcuttur.

4. Devlette esnaf kuruluşları ve siyasi parti gibi ayırıcı nitelikte kuruluşlar bulunmamalıdır.

5. Hobbes devletin eğitim ve üniversite öğretimi üzerinde mutlak bir kontrol hakkına sahip bulunmasını ileriye sürmüştür. Ona göre yaşadığı zamandaki İngiliz üniversiteleri Yunanlıların, Romalıların zalimlerin öldürülmesiyle ilgili ve bunları öven yazılarını ülkeye sokmak suretiyle hıyanette bulunmuşlardır. Bunların engellenmesi gerekir. Bütün öğretmenler devletin hizmetçileridirler, ve ancak devlet tarafından faydalı görülen şeyi öğretmelidirler.

6. Devlet dış ticareti düzenlemek hakkına sahip olmalıdır.⁵⁰

Hobbes'e göre egemen güce itaatsizlik ancak egemen gücün güvenlik ile ilgili görevlerini yerine getirememesi halinde sözkonusu olabilir. Çünkü kişinin egemen güce boyun eğmesinin nedeni korunmasıdır. Bu korunma görevini yerine getirmeyen bir güce itiat etme borcu da sona erecektir.⁵¹

Kılıçbay'a göre, "doğru da olsa Hobbes'in siyasal açıdan mutlakiyetçi olduğunu söylemek eksik kalmaktadır. Zira düşünür aynı zamanda ve bizatihi bu tutumundan ötürü, liberalizmin kurucuları arasından yer almaktadır. Siyasal ve ahlaki kurumların varoluş nedeninin ve ilk varoluş ödevlerinin vatandaşların güvenliğini sağlamak olduğu konusundaki ısrarı, onun hareket noktasının birey olduğunu göstermektedir. Ancak, birey tek başına yalnızca özgür olabilmekte, güvenli olamamaktadır. Birey esastır, ama bireyin sürebilmesi için beden haline gelmesi gerekir. Leviathan, bireyin bedenselleşmiş biçimidir."⁵²

⁴⁸ HOBBS, a.g.e, s. 140

⁴⁹ HOBBS, a.g.e, s.141

⁵⁰ GÜRİZ, a.g.m, s. 309

⁵¹ GÖZE, a.g.e, s. 160

⁵² KILIÇBAY, Mehmet Ali, Önsöz, in HOBBS, Thomas, Leviathan (çev. Semih Lim), YKY, 13. Bas-

Görüldüğü üzere Hobbes'in sözleşme teorisi, bireyin hayatını koruma ihtiyacından yola çıkmakta, bireyi iktidarın kaynağı yapmakta, iktidarın kaynağını dünyevileştirmekte ve devlete bireylerin güvenliğini sağlama ve onları barış içinde yaşatma görevi vermektedir. Bu nedenle sonuçta mutlakiyetçi bir rejime götürse de farklılığının anlaşılması bakımından bunun "rasyonel bireyci mutlakiyetçilik" olarak adlandırılması gerekir.

1.4. Modern Devlet Biçimlerine Etkisi

Hobbes, ülkesinde olup bitenlerden etkilenmiş olsa da, çağını çok aşan bir düşünürdür.⁵³ Hobbes'in modern devlet biçimleri ve siyasal rejimler üzerine etkisi hakkında birbirine zıt değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Akad'ın dediği gibi, onu diktatörlüğü bir modeli olarak alan Mussolini⁵⁴ gibiler bir yana, radikalizmin ve liberalizmin bir öncüsü olarak da kabul edenler vardır.⁵⁵

Atger ise, onun düşüncesinin 18. yüzyıl aydınlanmasını ve Büyük Frederic'in devlet düşüncesini son derece güçlü şekilde etkilediğini belirtir.⁵⁶

Bu konuya ilişkin Batıdaki farklı görüşleri ve yorumları irdeleyen Brimo'ya göre; "Hobbes'in Sitesi" (1935) adlı eserinde Vialatoux⁵⁷, Hobbes'u modern

kı İstanbul 2012. s. 12

⁵³ YETKİN, Çetin, Siyasal Düşünceler Tarihi II, Güner Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 515

⁵⁴ Güriz'e göre; Demokrasinin geçirdiği buhranın ve bu sisteme ait zaafalarının neticesi olarak 20. asırda ortaya çıkan totaliter devlet görüşleri ile Hobbes'un devlet görüşü arasında yakın benzerlikler vardır. Totaliter devletler hakimiyetlerini tesis edebilmek için kesif bir ideoloji propagandasına girişmektedirler. Totaliter devletlerde de Hobbes'un düşündüğü gibi öğretmenler ve öğretim kurumları devlet tarafından gerekli görülen fikirleri yayan unsurlar haline getirilmişlerdir. Mussolininin "Faşizm diktatörlüğü" adlı makalesindeki aşağıdaki parçalar aradaki yakın benzerliği göstermektedir: "Faşizm nazarında devlet mutlaktır. Onun karşısında fertler ve guruplar ancak nisbidirler. Fertler ve guruplar ancak devlet dahilinde düşünülürler. Devlet iç ve dış güvenliğinin kefilidir." Mussolini de Hobbes gibi devleti zayıflatan ayırıcı eğilimlerin aleyhindedir. Diyor ki "devlet fikri zayıflayıpta fertlerin yahut gurupların dağıtıcı ve merkezden uzaklaştırıcı eğilimleri galip geldiği zaman milletler çöküşe doğru giderler. Mussoliniye göre "Faşist devlette gereksiz ya da zararlı hürriyetler sınırlandırılmıştır. Fakat temel hürriyetler muhafaza olunmuştur. Hobbes da benzer şekilde fertlerin sadece kanunlar tarafından tanınan hakların sahibi olduklarını ifade etmişti. GÜRİZ, a.g.m, s.311. Kılıçbay ise farklı bir noktadan bakmaktadır: Hobbes'in devleti bir Leviathan'dır, ama hiç kimse bu Leviathanı sevmek ve ona tapmak zorunda değildir. Böylece, Hobbes siyasal düşünceler tarihinde, Kutsal Devlet inancını kırma konusundaki ilk doruğu temsil etmektedir. Onun devleti yarar fonksiyonuna indirgenmiştir; kendi için varolmaktran çıkmıştır; bireysel güvenliğe hizmet etmek zorundadır. KILIÇBAY, önsöz, s. 13

⁵⁵ AKAD, DİNÇKOL, BULUT, a.g.e, s. 110

⁵⁶ ATGER, a.g.e, s. 176

⁵⁷ Bu yazara ve eserine ilişkin olarak Carl Schimith 1937'de yayınladığı bir makalede, "Ekonomi

totaliter devletin habercisi olarak nitelendirmiştir. Şöyle demiştir:

“Hobbes’un felsefesi devleti bireyi yutan, daha da ötesi zorla kendisine tabi kılan bir canavar yapmıştır. Sadece soyut bir kavram olan devlet karşısında insanın feragatından ibaret sözde bir mutluluk karşılığında bireyi yok etmiştir.1936-1938 yılları arasında nasyonal sosyalist çevrelerde popüler olan nasyonal sosyalist hukukçu Carl Schmitt, 1938 yılında yayımladığı bir kitabında, Hobbes’da bir realizmin, faydacılığının ve devletin birliği kaygısının yönlenirdiği ideoloji karşıtı bir düşünür, kısacası Hitlerin önce yaşamış bir havarisini olarak görmüştür.

Rene Capitant ise “Hobbes ve Totaliter Devlet” (1936) adlı incelemesinde, Hobbes’un görüşlerinin güncellenmesi ve nasyonal sosyalistler tarafından istismar edilmesine, Hobbes’in fikirlerinin bireyci ve akılcı başlangıç noktalarının değerini ve onun faydacı evreninin nasyonal sosyalistlerin ırkçı mistisizminin panzehiri olduğunu vurgulayarak karşı çıkmıştır. Touchard “Siyasi Düşünceler Tarihi” (1955) adlı eserinde, Hobbes’un düşüncesinin temel iki yönünü yani bireyciliği ve mutlakiyetçiliğini mükemmel şekilde aydınlatıcı bir yorum yapmıştır: Onun bireyciliği ifadesini doğal hukuk anlayışında bulur: Bu bireyin kendini koruma hakkıdır. Mutlakiyetçiliğinin ise ne Bousset’ininki ile ne de national sosyalistinkilerle ilgisi yoktur. Onun mutlakiyetçiliği aydınlık bir egoizmdir; onun totaliterizmi bireyin kendini tam olarak geliştirmesini amaçlamaktadır. Onun tercihini monarşiden yana yapması Grotius’un aksine burjuvaziye değer vermemesindedir.”⁵⁸

Görüldüğü üzere, Vialatoux Hobbes’un teorisinin modern totaliter devletlerle bağlantısını vurgularken, onun düşüncesinin bireyci niteliğine vurgu yapan Capitant bunun modern totaliter devletin organik görüşüne aykırı olduğunu belirtir.⁵⁹

Yetkin’e göre; Platon’da biçimlenmiş totaliter devlet düşüncesi 20. yüzyıla taşınmasına aracılık eden Hobbes olmuştur. Toplumsal ve bireysel yaşamın her alanının devlet düzenlemesi içinde olduğunu, kişilerin neye inanıp neye

ve toplum felsefesine ilişkin çok sayıda yazısıyla tanınan Lyon’daki Chartreux Enstitüsü profesörlerinde J. Vialatoux, kısa bir süre önce Hobbes hakkında yayınladığı bir incelemede Hobbes’u günümüz totalizminin (totalizm, devletin tekelindeki total güç anlamındadır) Hobbes’i aralarında fark gözetmeksizin bolşevizmin, faşizmin, nasyonal sosyalizmin ve Alman Hristiyanlarının vaftiz babası konumuna yükseltmektedir” demektedir. Carl SCHMITT (çev. Emre ZEYBEKOĞLU), *Hobbes ve Descartes’ta Bir Mekanizma Olarak Devlet*, MHB, Yıl, 23/2003, s.971

⁵⁸ BRIMO, a.g.e, s. 115

⁵⁹ GÖZE, a.g.e, s. 164

inanmayacağını, sınırsız ve denetlenemez güce sahip devleti öngören anlayış, onda güçlenerek gelişmiştir. Düzenin zora dayanılarak sürdürülmesi de buna eklenince, faşist devlet düşüncesine katkısı büyük olmuştur. Ancak aynı yazar, Hobbes'in mülkiyet üzerindeki düşünceleri açısından da sosyalist devlet anlayışına katkısı olduğunu belirtir.⁶⁰

Yayla'ya göre; "Hobbes devletin meşruiyetini sözleşmeyle ona yüklenen güvenliğin sağlanması içinde bulur. Bununla beraber, güvenliği sağlayan devlet, insanın hayatının her alanına müdahale eden bir devlet, yani 20. yüzyıl'da gördüğümüz türden bir despot devlet değildir. Bir başka deyişle, Hobbes bir totaliteryan devlet istememiş, otoriteryen devlete razı olmuştur. Mülkiyet gibi doğal hakları veri almış, devletin onların çizdiği sınır içinde davranacağını varsaymıştır".⁶¹ Göze de benzer tezi savunur; "Hobbes'de egemen kişi hukuken her şeyi yapabilir, iktidarı mutlak ve keyfidir ama uygulamada kişilere geniş bir hareket alanı bırakmaktadır. Hobbes'un monarkı 18. yüzyıl'ın aydın despotudur; örneğin Fransa'ya bireycilik abidesi olan Medeni Kanunu veren bir Napolyon'dur."⁶²

Hobbes'in eserlerinde konuları işleme tarzı ve tezleri dikkate alındığında, onun düşüncelerinin devlet teorileri açısından farklı yorumlanmasına gelecekte de devam edileceğini söylemek gerekir.

2. John Locke: Bireyci Liberal Devlet

2.1. Genel Olarak

John Locke (1632-1704) 17. yüzyılın ortalarında İngiltere'de bir iç savaş yaşanırken doğan Püriten bir hukukçu babanın oğludur. Oxford'da eğitim görmüş, mezun olduktan sonra çok geniş bir yelpazede değişik bilim dallarıyla ilgilenmiştir. Liberal Whig Partisi'nin önderlerinden Lord Ashley'in 15 yıl kadar özel katipliğini yapması, Locke'nin özgürlükçü eğilimlerini etkilemiş ve geliştirmiştir. Locke, Ashley'in Fransa'daki sürgün yıllarında (1675-1679) da onun yanında olmuştur. 1682 yılında İngiltere'ye dönseler de üç yıl sonra Lord'un tutuklanması üzerine Locke Hollanda'ya kaçmak zorunda kalmıştır.⁶³

Bu şekilde, İngiltere'de Büyük İhtilal 1688 yılında II. James'i tahtından edene kadar Hollanda'da gönüllü sürgün hayatı yaşamıştır. Bu yüzden sadece aldığı eğitimin değil, kendi deneyimlerinin de neticesinde Locke, politik sorunlarla

⁶⁰ YETKİN, a.g.e, s. 515

⁶¹ YAYLA, a.g.e, s. 57

⁶² GÖZE, a.g.e, s. 165

⁶³ TUNÇAY, a.g.e, s. 256

derinlemesine ilgileniyordu.⁶⁴

Locke'nun Hollanda'da geçirdiği yılların siyasi bir filozof olarak yetişmesinde önemli etkisi olacaktır. Locke Hollanda'da bulunduğu sırada daha sonra eşi İngiltere kralı II. James'in kızı Mary ile birlikte İngiliz tahtına çıkacak olan Orengele William ile tanışır. 1688 yılında Mary kocasıyla buluşmak ve İngiliz tahtına geçmek için Hollanda'dan ayrılırken onu İngiltereye giden gemide Locke da vardır. Locke 1680 yılında yazmaya başladığı "Hükümet Üzerine İki İnceleme" adlı eserini 1690 yılında kendi ismini koymadan yayınlar. "Hoşgörü Üzerine Bir Mektup" adlı kitabı gibi bu eserin de kendine ait olduğunu hiç bir zaman açıkça kabul etmez.⁶⁵

2.2. Doğa Durumu ve Sözleşme Düşüncesi

2.2.1. Doğa Durumu

Locke tıpkı Hobbes gibi devlet teorisine "doğa durumu" tasarımıyla başlar ve siyasal toplumun yani devletin "neden gerekli olduğunu" doğa durumunun özelliklerinden çıkarır. Ne varki Hobbes'la arasında önemli bir fark vardır: Hobbes, mutlak siyasal iktidarı, doğa durumundaki belirsizliklere ve anarşiye yeğ tutar. Locke ise ne olursa olsun sınırsız ve keyfi bir iktidardan yana tavır koymaz ve hatta Hobbes'in savunduğu türden bir iktidar anlayışını çürütmeye çalışır.⁶⁶

Locke doğa durumunu, barış, eşitlik ve doğa durumu olarak kavrar. Ona göre:

Politik gücü doğru olarak anlayabilmek ve aslını görebilmek için tüm insanların içinde bulunduğu doğal durumu gözden geçirmemiz gerekir, yani doğa kanunu sınırları içinde, başka bir kişinin iznini almadan ve ona bağlı olmadan, eylemlerini düzenleyen ve mülklerini ve insanları uygun gördükleri biçimde kullanmalarını sağlayan mükemmel özgürlük durumunu incelemeliyiz.

Bu aynı zamanda tüm güç ve yargılama hakkının karşılıklı olduğu, aynı türde ve derecede yaratıklar oldukları için hiçbirinin diğerinden üstün olmadığı, herkesin doğa tarafından bahsedilen aynı avantajlarla ve doğduğu ve aynı yetenekleri kullandığı, bu yüzden de aralarında itaat ve tabiyet ilişkisi olmaksızın birbiriyle eşit olmasını gerektiren bir eşitlik durumudur; ancak hepsine hük-

⁶⁴ ALATLI, Alev, Batıya Yön Veren Metinler –II- (1350-1650), Kapadokya MYO Yayınları, 2010, s. 859

⁶⁵ AĞAOĞULLARI, ZABCI, ERGÜN, a.g.e, s.132 ve 138; MERİÇ, a.g.e, s.231

⁶⁶ AĞAOĞULLARI, ZAPÇI, ERGÜN, a.g.e, s. 164

meden bir lord veya efendi kendi iradesini ilan ederek birini diğerinin üzerine yerleştirebilir, açık ve bariz bir atamayla birini himaye ederek ona hükmetme ve egemenlik hakkı verebilir. (...) ⁶⁷

Doğa durumunda insanlar özgürdürler. Herkes eşittir. Bir bakıma herkes kraldır. Hiç kimsenin diğeri üzerinde bir otoritesi, iktidarı, hakkı, üstünlüğü yoktur, eşit ve özgür olan insanların doğal koşullar altındaki bu yaşamları karşılıklı yardımlaşma ve sevgi ilkelerine dayanır. ⁶⁸

Özgürlük, insanın her istediği şeyi yapmak anlamına gelmez. İnsanlar doğal yasaya karşı gelme konusunda özgür değillerdir. Doğa durumunda özgürlük, doğal yasanın izin verdiği şeyleri yapma özgürlüğüdür. ⁶⁹ Bu dönemde tüm insanların uymak zorunda oldukları doğal yasa yani akıl, tüm insanların özgür ve eşit oldukları bir yerde, herkesin birbirinin hayatına, özgürlüğüne ve malına saygılı olmayı emreder. ⁷⁰

Ancak yazılı kanunlar ve bunları uygulayacak bir örgütlenme yoktur. Bu nedenle doğal dönemde bireysel bir hak olan cezalandırma yetkisi bireyler tarafından kullanılmaktadır. Bu durum ise bireyleri hem davalı hem de yargıç durumuna getirir ki sonuçta adil olmayan bir cezalandırmaya yolaçar. Diğer yandan bireylerin sahip oldukları mülkiyet hakkı yeterince güvence altında değildir. ⁷¹

Görüldüğü üzere, Locke'nin ileri sürdüğü doğa durumunda insan kendi varlığını koruma ve hayatını tehdit eden cezalandırma olmak üzere iki güce ve temel hak olarak da, varlığını sürdürebilmesi için gerekli olacak ölçüde sınırlı mülkiyet hakkına sahiptir.

Şu halde Locke'un doğa durumu, genel olarak barış durumu olmakla birlikte, paranın keşfinden ve insanların mülkiyetlerini gereksinimlerinin ötesinde genişletmeye başlamalarından sonra savaş durumuna dönüşmekte ve çok sayıda suçlunun bulunduğu bu savaş durumu sürdürülemez olduğundan sivil topluma geçilmektedir. ⁷²

2.2.2. Sözleşme Teorisi

Locke'a göre, mutlak olmaması koşuluyla siyasal iktidar gereklidir. Çünkü

⁶⁷ ALATLI, a.g.e, s. 859

⁶⁸ GÖZE, a.g.e, s. 174

⁶⁹ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 485

⁷⁰ GÖZE, a.g.e, s.174

⁷¹ HAKYEMEZ, a.g.m, s.199

⁷² BAKIRCI, Fahri, *Hobbes'ta Sözleşmenin Kökeni Akıl mıdır?*, I Ankara Üniversitesi SBF Dergisi I 63-3, s.6

otoriteye sahip bir ortak yargıcın yokluğu bütün insanları bir savaş durumuna sokar. İnsanların haksızlığa uğraması durumunda başvuracakları bir makamın olmaması, taraflar arası anlaşmazlıkları uzlaştıracak bir otoritenizm bulunmaması durumu, insanları toplum haline geçmeye ve savaş halini sonlandırmaya iten temel nedendir.⁷³

Bu durumda insanlar, çıkarları gereği, kendi aralarında bir anlaşma yaparak, Locke'nin Mülkiyet ⁷⁴adı altında topladığı canlarını, özgürlüklerini ve mallarını korumak için topluma katılırlar.⁷⁵

İnsanlar cezalandırma haklarını topluma devrettikleri zaman siyasal toplum kurulmuş olur, kişilerin suçluları yargılama ve cezalandırma hakları sona erer. Siyasal toplum, kişilerin herbirinin rızası ile kurulmuştur ve bir bütün, bir vücut oluşturan bu toplumu hareket ettirecek, yönlendirecek güç yani iktidar çoğunluğun iradesi ile oluşacaktır. İsteği ile topluma katılan herkes çoğunluğun kararına uymayı kabul edecektir. ⁷⁶Devletin kurulmasındaki rıza, açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Halkın bu şekilde bir rızası olmadıkça hiçbir yeni bir yönetim kurulamaz.⁷⁷

Özetlemek gerekirse, Locke'nin toplum sözleşmesi; ilk olarak doğa durumundan çıkmayı ve bir toplum halinde birleşmeyi isteyen insanlar arasında anlaşmayı, ikinci olarak ise yönetim biçiminin ne olacağına karar verecek çoğunluğun iradesine insanların kendilerini bağlı kıldığı anlaşmayı içerir.⁷⁸

Locke rıza kavramını siyasal toplumun temeli olarak ele almakla, kendinden daha önce yaşamış Doğunun büyük siyasi düşünürü İbni Haldun (1332-1406) ile aynı görüşü paylaşmaktadır.⁷⁹

⁷³ AĞAOĞULLARI, ZABCI, ERGÜN, a.g.e, s. 188

⁷⁴ Locke mülkiyeti iki şekilde kullanır. Birincisinde, sahip olunan mallar, ikincisinde ise “yaşam, özgürlükler ve mallar”. İkinci tanımda mülkiyet daha geniş şekilde ele alını ve uygar yönetime geçerken korunması gereken geniş anlamdaki bu mülkiyettir. AĞAOĞULLARI, ZABCI, ERGÜN, a.g.e, s. 174

⁷⁵ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 494

⁷⁶ GÖZE, a.g.e, s. 176

⁷⁷ AKİPEK, İlhan, *John Locke'un Siyasi Fikirleri*, AKİPEK, s. 261 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/320/3167.pdf> erişim: 10.12.2015

⁷⁸ AĞAOĞULLARI, ZABCI, ERGÜN, a.g.e, s. 199

⁷⁹ ÇAL, Canan, İbn Khaldûn And John Locke: A Political Interpretation Of Society – A Road To Private Property, A Thesis Submitted To The Graduate School Of Social Sciences Of Middle East Technical University, Ankara 2014, s.5, <http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12617026/index.pdf>, erişim: 19.01.2016

2.3. Devlet Teorisi

Locke “*Hükümet Üzerine İki İnceleme*” kitabında egemenliğin monarkta değil, halkta olduğunu vurgular ve doğal haklar, özellikle de hayat, hürriyet ve mülkiyet hakları için güvence sağlayacak sınırlı bir hükümet sisteminin savunuculuğunu yapar.⁸⁰

Locke’nin “siyasal toplum” veya “yasama iktidarı” da dediği “siyasal iktidar”, kişilerin siyasal toplumu kurarken terkettikleri hak ve yetkilere sahip olur ve yetkilerini kamu iyiliğinin gerektirdiği sınırların ötesine taşıramaz. Egemen gücün toplumda yapacağı işler kesinlikle belirlidir: Canı, malı ve özgürlüğü güvence altına alma, huzuru, iç ve dış güvenliği sağlamak ve halkın iyiliğini gerçekleştirmektir.⁸¹

Locke, Hobbes’un devlet görüşünü eleştirmiş, monarşiye şiddetle karşı çıkarak en uygun yönetim şeklinin demokrasi olduğunu savunmuştur. Locke’a göre sözleşmenin ihlali, kişilere yalnızca bireysel direnme değil kolektif direnme yani ihtilal hakkı da vermektedir.⁸²

Locke rıza ve çoğunluk yönetimi ilkelerini, yönetimin siyasal meşruluğunun temel taşları olarak görmektedir. Bu açıdan o, mutlak monarşiyi tercih edilebilecek yönetim biçimlerinin dışında ve uygar toplumla bağdaşmaz bulur. Diğer yönetim biçimleri yasama gücünü kimin elinde olduğuna göre belirler.⁸³ Bu durumda, siyasal düzenin kurulmasını sağlayan toplum, yasaları kendisi yapar ve yasaları uygulayacak görevlileri de kendisi belirlerse, bu yönetim biçimine demokrasi denir. Yasama gücünü kullanma yetkisini toplum, belli bir azınlığın veya onların mirasçılarının ellerine bırakabilir, bu durumda yönetim aristokrasi ya da oligarşi diye adlandırılır. Toplum yasama gücünü kullanma yetkisini tek bir kişiye verebilir, bu yönetim de monarşi olur. İnsanlar toplumu kurarken diledikleri yönetimi seçmekte serbest oldukları gibi, bu yönetimlerden bazı unsurlarını birleştirerek karma yönetimler de oluşturabilirler.⁸⁴

Locke göre, siyasi bir topluluğa vücut veren, onu kuran, hür insanların rızasıdır. Meşru bir hükümetin doğması başka hiç bir sebeple açıklanamaz.⁸⁵

⁸⁰ HEYWOOD, Andrew, *Siyaset, Adres Yayınları*, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 511

⁸¹ GÖZE, a.g.e, s. 177

⁸² EROĞLU, Müzeyyen, *John Locke’un Devlet Teorisi*, Akademik Bakış Dergisi Sayı 21, Temmuz – Ağustos – Eylül – 2010 Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, <http://www.akademikbakis.org/eskisite/21/07.pdf> İktisat ve Girişimcilik Üniversitesi, s. 2

⁸³ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.498

⁸⁴ GÖZE, a.g.e, s. 178

⁸⁵ MERİÇ, Cemil, *Umrandan Uygarlığa, İletişim Yayınları*, 3. Baskı, İstanbul 1998, s. 235

Devletin temel amacı ve görevini insanların hayat, hürriyet ve mülkiyetten oluşan doğal haklarını korumak olarak gören Locke göre, devlet bunu yapmayı başardığı sürece meşruiyetini korur. Yapamaması veya bizzat kendisinin bu hakları ihlal etmesi halinde meşruiyeti ortadan kalkar. Böyle bir devlete karşı halkın direnme hakkı doğar. Halk bu devleti yıkar, haklara saygı gösterecek ve onları koruyacak yeni bir siyasi yönetim kurar.⁸⁶ Böylece “hakimiyet millettir” ifadesi Locke’nun bu fikirlerinde ilk defa olarak açık ve eskimeyen ifadesini bulur.⁸⁷

Locke doğa durumundaki insanın iki türlü gücünden bahseder. İlki, kendini ve diğer insanları korumak için gerekli gördüğü herşeyi yapmak gücü, diğeri ise doğa yasalarına karşı işlenen suçları cezalandırma gücüdür. Toplum haline geçtikten sonra birinci gücün yerini yasama, ikinci gücün yerini ise yürütme alır. Yasama ve yürütme devletin sınırları içerisinde uygulanan güçlerdir. Bu nedenle Locke devletler arası ilişkiler, uluslararası anlaşmalar, savaşlar ve barışlar için gerekli “konfederatif” yetki altında yürütmeye bağlı üçüncü bir güç daha tanıır.⁸⁸ Bu güçler arasındaki ilişkiye gelince, yürütme gücü ve konfederatif yetki yasama gücüne tabidir. Diğer yandan konfederatif yetkiyi kullananlar, yasama ve yürütme güçlerinin emrinde ona tabi olarak görev yaparlar.⁸⁹ Locke iktidarın kötüye kullanılmasını önlemek üzere yasama ve yürütme organlarının ayrı olması gerektiğini söylemektedir.⁹⁰

2.4. Modern Devlet Biçimlerine Etkisi

Yaygın olarak liberalizmin babası olarak nitelenen Locke, aydınlanma düşünürlerinin en etkilileri arasında yer alır. O, toplum sözleşmesi kuramına büyük katkılar sağlamıştır. Kendinden sonraki düşünürler üzerindeki etkisini göstermek için Voltaire’in şu sözü yeterli olsa gerektir: Denilebilir ki dünya bugüne kadar Locke’dan daha büyük bir bilge görmemiştir.⁹¹

Güriz’e göre de, Locke yalnız yaşadığı devrin değil, daha sonraki dönemlerin, özellikle de 18. yüzyıl liberal okulunun bayraktarı olmuş, halkın egemenliği ve doğal haklar üzerinde duran 18. yüzyıl filozoflarının hemen hemen hepsi

⁸⁶ YAYLA, a.g.e, s.57

⁸⁷ HOWING, Richard, Tabii Hukuk Nazariyesinin Devletin Şekli Üzerindeki Tesiri, Ankara 1937, s. 10

⁸⁸ AĞAOĞULLARI, ZABCI, ERGÜN, a.g.e, s. 230, GÖZE, a.g.e, s. 181

⁸⁹ GÖZE, a.g.e, s. 181

⁹⁰ AKİPEK, a.g.m, s.266

⁹¹ MERİÇ, a.g.e, s. 228

Locke'den esinlenmiş veya onun etkisi altında kalmıştır.⁹²

Devlet doğal hakları koruyabileceği kadar kolaylıkla tehdit de edebileceğinden dolayı, vatandaşlar devlete karşı, Locke'un ancak anayasal ve temsili bir hükümet mekanizması tarafından sağlanabileceğini düşündüğü, bazı koruma biçimlerinden de yararlanmalıdır. Bu fikirler 20. yüzyılda plüriyalist devlet teorisinin gelişimine etki etmiştir.⁹³

Siyasi düşünce tarihi açısından bakıldığında, Montesquieu güçler ayrılığı teorisini farklı bir şekilde geliştirirken veya o ve Voltaire özgürlüklerin savunuculuğunu yaparlarken Locke'den alınmış düşünsel miras hemen farkedilmektedir.⁹⁴

Liberalizmin temelinde yatan bireysel özgürlüklerin her türlü otoriteye karşı korunması, devletin hukukla sınırlı olması ve yönetim süreçlerinde insanların rıza göstermelerinin başlıca meşruiyet unsuru olarak kabul edilmesi gibi tezlerin neredeyse tamamı ilk olarak John Locke tarafından dile getirilmiştir. Bu bakımdan liberal devlet anlayışının şekillenmesi bakımından ilk ve en büyük kuramsal katkının Locke'den geldiği söylenebilir.⁹⁵

Locke'de klasik liberalizmin savunduğu iç ve dış güvenlik ile yargı faaliyetlerini üstlenen "minimal devlet" veya "gece bekçisi devlet" in izleri oldukça belirgindir.⁹⁶

Liberaller, Locke'tan, yönetimin meşruiyetinin kalıtsal ya da tanrısal hak değil, sadece toplumsal sözleşmede ifadesini bulan, "yönetilenlerin rızası" olduğu görüşünü almışlardır.⁹⁷

Siyasî iktidarın meydana gelişini Locke böylece bireylerin rızalarına dayandırmak suretiyle, halkın iradesinin her bakımdan üstünlüğünü kabul etmektedir. Bu ise yönetimin meşruluğu demektir ve devletin bir hukuk devleti olmasından başka bir şey değildir.⁹⁸

İngiltere'de Locke Hobbes'le birlikte faydacı yaklaşıma da etki yapmıştır. Fakat Locke'nin kendi ülkesindeki düşünsel geleneğe asıl olarak parlamentonun

⁹² GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1985, s. 201

⁹³ HEYWOOD, a.g.e, siyaset, s. 130

⁹⁴ AĞAOĞULLARI, ZABCİ, ERGÜN, s. 230, Montesquieu, Kanunların Ruhu adlı eserinde kuvvetler ayrılığı görüşünü Lock'dan devralarak savunmuştur. ÖRS, H. Birsen, 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, 7. Baskı, İstanbul 2014, s. 66

⁹⁵ BERİŞ, Hamit Emrah, Siyasal Düzenin Sınırları, Tezkire, İstanbul 2015, s. 35

⁹⁶ YAYLA, Atilla, Liberalizm, Liberte Yayınları, 7. Baskı, s. 58

⁹⁷ ÖRS, a.g.e, s.63

⁹⁸ AKİPEK, a.g.m, s. 262

üstünlüğü ya da parlamenter egemenlik düşünceleriyle katkı yaptığını vurgulamak gerekir.⁹⁹

Locke'un düşüncelerinin "Amerikan Haklar Bildirgesi" ile "Amerikan Anayasasını" önemli biçimde etkilediği üzerinde yazarlarca uzlaşılan bir konudur.¹⁰⁰ Locke 1814 tarihli Fransız anayasası yoluyla 1831 Belçika, 1851 Prusya ve ve 1908 Osmanlı Anayasalarını da etkilemiştir.¹⁰¹ Aynı etki, 1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için de sözkonusudur.¹⁰² Ayrıca Russel, Roosevelt ve Churchill'in de Locke'den esinlendiğini belirtir.¹⁰³

Locke'un görüşlerini değerlendirirken Bastid, "Locke'un yazıları 18. Yüzyılda siyasetin kutsal kitabı olmuştur" diyecektir. Chevallier ise, Locke'un mutlakiyete ilk ciddi darbeyi indiren düşünür olduğunu ve bu darbenin mutlakiyet yönetimlerinin yapısını sarstığını, bu yapıda derin çatlaklar açtığını ve daha sonraki yüzyıllarda bu çatlakların giderek genişleyerek yapının yıkılmasına neden olduğunu söyler.¹⁰⁴

3. Jean Jacques Rousseau: Demokrasi ve Halk Egemenliği

3.1. Genel Olarak

Kimi yazarlara göre devrimci ve bireyci, kimilerine göre ise mutlakiyetçi sayılan Rousseau, etkisini günümüze kadar sürdüren bir düşünürdür. Rousseau (1712-1778) İsviçre Cenevre'de doğmuş olmakla birlikte, 1728-1738 yılları arasında değişik işler yaparak Fransa, İtalya ve İsviçre'de dolaşmıştır. Diğer yandan hayatının büyük bölümünü Fransa'da geçirmiş, en önemli eserlerini de bu ülkede vermiştir. Karmaşık yaşamı ve yaptığı çok çeşitli işlerin izleri, eserlerindeki düşünce ve teorilerde görülmektedir.¹⁰⁵

Cenevre kentinin doğrudan demokrasiyi uygulama bakımından örnek olan yönetim biçimi, sonraki yıllarda Rousseau'yu çok etkileyecektir.¹⁰⁶

⁹⁹ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.505

¹⁰⁰ HOVING, a.g.e, s. 10, ÖRS, s. 56; AĞAOĞULLARI, ZABCI, ERGÜN, a.g.e, s. 230, GÖZE, a.g.e, s. 192, YETKİN, a.g.e, s. 537

¹⁰¹ HOVING, a.g.e, s. 12

¹⁰² BAŞGİL, Ali Fuad, Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946, s.96.

¹⁰³ Aktaran YETKİN, a.g.e, s. 583

¹⁰⁴ GÖZE, a.g.e, s. 192

¹⁰⁵ Rousseau'nun hayatı için Bkz. BAYKA, Mustafa Hazım, *Rousseau Üzerine Birkaç Söz*, in J.-J. ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri, Say Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.7-23, GÖZE, a.g.e, s. 212

¹⁰⁶ AKAD, DİNÇKOL, BULUT, a.g.e, s. 144

Klasik sözleşmeciler arasında kafası en karışık ve teorisi en çelişik olanı Rousseau'dır.¹⁰⁷ Çünkü Rousseau eserlerinde düşüncelerini düzenli bir biçimde ortaya koymamış, yapıtlarında çelişkili olan veya çelişkili görülen düşüncelere yer vermekten çekinmemiştir. Bütün bunlar Rousseau'yu anlaşılması güç bir düşünür yapmakta ve hakkında çok farklı, hatta birbirinin tam zıttı değerlendirmelerde bulunulmasına neden olmaktadır.¹⁰⁸

3.2. Doğa Durumu ve Sözleşme Düşüncesi

3.2.1 Doğa Durumu

Rousseau Hobbes ve Locke gibi doğal hukukçuların, doğal insandan söz ederken uygar insana özgü tüm nitelikleri onlara yüklediklerini belirterek, önceki doğal hukuk kurumlarını yadsır. Doğal insanı, toplumsal insan durumuna özgü herşeyin yokluğuyla tanımlar.¹⁰⁹

Rousseau'nun doğa halinde insanlar doğada, ıssız yerlerde ve yalnız yaşarlar. Herkes kendi başınadır. Zaruri ihtiyaçlar için biraraya gelen insanlar, ihtiyaçlarını giderdikten sonra kendi yollarına gider. Toplum, sanat, kültür, bilim yoktur, uygarlık kurulmamıştır, dolayısıyla insanlar yozlaşmamış ve mutlu, aynı zamanda özgürdür.¹¹⁰

Rousseau'daki doğa durumu, Locke ve Hobbes'in aksine insanlar arasında bağımlılık ilişkisinin olmadığı, kendi kendine yeten bir dönemdir.¹¹¹ Rousseau'ya göre doğa durumunda insanlar arasında mücadele ve savaş yoktur. Çünkü istekleri sınırlı olan ve bu isteklerini rahatça karşılayan, yalnızca şefkat ve merhamet duygularıyla hareket eden insanların savaşmalarını gerektirecek bir durum yoktur. Dolayısıyla, aralarında hiç bir ilişki olmadığına göre de, üstünlük duygusu, kendini beğenmişlik saygınlık, değer verme ve aşağılama olmayacak, "seninki", "benimki" ayrımı bulunmayacak ve adalet kavramının yeri olmayacaktır. Doğa durumunda insanlar kötülük yapmaktan çok, kötülükten kaçmayı yeğleyeceklerdir. İnsanlar karşılaştıkları şiddet hareketlerini cezalandırılması gereken bir davranış değil, fakat telafisi mümkün bir kötülük olarak değerlendireceklerdir ve intikam almaya kalkışmayacaklardır.¹¹²

¹⁰⁷ YAYLA, a.g.e, s. 58

¹⁰⁸ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 571

¹⁰⁹ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 575

¹¹⁰ YAYLA, a.g.e, s. 58

¹¹¹ KÖKER, Levent, Demokrasi Üzerine Yazılar, İmge Kitabevi, Ankara 1992, s. 67

¹¹² GÖZE, a.g.e, s. 216

Rousseau da öğretisini, varsayım olarak, doğal dönem ve onun ardından yapılan bir sözleşme ile oluşan bir devlete göre belirlemiştir. Ama Rousseau'nun modelindeki doğal yaşamda ne tam bir huzur ortamı vardı, ne de kargaşa. Burada herkes kendi kendine yetecek bir yaşam düzeyine sahipti. Ancak mülkiyetin ortaya çıkması ile birlikte bu otarşik nitelik bozulmuş ve mutluluğun yerini sorunlar almaya başlamıştır. Bunu ortadan kaldırmak için sözleşme gündeme gelmiştir.¹¹³

Ne yoksulun ne de varlığının güvencede olduğu bu duruma son vermek için insanlar birleşelim, zayıfları baskıya karşı korumak için, muhterisleri dizginlemek için, herkesin kendine ait olana sahip olması için, istisnasız herkesin uymak zorunda kalacağı ve gerek güçlüye gerek güçsüze karşılıklı görevler yükleyerek, güçlünün keyfi davranışlarını önleyecek adalet ve barış kuralları koyalım, diyeceklerdir.¹¹⁴

3.2.2. Sözleşme Düşüncesi

Rousseau da diğer toplumsal sözleşmeciler gibi, insanların doğa halinde sürüklendikleri felaketten bir sözleşme ile kurtarır. Bu sözleşme öyle bir sözleşme olacaktır ki, herkes diğerleri ile birleşecek, bu ortak güçle her bireyin can ve malı savunulacak ve korunacak, herkes diğerleri ile birleştiği halde ancak kendi iradesine itiat etmiş olacak ve eskiden ne ölçüde özgür ise yine öylece özgür kalacaktır. Bu şartlarla sözleşmeyi yapıp devleti meydana getiren insanlar, iradelerini birleştirirken bütün doğal hak ve hürriyetlerinden feragat ederler. Ancak feragat ettikleri hak ve hürriyetlerin aynısını, fakat bu defa garanti edilmiş medeni haklar olarak devletten geri alırlar.¹¹⁵

Rousseau'nun teorisinin odağındaki kavram eşitliktir. Rousseau tüm kötülükleri insanlar arasındaki eşitliğin yok olmasına yol açan bir gelişmeye bağlar. İnsanoğlu, başkasının yardımına ihtiyaç duyduğu ve bir insanın iki insana yetecek kadar yedek besine ve araç ve gereçlere sahip olmanın kendisi için yararlı olacağını düşünmeye başladığı andan itibaren insanlar arasında eşitlik bozulmuştur. Mülkiyet işe karışmış, çalışma gerekli olmuş, ormanlar insan teriyle sulanmaya başladıktan sonra köleliği ve felaketleri beraberinde getirmiştir.¹¹⁶

Toplumsal sözleşme doğal eşitliği kesinlikle ortadan kaldırmaz, tam tersine doğanın insanlar arasında getirdiği fizik eşitsizlik yerine ahlaksal ve meşru bir

¹¹³ HAKYEMEZ, a.g.e, s.38

¹¹⁴ GÖZE, a.g.e, s. 220

¹¹⁵ ERDİNÇ, a.g.m, s.305

¹¹⁶ GÖZE, a.g.e, s. 219

eşitlik getirir ve insanlar güç ve zeka bakımından eşit olmasalar da anlaşma ve haklarla eşit olurlar.¹¹⁷

Rousseau'ya göre her birey, tüm hakları ile birlikte kendini topluma terk ederek, genel iradenin üstünlüğünü kabul etmiş olmaktadır. Herkes aynı biçimde bir prosedüre göre kendi haklarından vazgeçmiştir. Ama bireyler genel irade içerisinde kendilerini görmektedirler. Bu durumda bireyler, hem yönetici hem yönetilen pozisyonunda olduklarında, sözleşme ile oluşan devlette önemli etkiye sahiptir ve genel iradeye bağlı olarak yaşarken aynı zamanda özgürdürler.¹¹⁸ Dolayısıyla Rousseau'ya göre insanlar doğa durumundan bir sözleşmeyle toplum durumuna geçince doğal özgürlüklerini yitirmiş olmaktadır. Ama bunun karşılığında daha güvenceli şekilde kazandığı hak ve özgürlükler vardır. Rousseau bunu şöyle açıklar: "İnsanın toplum sözleşmesiyle yitirdiği şey doğal özgürlüğü ve isteyip te ulaşabileceği şeyler üzerindeki sınırsız hakkıdır.; kazandığı şey ise sivil özgürlük ve elindeki herşeye gerçekten sahip olmasıdır". Buna bir de manevi özgürlük yani yasalara itaat etmek eklenebilir.¹¹⁹

Rousseau bizzat kendisi toplumsal sözleşmenin şu şekilde özetlenebileceğini söyler: "Her birimiz bütün varlığımızı ve bütün gücümüzü birleştirerek genel iradenin kesin buyruğuna veririz ve her bireyi bütünü bölünmez bir parçası kabul ederiz."¹²⁰

Locke'ta olduğu gibi Rousseau'da da toplum sözleşmesi yapılırken; yani devletin kuruluşu aşamasında toplumda herkesin buna katılması gerekir. Ancak Rousseau'da kuruluşta aranan bu oybirliği yerine daha sonraki karar alma sürecinde çoğunluk yönetimi ile yetinilir.¹²¹

3.3. Devlet Teorisi

Görüldüğü üzere, Rousseau siyasal toplumun (devletin) ortaya çıkışını toplum sözleşmesi ile açıklamıştır. Toplum sözleşmesi ile insanlar iradelerini birleştirmişler ve kendilerini bütün hakları ve yetkileri ile birlikte siyasal topluluğa devretmişlerdir. Böylece, kişilerin iradelerinin birleşmesi ve kaynaşması sonucu ortaya "genel irade" çıkmıştır. "Genel irade", kişisel iradelerin toplamında ibaret değildir; onlardan ayrı, onların üstünde, kendine özgü varlığı olan ko-

¹¹⁷ ROUSSEAU, a.g.e, s. 75

¹¹⁸ HAKYEMEZ, a.g.e, s.38

¹¹⁹ ROUSSEAU, a.g.e, s. 72

¹²⁰ ROUSSEAU, a.g.e, s.68

¹²¹ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52 Sayı: 4, s 78

lektif bir iradedir. İşte toplumdaki üstün iktidar, yani egemenlik de bu genel iradeye aittir.¹²²

Rousseau devleti halktan türetmekle yetinmeyip halkla özdeşleştirir. Egemen olan halktır artık. Bundan dolayı devlet de özü gereği demokratiktir.¹²³

Rousseau “Toplumsal Sözleşme” kuramında, egemenliğin kaynağını halka (vatandaşlar kitlesine) dayandırarak; (halk egemenliği teorisini savunarak) devletin meşruiyetini demokratik temeller üzerine oturtmuştur. Temsil sisteminin halk egemenliği anlayışına uygun düşmediğini savunarak; egemenliğin bizzat yurttaşlar tarafından kullanılması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁴

Hükümet Rousseau’ya göre demokratik, aristokratik ve monarşik biçimler altında örgütlenebilir. Toplum sözleşmesi ile kurulup halkın egemenliği üzerinde yükselen her devlet Rousseau’nun gözünde bir cumhuriyettir. Rousseau, bir devlet biçimi hatta tek meşru devlet biçimi olarak cumhuriyeti ya da demokrasiyi yüceltmesine karşın, hükümet biçimi anlamındaki demokrasiye iyi gözle bakmaz. Çünkü ona göre, doğrudan demokrasi olarak algıladığı demokratik hükümet düzeninde, yürütme de halkın eline bırakılınca genel konular ile özel konular birbirine karışır ve devlet çözülmeye doğru gider.¹²⁵

Devlet karşısından bireylerin ne türden olursa olsun örgütlenmelerine, çıkarlarını savunmak için biraraya gelmelerine kesinlikle olanak tanınmamalıdır. Rousseau’nun öngördüğü siyasal sistemde, birey ve devlet arasında hiç bir kuruluş olamaz.¹²⁶

Egemen toplum, yönetim görevini halkın tümüne ya da halkın büyük bir bölümüne verebilir. Yönetimde yönetici yurttaşların sayıları, yönetilen yurttaşların sayılarından fazla ise, bu yönetim biçimine demokrasi denir. Egemen toplum, yönetim görevini bir azınlığın eline bıraktığı takdirde aristokrasi, bir kişinin eline bıraktığı takdirde ise monarşi oluşur.¹²⁷

Rousseau, egemenliği oluşturan genel iradenin eseri olan ve toplumun ortak yararına yönelik yasalarla insanın özgürlüğüne, toplumunda dirlik ve düzene kavuşacağını savunur. Hem yasa koyucu hem de hükümet, halkın görevlileri olunca da artık güçler ayrılığı sisteminden söz edilemez. Karşımızda güçler bir-

¹²² KAPANİ, a.g.e, s.78

¹²³ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.569

¹²⁴ ARSLANEL M. Nazan, ERYÜCEL Ertuğrul, *Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2011 15 (2): 1-20, s.18

¹²⁵ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.592

¹²⁶ YETKİN, a.g.e, s. 580

¹²⁷ GÖZE, a.g.e, s. 229

liği sistemine dayalı Meclis Hükümeti sistemi vardır.¹²⁸

Diğer yandan Rousseau gerçek anlamıyla demokrasinin belkide hiç bir zaman ulaşılamayacak bir ideal olduğunu, insan toplulukları için bu ideale ulaşmanın ancak değişik ölçülerde sözkonusu olabileceğini şöyle ifade eder: Eğer Tanrılardan oluşan bir toplum var olsaydı, bu toplum kendini demokratik yoldan yönetirdi.¹²⁹

Onun genel irade adını verdiği egemenlik anlayışı Bodin ve Hobbes'üne benzer şekilde devredilemez ve bölünemez nitelik taşır.¹³⁰ Bunun yanısıra Rousseau egemenliğin temsilinin de mümkün olmadığını söyler. Genel iradenin hata yapmayacağı her zaman kamu yararını gözettiği de diğer temel bir ilkedir.¹³¹

3.4. Modern Devlet Biçimlerine Etkisi

Rousseau Fransız İhtilaline olduğu kadar, ihtilalden sonra gerçekleştirilen demokratik sisteme, hem de günümüze kadar etkili olmuştur.¹³² Rousseau uzun bir tarihi geçmişe sahip olan doğal hukuk, doğal haklar ve toplumsal sözleşme teorisini halka maletmiş ve onun sosyal ve siyasal ortamda gerçekleşme imkanı bulmasına büyük ölçüde katkıda bulunmuştur.¹³³

Bireylerin devlet yönetiminde tek söz sahibi olması bağlamında demokrasiyi ilk geliştiren kuramcılarının başında Rousseau gelmektedir. Ancak günümüzün demokrasi anlayışı Rousseau'nun öngördüğü modelden farklı özellikler de içermektedir. Rousseau'nun görüşlerinden ilhamla ortaya çıkan çoğunluk iradesinin sınırsız biçimde üstünlüğüne dayalı "çoğunlukçu demokrasi" anlayışı uzunca süre hem Avrupa'da hem de ülkemizde etkisini göstermiştir.¹³⁴ Fakat günümüzde bu anlayış aşılmış, çoğunluğun iradesinin anayasa ve insan hakları ile sınırlandırıldığı çoğulcu bir demokrasi anlayışına ulaşılmıştır.

Kapani'nin yerinde tespitiyle; Rousseau'nun fikirleri her türlü yoruma elverişlidir. Birbirinden 180 derece farklı görüşlerin savunucuları kendilerine Rousseau'da bir destek bulabilirler.¹³⁵

¹²⁸ AKAD, DİNÇKOL, BULUT, a.g.e, s. 152

¹²⁹ KAPANİ, a.g.e, s. 153

¹³⁰ Rousseau'nun bu konudaki açıklamaları için bkz. ROUSSEAU, a.g.e, s. 79-82

¹³¹ GÖZE, a.g.e, s. 225

¹³² GÖZE, a.g.e, s. 212

¹³³ ERDİNÇ, Tahsin, *Jean-Jacques Rousseau Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 40, Sayı 1-4 (1974), s. 298

¹³⁴ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı*, s. 70

¹³⁵ YETKİN, a.g.e, s. 582

Rousseau'yu klasik liberal akımın içinde sayan araştırmacılar olduğu gibi, onu kolektivist düşünce taraftarı olarak gören ve böylelikle Marx'ın yolunu açan bir öncü olarak niteleyen uzmanlar da vardır.¹³⁶

Fransız devriminden 11 yıl önce ölmesine rağmen Rousseau devrimin fikir babası sayılır. Bu doğruysa Rousseau'nun fikirleri demokrasiye ve özgürlüğe değil de baskıya, tahakküme, teröre yol açmıştır denilebilir. Amerikan kurucu babalarının Rousseau'cu değil Locke'çu olmaları da bu tespiti doğrulayan bir veri olarak görülebilir.¹³⁷

Rousseau gerek 18. yüzyıl aydınlanmasının kozmopolit yapılanmasına yönelttiği eleştirileri, gerek yönetici-yönetilen ilişkilerini "genel irade" kavramı etrafında yeniden kurgulamasıyla, milliyetçi düşüncenin önemli kalemlerinden, hatta kurucu yazarlarından biri olarak kabul edilir.¹³⁸

Kelsen'e göre Rousseau demokrasinin en büyük teorisyeni¹³⁹ iken Bertrand Russele göre, Hitler, Rousseau'nun eseridir.¹⁴⁰ Örs de, Faşizmin özü itibarı ile Batı düşünce geleneğine yabancı olmadığını söyledikten sonra, adeta faşizmin gelişimini haber verir görünen düşünürler arasında "genel irade" teorisi nedeniyle Rousseau'yu da sayar.¹⁴¹ Rousseau'nun savunduğu mutlak eşitlik, toprak mülkiyeti ve doğrudan demokrasi fikirleri ise Karl Marx dahil solcu ve sosyal demokrat düşünürleri etkilemiştir.¹⁴²

Leon Duguit'e göre; "Rousseau 1793 Jakoben öğretilerinden 1920 Bolşevik öğretilerine kadar bütün diktatörlük ve tiranlık öğretilerinin öncüsü olmuştur. Rousseau'nun bireyin haklarını devletin mutlak hakimiyetine nasıl feda ettiğini görebilmek için "*Toplum Sözleşmesi*" kitabına bakmak yeterlidir."¹⁴³

Arslan'a göre, "Rousseau hakkındaki çelişen yargılar ve yorumlar, büyük ölçüde genel irade teorisinin muğlak ve çelişkili doğasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten toplumsal sözleşmenin amacı, bireyi ve onun özgürlüğünü korumaktır. Diğer yandan, bu sözleşme, özgürlüklere yönelik en büyük tehdidi

¹³⁶ BAYKA, Mustafa Hazım, *Rousseau Üzerine Birkaç Söz*, in J.-J. ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Say Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 13

¹³⁷ YAYLA, a.g.e, s. 58

¹³⁸ ÖRS, a.g.e, s.330

¹³⁹ ERDİNÇ, a.g.m, s. 318

¹⁴⁰ Aktaran YETKİN, a.g.e, s. 583

¹⁴¹ ÖRS, a.g.e, s. 486

¹⁴² ERDİNÇ, a.g.e, s. 319

¹⁴³ DERATHE, Robert, *Toplum Sözleşmesi Üzerine*, in J.-J. ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Say Yayınları,2. Baskı, İstanbul 2012, s. 50

oluşturan güçlü ve sınırsız bir devlet yaratmaktadır.”¹⁴⁴

Ülkemize ilişkin olarak ise, Rousseau’nun “çoğunlukçu” olarak karşımıza çıkan demokrasi anlayışı ülkemizde hem 1921 hem de 1924 Anayasalarını etkilemiştir. 1921 Anayasasını, hem tam anlamıyla güçler birliği ilkesi hem de parlamentodaki çoğunluğun mutlak üstünlüğü açılarından etkilemiştir. 1924 Anayasasında yine etkisi açık olmakla birlikte, sadece güçler arasındaki ilişki 1921’e nazaran güçler birliği ilkesinden biraz uzaklaşmıştır. Ancak yine de Rousseau’nun “genel irade” anlayışı 1924 Anayasasını temelden etkilemiştir.¹⁴⁵

Bize göre, modern çağda ortaya çıkan totaliter rejimlerin Rousseau’nun bazı fikirlerini istismar etmeleri bir gerçek olmakla birlikte, yaşamı ve eserleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu rejimlerin Rousseau’nun benimseyeceği ve toplumsal sözleşme teorisiyle amaçladığı rejimler olduğu söylenemez.

SONUÇ

Çalışmada düşünceleri ve etkileri ele alınan klasik toplum sözleşmesi teorisyenlerinin üçü de, sözleşme öncesi “doğa durumu” denilen bir dönemi kabul etmektedir. Ancak, sözkonusu dönemin özellikleri düşünürden düşünöre farklılık göstermektedir. Ortak nokta, toplum durumunun hemen öncesi, bir şekilde savaş durumunun veya olasılığının sözkonusu olmasıdır.

Düşünürlerin içinde yaşamış oldukları siyasi ve sosyal ortamın koşulları, onların doğa durumunu betimlemelerinde farklılıklara yolaçmıştır. Kabul ettikleri doğa durumuna bağlı olarak her üç düşünürün toplum sözleşmesi ile oluşan devlete tanıdıkları ayrıcalıklar ve öngördükleri yükümlülükler farklılık göstermektedir.

Bu husus sözleşme sonrası oluşan devletin biçimini de belirlemektedir. Toplum sözleşmesi sonrasında Hobbes’da güvenlik ihtiyacına cevap verecek akılcı bireyci bir mutlak monarşi, Locke’ta liberal bireyci devlet ve Rousseau’da genel iradeyi yansıtan cumhuriyet yönetimi ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan her üç düşünür de çağlarını aşan şahsiyetler olduklarından toplumsal sözleşme teorileri kendilerinden sonraki bir çok siyasi düşünürü ve devlet adamını etkilemiş, bu bakımdan değişik yönetim biçimleri üzerinde de etkili olmuştur.

Hobbes, Bodin’den devraldığı egemenlik kavramını geliştirerek ulusal ve

¹⁴⁴ ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.137

¹⁴⁵ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, s. 89

mutlakiyetçi modern devletin ortaya çıkışına büyük katkı yapmıştır. Ancak Hobbes'un teorisi ile 20. yüzyıldaki Nasyonal Sosyalizm'den Faşizme ve Komünizme kadar bir dizi totaliter devlet ideolojileri arasında benzerlikler de dikkat çekmektedir. Ancak kimi siyaset bilimcileri ve kamu hukukçuları, bu benzerlikleri Hobbes'un fikirlerinin bir etkisi olarak değerlendirirken, kimileri de, Hobbes'in düşüncelerinin istismar edilmesinden bahsetmektedirler.

Söz konusu çelişki bazen demokrasi ve halk egemenliğinin teorisyeni olarak övülen, bazen de otoriter devlet biçimlerine ilham vermekle eleştirilen Rousseau için de geçerlidir.

Günümüz demokratik rejimleri üzerinde her üç düşünürün de değişik ölçülerde de olsa etkileri görülmektedir. 20. asırda demokratik rejimlerin yaygınlaşmasında genel olarak Locke ve Rousseau'nun etkisi daha belirgindir. Çağımızda ise kuvvetler ayrılığı ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını temel alan hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik rejimlerin Locke'nin fikirleri üzerinde yükseldiği söylenebilir.



KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali (Editör), Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2013

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, ZAPCI, Filiz Çulha, ERGÜN, Reyda, Kral-Devletten Ulus-Devlete, İmge Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009

AKAD, Mehmed, DİNÇKOL, Bihterin, BULUT, Vural Nihat, Genel Kamu Hukuku, 10 Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2014

AKBAY, Muvaffak, Umumi Amme Hukuku Dersleri, Cilt 1, 4. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961

AKİPEK, İlhan, *John Locke'un Siyasi Fikirleri*, AKİPEK, ss. 255-268 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/320/3167.pdf> erişim: 10.12.2015

ALATLI, Alev, Batıya Yön Veren Metinler –II- (1350-1650), Kapadokya MYO Yayınları, 1. Basım, 2010

ARNHART, Larry, Platon'dan Rawls'a Siyasî Düşünceler Tarihi (Çev. Ahmet Kemal Bayram), Adres Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2013

ARSLANEL M. Nazan, ERYÜCEL Ertuğrul, *Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2011 15 (2): ss. 1-20

ATGER, Frédéric, *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social: thèse présentée pour le doctorat des sciences politiques et économiques*, Impr. coopérative «la Laborieuse» 1906

BAKIRCI, Fahri, *Hobbes'ta Sözleşmenin Kökeni Akıl mıdır?*, I Ankara Üniversitesi SBF Dergisi I 63-3, ss. 2-48

BAŞGİL, Ali Fuad, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946

BAYKA, Mustafa Hazım, *Rousseau Üzerine Birkaç Söz*, in J.-J. ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Say Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012

BERİŞ, Hamit Emrah, *Siyasal Düzenin Sınırları*, Tezkire, İstanbul 2015

BRIMO, Albert, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, 3^{ème} édition, Paris 1978

ÇAL, Canan, *İbn Khaldûn And John Locke: A Political Interpretation Of Society – A Road To Private Property*, A Thesis Submitted To The Graduate School Of Social Sciences Of Middle East Technical University, Ankara 2014 <http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12617026/index.pdf>, erişim: 19.01.2016

DERATHE, Robert, *Toplum Sözleşmesi Üzerine*, in J.-J. ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Say Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012

ERDİNÇ, Tahsin, *Jean-Jacques Rousseau Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 40, Sayı 1-4 (1974), ss. 289-327

GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015

GÜRİZ, Adnan, *Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasî Fikirleri*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3320.pdf>, erişim: 21.12.2015 ss.288-315

GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1985

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Toplum Sözleşmesi Kavramı ve Günümüz İnsan Hakları Kuramına etkisi*, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, [S.I.], v. 13, n. 1, s. 192-215, jan. 2011, <<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/view/1023001630>>. Erişim: 16 Ocak 2016,

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 4, ss. 70-92

- HEYWOOD, Andrew, *Siyaset*, Adres Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2015
- HEYWOOD, Andrew, *Siyasetin Temel Kavramları*, Adres Yayınları, Ankara 2012
- HOWING, Richard, *Tabii Hukuk Nazariyesinin Devletin Şekli Üzerindeki Tesiri*, Ankara 1937
- KAPANI, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 33.Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara 2013
- KILIÇBAY, Mehmet Ali, Önsöz, in HOBBS, Thomas, *Leviathan* (çev. Semih Lim), YKY, 13. Baskı İstanbul 2012
- KÖKER, Levent, *Demokrasi Üzerine Yazılar*, İmge Kitabevi, Ankara 1992
- MERİÇ, Cemil, *Umrandan Uygarlığa*, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1998
- ÖRS, H, Birsen, *19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler*, 7. Baskı, İstanbul 2014
- ROUSSEAU, J.-J., *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Say Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012
- SCHMITT, Carl (çev. Emre ZEYBEKOĞLU), *Hobbes ve Descartes'ta Bir Mekanizma Olarak Devlet*, MHB Yıl, 23/2003, ss.97-980
- TANNENBAUM, Donald G, SCHULTZ, David (Çev. Fatih Demirci), *Siyasî Düşünceler Tarihi*, Filozoflar ve Fikirleri, Adres Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2015
- YAYLA, Atilla, *Siyaset Bilimi*, Adres Yayınları, Ankara 2015
- YETKİN, Çetin, *Siyasal Düşünceler Tarihi II*, Gürer Yayınları, 2. Baskı, İstanbul
- YILDIZ, Mesut, *Rousseau ve Kant'ta Özgürlük Sorunu*, <http://felsefet.home.uludag.edu.tr/kaygi/dergi002/1-6.pdf>, erişim: 15.12.2015

SOSYAL MEDYADA PAYLAŞIM SORUMLULUĞU

Social Media Sharing Responsibility

Dr. Gökhan TANERİ¹

ÖZET

Gelişen teknoloji iletişim imkânlarını geliştirmiştir. Kişiler arasında sosyal ilişkilerin artması, olumlu etkiler yanında olumsuz değerlendirilebilecek bir takım sonuçlar da doğurmuştur. Bu çalışma, seçilen konu başlıkları itibarıyla sosyal paylaşım sitelerinin, kişilere olan hukuki etkilerine ilişkindir.

Anahtar Kelimeler: İnternet, Sosyal Medya, Suç, Masumiyet Karinesi, Eleştiri Hakkı, Haber Verme Hakkı, İfade Özgürlüğü, Kast, Görünür Gerçeklik,

ABSTRACT

Emerging technology has improved the communication possibilities . The increase in social relations among people, a number that can be considered alongside negative results were also affected by death cause. This study selected topics as the social networking sites, is regarding the legal effect of the people .

Keywords: Internet, Social Media, Crime, Presumption of Innocence, the Right to Criticism, the Right to Information, Freedom of Expression, Intention, Visible Reality.

◆◆◆

1. GİRİŞ

Facebook ya da twitter gibi sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımlar, zaman zaman kişilerin hukuki sorumluluklarına neden olabilmektedir. Rüşvet şüphesiyle gözaltına alınan kişinin haberini sosyal medyada paylaşan kişi gazetecilik hukukuna ilişkin görünür gerçeklik ya da hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanacak mıdır?

Soruya verilecek cevabın olumlu olması halinde fail hakkında kamu davası açılmayacak, açılmış ise CMK 223/2-c maddesi gereğince manevi unsur yokluğu nedeniyle beraat hükmü kurulacaktır. Söz konusu eylemin tazminat hukuku anlamında karşılığı ise davanın reddi olacaktır.

Kişilerin böyle bir habere karşı tekzip haklarını kullanabilmeleri mümkündür. Çünkü görünür gerçekliğe uygun olduğu iddiasıyla yapılan paylaşımın,

¹ Adana 24. Asliye Ceza Mahkemesi Hâkimi. presecutor@mynet.com

aksinin iddiası ile yayından ve erişim sağlayıcısından kaldırılmasını istemek kişilerin en doğal hakkıdır. Ancak 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmemiş ise de Anayasa 32. maddesinde yer almış olması nedeniyle "Düzeltilme ve Cevap Hakkı" yayınlanmasını isteme hakkına sahiptir.²

Sosyal medyanın kullanılması, bireyler yönünden sosyalleşme aracı olduğu hukuki boyutları da bulunan bir süreçtir. Bu anlamda gerek kendisini gerekse üçüncü kişileri etkileyen söz ve içerik yönünden paylaşımcının eylemlerinin değerlendirilmesi gerekir.

Çalışmada, sosyal medyanın bir hak olduğu vurgusu ile hakkın, haberleşme, eleştiri, düşünce ve ifade özgürlüğü açısından değerlendirmesi yapılacaktır. Paylaşımcının suçun manevi unsuru yönünden değerlendirmesi ile yetkili emrin emrini ifa kavramı ve sosyal paylaşım ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Sosyal paylaşımın etkide bulunduğu değer olarak masumiyet karinesi ve hukuka uygunluk açısından bir diğer neden olarak rıza konusu ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir.

2. SOSYAL PAYLAŞIM

Sosyal ağlar, insanların özel hayatlarının yayınlanmasına imkân sağlayan bir devrim olarak dünya çapında kullanılmaktadır. Sosyal ağlarda kişiler, birbirleriyle tanışabilmekte, irtibata geçebilmekte, içerik paylaşımında bulunabilmekte, tanışma, oyun ortamı kurabilmekte ve gruplar oluşturabilmektedir. Gün geçtikçe daha fazla sayıda insan ve daha hızlı bir şekilde sosyal ağlarda vakit

² 04/05/2007 gün, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 9. maddesi ilk halinde: "İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır." hükmü ile cevap hakkına yer vermiş iken, kanunda 06/02/2014 gün, 6518 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, "(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl 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 içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir." Hükmüne yer verilmiş ve devam eden maddelerde de cevap hakkına yer verilmemiştir. 5187 sayılı Basın Kanunu ise 14. maddesinde "Düzeltilme ve Cevap" başlığı altında yer vermiştir.

geçirmekte ve paylaşımlarda bulunabilmektedir.³

Toplumsal hareket ve yeni talepler, aynı zamanda yeni değerler oluşturabilmektedir. Sosyal paylaşım siteleri de kişilerin bugüne kadar karşılaşmadıkları bir sosyal ilişki türü geliştirmektedir. İnsanların utanma duygusu, sosyal ilişkilere bağlı olarak ortaya çıkan bir duygu olduğuna göre, fiziksel karşılaşmanın olmadığı sanal ortamlarda değişim geçirebilir.⁴ Yüz yüze iletişimin ortadan kalkmasıyla birlikte insanın kontrol duygularının yok olması doğal bir sonuçtur.⁵ Teknolojik gelişmeye bağlı olarak değerlerin yitirilmesi olağandır ve her yeni teknoloji kendi değerlerini oluşturacaktır.⁶

Sosyal paylaşım siteleri, sahte bir sosyalleşme ortamı oluşturmak ve insanların yabancılaşmasına neden olmakla da suçlanmaktadır. Hiçbir şey, yüz yüze ilişkilerin yerini alamaz. Sosyal paylaşım siteleri kullanımının yaygınlaşması, klâsik ilişkilerin yerini almış ve bu ilişkilere özgü karşılıklı saygı ve nezaketin unutulmasına neden olmuştur.⁷

Sosyal ağ sitelerin kişilerin hayatında büyük kolaylıklar da getirmiştir. Kişilerin sosyalleşmelerine, başka kişilerle iletişime geçmelerine imkân sağladığı gibi kendilerini daha rahat ifade etme ve bilgi paylaşım kolaylığı sağladığı da bir gerçektir.⁸ Daha önce farklı yollarla yapılan ve kimsenin dikkatini çekmeyen ya da ortaya çıkmayan eğilimler de teknolojiye bağlı olarak görülmeye ve ifade edilmeye başlanmıştır.⁹ Bireyde kalması gereken kişisel hayat alanının, “sosyal

³ HACIEFENDİOĞLU, Şenol, “Sosyal Paylaşım Sitelerinde Üye Bağlılığı Üzerine Bir Araştırma” Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sa. 20, S. 56-71, 2010, s. 57, 66.

WEB_1, (2014), <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi20/haciefediogl.pdf> erişim: 09/12/2014

⁴ KERTEL, Ferhat, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 7.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

⁵ TUFAN, Tarık, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 10.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

⁶ GÖRMÜŞ, Alper, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 10.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

⁷ ŞENTÜRK, Recep, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 15.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

⁸ DEDE, Melih, Bayram, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 13.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

⁹ ÇALIŞKAN, Hülya, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 14.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

paylaşım” adı altında sanal dünyada ifşa edilmesi, bunun bir sınırının olmaması çözümlenme zemini oluşturmuştur.¹⁰ Facebook ve Twitter gibi sosyal paylaşım siteleri insanların mahremiyet alanını genişletmektedir.¹¹ Sosyal Paylaşım siteleri, ortak ilgi ve hobileri olan kişileri bir araya getirmekte, paylaşımlarını ve içsel zenginliklerini artırmalarına sebep olabilmektedir. Ancak yaş ve döneme uygun ya da doğru kullanılmama yetişkinlerin ve çocukların yanlış sitelere ya da yanlış düşüncelere kapılmalarına neden olabilmektedir.¹² İnsanlar artık sokakta tanışmak yerine sosyal paylaşım ağlarında tanışmakta, orada iletişim içerisine girmekte, oradan tanışıp evlenmekte ve hatta birbirini öldürebilmektedir.¹³

Sosyal paylaşım ağlarının yukarıda belirtilen etkinin tamamına sebep olduğunu söylemek mümkündür. Ancak kötüye kullanımla kişinin kendisine zarar verebilmesi kadar topluma ve diğer şahıslara da zarar vermesi mümkündür. Bu davranışların hukuki sonuçları olması kaçınılmazdır.

3. HAKKIN KULLANILMASI

5237 sayılı TCK 26. maddesi gereğince hakkını kullanan kişinin cezalandırılması mümkün değildir. Ancak kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edileceği hakkına ilişkin olan rızası nedeniyle kişiye ceza verilemez.

Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için kişiye tanınmış subjektif hak bulunması gerekir. Hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi bir metne dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak şartıyla mesleğin icrasından doğabilir.¹⁴ Hakkın kaynağı kamu hukuku ya da özel hukuk olabileceği gibi yargı kararı veya idari tasarrufta olabilir. Bir

¹⁰ YiĞİT, Hulusi, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 16.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

¹¹ ALPAYDIN,(2011), Yusuf, Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 10.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

¹² DİNÇ, Mehmet, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, Mart 2011, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 10.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

¹³ ARI, Yalçın, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 10.

WEB_3, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

¹⁴ CEBE, Abdurrahman, (2011), *Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 125, 130), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, s. 51., ÇINAR, Nurullah, (2009), Hakaret Suçlarında Hukuka Uygunluk Nedenleri, Adalet Dergisi, Sa. 34, S. 230-247., s. 233.

hakkını doğal olarak örf ve adetten kaynaklanması da mümkündür.¹⁵

Hak sahibinin hakkını kullanmak için herhangi bir makama başvurmak zorunda olmaması gerekir. Örneğin fail, hakkını kullanmadan önce mahkemeye başvurmak zorundaysa hukuka uygunluk nedeninden söz edilemez. Fail, hakkını hukuka uygun olarak kullanmak, sınırları aşmamak zorundadır. Hakkın kötüye kullanılması durumunda işlenen eylemin hukuka uygunluğundan söz edilemez.¹⁶

Hakkını kullanan kişiye ceza verilemeyeceğinden, fail hakkında 5271 sayılı CMK'nın 223/2-d maddesi gereğince, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda hukuka uygunluk sebebi bulunması nedeniyle beraat kararı verilecektir.¹⁷

Sosyal paylaşım sitesinde haber paylaşımı yapan, bu haberi yorumlayan kişinin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını kullandığını söylemek gerekir. Buna göre yalnız haberin paylaşılmış olması fail yönünden hukuki ya da cezai sorumluluk oluşturmaz. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre eleştiri hakkının da değerlendirilebilir.

3.1. HABER VERME HAKKI

Haber verme ya da olayları açıklama hakkı, kamu yararı taşıyan bir olayı, topluma haber vermek, bildirmektir. Basın, haber verme hakkını kullanırken somut gerçeklik/doğruluk, haberin kamuyu ilgilendirmesi, güncel olması ve ölçülü olması ilkelerini gözetmelidir.¹⁸

Haber verme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ile de ilgilidir. Buna göre ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan biridir. Bu özgürlük; kabul gören, zararsız, kayıtsızlık içeren bilgiler ve fikirler için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar demokratik toplum için zorunlu olan çok seslilik ve hoşgörünün gereğidir.

¹⁵ YILAR, Halil, (2008), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu (TCK 125-131 Maddeleri)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Kocaeli, s. 61., Çınar, s. 233.

¹⁶ Yılar, s. 61., Çınar, s. 233.

¹⁷ Yılar, s. 61., Çınar, s. 233.

¹⁸ BAYINDIR, Sinan/APIŞ, Özge, (2010), Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi*, Sa.: 91, S.: 67-109, s. 92.

AİHM de benzer görüşleri tekrarlayarak, düşünce özgürlüğünün, düşüncüklerini özgürce açığa vurabilme ve başkalarına açıklayabilme ile anlam kazanacağını vurgulamıştır.¹⁹Kişilerin şeref ve haysiyetini ilgilendiren konularla ifade özgürlüğü arasındaki çatışmalar ifade özgürlüğü lehine yorumlanmalıdır. Ancak bazı durumlarda iki yararın haber verme hakkı ile birlikte değerlendirilmesi gerekebilir.²⁰Haberin verilmesi tek başına kişi onurunu kırıci nitelikte değilse cezalandırma yolu tercih edilmemelidir.²¹

Anayasal güvence altına alınan basın özgürlüğünün, hür ve sansür edilemez niteliktedir. Ancak bu özgürlük sınırsız düzenlenmemiştir. Basın özgürlüğünün sınırını kişilik hakları oluşturmaktadır. Aynı anda çatışan iki yararın korunması mümkün olmadığında, kamu yararı ölçütüne göre tercih yapılmalıdır. Basın, kamusal nitelikteki işlevi nedeniyle kendisine tanınan ve basın özgürlüğünün de temelini oluşturan haber verme hakkı ile düşünce açıklaması hakkına sahiptir. Bu iki temel hakkın kullanımında, kişilik haklarını incitici, küçültücü ve aşağılayıcı olunmadığı müddetçe hukuka uygunluk kabul edilecektir.²²

Haber verme hakkının hukuka uygunluğundan söz edilebilmesi için bir haberin:

- i- Gerçek,
- ii- Güncel,
- iii- Verilmesinde kamu yararı bulunması,
- iv- Açıklanış biçimi ile konusu arasında düşünsel bağ bulunması şartlarını taşıması gerekir.²³

¹⁹ ÖZBEK, V. Özer/KANBUR, N. Mehmet/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, (2012), **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 469.u

²⁰ YILDIZ, Sevil (2014), Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Haber Verme Hakkı, *Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, S. 201-219, s. 209., WEB_4, (2014), sbmyod.selcuk.edu.tr/sumbtd/article/download/185/177 erişim: 27/10/2014, Cebe, s. 25.

²¹ AKYAZAN, Ahmet, Emrah, (2006), 5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 77-98, s. 88.
WEB_5, (2014), www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2006-1/4.pdf erişim: 27/10/2014

²² KUCUROĞLU, Zeynep, (2014), Düşünce Açıklamalarında Hukuka Uygunluk Sebepleri, *Leges Hukuk Dergisi*,
WEB_6, (2014) http://www.legeshukukdergisi.net/?pnum=23&pt=Av.%20Zeynep%20KUCUROĞLU%4%9ELU erişim: 28/10/2014

²³ ÇETİN, Erol, (2014), **Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı Basın Hukuku Yazılı Basın, Radyo, Televizyon, İnternet**, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 200.

Gerçeklik haber konusu olayın gerçekliğidir. Aranması gereken somut gerçeklik olmayıp, haberin verildiği andaki olayın, belirli biçimine uygunluktur.²⁴

İnternet aracılığıyla işlenen suçlarda suç tipine uygun olduğu sürece, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suç tipleri internet aracı kılınarak işlenen suçlar yönünden de uygulanacaktır. Hakaret, sövme, hırsızlık, sahtecilik, iftira, yalan haber yaymak, müstehcenlik, suçları övme, suça tahrik, anayasal organları tahkir, memura hakaret, devletin bölünmezliği aleyhine propaganda, seçim yasaklarını ihlâl gibi suçları bunların arasında sayabilmek mümkündür.²⁵

3.2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE ELEŞTİRİ HAKKI

3.2.1. Genel Olarak

İfade özgürlüğü pek çok ulusal ve uluslararası belgede yer alan temel hak ve özgürlüktür. Aslında yukarıda anlatılan haber verme hakkı da ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

Düşüncenin oluşabilmesi, kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ile mümkündür. Bunun için de hukuki olanakların ve güvencelerin bulunması gerekir. Kişinin ifade özgürlüğü nedeniyle kınanmaması da gerekir. İfade özgürlüğü, birey olmanın önemli unsurlarındandır. İfade özgürlüğü, düşünceyi, söz, yazı veya başka araçlarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme, tercihleri doğrultusunda tutum ve davranışlarda bulunma hakkı olarak nitelendirilmektedir.²⁶

Kişisel anlamda da düşünce özgürlüğünün ilk sınırının insanın kendi iç dünyası olduğunu belirtmek gerekir. Doğru düşünebilme, yeterli bilgiye sahip olma, karşı görüşü dinleme, karşı görüşü sınıma, kuşku duyma, ön yargılı olmama gibi unsurlar kişisel ve medeni anlamda düşünce özgürlüğünün sınırlarıdır.²⁷

İfade özgürlüğünün temel ilkeleri ise:

i- İfade özgürlüğü demokratik toplumun temelidir.

²⁴ TANERİ, Gökhan, (2013), **Hakaret, Tekzip Tazminat**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 381.

²⁵ YILDIZ, Sevil, (2006), Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD., Konya, s. 52.

²⁶ ÖZBEY, Özcan, (2013), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, *TBB Dergisi*, Sa. 106, S. 42-92, s. 43, 44. WEB_8, (2014), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1269> erişim: 27/10/2014

²⁷ Özbey, s. 48.

- ii- İfade özgürlüğünden herkes yararlanır.
- iii- Düşünce araçları da ifade özgürlüğü kapsamına dahildir.
- iv- İfade özgürlüğü, belirli meşru amaçlar için sınırlandırılabilir.
- v- Sınırlama konusunda, devletlerin takdir yetkisi vardır. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız değildir.
- vi- Sınırlama hukuk tarafından öngörülmüş olmalıdır.
- vii- Sınırlama, demokratik toplumda gerekli ve hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olmalıdır.
- viii- Sınırlamanın özellik ve ağırlığı dengeli olmalıdır.
- ix- İfade özgürlüğü görev ve sorumluluklara uygun olarak kullanılmalıdır.²⁸

Bilgi ve kanaatlerin açıklanması özgürlüğü, bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması açısından önemlidir. Bu özgürlüğün bulunmaması halinde özgür, eşit, tarafsız, adil bir seçimin varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Ayrıca bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğünün tam kullanımı, özgür ve demokratik bir devlet sisteminin temel göstergesi olan hükümetin serbestçe eleştirilmesini de kapsar.²⁹

Bilgi edinme ve düşünme özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve düşünceyi ifade etme özgürlüğü bir bütün olarak ifade özgürlüğünün unsurlarıdır. Düşünceyi ifade etme, sözlü, yazılı anlatım, sanatsal gösterim, kişisel görünüm ve görüntü tercihi, gösteri yürüyüşü, toplantı yapma ve örgütlenme gibi bir çok şekilde mümkündür. Kitap, makale, deneme, roman, hikâye yazma ve yayınlama; resim ve heykel yapma, oyun sahneleme, belli bir kıyafeti giyme, bir gösteri yürüyüşüne ya da bir toplantıya katılma, bir dernek veya topluluk kurmak da kişisel veya toplu ifade olarak değerlendirilebilir. Propaganda faaliyetleri, eleştiri ve sivil itaatsizlik gibi eylemler de düşünceyi ifade etme şekilleridir.³⁰

²⁸ BOZKURT, Enver/DOST, Süleyman, (2002), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. 7., Sa.: 1, SS.: 47-74, s. 51-55.

²⁹ MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitapları No. 2, s. 12.
WEB_9, (2014), http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf erişim: 27/10/2014

³⁰ KAMBER, Suat, (2012), İfade Özgürlüğü, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 19.
WEB_10, (2014), <http://www.tihk.gov.tr/www/files/52dd5e71e383b.pdf> erişim: 27/10/2014

3.2.2. İnsan Hakları Belgeleri

10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Bildirgesi 19. maddesi, herkesin fikir ve fikirlerini açıklama özgürlüğünün bulunduğunu, hiç kimsenin bundan dolayı rahatsız edilmemek, bilgi ve fikirleri her yolla elde edebilmek ve yaymak hakkının bulunduğunu düzenlemiştir.

Benzer şekilde AİHS 10. Maddesi 1. fıkrasında, herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu, bu hakkın kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları bulunmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerdiği düzenlenmiştir. Madde 1. Fıkra son cümlesinde, düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin bu düzenlemenin, devletlerin radyo ve televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel olmadığını belirtmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında düşünce ve ifade özgürlüğünün, ödev ve sorumluluğu bünyesinde bulundurduğu, demokratik bir toplulukta, milli güvenlik, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin, düzeni korumanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlâkın başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, belli bir şekle, şartlara, sınırlara veya yaptırımlara tabi tutulabileceği düzenlenmiştir.

AİHS 10. maddesi anlamında ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi maddede belirtilen şartlarla mümkündür. Buna göre sınıflandırmak ve yeniden belirtmek gerekirse:

i- Kısıtlamanın yasada öngörülmüş olması gerekir.

ii- Belirli amaçlara yönelik olarak sınırlama mümkündür.

iii- Demokratik topluma aykırı düşmeyen ve öngörülen amaca ulaşmak için gereken ölçüde olmalıdır.

Düşünce özgürlüğünün AİHS 10/2 maddesi anlamında sınırlanması meşru amaçları ise:

i- Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu emniyetinin korunması,

ii- Kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi,

iii- Sağlığın veya ahlâkın korunması,

iv- Başkalarının şöhret ve haklarının korunması,

v- Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ve yargı gücünün otorite ve taraf-

sızılığının korunması olabilmese mümkündür.³¹

1966 tarihli, BM Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşmesi 19. maddesinde de ifade özgürlüğü:

i- Herkesin, herhangi bir müdahale olmaksızın fikirlere sahip olma hakkı bulunduğu,

ii- Herkesin ifade özgürlüğü hakkının bulunduğu, bunların sözlü, yazılı veya basılı ya da sanatsal ürün şeklinde ya da kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma hakkının da ifade özgürlüğü kavramı içinde bulunduğu,

iii- İfade özgürlüğünün, başkalarının haklarına ve itibarına saygı, ulusal güvenlik veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlâkı koruma nedenleriyle sınırlanabileceğini hüküm altına almıştır.

3.2.3. Ulusal Hukukta

Ulusal hukukta, 1982 Anayasası 25. maddesi düşünce ve kanaat hürriyetini, 26. maddesi düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenlemiştir. Eleştiri hakkı da, bu hakların doğasından kaynaklanan temel hak ve özgürlüktür.³²

İfade özgürlüğü konulu Türkiye aleyhine verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını değerlendiren Eryılmaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne getirilen herhangi bir sınırlamayı demokratik toplum için gerekli kabul edilebilir bulmasında aradığı esas ölçütün, başvuru sahibinin açıkladığı düşünceleri ile şiddeti tahrik etme, destekleme veya ateşleme noktasında gerçek ve ciddi bir tehlike doğurması gerektiğini değerlendirmesini yapmaktadır.³³

AİHS'nin metni içtihat hukuku dışında değerlendirilemez. AİHS, örf ve adet hukuku sistemine göre işler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları AİHS'nin metnini açıklığa kavuşturur ve yorumlar. Bu kararlar, bağlayıcı ve emsal kararlardır. Hukuki statüleri emredici hukuki normdur.³⁴

³¹ Özbek, s. 61-82.

³² ÜNAL, Recep, (2008), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Şerefe Karşı Suçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, s. 95.

³³ ERYILMAZ, M. Bedri, (2000), İfade Özgürlüğü ile İlgili Türkiye Aleyhine Açılan Davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Verilen Kararların Özetleri ve Türk Hukuku ve Uygulamaları İçin Anlamı, *Polis Bilimleri Dergisi*, C.: 2 (7-8) S. 305-349, s. 348.

WEB_11, (2014), http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_statik/_dergi/2000/7-8/305-349.pdf erişim: 10/12/2014

³⁴ Macovei, s. 5.

Türk hukukunda düşünce ve ifade özgürlüğü ve bunları sınırlayan hükümlerin uygulanmasında birlik olduğunu söyleyebilmek güçtür. Zaman zaman Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini de gerekçe göstermek suretiyle bozma kararları görülmektedir.

4.HD. 1/10/2014 gün, 2013/18481 Esas 2014/12713 Karar sayılı ilâmında, davalının belediye başkanı olup siyasi hüviyetinin bulunduğunu, davalının söylediği, “Bu adam Muş’lu bir kürttür, Kadıköy’e faydası olmamıştır, zararı olmuştur, tam bir şark kurnazı, bugün CHP’den nemalanıyor, başkanlıktan düşsün, inanın kendini PKK’lı olarak göreceğiz, ben böyle inanıyorum, bir CHP’li olarak görüşüm budur, hadi bakalım yüreği yerse gitsin Muş’tan CHP adayı olsun, Şemdin Sakık’la beraber” ibarelerinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da belirttiği üzere siyasi hüviyete sahip şahısların kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanmaları gerektiği; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün sadece “zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen bilgi ve fikirler değil aynı zamanda rahatsız eden, şaşırtan ve gücendiren ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği” belirtilerek ve bu ifadeler var olmadan “demokratik bir toplum”dan söz edilemeyeceği vurgusu ile facebook üzerinden yapılan paylaşımın siyasi ve sert eleştiri mahiyetinde olduğu ve tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

3.2.4. Eleştiri Hakkı

Eleştiri, herhangi bir konuda “olumsuz” değer yargısı bildirmektir. Kişiler bu yolla düşünceleri açıklama veya ifade özgürlüğünü kullanmaktadır. Özellikle demokratik rejimlerde ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir unsurudur.³⁵ Eleştiri hakkı bir bakıma haber verme hakkının bir çeşididir.

Haber verme hakkı açısından geçerli olan konular eleştiri hakkı bakımından da geçerlidir. Eleştiri hakkının hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için; haber ve eleştiri niteliği taşıyan bir olayın mevcut olması gerekir. Bunun için de:

- i- Eleştiri konusu olayın gerçek olması,
- ii- Olayın güncel olması,

³⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, (1989), Hakaret-Sövme Suçları Politik Eleştiri” 16 Kasım 1989 tarihli Siyasal Bilgiler Fakültesi Konferans Metni, 1989, WEB_7, (2014), .http://ihm.politics.ankara.edu.tr/ihmd/11/03.pdf erişim: 10/12/2014, s. 7.

ŞANLI, İpek (2011)Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, TAAD, Cilt: 1, Yıl:2, Sayı: 7., S: 421-477, s. 433.

iii- Eleştirmede kamusal ilgi ve yararın bulunması,

iv- Eleştiri ile işlenen suç arasında bağlantı bulunması gereklidir.³⁶

Eleştiri muhataplarınca olumlu değerlendirildiğinde genellikle sorun oluşturmamaktadır.

Ancak eleştiri muhataplarının olumsuz değerlendirmesi halinde, kullanılan deyimlere ve uslûba göre sövme, hakaret veya yerine göre şahsiyet haklarına saldırı söz konusu olabilir. Bu durum genellikle siyasi eleştirilerde görülmektedir.³⁷

3.2.5. Yargı Kararlarında Eleştiri Hakkı

4.CD. 23/12/2013 gün, 2012/31376 Esas 2013/33181 Karar sayılı ilâmında, belediye başkanı olan katılanın, spor kulübü adına düzenlenen yemekte çekilen fotoğraflarının facebookta paylaşarak, “başkan yardımcısı olmadan önce evinin çatısını yaptırmak için eski sac arayan, güvercin pisliklerini biriktirip parayla satan, ne hikmetse başkan yardımcısı olduktan sonra parayı çok bulunca dansözlere bile yediriyor” şeklindeki sözlerinin ağır eleştiri olduğunu ve katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmadığını belirtmiştir.

4.HD. 26/6/2013 gün, 2012/14236 Esas 2013/12309 Karar sayılı ilâmda da, twitter hesabından “Kayseri’de Kahrolsun İsrail sloganları atan 30 genç için suç duyurusu yapanın Gençlik Bakanı Suat Kılıç olduğunu biliyorsunuz değil mi?”, “Ben iddia ediyorum İsrail’le ilişkileri düzeltmek isteyen Hükümet maçta atılan bu slogandan rahatsız olmuş ve böyle bir yola gitmiştir.”, “Suat Kılıç böyle diyor ama savcılığın Kahrolsun İsrail diyenlere resen dava açtığı nerede görüldü”, “Yanlışsa çıksın böyle bir şey yapmadım desin. Bu her yerde konuşuluyor.”, “Hayır Konuşmaya devam edeceğiz Bedeli varsa da ödeyeceğiz.”, “...Ayrıca Suat Kılıç karşısında geri adım da atmıyorum.”, “Tamam elimde belge yok. Suç duyurusu fotokopi elimde değil. Belki de Suat Kılıç yapmamıştır suç duyurusunu.”, “Tamam dava aç. Para verelim. Bu Büyükleme, bu kibirlenme ne öyle. Para bu kardeşim. Ellerimizin kiri, bulur verimiz Bakan kardeşlere” şeklindeki paylaşımların da, davacının kişilik haklarına yönelik olmayan sert eleştiri niteliğinde olduğu, siyasi bir kişilik olan davacının hakkında yapılan sert eleştirilere katılanması gerektiği, beyanların tümünün eleştiri sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle tazminat talebinin reddedilmesi değerlendirilmiştir.

Başkası adına facebook hesabı oluşturmak, düşünce açıklaması ya da ifade

³⁶ Özbek vd. s. 467.

³⁷ Gölcüklü, s. 8.

özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Böylesi bir davranış 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 26. maddesinin adın korunmasına ilişkin hükümlerine göre, dava yollarına başvurusu, kullanıcının kusurlu olması halinde de maddi ve manevi tazminat isteyebilmesi mümkündür.

Benzer şekilde kişinin izni olmadan resminin yapılması, çekilmiş yayının çoğaltılması, dağıtılması, sergilenmesi, kişisel haklarına saldırı oluşturur. Kişinin izni olmasına rağmen onu suçlu özürsüz hasta bir kişinin adıyla yayınlamak, yanlış kanı uyandıracak son olarak resmin çok geniş çevreye yayımı da kişisel değerlere saldırıdır.³⁸

Başkası adına facebook hesabı açılmasına ilişkin değerlendirmesinde 12. CD. 04/04/2012 gün, 2011/12220 Esas 2012/9228 Kararı ile sanığın eyleminin cezai yaptırım içerecek nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir. Ancak kişiye ait resimlerin küçük düşürücü şekilde paylaşılması ya da kendisine yönelik suçlayıcı anlatımların yer alması veya başkaca bir suça vücut veren eylem bulunması halinde ceza hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir.

4. RIZA

Rıza, rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin, üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuki değeri tehlikeye düşüren ya da zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır.³⁹

Rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, mağdurun mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hakkının bulunması, mağdurun rıza göstermeye ehil (kural olarak temyiz kudretini haiz ve en az on beş tamamlamış) olması ve mağdurun açık rıza göstermesi, rıza açıkladığı konunun, rızanın geçerli olduğu bir konu olması ve suç tanımına uyan fiilin rıza açıklanan konu üzerinde işlenmiş olması şartlarının bir arada bulunması gerekir.⁴⁰

Rıza suçtan önce veya en geç suçun işlendiği sırada açıklanmalıdır. Fiilin sona ermesinden sonra verilen rıza hukuka uygunluk nedeni değildir. Bu durumda şikâyetten vazgeçme söz konusudur. Şikâyetten vazgeçme halinde, fiil hukuka aykırılığını devam ettirmekte ancak rızanın varlığı ile hukuka uygun hale gelmektedir.

³⁸ KILIÇOĞLU, Mustafa(2014) **Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 1324.

³⁹ ŞAHİN, Meral Ekinci, (2012), **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul, s. 7.

⁴⁰ Ünal, s. 69., Yılar, s. 58., Cebe, s. 66.

Kişinin mutlak şekilde tasarruf edebileceği hak, kendine ait şeref hakkı olduğundan, diğer hukuki menfaatlerin şahsi hakla birlikte korunduğu fiillerde, şahsi-hukuki menfaati açısından rıza; hukuka uygunluk nedeni sayılabilir ancak korunan diğer hukuki menfaatler açısından örneğin yaşam hakkı gibi haklar açısından, rıza hukuka uygunluk nedeni sayılmayacaktır.⁴¹

Sosyal medyada paylaşım halinde rızanın hukuka uygunluk nedeni kabul edilmesi zor görünmektedir. Çünkü paylaşılan haber ya da içerikten mağdur ancak eylemin gerçekleşmesinden sonra haberdar olmaktadır. Bu nedenle eylemin gerçekleşmesinden önce rızanın verilebilmesi mümkün görünmemektedir.

12. CD. 22/09/2014 gün, 2014/1951 Esas 2014/18277 Karar sayılı ilâmında, sanığın, bir süre duygusal arkadaşlık yaşayarak ayrıldığı katılan adına, internette facebook sosyal paylaşım sitesinde ad ve soyadı ile üye profil sayfası oluşturularak, kendisine, katılana ve arkadaşlarına ait özel fotoğrafları yayımlamak suretiyle ifşa ettiğinin iddia edildiği olayda; sanığın, facebook hesabını katılanla birlikte açtıkları, hesaptaki fotoğraf ve yazıların katılanın rızasıyla ve bilgisi dahilinde oluşturulduğu şeklindeki savunması, katılan tanıkları Nazik, İsmail, Bülent ve Erbil'in, olaya ilişkin doğrudan bilgi ve görgülerinin bulunmaması ve yer sağlayıcı firmaların bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri mevzuatının, savunmanın doğruluğunu araştırmak için gerekli; fotoğraf yüklemesi yapılan bilgisayara ait IP bilgileri, yükleme tarihi gibi hususlarının tespitine imkân vermemesi nedeniyle sanığa atılı özel hayatın gizliliğini ihlâl suçuna ilişkin mahkeme kararını onaylamıştır.

5. MASUMİYET KARİNESİ

Masumiyet karinesi, kendisine bir suç isnat edilen kişinin, yapılacak adil bir yargılama sonunda suçlu olduğu kesin hükümlerle sabit oluncaya kadar geçen süreçte masum varsayılması gerektiğini ifade eden temel sanık hakkıdır.⁴² Her ne kadar adına karine denilse de, teknik anlamda bir karine değildir. Karine, gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan veya olaylar bütününden yola çıkılarak, diğer bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işlemdir.⁴³

⁴¹ Cebe, s. 66.

⁴² ATLIHAN, Özen, (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak "Masumiyet Karinesi", *AÜEHFD.*, C. 8, Sa. 3-4, S. 291-328, s. 292.

⁴³ TOZMAN, Önder, (2007), Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları, *EÜHFD*, C. XI, Sa. 3-4, S. 315-353, s. 317.

WEB_12, (2014), <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2007-2-12.pdf> erişim: 07/12/2014

Sanığa muhtemel suçlu gibi davranılmamasını amaçlayan masumiyet karinesi, şüpheden sanığın yararlanması ve susma hakkı unsurları bulunmaktadır.

Sanık suçsuzluğunu ispat zorunda değildir. Sanığın suçluluğunu iddia eden taraf suçluluğunu ispatlamak durumundadır. Suçluluğunu iddia eden kişi ya da makam, suçun ispatına yarayacak verileri sunacak, bu veriler sunulmadığında ya da sanığın suçunun sübutu yönünde yeterli olmadığında sanık hakkında beraat kararı verilecektir. Masumiyet karinesi evrensel bir hukuk ilkesidir.

Masumiyet karinesinin doğal bir sonucu olarak suçluluk karinesi oluşturamaz. 765 sayılı TCK 578. Maddesine göre belirli suçlardan mahkûm edilen kişilerin, üzerlerinde kendi hallerine uygun olmayan para ve eşya bulundurması durumunda, bunlara hukuka uygun olarak sahip olduklarını ispatla yükümlü tutulmuştur. Aksine bir davranış ceza sorumluluğunu gerektirecektir. Benzer bir düzenlemeye 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu 4. Maddesinde yer verilmiştir. Mal bildirim yükümlülüğünde bulunanlar, sahibi oldukları malların kanuna ve genel ahlâka uygun olarak sağlandığını ispatla yükümlü tutulmuşlardır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde kanunda öngörülen ceza yaptırımını uygulanacaktır.

Her ne kadar açık bir masumiyet karinesi ihlâli ise de, İnsan Hakları Divanı'nın; devletlerin bu tip hükümler getirmesinin, özellikle savunma hakkına uymak ve makul sınırları aşmamak ve şüpheyi sanık lehine yorumlamak kaydıyla AİHS. 6. Maddesinde düzenlenen "masumiyet karinesi"ni ihlâl etmeyeceği öne sürülmüştür.⁴⁴

AİHS'nin 6/2 fıkrasında da "Bir suçla itham edilen herkes, suçluluğu kanunla ispatlanıncaya kadar masum sayılır" hükmüne yer verilmiş; benzer bir hüküm İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 11. Maddesinde, Medeni Siyasi Hakları Sözleşmesi 14/2 fıkrasında ve İHAS 8/2 fıkrasında da düzenlenmiştir. Masumiyet karinesi, AB Temel Haklar Bildirgesi'nde de düzenlenmiştir. Masumiyet Karinesi ve Savunma Hakkı başlıklı 48. Maddeye göre, "Kendisine karşı ithamda bulunulan bir kişinin yasaya göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum olduğu kabul edilecektir."

Masumiyet karinesini düzenleyen, 1982 Anayasası 15/2 maddesi ile 38/4 maddelerindeki "suçlu sayılamaz" ibaresinin uluslararası metinlerde yer alan, "masum sayılır" ifadesinden daha doğru seçilmiş bir kavram olduğu, çünkü masum sayılmanın tek başına koruma tedbirlerini açıklamakta yetersiz olduğu belirtilmektedir.⁴⁵

⁴⁴ Tozman, s. 324.

⁴⁵ Tozman, s. 318.

Masumiyet karinesi gereğince kişinin suçlu sayılabilmesi için kesin hükümle mahkûm olması için, akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphenin giderilmesi gerekir.

Masumiyet Karinesi AİHM'nin Minelli-İsviçre kararında, "Sanığın suçluluğu yasal olarak saptanmadan önce ve özellikle, kendisinin savunma haklarını kullanma hakkına sahip olmadan onun suçlu olduğu hissini telkin eden bir adli karar, suçsuzluk karinesinin ihlâlidir" şeklinde tanımlanmıştır.

Masumiyet karinesinin temel amacı, mahkemenin ön yargı ile hareket ederek suçlanan kişinin suçu işlediği inancı ve varsayımı ile işe başlamamasıdır. Sanığa tanınan bir güvence olarak masumiyet karinesinin sonucu iddiayı makul şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatın iddia edene ait olduğu bu itibarla kural olarak sanığın suçsuzluğunu ispatla yükümlü olmamasıdır. Sanık ilke olarak suçlu olmadığını ispat yükümlülüğünde değildir. Sanığın suçu işlediğini gösteren yeterli delil bulunmadığında inanca, zanna, önyargılara dayanılarak hüküm verilemeyecektir. Masumiyet karinesine eklenen şüpheden sanığın yararlanması ilkesi de bu anlamda tamamlayıcı bir ilkedir.

Türk hukukunda da Anayasa 38. Maddesi 4. Fıkrası ile "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" sözü ile masumiyet karinesine yer verilmiştir. 5271 sayılı CMK'nın 2. Maddesinde de soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi şüpheli, kovuşturmanın başlamasından kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında olan kişiyi ise sanık olarak tanımlamıştır.

Masumiyet karinesi ile ilgili düzenlemeler medya ile ilgili yasalarda da yer almıştır. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları yasası "Yayın İlkeleri" başlığı altında 4/k bendinde "Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi ve suçluymuş gibi gösterilmemesi" ilkesini radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken ilkeler arasında göstermiş, buna uyulmamasını yaptırıma bağlamıştır.

5680 sayılı Basın Kanununun 19. Maddesi de ceza kovuşturmalarına ait belgelerin açık duruşmadan önce okunmasını yasaklar. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Yönetmeliği'nin Soruşturmanın Gizliliğinin Uygulanması başlıklı 27. Maddesine göre ise suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin suçlu olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına teşhir edilmelerine sebebiyet verilemez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz.

Masumiyet karinesi, kişinin zanlı ya da sanık sıfatını aldığı andan itibaren dikkate alınması gereken bir ilkedir. Adil yargılanma gereğince sanığa sağlanan güvenceler soruşturma aşamasında etkisini gösterir. Devletin kişinin, bir suç işlediği şüphesine dayanarak yaptığı işlemlerin söz konusu kişiyi etkilemesi halinde AİHS 6. Maddesinin uygulanması gerekir. Yani suç işlendiği şüphesiyle sanık sanık hakkında soruşturma işlemlerinin başlatılmış olması masumiyet karinesinin uygulanması için yeterlidir.⁴⁶

AİHM, AİHS. 6/2 fıkrasının sanık için bir güvence olarak yalnızca suçlamanın esası hakkında karar verecek ceza hâkimini değil devletin tüm organlarını bağlar. Bu nedenle kişi hakkında suç kovuşturması kesin mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmamış ise kişiye diğer kurum, kuruluş ya da kişilerin de suçlu olarak davranmaları 2. Fıkra hükmüne aykırıdır. Bu anlamda örneğin, bir öğretim kuruluşunun, soruşturma yapıldığı gerekçesiyle devletin yasal kredi imkânlarından yararlandırılmaması da masumiyet karinesini ihlâl eder. Aynı zamanda böyle bir uygulama ayrımcılık suçu kapsamında da değerlendirilmelidir.

AİHM'ne göre suçsuzluk karinesi, sözleşmenin kişi özgürlüğü ve güvenliği başlıklı 5. Maddesi kapsamında kalmak kaydıyla, sanığın tutuklanmasına engel değildir. Ancak tutuklulukta geçen sürenin makul sınırları aşması halinde suçsuzluk karinesi ihlâl edilmiş sayılabilir.⁴⁷

AİHM, Menderes Karadağ davasında Türkiye'de Kanal D'de Parmak İzi isimli televizyon programında müebbet hapse mahkum edilen sanığın, tatbikat görüntülerinin televizyonda yayımlanmış olmasını masumiyet karinesinin ihlâli saymıştır.

TCK 285. maddesinde de "Gizliliğin ihlâli" suçu başlığı altında düzenlenen ve beşinci fıkrada yer verilen kişilerin suçlu olarak algılanmasına yol açacak şekilde görüntülerinin yayımlanması suçu da ceza muhakemesinde hâkim olan ilkeler yönünden masumiyet karinesi ile de doğrudan ilgilidir.⁴⁸

Anglo-sakson hukuku ile Kara Avrupa Hukuku, ceza muhakemesinde ispat yükü bakımından ayrılmaktadır. Anglo-sakson hukukunda ispat yükü savcıya verilmiş iken, Kara Avrupası sistemi mahkemelerin re'sen araştırma ilkesini benimsemiştir.

⁴⁶ YÜKSEL, Hatice, (2010), Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 118.

⁴⁷ Yüksel, s. 121.

⁴⁸ ÇAKIR, Kerim, (2012), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Gizliliğin ihlâli Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile ilişkisi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, HAD, C. 18, Sa. 1, S. 227-266, s. 234.*

Masumiyet karinesi evrensel bir ilke olmasına rağmen, özellikle yargılama öncesi, son çare olarak başvurulması gereken tutuklama ve gözaltı işlemleri nedeniyle dünyanın her yerinde ihlâl edilmektedir.

Failin belirlenmesi sosyal paylaşım ile işlenen suçlar açısından güçlük göstermektedir. Örneğin 4. Ceza Dairesi 5/11/2014 gün, 2013/4584 Esas 2014/31819 Karar sayılı ilamında, birbirini hiç tanımayan kişiler arasında hakaret içeren konuşmalar yönünden; sanığın 3-4 gün öncesinde, facebook sayfasını internet kafede açtığı ve hesabını açık unutarak ayrıldığı, kafede bulunan bir çocuğun suça konu sözleri yazdığı savunmasının yöntemine uygun şekilde tartışılıp reddedilmemesi halini bozma nedeni yapmıştır. Bu değerlendirme, savunmanın kabul edilebilir bir değerlendirme ile çürütülmemesi halinde sanık hakkında beraat kararı verilmesini gerektirmektedir.

12.CD. 09/02/2013 gün, 2013/8896 Esas 2013/28287 Karar sayılı ilâmında, sanığın eski eşinin ablası olan müştekinin, sanığın kardeşinden olaylı olarak ayrıldığı, bu nedenle kendisine ait resimleri “facebook” adlı internet sitesinden temin ederek telefon numaraları ile birlikte uygunsuz bazı ifadelerle bazı arkadaşlık sitelerinde yayınladığı iddiasıyla sanıktan şikayetçi olması üzerine açılan davada, mahkemece, yaptırılan IP araştırmalarına göre, müştekinin resimlerinin sanığın ikamet ettiği yere yakın bilgisayarlar üzerinden yayımlandığı ve müştekinin beyanına göre, kendisine ait bilgilerin sanıktan başka birisinin bilinmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak ele geçirmek veya yayma suçunu işlediği sabit görülerek, sanık hakkında mahkumiyet kararı verildiği, ancak, dosya içerisinde, sanığın, müştekinin resimlerini temin ederek telefon numarası ile birlikte bir takım cinsel içerikli ve arkadaşlık sitelerinde yayınladığı konusunda, hukuka uygun, gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, kanıtlayıcı, mutlak surette her türlü kuşkuyu gidermeye yeter düzeyde delil bulunmadığı, sanığın aşamalarda hakkında ileri sürülen iddiaları kabul etmediği, müştekinin kişisel bilgilerini internette paylaşım açmadığını, olayın kendisi ile uzaktan ve yakından hiçbir alakasının bulunmadığını, müştekinin kendisinin veya yakınlarının telefon numaralarını internette yayınlamadığını, bu numaraları kendisinden başka da bilenlerin olduğunu beyan etmiş; soruşturma aşamasında, aldırılan bilirkişi raporunda, müştekinin fotoğrafı ile birlikte telefonun numarasının yayımlandığı internet sitesinde, müştekinin cinsel içerikli mesajlar yayınlamış gibi gösterildiği, bu işlemlerin yapıldığı bilgisayarların IP numaralarının tespiti sonucunda şüpheli tespitinin mümkün olduğu, Microsoft şirketi ile yapılan yazışmada, müştekinin resimlerinin ve telefon numaralarının yayımlandığı site ile bağlantı kuran bilgisayarların IP numara-

ralarının tespit edildiği, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından da, bu bilgisayarların kullanıcı bilgilerinin soruşturma dosyasına gönderildiği, Cumhuriyet Savcılığınca, tespit edilen bilgisayarların kullanıcılarının beyanının tespit edilmediği, adresleri itibarıyla İstanbul ili Maltepe ilçesinde oturdukları, sanığın da ikamet adresinin Kartal ilçesinde olması nedeniyle atılı suçta sanığın işlediğinin iddia olduğu delillerin, sanığın, iddiaya konu eylemi gerçekleştirdiğini, açık ve net olarak ortaya koymadığını, ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan “şüpheden sanık yararlanır” temel hukuk prensibi uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılması için, suçun tereddüde yer vermeyen bir kesinlikle ispatının gerektiği belirtilmiştir.

Aynı kararın devamında oluş şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddiaların sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı, yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı mahkum etmenin, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayım dayalı hüküm verme anlamına geleceği, bu durumda yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle sanık hakkında açılan kamu davasından sanığın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223/2-e maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

6. MANEVİ UNSUR

Suçun subjektif unsuru olarak manevi unsur bulunmadıkça, sanığın cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Ceza sorumluluğu için hareketin iradi olması gerektiği kadar manevi unsurun da gerçekleşmiş olması gerekir. Suça konu hareketi gerçekleştiren iradenin kusurlu olması ve bu kusurun da kanunda belirtilen kast veya taksir derecesinde olması gerekir.⁴⁹

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kastın unsurları bilme ve istemedir. Bir diğer unsur ve bilinçsiz taksirle kast arasındaki en önemli fark olan “öngörme”dir. Öngörme ile “bilmiş olma” olarak da değerlendirilmektedir.⁵⁰

Failin yayacağı hareketi düşünüp öngörmesi gerekir. Suçun maddi konusu bilinmelidir. Öldürdüğü yaratığın insan olduğunu bilmeyen kişinin öldürme

⁴⁹ HAKERİ, Hakan, (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 177.

⁵⁰ İÇEL, Kayıhan, (2007), Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sa.: 12, s. 61-70, s. 62.
WEB_13, (2014), <http://www.iticu.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00188.pdf> erişim: 27/10/2014

suçunun faili olması bu anlamda mümkün değildir. Bunların dışında failin, suçun konusu, özel suç aleti, suçun işlendiği yer ve unsurlarını da bilmesi gerekir. Failin bilmesi, fiile ilişkin olguları, hukuki ve toplumsal anlamda bilmesidir. Kast unsurlarının kapsamına nedensellik de dahildir.⁵¹

Kastın mevcudiyeti için kanuni tarifte, tipiklikte yer alan hareketin ve neticenin bilinmesi, düşünülmesi ve öngörülmesi yeterli olmayıp aynı zamanda bunların istenmesi de gerekir.⁵² Bilmek ve istemek suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği sırada var olmalıdır.

Olası kast ve bilinçli taksir arasında ince bir sınır bulunmaktadır. Kast sahibi kişi ile bilinçli taksirle hareket eden kişi arasında oldukça ciddi psikolojik farklar bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK olası kastı, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işleme hali olarak tanımlamıştır. Olası kastta bilinçli taksirden farklı olarak, bu neticelerin unsurların gerçekleşebileceğini öngörmek yeterli olmayıp bu neticelerin gerçekleşmesini kabullenmek de söz konusudur.⁵³

Belirleyici olan bu fark olduğu için her iki durumda öngörülen ceza çok farklıdır. Bilinçli taksir durumundaki fail, neticeyi tahmin etmekte ancak gerçekleşmesini kesinlikle istememektedir. Fail neticeyi öngörmüş ancak gerçekleşmeyeceğini ummuştur. Bu umut nedeniyle hareketten vazgeçmemiştir.⁵⁴

Taksir ise kanunun faile yüklediği özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ile sorumlu olmasıdır. Bu durumda failin sorumlu olabilmesi için bilme ve isteme unsurları (kast) bulunmaması ve bu hususun mutlak surette kanunda yer alması gerekir. Taksirli sorumlulukta fail, kendisine hukuk düzeni tarafından yüklenen objektif özen yükümlülüğüne uymamakta, gerçekleştirdiği hareketlerinin sonucunda öngörülebilir bir neticeyi öngörememekte ve kendi iradesiyle hareketini yaparak ortaya çıkardığı ancak gerçekleşmesi-

⁵¹ Hakeri, s. 178, 179. Birtek'e göre, nedensellik bağı, bilme unsuru kapsamında değildir. Bilme unsurunun suçun bütün safhalarında bulunması zorunlu bir unsur olduğunu kabul etmek mümkün değildir. İcra hareketlerinin tamamlanmasıyla, fail doğal bir olay olan netice üzerinde fiili bir hakimiyete sahip değildir. Bu sebeple dış dünyada meydana gelen ve doğal bir olay olan netice bakımından icra hareketlerinden sonra gerçekleşen önemsiz sapmalar failin sorumluluğunu etkilemez. BİRTEK, Fatih, (2009), Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, Sa.: 2, S. 231-279, s. 237.

⁵² Hakeri, s. 180.

⁵³ Hakeri, s. 187.

⁵⁴ DARENDE, M. İhsan, (2014), Yeni TCK'da Olası Kast ve Bilinçli Taksir, 1-12, s. 4. WEB_14, (2014), <http://www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/15.pdf> erişim: 27/10/2014

ni istemediği sonuçtan sorumlu olmaktadır.⁵⁵

Özel hukuk açısından manevi unsur kusur olarak değerlendirilmektedir. TBK 49. maddesi ile hüküm altına alınan kusur haksız fiil sorumluluğu için bulunması gereklidir. Haksız fiil sorumluluğu açısından zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık öğelerinin de bulunması gereklidir.⁵⁶

Sosyal paylaşımlarda bulunan kişinin durumunun suçun manevi unsuru yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Çalışmanın yukarısında bulunan eleştiri hakkı, hakkın kullanılması, haber verme hakkı gibi durumlarda fail açısından suç kastının bulunmadığını söylemek mümkündür.

7. SOSYAL PAYLAŞIMIN HUKUKİ SONUÇLARI

Sosyal paylaşım sonucu kişi haklarının ihlâl edilmesi halinde somut olayın özelliklerine göre kişinin işini kaybetmesi, mağdura tazminat ödemesi söz konusu olabileceği gibi ceza yaptırımı ile de karşı karşıya kalması mümkündür.

2. HD. 13/05/2013 gün, 2013/1521 Esas 2013/13343 Karar sayılı ilâmında, sosyal medyada evlilik birliğinin devamı sırasında başka erkeklerle samimi şekilde çekilen fotoğraflarını sergileyen kadının bu davranışlarının güven sarsıcı olduğunu ve bu durumun Türk Medeni Kanunu 185/3 maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğünü ihlâl ettiğini, bu tip fotoğrafları yayımlayan paylaşımcının davalı ile eşit kusurlu olduğunu ve bu durumun Türk Medeni Kanunu 174/1-2 uyarınca tazminatın reddi nedeni olduğunu tespit etmiştir. 2.HD. 19/06/2012 gün, 2011/21815 Esas 2012/16802 Karar sayılı ilâmında da benzer bir değerlendirme ile bu tip paylaşımlarda bulunan eşin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle eşit kusurlu sayılması gerektiği ve boşanma davasının karşı taraf davacı eş yönünden de kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmesinde bulunmuştur.

4.HD. 17/04/2013 gün, 2013/1260 Esas 2013/7144 Karar sayılı ilâmında ayrıldığı kız arkadaşının facebook şifresini değiştirmek suretiyle eşcinsel fotoğrafları yayımlayan davalının, kişilik haklarını ihlâl ettiğini, resim paylaşımı kendi savunmasına göre yapmadığı kabul edilse dahi, salt şifre değişimi ve resimlerin silinmesini engelleme eyleminin dahi davacının kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı ve tazminat gerektirdiği değerlendirilmesinde bulunmuştur.

⁵⁵ DÜLGER, M. Volkan, 5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri-Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi, 1-43, s. 11.

WEB_15, (2014), <http://www.dulger.av.tr/pdf/kastinunsurlariturleri.pdf> erişim: 27/10/2014

⁵⁶ Kılıçoğlu, s. 17.

9.HD. ise 25/09/2014 gün, 2014/11621 Esas 2014/28293 Karar sayılı ilâmında, sosyal medyada “Finansbank adalet dağıtma bankası değildir çünkü sadece torpillilerin yalakaların bankası olmuş” paylaşımını, bankayı aşağılayıcı ve kurumsal kimliğine yakışmadığı, eleştiri sınırını aştığı ve banka kurumsal itibarını zedeleyici olduğu gerekçesiyle sözleşmenin feshine ilişkin açılan davanın reddini onaylamıştır. Benzer şekilde, yine 9.HD. 08/07/2014 gün, 2014/8396 Esas 2014/23747 Kararda, davacının mesai saatleri içinde başka bir çalışanın üzerine ketçap, mayonez, hardal ve kova ile su dökülmesi olaylarını kameraya kaydettiği, davacının bu davranışlarının iş yerinde olumsuzluğa neden olduğu, iş yeri çalışma düzenini bozduğu ve kayıtları sosyal paylaşım sitelerinde paylaştığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshini yerinde bulmuştur. Yine 9.HD. 13/02/2013 gün, 2012/27595 Esas 2013/5526 Karar sayılı ilâmında, işverenin zam haberine ilişkin facebook paylaşımına, ““Ya sadece laf oo inanmayın hep faat merak etmeyin yapacak ibine zaten daha önceden yapar” yorumunu yazan davacının sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiği değerlendirilmesinde bulunmuştur

9. HD. 11/09/2014 gün, 2014/8395 Esas 2014/26420 Karar sayılı ilâmında ise, şirketin bilgi güvenliğine aykırı olarak emaileri twitter hesabında paylaşan kişinin iş sözleşmesinin feshini orantılılık ilkesine aykırı değerlendirmiştir.

9. CD. 27/02/2013 gün, 2013/22 Esas 2013/2924 sayılı kararda silâhli terör örgütünün propagandasının sosyal paylaşım sitesi üzerinden yapılmış olmasını 3713 sayılı yasanın 7/2 hükümleri gereğince cezada artırım nedeni olarak değerlendirmiştir.

12. CD. 18/11/2013 gün, 2013/5030 Esas 2013/25781 Karar sayılı ilâmında, sanığın bir dönem duygusal arkadaşlık ilişkisi bulunan müşteki tarafından arkadaşlıklarına son verilmesine tepki olarak ve müştekinin bilgi ve rızası dışında facebook sosyal paylaşım sitesinde yaydığı, çeşitli sohbet ortamlarına girip müştekinin ağzından paylaşımlarda bulunduğu ve yine aynı paylaşım sitelerinde okul sayfasına girerek, müştekinin ağzından herkesin görebileceği şekilde edep ve haya duygularını incitici beyanlarda bulunduğu eyleminin ancak hakaret ve kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve yayma suçunu oluşturduğunu belirtmiştir.

12.CD.’nin 25/11/2013 gün, 2013/1082 Esas 2013/26647 Karar sayılı ilâmında da, sanığın arkadaşlık teklifini kabul etmeyen mağdurenin facebook üzerinden günlük fotoğraflarını ele geçirip, üzerine incitici ifadeler yazan sanığın, hesabının başkaları tarafından ele geçirildiğini savunmalarına, in-

ternet kafe sahibinin tanıklığı ve hesabın iptali için herhangi bir başvurusu olmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçeleriyle itibar etmemiş ve sanığın eyleminin hakaret ve verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme olarak değerlendirilebileceği, ancak TCK 44 maddesi gereğince fikri içtima hükümlerinin dikkate alınması ile daha ağır cezayı gerektiren kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme suçundan cezalandırılması gerektiği değerlendirilmesinde bulunmuştur.

8.CD. 5/12/2013 gün, 2012/36921 Esas 2013/28379 Karar sayılı ilamında da facebook hesabına erişim sağlayamayan ve şifresi kırıldığı anlaşılan mağdura yönelik eylemin TCK 244/2 fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Facebook şifresini kırma eylemi 4. CD.'nin 28/04/2014 gün, 2013/19106 Esas 2014/14018 Karar sayılı ilâmında da TCK 244/2 maddesi kapsamında bilişim sistemine veri yerleştirme suçu olarak değerlendirilmiştir.

SONUÇ

Sosyal medya üzerinden paylaşılan ve haber niteliği taşıyan bir takım söz, resim, ibare ve ifadelerin paylaşımı yapan kişi yönünden hukuki ve cezai sorumluluk oluşturabilmesi ifade özgürlüğü, eleştiri hakkı, haber verme, hakkın kullanılması kavramları ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu durumlarda failin suç işleme kastıyla hareket etmediğini de söylemek gerekir. Ancak paylaşımcının kendi kişisel yorumlarını katması halinde düşünce ve ifade özgürlüğü, haber verme hakkı ve eleştiri hakkı kavramlarının sınırlarını aştığı ve failin manevi unsurunun bulunması halinde failin hem hukuki hem de cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Uygulamada da Yargıtay ceza dairelerince ağır eleştiri olarak değerlendirilen bir paylaşımın, hukuk dairelerince paylaşımcının aleyhine değerlendirildiği görülebilmektedir. Bu nedenlerle paylaşımcıların herhangi bir söz, yazı, resim ya da başka bir internet objesini paylaştıklarında bunun hukuki ve cezai yönden yaptırımla karşılaşabileceğini dikkate almaları gerekir. Söz konusu durum, her iki hukuk alanının sorumluluk, kusur, illiyet ve korunan değerler açısından farklı olmasının da doğal sonucudur.



KAYNAKÇA

- AKYAZAN, Ahmet, Emrah, (2006), 5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 77-98,
- WEB_5, (2014), www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2006-1/4.pdf erişim: 27/10/2014
- ALPAYDIN,(2011), Yusuf, Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,
- WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014
- ARI, Yalçın, Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,
- WEB_3, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014
- ATLIHAN, Özen, (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak "Masumiyet Karinesi", *AÜEHFD.*, C. 8, Sa. 3-4, S. 291-328,
- BAYINDIR, Sinan/APIŞ, Özge, (2010), Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi*, Sa.: 91, S.: 67-109,
- BİRTEK, Fatih, (2009), Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, Sa.: 2, S. 231-279,
- BOZKURT, Enver/DOST, Süleyman, (2002), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. 7., Sa.: 1, SS.: 47-74,
- CEBE, Abdurrahman, (2011), *Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 125, 130)*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul,
- ÇAKIR, Kerim, (2012), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Gizliliğin İhlâli Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, HAD*, C. 18, Sa. 1, S. 227-266,
- ÇALIŞKAN, Hülya, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

ÇINAR, Nurullah, (2009), Hakaret Suçlarında Hukuka Uygunluk Nedenleri, *Adalet Dergisi*, Sa. 34, S. 230-247.

DARENDE, M. İhsan, (2014), Yeni TCK'da Olası Kast ve Bilinçli Taksir, 1-12,

WEB_14, (2014), <http://www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/15.pdf> erişim: 27/10/2014

DEDE, Melih, Bayram, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

DİNÇ, Mehmet, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

DÜLGER, M. Volkan, (2014), 5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri-Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi, 1-43,

WEB_15, (2014), <http://www.dulger.av.tr/pdf/kastinunsurlariturleri.pdf> erişim: 27/10/2014

ERYILMAZ, M. Bedri, (2000), İfade Özgürlüğü ile İlgili Türkiye Aleyhine Açılan Davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Verilen Kararların Özetleri ve Türk Hukuku ve Uygulamacıları için Anlamı, *Polis Bilimleri Dergisi*, C.: 2 (7-8) S. 305-349,

WEB_11, (2014), http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_statik/_dergi/2000/7-8/305-349.pdf erişim: 10/12/2014

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, (1989), Hakaret-Sövme Suçları Politik Eleştiri" 16 Kasım 1989 tarihli Siyasal Bilgiler Fakültesi Konferans Metni, 1989, WEB_7, (2014), <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/ihmd/11/03.pdf> erişim: 10/12/2014,

GÖRMÜŞ, Alper, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

HACIEFENDİOĞLU, Şenol (2010), Sosyal Paylaşım Sitelerinde Üye Bağlılığı Üzerine Bir Araştırma, *Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sa. 20, S. 56-71,

WEB_1, (2014), <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi20/haciefediogl.pdf> erişim: 09/12/2014

HAKERİ, Hakan, (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara,

İÇEL, Kayıhan, (2007), Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sa.: 12, s. 61-70, s. 62.

WEB_13, (2014), <http://www.iticu.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00188.pdf> erişim: 27/10/2014

KAMBER, Suat, (2012), İfade Özgürlüğü, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara,

WEB_10, (2014), <http://www.tihk.gov.tr/www/files/52dd5e71e383b.pdf> erişim: 27/10/2014

KERTEL, Ferhat, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar, s. 7.

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

KILIÇOĞLU, Mustafa(2014) **Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara,

KUCUROĞLU, Zeynep, (2014), Düşünce Açıklamalarında Hukuka Uygunluk Sebepleri, *Leges Hukuk Dergisi*,

WEB_6, (2014) <http://www.legeshukukdergisi.net/?pnum=23&pt=Av.%20Zeynep%20KUCURO%C4%9ELU>

erişim: 28/10/2014

MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitapları No. 2,

WEB_9, (2014), http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10lfade.pdf erişim: 27/10/2014

ÖZBEK, V. Özer/KANBUR, N. Mehmet/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, (2012), **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi,

ÖZBEY, Özcan, (2013), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlü-

ğü Kısıtlamaları, *TBB Dergisi*, Sa. 106, S. 42-92, WEB_8, (2014), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1269> erişim: 27/10/2014

SAKAR, Abdurrahman, (2009), Tehdit Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,

ŞAHİN, Meral Ekinci, (2012), **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul,

ŞANLI, İpek (2011)Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, *TAAD*, Cilt: 1, Yıl:2, Sayı: 7., S: 421-477,

ŞENTÜRK, Recep, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

TANERİ, Gökhan, (2013), **Hakaret, Tekzip Tazminat**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara,

TOZMAN, Önder, (2007), Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları, EÜ-HFD, C. XI, Sa. 3-4, S. 315-353,

WEB_12, (2014), <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2007-2-12.pdf> erişim: 07/12/2014

TUFAN, Tarık, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

ÜNAL, Recep, (2008), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Şerefe Karşı Suçlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri,

YILAR, Halil, (2008), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu (TCK 125-131 Maddeleri)", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Kocaeli,

YILDIZ, Sevil (2014), Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Haber Verme Hakkı, *Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, S. 201-219,

WEB_4, (2014), sbmyod.selcuk.edu.tr/sumbtd/article/download/185/177 erişim: 27/10/2014

YILDIZ, Sevil, (2006), Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden

İncelenmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD., Konya,

YİĞİT, Hulusi, (2011), Sosyal Paylaşım Siteleri Soruşturması, İstanbul, Rapor No: 4, Sosyal Paylaşım mı? Değişim/dönüşüm mü?, Sorular-Yanıtlar,

WEB_2, (2014), <http://www.dunyabulteni.net/file/2011/uhim.pdf> erişim: 09/12/2014

YÜKSEL, Hatice, (2010), Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara,

İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE CEZA POLİTİKASI BAĞLAMINDA İŞKENCE YASAĞI VE HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Prohibition of Torture and Illegal Evidences in The Context of Protection of Human Rights and Penal Policy

Arş. Gör. Köroğlu KAYA*

ÖZET

İnsan hakları son yüzyılın en önemli kavramlarından birisidir ve işkence, insan haklarının tartışmasız en ağır ihlalleri arasında yer almaktadır. İşkence yasağı ve hukuka aykırı deliller, insan haklarının korunması bağlamında izlenen ceza politikası çerçevesinde şekillenmektedir. İşkence yasağının ve hukuka aykırı delillerin felsefi ve hukuki arka planlarının doğru anlaşılması, insan haklarının ve dolayısıyla insanın ve insan onurunun korunması hususunda bireysel, toplumsal ve kamusal bilincin gelişmesine hizmet edecektir. Bu durum da insan haklarının korunması bağlamında daha etkin bir ceza politikasının izlenmesini sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, İşkence, Hukuka Aykırı Deliller, İnsan Onuru, Ceza Politikası, Değerler Çatışması, Vücut Dokunulmazlığı, Yasak Sorgu Yöntemleri.

ABSTRACT

'Human rights' is one of the most important concepts of last century and torture is indisputable one of the most serious violations of human rights. Torture ban and illegal evidences take form pursuant to penal policy carrying out in the context of protection of human rights. The true understanding of philosophical and juristical backgrounds of torture ban and illegal evidences will minister to emergence of an individual, social and public awareness in respect of protection of human rights and consequently human and human dignity. This situation also provides pursuing a more effective penal policy as part of protection of human rights.

Keywords: Human Rights, Torture, Illegal Evidences, Human Dignity, Penal Policy, Struggle-Dissension of Values, Physical Integrity, Forbidden Interrogation Methods.

◆◆◆◆

Giriş

İnsan hakları, insanların sırf insan olması hasebiyle doğuştan sahip olduğuna inanılan haklardır. Felsefi ve varoluşsal menşeli hakları vurgulayan bir kavram olan insan hakları kavramı, insanın hürmete şayeste bir varlık

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, kkaya@ybu.edu.tr

olarak telakki edilmesi anlamına gelen insan onuruyla yakın bir ilişki içerisindedir. Öyle ki, insan onurunu güvence altına alan bütün kuralların insan hakları kapsamına girdiği iddia edilmiş ve bazı insan hakları teorisyenleri, insan hakları normlarını insan onuruyla temellendirmişlerdir¹. Demokrasi kavramıyla birlikte özellikle son yüzyılın en gizemli kavramlarından biri olan insan hakları, gerek uluslararası sözleşmesel metinler gerekse iç hukuktaki yasal düzenlemeler tarafından güvence altına alınmıştır.

İnsan hakları, günümüzde her türlü felsefi, hukuki ve siyasi tartışmanın odak noktasında yer almaktadır. O kadar ki, evrensel insan hakları söylemini hayata geçirmek için insanların yaşam hakları ihlal edilebilir hatta gerekirse bir devlete savaş dahi açılabilir². Günümüzde insan haklarından hareket etmeyen veya referans noktası olarak insan haklarını almayan herhangi bir sosyo-politik önerinin, bir hukuk sisteminin veya bir devletin küresel ölçekte ciddiye alınma, başarıya ulaşma veya meşruluk zemini bulma şansı neredeyse yoktur. Bu, hem iç hukukun tanziminde hem de suçla mücadelede izlenecek stratejinin (politikanın) temel parametrelerinin belirlenmesinde geçerli olan inkâr edilemeyecek bir gerçektir³. Bu çerçevede izlenecek ceza politikası da hem insan haklarının korunması hem de devletin insana verdiği değerin anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. İnsan haklarının en ağır ihlal şekillerinden birisi olan işkenceyle mücadele, devletlerin insan haklarının korunması bağlamında en temel yükümlülüklerinden birini oluşturmaktadır⁴. Bu sebeple devlet, ceza politikasını belirlerken işkencenin önlenmesi ve insan haklarının korunması felsefesi üzerinden hareket etmelidir.

Türk hukuk mevzuatında insan haklarının korunması ve işkence yasağı çerçevesinde birtakım hükümler ihdas edilmiştir. Her şeyden önce, hiç kimseye işkence yapılamayacağı Anayasal bir güvence altına alınmıştır (Anayasa m.17/3). Anayasal güvencenin gereği ve bir tezahürü olarak işkence teşkil eden fiiller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK m.94 ve TCK m.95) ayrı bir suç türü olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m.148), ifade alma ve sorguda başta işkence olmak

¹ Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, 2012, s.48-49.

² Balı, Ali Şafak; **Hukuk, Toplum, Siyaset Üzerine Söyleşiler**, Konya, 2011, s.105.

³ Erdoğan, Mustafa; **İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım**, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8BeCTUD_ZrcJ:www.liberal.org.tr/upresimler/mustafa-erdogan-insan-hakalari.pdf+&cd=4&hl=tr&ct=clnk&gl=tr, (14.12.2015), s.1.

⁴ Algan, Bülent; **İşkenceyle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu**, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011, s.1.

üzere yasak sorgu yöntemlerine başvurmanın yasak olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede, yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak addedileceği ve yüklenen suçun ispatında değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (CMK m.217/2). Benzer şekilde insan haklarının korunması bakımından önem arz eden polisin zor kullanma yetkisi de 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (5681 sayılı Kanun ile değişik) belli sınırlamalara tabi tutulmuş ve işkenceye varacak müdahalelerin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Mezkûr anayasal ve yasal hükümler muvacehesinde çalışmamızın birinci bölümünde işkence kavramının, felsefi, tarihi ve hukuki temellerine değinildikten sonra işkence teşkil eden fiillerin cezalandırılabilirliği TCK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır. İkinci bölümde ise hukuka aykırı deliller ve bu delillerin yargılamadaki hukuki değeri yasak sorgu yöntemleri bağlamında incelenmiştir. Çalışmada işkence ve hukuka aykırı deliller, özellikle insan haklarının korunması ve bu çerçevede izlenecek ceza politikası bağlamında ele alınmıştır. Bu sebeple gerek işkence gerekse hukuka aykırı delillere ilişkin kapsamlı açıklamalar yerine daha çok her iki konunun insan haklarının korunması ve bu çerçevede izlenecek ceza politikasına ilişkin yönleri üzerinde durulmuş ve bu hususlar ön plana çıkarılmıştır.

1. İŞKENCE SUÇU⁵

1.1. Felsefi ve Hukuki Çerçevede İşkence

İnsan, yaradılış itibarıyla şerefli / onurlu bir varlık olarak kabul edilegelmiştir. Bu kabulün izlerine hem kadim inanç sistemlerinin metafizik derinliklerinde hem hukuk düzenlerinin sistematik labirentlerinde rastlamak mümkündür. İnsanın sırf insan olması sebebiyle değerli ve hürmete şayeste bir varlık olarak telakki edilmesi şeklinde tanımlanabilecek insan onurunun⁶ en ağır ihlal şekillerinden birisi, kuşkusuz kişinin işkenceye maruz kalmasıdır⁷.

⁵ Konuyla ilgili mevzuat: İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (1948), m.5; BM Medeni ve Siyasi Haklar İlişkin Uluslararası Sözleşme, m.7 ve m.10; BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (1984); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.3; İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü (Onur Kırıcı); Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (1987), m.1; TC Anayasası m.15/2, m.17/3; TCK m.94, m.95, m.18, m.43/3, m.77/1-c; CMK m. 100/4, 135/ 6a - 3, m.148; Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.46/8-ı; Askeri Ceza Kanunu, m.127; Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu, m.4.

⁶ Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, 2012, s.48-49; Çakar, Ayşen Seymen; **Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru**, www.umut.org.tr/UserFiles/File/hukukengencileri2012.tambildiriler/11Ekim-IV-1.a.c.pdf. (24.12.2015), s.1.

⁷ Yılmaz, Abdulhalim; **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun**

İronik bir şekilde, insan onurunun en ağır ihlal şekli olan işkence olgusu da insanlık tarihinin hemen her döneminde var olagelmış bir uygulamadır⁸. Teknik anlamda işkenceden söz edebilmek için yöneten ve yönetilenlerin bulunduğu modern bir devlet düzeninin varlığı şart ise de tarihin değişik zamanlarında genel anlamda işkencenin değişik amaçlarla ve farklı şekillerde uygulandığı da bir gerçektir⁹. İşkence, mutlak bir surette yasaklanmasına ve ortadan kaldırılmasına yönelik serdedilen ortak görüşlere, ulusal ve uluslararası normatif düzenlemelere ve içtihadi standartlara rağmen bugün dahi varlığını sürdürmektedir¹⁰.

İnsan hakları, “*insanların bir sosyal pratiğin üyeleri veya ahlaki veya hukuki bir ilişkinin tarafları olarak değil sadece insan olmaları*”¹¹ sebebiyle doğuştan sahip oldukları haklardır. Bu kavram, insan haklarının hem kaynağına hem de niteliğine işaret eder. Genellikle kabul gören görüşe göre, insan haklarının kaynağı; insanın doğası, insan olma niteliği ve insan onurudur. Başka bir deyişle, insanın insan olmak hasebiyle sahip olduğu değer insan haklarıyla korunan temel değere kaynaklık eden bir nitelik arz eder¹². İnsan hakları anlayışı bir cihette, insanca bir yaşam sürdürebilmek için insanların doğası gereği sahip olduğu insan onuruna dayanır¹³. İnsan onuru ise yaşama hakkı başta olmak üzere bütün haklar için zorunlu olan ortak paydayı oluşturur¹⁴. Öyle ki, bazı insan hakları teorisyenleri, insan haklarına ilişkin normları insan onurunun korunmasıyla temellendirmişlerdir¹⁵.

94 ve 95. Maddeleri), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s.19.

⁸ Balkız, Neval Oğan; **Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi -Öneriler-**, Ankara Barosu Dergisi, 2001/4, s.97; İnal, Sabahattin; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 15, Sayı; 2, 2007, s.146.

⁹ Demirbaş, Timur; **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara, 1992, s.9.

¹⁰ Süer, Gülçin / Şentuna, Mustafa Tarık; **Felsefi ve Sosyolojik Boyutlarıyla İnsan Hakları Hukukuna İlişkin Ulusalüstü Standartlar Işığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 21. Kitap, İstanbul, 2010, s.205.

¹¹ Erdoğan, s.26.

¹² Erdoğan, s.27.

¹³ Öğütçü, Muhlis; **Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar**, web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/ogutcu19.pdf. (19.12.2015); Erdoğan, s.48.

¹⁴ Kaboğlu, O. İbrahim; **Hak ve Özgürlükleri İçselleştirmek İçin...**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 48, 2003, s. 251.

¹⁵ Erdoğan, s.48.

1.2. İşkence¹⁶ Kavramı

İnsan onurunu tehdit ve ihlal eden işkence, insan haklarını temelinden sarsan bir mahiyeti haizdir¹⁷. Hukuki ve felsefi bir terim olarak işkence çeşitli şekillerde tanımlanabilir. Köken itibariyle, Farsça “şikenc veya işkenc” kelimesinden türeyen işkence kavramı, genel olarak, bir kimseye muhtelif yöntem ve araçlarla uygulanan bedensel eziyet veya çektirilen manevi acı, sıkıntı ve endişe verici durum anlamlarına gelmektedir¹⁸.

İşkencenin hukuki ve teknik tanımı ise daha geniş ve farklı unsurları ihtiva eden bir mahiyet arz etmektedir. Günümüzde işkence, gerek ulusal¹⁹ gerekse uluslararası normatif düzenlemelerle yasaklanmış ve işkence teşkil eden fiiller suç sayılarak yaptırma bağlanmışır²⁰. Uluslararası sözleşmelere ve iç hukukta-

¹⁶ İşkenceyle ilgili hükümler incelendiğinde, işkencenin ekseriyetle zalimane davranış, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı, onur kırıcı veya kötü muamele gibi kavramlarla birlikte kullanıldığı görülmektedir. Bunlar birbirinden farklı aynı zamanda birbiriyile bağlantılı kavramlardır. İşkence ve kötü muamele türleri arasında nitelik farkından ziyade gerçekleştiriliş biçimi ve yöntem açısından farklılıklar bulunduğunu ifade etmek gerekir. Uluslararası sözleşmelerde dikkatler daha çok işkence üzerinde temerküz etmiş/ettirilmiş olmakla beraber, insan onurunu zedeleyen veya ortadan kaldıran nitelikleri dikkate alınarak diğer davranışlarda işkenceyle birlikte düşünülmüş ve taraf devletler aynı yükümlülüklerle tabi kılınmıştır. Sözleşmeler ve taraf devletler bakımından önemli olan, işkence haricindeki diğer kötü muamelelerin de insan onurunu işkence gibi etkilediği, insanda fiziksel ve ruhsal bakımdan derin acı ve ızdıraba yol açtığı gerçeğinin göz ardı edilmemesidir. Esasen, işkenceyle birlikte zikredilen diğer yasakların ortak özelliği, her birinin bizatihi kötü muamele olmasıdır. Ancak kötü muamele işkencenin ifade ettiği ağırlığı ve şiddeti karşılayabilecek bir kavram niteliği taşımamaktadır. Örneğin, bir kimsenin gözaltında sürekli olarak dövülmesi, elektro şoka maruz bırakılması işkence olarak kabul edilirken; gözaltında aç susuz bırakılması, korkutucu bir böceklerle aynı hücreye konulması insanlık dışı muamele olarak görülmüştür. Bu sebeple, işkencenin ağırlığını belirtmek ve onu diğerlerinden ayırt edebilmek için hemen hemen bütün dillerde onu ifade etmek için özel bir terim kullanılmıştır. İşkence - kötü muamele, torture – mauvais traitements ayrımı gibi. Bununla birlikte, söz konusu kavramlar arasındaki ayrımı yapmak her zaman görüldüğü kadar kolay olmamaktadır. Nitekim AİHM, bir fiilin işkence mi yoksa kötü muamele mi olduğuna karar vermek için bir dizi ölçütlere başvurmaktadır. Bu hususa içtihatlar başlığında bilahare değinilecektir (Anayurt, Ömer; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.2008/1-2, s.424).

¹⁷ Yılmaz, s.19; Akgül, Aydın; İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 27, Sayı: 112, Ankara, 2014, s.190-191.

¹⁸ Üzülmüş, İlhan; **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara, 2003, s.3; Yılmaz, s.3; Sevük, Handan Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl; 7, Sayı; 20, 2012, s.9-10; İnal, s.154-155.

¹⁹ Anayasa'nın 17/3'üncü maddesi uyarınca, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

²⁰ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) 5'inci maddesine göre, “hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez”; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3'üncü maddesinde de benzer şekilde, “hiç kimse

ki yasal düzenlemelere bakıldığında işkenceye dair evrensel bir tanımlamanın olmadığı görülmektedir²¹. Bununla birlikte, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve iç hukukumuzdaki düzenlemeler çerçevesinde işkence, bir veya birden fazla kişi tarafından, bir başka kişiye kendi inisiyatifleriyle veya bir yetkili tarafından verilen emir çerçevesinde bilgi almak, itirafta bulunmasını sağlamak ya da başka herhangi bir amaçla zor kullanarak, kasıtlı, keyfi ve sistematik bir şekilde maddi veya manevi acı verdirilmesi şeklinde tanımlanabilir²².

İşkencenin, ceza ve ceza muhakemesi hukuku perspektifinden yapılan tanımı ikili bir ayrımı beraberinde getirmektedir. Buna göre, şüphelinin veya sanığın ifadesini almaya ya da sorgusunu yapmaya yetkili olan kamu görevlisinin veya görevlilerinin, şüphelinin veya sanığın suçunu itiraf etmesini sağlamak, suç delillerini ele geçirmek, varsa şeriklerini tespit ve teşhis etmek veya işlemesi olası başka suçları öğrenmek için, bedeni veya manevi acı veren, zarara sebebiyet veren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her nevi maddi ve manevi muameleleri dar anlamda işkencedir²³. Geniş anlamdaki işkence kavramı ise, şüpheli veya sanık dışında kalan fakat suçun ve suçlunun tespiti ve tecvizine yarayacak (mağdur, tanık, bilirkişi gibi) diğer kişilere yapılan veyahut suç soruşturması dışında kalan, idari ve disiplin soruşturmalarıyla ilgili kişilere yapılan işkence mahiyetindeki fiiller için kullanılmaktadır²⁴.

1.3. Tarihsel Süreç İçerisinde İşkence

İlk topluluklardan modern hukuk sistemlerine kadar insanlık tarihinin hemen her döneminde işkencenin izlerini görmek mümkündür. Mezopotamya bölgesindeki devletlere ait yazılı metinlerden ilkel toplumlarda tanrıların iste-

İşkenceye veya insanlık dışı ya da e aşılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz” denilmekte ve fakat işkenceden ne anlaşılması gerektiğine değinilmemektedir. AİHS, işkence kavramının kapsam ve içeriğinin tespitini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) tevdi etmiştir. AİHM, işkencenin varlığından söz edebilmek için gerekli olan unsurları içtihatlarıyla ortaya koymuştur. İşkenceden ne anlaşılması gerektiği BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin 1’inci maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, “İşkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan, fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir.”

²¹ Malbeleş, Erkam; **Çağcıl Hukuk Sistemleri ve Türkiye’de İşkence**, Rapor No:48, İstanbul, 2012, s.2.

²² Anayurt, s.426; Malbeleş, s.2; Üzülmöz, s.3; Suer / Şentuna, s.210; Akgül, s.192.

²³ Demirbaş, s.5-6; Malbeleş, s.2.

²⁴ Başbüyük, İsa; **Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, s.1445; Demirbaş, s.6; Yılmaz, s.14.

diği bir cezalandırma metodu olarak işkencenin uygulandığı anlaşılmaktadır²⁵. Eski Yunan ve Roma hukukunda özellikle köle ve yabancılara karşı işkence uygulamasının yaygın olduğu bilinmektedir. Öyle ki, klasik devrin Yunan kaynaklarında işkencenin, adaletin gerçekleşmesi için zorunlu bir kurum olduğu ve sanığın ikrarını elde etmeye yöneldiği oranda bir delil aracı sayıldığı belirtilmektedir²⁶. Roma hukukunda da işkence, gerçeği ortaya çıkarmaya yarayan bir araç olarak görülmüştür²⁷. Ortaçağ ve takip eden aydınlanma çağı Avrupa hukukunda işkencenin tarihi seyri, suçların ispatına yönelik yaklaşımların ve insan hakları öğretisinin gelişimiyle paralellik göstermektedir. Çünkü ceza politikasının bir gereği olarak, maddi gerçeği ortaya çıkarmak, suçluların cezalandırılmasını sağlamak ve masum kişilerin haksızlığa uğratılmalarının önüne geçmek için insanların geçmişten günümüze kadar verdiği uğraşta işkence sıkça başvurulan bir yöntem olmuştur²⁸.

Özellikle Ortaçağ Avrupa hukukunda yaşanan değişimle ceza muhakemesinin taraflar arasında bir muhakeme olmaktan çıkıp kamusal bir nitelik kazanması ve buna bağlı olarak muhakeme usulünün itham sisteminden²⁹ tahkik sistemine doğru bir geçiş süreci yaşaması³⁰ işkence uygulamasının yaygınlaşmasının önünü açmıştır³¹. Zira kamusal nitelikteki ceza muhakemesinde uygulanan tahkik (kilise) sisteminde³² temel felsefe, kamunun korunması ama-

²⁵ Yılmaz, s.31.

²⁶ Demirbaş, s.9-10; Üzülmöz, s.23.

²⁷ Üzülmöz, s.25.

²⁸ Algan, s.15; Üzülmöz, s.20-21; Osmanoğlu, s.143-144.

²⁹ İtham sistemi, tarihsel olarak en eski ve özü itibarıyla halen Anglo-Sakson hukuku ve onu referans alan hukuk sistemlerinde uygulanan, bir kimsenin cezalandırılması için başka bir kimse tarafından bir suçla itham edilmesi ve itham edenin bunu ispatla yükümlü olması esaslarına dayanan bir sistemdir. Bu sistemde hâkim re'sen araştırma yapmaz, delilleri toplamak ve seçmek serbestisi yoktur. Muhakeme, çelişme, sözlülük ve açıklık ilkelerine dayanır (Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2013, s.40-41).

³⁰ Artuk, Mehmet Emin; **Der Straftatbestand der Folter**, Festschrift für Prof. Dr. Erhan Adal, İstanbul, 2012, s.236; Toroslu/Feyzioğlu, s.40.

³¹ Artuk, Mehmet Emin; İşkence Suçu (TCK m.94, 95), Ceza Hukuku Dergisi, S.2008/7, Ankara, 2008, s.7-8; Üzülmöz, s.27.

³² Ortaçağda otoriter devletlerin kurulmasıyla itham sisteminin yerini alan ve toplumsal menfaatin bireysel menfaatlardan üstün tutulduğu tahkik sisteminde en önemli muhakeme süjesi yargılama makamıdır. İddia ve savunma makamları ikinci plandadır (Toroslu/Feyzioğlu, s.42-43). Olağanüstü muhakeme usulü adıyla da tanınan tahkik sisteminde, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Hâkim gerekli araştırmayı yapma ve kovuşturmayı doğrudan doğruya başlatma yetkisiyle donatılmıştır. Bu nedenle bu sistemde "her hâkim aynı zamanda savcıdır" denilmiştir. Sanık ile onu itham eden hâkim arasında eşitlik olmadığı gibi yargılama gizli ve çelişmesizdir. Sanığın ikrarını elde etmek için işkence dâhil her türlü yola başvurma imkânı verilmiştir (Yılmaz, s.36; Artuk, s.9).

çıyla suç teşkil eden bir vakıayı, kamu adına maddi ispat vasıtalarıyla ortaya çıkarmak ve faillerini cezalandırmaktır³³. Tahkik sisteminde “ikrar”, delillerin en üstünü, en çok itibar edileni³⁴ hatta “kraliçesi³⁵” sayıldığından bunun elde edilmesini sağlamak amacıyla şüpheli veya sanık üzerinde her türlü baskı ve şiddet uygulanabilmekte ve bu nevi uygulamalar meşru görülmektedir³⁶. Oysa itham sisteminde, bireysel itham makamı yargılama makamından üstün tutulmaktadır. İtham sistemine hâkim olan açıklık, sözlülük ve çelişme ilkelerinin, bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir işlevi yerine getirdiğini göz ardı etmemek gerekir³⁷.

Aydınlanma döneminde, insanı merkeze alan yaklaşımların, özgürlükçü düşüncelerin ve aydınlanma çağı düşünürlerinin etkisiyle işkence meşru görülen bir uygulama olmaktan çıkmış ve işkenceyle mücadele önem kazanmıştır. Modern ve politik bir kavram olan insan haklarının³⁸ “*ilk ve etkisi hala devam eden kaynağı olan doğal hukuk teorisinin*” de etkisiyle³⁹ işkence zaman içerisinde yasaklanmış ve suç haline getirilerek cezalandırılmıştır⁴⁰. Bunun ilk örneğini 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu’nun 319’uncu maddesine göre, zorla (işkence yaparak) ifade almanın suç teşkil etmesi oluşturur⁴¹.

Türk hukuk tarihi açısından, İslamiyet’in kabulünden önceki Türk hukukunda yargılama, “itham sistemi” ilkeleri çerçevesinde aleni ve sözlü olarak yapılmakta ve doğal olarak yargılama safhasında işkence uygulanmamaktaydı⁴². İşkencenin İslam hukukunda meşru görülen bir uygulama olmaması sebebiyle İslamiyet’in kabulünden sonra da Türk hukukunda Avrupa’nın aksine hukuki olarak işkencenin bulunmadığını söylemek yanlış olmaz⁴³. Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti bağlamında incelenen işkence İslam hukukunda mutlak bir şekilde yasaklanmıştır. İslam hukukunun en temel kaynağı olan Kur’an-ı Kerim’de işkencenin yasak ve günah olduğuna dair birçok ayet bulunmaktadır⁴⁴. Benzer

³³ İnal, s.146-147.

³⁴ Bayraktar, Köksal; **İşkence Suçu**, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011, s.146.

³⁵ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner; **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015, s.231.

³⁶ Artuk, s.8; Yılmaz, s.36; İnal, s.147; Üzülmöz, s.27-28.

³⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s.40-41.

³⁸ Erdoğan, s.24.

³⁹ Erdoğan, s.38.

⁴⁰ Demirbaş, s.8.

⁴¹ Üzülmöz, s.36.

⁴² Artuk, s.12; Demirbaş, s.17.

⁴³ Üzülmöz, s.38; Demirbaş, s.17.

⁴⁴ Örneğin, Ahzab Suresi, 58’inci ayet; Al-Şu’ara Suresi, 227’inci ayet; Al-Zuhruf Suresi, 65’inci ayet; Nisa Suresi, 40’inci ayet.

şekilde Hz. Peygamber, birçok hadis-i şerifinde⁴⁵ insanlara işkence ve eziyet etmenin cezayı mucip bir hareket olduğunu dile getirmiş ve insanları işkence yapmaktan men etmiştir⁴⁶. Bu durumda işkence yasağının tarihi kökenlerinin iddia edilenin⁴⁷ aksine 1215 tarihli Magna Carta`dan çok daha öncesine dayandığını ifade etmek gerekir.

İslam hukukçularının büyük çoğunluğu da, baskı ve işkence altında alınmış olan itiraf ve ikrarların hukuken geçersiz olduğunu ve bu delillerden yola çıkarak hüküm tesis edilemeyeceğini savunmuşlardır⁴⁸. Genel hatlarıyla İslam hukukunun müşahhas bir örneğini yüzyıllar boyu sergileyen Osmanlı hukukunda da bu temel anlayışa sadık kalınarak suçluların yargılanmasında işkence hukuken meşru görülmemiştir⁴⁹. Osmanlı devletinde Sened-i İttifak'ın 7`nci maddesi ile 1839 tarihli Tanzimat ve 1856 tarihli İslahat Fermanlarında işkence ve eziyet yasaklanmış ve akabinde 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 103'üncü maddesinde düzenlenerek cezai yaptırıma bağlanmıştır⁵⁰. 1876 Anayasası'nın 26'ncı maddesi de; "işkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur" hükmü ile 1924 Anayasası'nın 73'üncü maddesinin "işkence yasaktır" hükmü⁵¹ işkencenin yasak olduğunu ortaya koymuştur⁵².

Görüldüğü üzere, Batı hukukunda işkence, Türk hukukundakinden farklı olarak eski Yunan ve Roma'dan başlayıp Engizisyon mahkemeleriyle doruk noktasına ulaşmış ve hukuki bir uygulama olarak kendisine yer bulmuştur. Aydınlanma çağıyla birlikte, insan hakları öğretisinin de etkisiyle işkence, insan onurunu, vücut dokunulmazlığını ağır bir şekilde ihlal eden bir uygulama olarak görülmüş, ilerleyen zamanlarda ulusal ve uluslararası düzenlemelerle yasaklanarak cezalandırılmıştır⁵³.

Bu bağlamda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m.5), BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi (m.7), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

⁴⁵ Bir hadis-i şerifte Hz. Peygamber (sav) buyuruyor ki: "insanlara dünyada haksız yere eziyet edenlere Allah ahirette azap edecektir" (Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercemesi, IV/412, VI/334, X/389,395).

⁴⁶ Üzülmöz, s.41.

⁴⁷ Akgöl, s.195.

⁴⁸ Üzülmöz, s.42.

⁴⁹ Bu çerçevede Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin bir fetvasında zabıta görevlilerinin zor kullanarak itiraf malmalarının hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir (İnal, s.149).

⁵⁰ Artuk, Der Tatbestand, s.241; İnal, s.149; Demirbaş, s.17; Artuk, s.12.

⁵¹ Artuk, s.13.

⁵² Demirbaş, s.18; Akgöl, s.195-196; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.235.

⁵³ Hafızoğulları, Zeki / Ketizmen, Muammer; **İşkence ve Eziyet Suçları**, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, s.1207.

(m.3), BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme ve diğer uluslararası sözleşmeler genel olarak hiç kimsenin işkence, zalimane davranış, insanlık dışı, aşağılayıcı veya onur kırıcı muamelelere ve cezalara maruz bırakılmayacağını hüküm altına almıştır⁵⁴. Türkiye, işkenceyi yasaklayan birçok uluslararası sözleşmeye taraftır⁵⁵. Bu nedenle sözleşmelerde, taraf ülkeler için öngörülmüş yükümlülükler uygun hareket etme, konuyla ilgili yasal düzenlemeler yapma ve etkin koruma mekanizmaları kurmakla yükümlüdür⁵⁶.

Bu yükümlülüğün bir gereği olarak, Anayasa'nın 17/3'üncü maddesi, "*kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" demek suretiyle işkence yasağını anayasal teminat altına almıştır. Anayasal hükme uygun olarak işkence teşkil eden fiiller Türk Ceza Kanunu'nun 94 ve 95'inci maddeleri uyarınca suç sayılmış ve cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m.147 ve m.148) işkence oluşturan sorgu yöntemlerini yasaklamış ve anılan yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılarak yargılamada ve hükmün ihdasında değerlendirmeye alınmayacağını (CMK m.217/2) hükme bağlamıştır.

1.4. İşkence Teşkil Eden Fiillerin Cezalandırılabilirliği

Suç siyaseti bakımından göz ardı edilmemesi gereken önemli ölçülerden birisi, hukuk devleti ilkesidir. İnsan haklarına saygılı bir devlet düzeninin ifadesi olan hukuk devletinde, ceza kanunlarının insana saygı esasına dayanması, işkence ve eziyet niteliği taşıyan fiillerin etkin bir şekilde yasaklanması ve cezaların da insan onuruna aykırı olmaması beklenir⁵⁷. Bu haklı beklentinin ve hukuk devleti⁵⁸ olma iddiasının bir gereği olarak işkence, Türk Ceza Kanunu'nun, kişilere karşı işlenen suçları düzenleyen ikinci kısmının "işkence ve eziyet" başlıklı üçüncü bölümünde (m.94 ve m.95) suç olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın işkence yasağını düzenleyen hükmünün müeyyidesini oluşturan bu suç, dokt-

⁵⁴ Akgül, s.196-202; Aydın, İnsan Hakları, s.610-612.

⁵⁵ Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 1954'te, BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'yi 1988'de ve İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü (Onur Kırıcı) Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ni de yine 1998 yılında onaylayarak taraf olmuştur.

⁵⁶ Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuriyet; **İşkence Suçu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol: IV, No:1-2, Ankara, 2000, s.180; Malbeği, s.3; Artuk, s.5.

⁵⁷ Suer/Şentuna, s.206-207.

⁵⁸ 1982 Anayasa'sının 2'nci maddesine göre, "*Türkiye Cumhuriyeti, ... insan haklarına saygılı, ... bir hukuk devletidir.*"

rinde genel olarak “işkence suçu” şeklinde adlandırılmaktadır⁵⁹.

TCK'nın işkenceyi düzenleyen 94'üncü maddesine göre, “bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur⁶⁰.” Hükmün ifadesinden anlaşıldığı üzere işkence suçu, sadece kamu görevlisi tarafında işlenebilen özgü bir suçtur⁶¹. TCK m.94/5'e göre işkence, hem ihmali hem de icrai bir hareketle işlenebilir⁶².

İşkence oluşturan fiillerin TCK m.6/1-c'ye göre “kamu görevlisi” sıfatı taşıyan birisi tarafından işlenmesi işkence suçunun oluşması için gerekli ve yeterli olup failin suçu itiraf ettirmek, cezalandırmak gibi belirli bir amaç veya saikle hareket etmesi zorunlu değildir⁶³. Görevinin ifası sırasında, görevle bağlantılı olarak⁶⁴ ve görevden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanarak işkence teşkil eden davranışlarda bulunan bir kamu görevlisi ancak işkence suçunun faili olabilir. Kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından işlenen, “işkence niteliğindeki fiiller” ise işkence suçuna değil TCK m.96'da düzenlenen eziyet suçuna vücut verir. Eziyet suçunun faili ise herkes olabilir⁶⁵.

İnsan haklarının korunması ve ceza politikalarının temel felsefesinin anlaşılması bağlamında, işkence suçunun benzer suçlardan farkının ortaya konulması önem arz etmektedir. Zira işkence suçu, gerek unsurları gerek koruduğu hukuki değer bakımından “kasten yaralama” (TCK m.86), “eziyet” (TCK m. 96), “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” (TCK m.256) ve “görevi kötüye kullanma” (TCK m.257) suçu gibi suçlarla benzerlik gösterebilmektedir. Öyle ki kimi zaman işkence suçuyla anılan suçlar arasındaki farkı ortaya koyabilmek

⁵⁹ Önok, Murat; **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara, 2006, s.29; Artuk, s.5; Suer/Şentuna, s.207; Akgül, s.192.

⁶⁰ Maddede sayılan ve işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler arasında ince farklılıklar bulunmaktadır. Bu kavramlarla ilgili açıklamalar, AİHM ve Yargıtay kararlarının incelendiği bölümde yapılacaktır.

⁶¹ Özgenç / Şahin, s.183; Üzülmöz, s.75; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.247; Koca, Mahmut / Üzülmöz. İlhan; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2013, s.252-253; Artuk, Der Tatbestand, s.256; Demirbaş, s.31; Artuk, s.27; Yılmaz, s.84; Aydın, Oguz Gökhan; **İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Çerçevesinde Terörle Mücadelede İşkence Yasağı**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 20, 2015, s.607-608.

⁶² Artuk, Der Tatbestand, s.253.

⁶³ Başbüyük, s.1448-1449; Yılmaz, s.70.

⁶⁴ Bu itibarla, görevle bağlantılı olmaksızın kamu görevlisi sıfatını haiz bir kimsenin bir başkası üzerinde işkence mahiyetinde fiiller icra etmesi işkence suçuna değil, TCK m.96'daki eziyet suçuna vücut verir (Demirbaş, s.28; Yılmaz, s.84).

⁶⁵ Koca / Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s.266; Artuk, s.28; Yılmaz, s.72; Bayraktar, s.154-155.

kolay olmamaktadır. Yeni TCK'nın hazırlanmasına yönelik tasarı çalışmalarında (1997, 2000 ve 2003 tasarılarında), işkence suçu ile kasten yaralama suçunun failinin herkes olabilmesi ve korunan hukuki yararın vücut bütünlüğü olması karşısında her iki suçu birbirinden ayırmanın zor olacağı yönünde eleştiriler dile getirilmekteydi⁶⁶. TCK'da, işkence suçu ile kasten yaralama suçu unsurları bakımından birbirine benzemekle birlikte, bu suçlar fail bakımından birbirinden ayrılmakta ve işkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilmektedir. Ancak failin kamu görevlisi olması böyle bir ayırmanın yapılmasında her zaman yeterli bir ölçüt olmayabilmektedir. Zira TCK'nın 86/2'inci maddesindeki "... kasten yaralama suçunun; ... c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle..." işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı hükmü karşısında bu ayrımı yapmak epey zor olacaktır. Bu düzenleme ile kamu görevlisi, işkence suçunun faili olabileceği gibi kasten yaralama suçunun faili olması da mümkündür⁶⁷.

Bununla birlikte işkenceyi düzenleyen maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, işkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiiller olmakla beraber mezkûr suçlardan ayrılan yönü, işkence teşkil eden fiillerin ani değil, sistematik bir biçimde ve belli bir süreç içerisinde işlenmeleridir. Bir süreç içerisinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerinde uzun süre belki de ömür boyu devam edecek tahrip edici ağır etkilerinin olmasıdır. Bu da işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır bir cezai yaptırıma tabi tutulmasını gerekli hatta zorunlu kılmaktadır⁶⁸.

İnsan hakları odaklı bir bakış açısıyla denilebilir ki, işkence suçuyla kasten yaralamanın kamu görevlisi tarafından işlenen nitelikli hali arasındaki ayırma önemli kıstaslardan birisi de işkencenin vücut dokunulmazlığıyla birlikte insan onurunu ihlal eden bir mahiyeti haiz olmasıdır. İnsan onuruyla bağdaşmayan ve en ağır ihlal şeklini oluşturan işkencenin⁶⁹ benzerlik gösterse de diğer suç tiplerinden bu yönüyle ayrılması ve ceza kanunlarında daha ağır cezayı gerektiren bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi⁷⁰ insan haklarının korunmasına yönelik ceza politikasının anlaşılması bakımından dikkat çekicidir. Zira işkence suçu pekâlâ kasten yaralamanın veya öldürmenin nitelikli bir hali olarak da

⁶⁶ Yılmaz, s.70.

⁶⁷ Yılmaz, s.71.

⁶⁸ Özgenç, İzzet; **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, C.1, Ankara, 2012, s.243.

⁶⁹ Algan, s.1.

⁷⁰ Suer/Şentuna, s.207.

düzenlenebilirdi⁷¹. Bu tercihin suç ve ceza siyaseti açısından anlamı ve önemi büyüktür. Bununla insan onuruna ve insan haklarına verilen değere ve söz konusu değerlerin işkence teşkil eden fiillerle ihlalinin meydana getirdiği ağır haksızlığa vurgu yapılmak istenmiştir.

İşkence suçunun mağduru herkes (gerçek kişi) olabilir. İşkence suçunun mağduru açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde daha ağır ceza verilir⁷². Bununla birlikte, bir topluluğun veya belli bir grubun (ulusal, etnik, ırksal, dinsel gruplar gibi) sistemli bir şekilde işkence ve kötü muameleye tabi tutulması halinde işkence suçundan ziyade TCK'da da düzenlenen "soykırım suçu" (m.76), ve "insanlığa karşı suç" (m.77) ile yine TCK'da düzenlenmemiş olan "savaş suçları" işlenmiş olacaktır⁷³. İşkence suçu kastla işlenebilen bir suçtur. Bununla birlikte bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür⁷⁴. İşkence suçu bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı kabul edilmektedir⁷⁵. Zira yukarıda da değinildiği üzere, işkence suçu diğer suç tiplerinden ayrı olarak yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi hukuki değerlerle birlikte insan onurunu ihlal eden bir mahiyeti haizdir⁷⁶.

İnsan haklarının korunması çerçevesinde işkence suçuna özel hükümlerde olduğu kadar genel hükümlerde de değinilmiş ve kendisine birtakım sonuçlar

⁷¹ Nitekim bir görüşe göre, işkencenin bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerekmemektedir. Zira işkence teşkil eden fiiller esasen yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliğini haiz fiillerdir. Bu sebeple işkence suçunu bağımsız bir suç tipi olarak düzenlemek yerine, işlendiği iddia edilen bir suç hakkında ikrar almak veya delil toplamak için yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz gibi fiillerin işlenmesi halinde bu suçların nitelikli halinin oluştuğunu kabul etmek yerinde olacaktır (Özgenç / Şahin, s.178).

⁷² Başbüyük, s.1451.

⁷³ Yılmaz, s.90-91.

⁷⁴ Başbüyük, s.1468; Yılmaz, s.106.

⁷⁵ Yılmaz s.117; Bir görüşe göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçunun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur. Çünkü işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan davranışların çoğu zaman başka suç tiplerinde de buldukları bir gerçek olsa da işkencenin bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi, bu davranışların ihlal ettiği hukuki yarar açısından bir değerlendirme yapıldığında, kasten yaralama, öldürme gibi fiillerin mağdurun beden bütünlüğünü, yaşama hakkını; hakaret fiilinin kişinin şerefini; cinsel saldırı gibi fiillerin cinsel özgürlüğünü ihlal etmesine karşın, işkencenin insan varlığının temeli olan insan onuruna saldırı teşkil etmesi, davranışın haksızlık içeriğinin ve maddi unsuru oluşturan hareketlerin diğer suç tiplerine göre daha ağır olduğu açıktır (Suer/Şentuna, s.207).

⁷⁶ Bu yüzden mağdurun rızası başta olmak üzere, meşru müdafaa, kanunun emrini icra, yetkili merciin emrini ifa gibi hukuka uygunluk nedenlerinden hiçbirisi işkence teşkil eden bir fiili hukuka uygun hale getiremez (Yılmaz, s.117; Başbüyük, s.1471-1473).

bağlanmıştır. Bu, insan haklarının korunması ve bu haklara yönelik tehditlerin olabildiğince bertaraf edilmesi eksenindeki ceza politikasının bir tezahürüdür. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun uygulama alanı ile ilgili 13'üncü maddesinde, çevrenin kasten kirletilmesi, uyuşturucu madde ticareti, fuhuş, rüşvet, soykırım, insan ticareti gibi diğer bazı suçlarla birlikte, işkence suçunun vatandaş veya yabancı tarafından işlenmesi halinde, aralarında bir fark olmaksızın TCK'nın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yer bakımından yetki prensibi (mülkîlik) aşılarak bazı suçlarda "evrensel yetki" prensibi kabul edilmiştir⁷⁷. İşkencenin, kanunun uygulama alanı bakımından insanlığa karşı suçlarla eşdeğer görülmesi, işkencenin insan onurunun ve insan haklarının ihlali bakımından son derece katı düzenlendiğini ortaya koymaktadır.

Uluslararası bir adli yardım kurumu⁷⁸ olan, adli işbirliği açısından önem arz eden, bir ülkede suç işledikten sonra başka bir ülkeye kaçan sanık veya mahkûmun cezasız kalmasını amaçlayan geri verme⁷⁹ kurumunda da işkence bakımından ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, suçluların (zanlıların) geri verilmesi bakımından kişinin işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa iade talebi kabul edilmeyecektir (TCK m.18). Geri verilecek olan kişinin işkenceye maruz kalacağı hususunda kuvvetli şüpheler varsa iade edilemeyeceği kuralı, uluslararası insan hakları hukukunun önemli ilkelerinden biri olup "*non-refoulement*" prensibi şeklinde ifade edilmektedir⁸⁰. Yine TCK'nın 77/1-c maddesi uyarınca; işkence ve sayılan diğer bazı fiillerin, siyasal, ırksal veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan dâhilinde sistemli olarak işlenmesi halinde, "insanlığa karşı suç"tan söz edilecektir.

Ceza hukuku boyutuyla ve insan haklarının korunması çerçevesinde işkenceyle ilgili değinilmesi gereken bir diğer önemli husus, zincirleme suç hükümlerinin işkence suçu için uygulanamayacak olmasıdır. Zincirleme suç, bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı suçun aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla kez işlenmesidir⁸¹. Zincirleme suçta, ortada her biri ayrı suç oluşturan birden çok fiil ve birden çok suç bulunmasına rağmen bu suçlar arasındaki manevi bağ⁸² (suç işleme kararındaki birlik) dolayısıyla tek bir suçun varlığı kabul

⁷⁷ Yılmaz, s.66.

⁷⁸ Özgenc, İzzet; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014, s.928.

⁷⁹ Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2013, s.739; Özgenc, Genel Hükümler, s.928-929.

⁸⁰ Yılmaz, s.66.

⁸¹ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku, s.437.

⁸² Özgenc, Genel Hükümler, s.545.

edilmektedir⁸³. Dolayısıyla fail, aynı nitelikte birden fazla suçu işlediği halde her bir suç için ayrı ayrı değil tek bir suçtan dolayı cezalandırılır ancak cezası bir miktar arttırılır⁸⁴. Zincirleme suçun hukuki mahiyetini açıklayan bir görüşe göre, zincirleme suç müessesesi pratik mülahazalarla yani cezaların şiddetini azaltmak amacıyla düzenlenmiştir⁸⁵.

Bununla birlikte, TCK'nın 43/3 hükmüne göre, zincirleme suç hükümleri, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında uygulanmaz. Başka bir deyişle, işkence suçunun bir suç işleme kararı çerçevesinde aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi veya tek hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmesi⁸⁶ halinde zincirleme suç hükümleri değil gerçek içtima kuralları uygulanacaktır⁸⁷. Fail her bir suç için ayrıca cezaya çarptırılacaktır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, birtakım suçlar bakımından cezanın şiddetini azaltmak yönünde bir eğilim içerisindeyken söz konusu suç işkence olduğunda cezaların şiddetini azaltmak yerine arttırmak yönünde bir ceza politikası izlemektedir. Bu, işkence yasağıyla ilgili taraf olunan uluslararası sözleşmelerin gereğinin yerine getirilmesi, insan haklarının korunması ve işkencenin insana ve insanlığa karşı ağır bir ihlal oluşturduğu yönündeki farkındalığın arttırılması bakımından önemsenmesi gereken bir tutumdur.

1.5. İnsan Hakları Boyutuyla İşkence Suçu: Korunmak İstenen Hukuki Yarar

Ceza hukukunda her bir ceza normunun koruduğu bir hukuki yarar bulunmaktadır⁸⁸. Nitekim suçlar da korunan hukuki yarara göre tasnif edilirler. Bu yüzden, bir suçun kanundaki düzenleme yeri, o suçla korunan hukuki değer in tespitinde önemli bir kıstastır⁸⁹. Mukayeseli hukuk çerçevesinde incelendiğinde, işkence suçunun kanundaki düzenleme yeri bakımından temel olarak üç farklı sistemin bulunduğu söylenebilir. Bu sistemlerden ilki, işkenceyi devlet idaresi aleyhinde suç sayan sistemler, ikincisi kişilere karşı suç sayan sistemler ve nihayet üçüncüsü adliye aleyhine suç sayan sistemlerdir⁹⁰.

Mülga 765 sayılı TCK m. 243'te devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar baş-

⁸³ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku, s.438.

⁸⁴ Özgün, Genel Hükümler, s.553.

⁸⁵ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku, s.438.

⁸⁶ Örneğin, bir annenin sorgu yapılırken cinsel saldırıya uğrayan kızını seyretmek zorunda bırakılması halinde mağdurların her ikisi için de işkence suçu oluşur (Yılmaz, s.127).

⁸⁷ Başbüyük, s.1478.

⁸⁸ Üzülmöz, s.64.

⁸⁹ Başbüyük, s.1446.

⁹⁰ Üzülmöz, s.17.

liğı altında yer alan işkence suçu, 5237 sayılı TCK sisteminde ise, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısımda (m. 94 ve m.95) düzenlenmiştir. Korunan hukuki değer bakımından yaşanan bu değişimin satır aralarında insan haklarının korunması bakımından okunması gereken mesajlar olduğunu görmek gerekir. Zira işkencenin devlet idaresi aleyhinde işlenen bir suç olarak düzenlenmesi ile kişilere karşı işlenen suç kategorisinde düzenlenmesi arasında; insan haklarına ve insan onuruna verilen değer ve insanı önceleyen bir suç siyasetinin şifreleri gizlidir. Yaşanan, salt normatif bir tercih değil aynı zamanda insan onuru gibi birtakım hukuki değerlerin korunmasına yönelik bir zihniyet değişimidir.

İşkenceyi bağımsız bir suç olarak tanımlayan kanunlara ve bu arada TCK sistemine göre; işkence suçuyla korunmak istenen hukuki yararlar ve/veya değerler karma bir nitelik arz etmektedir⁹¹. Çünkü işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler bir yandan mağdurun ruh ve beden sağlığını, onurunu, yaşam hakkını olumsuz etkilerken diğer yandan adaletin yanlış tecelli etmesine ve vatandaşların devlet idaresine olan güvenlerinin sarsılmasına (fail ancak kamu görevlisi olabildiği için) sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla işkence suçuyla, insan onuru, vücut dokunulmazlığı, adliyeye güven ve adil yargılanma hakkı⁹², irade ve ifade özgürlüğü gibi değerleri koruduğunu söyleyebiliriz⁹³. Korunmak istenen hukuki yararlardan insan onuru ve vücut dokunulmazlığı bu başlık altında incelenecek olup, irade ve ifade özgürlüğü, susma ve adil yargılanma hakkı gibi değerler ise yasak sorgu yöntemleri bağlamında hukuka aykırı deliller başlığı altında incelenecektir.

1.5.1. İnsan Onuru

Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku bakımından şekli sonucu, hukuki güvenliği temin ve taahhüt etmesidir. Bu ilkenin maddi yönden ceza hukukuna yansması ise içerikle ilgilidir. Bir hukuk devletinde ceza hukuku kuralları, insan haklarını ve dolayısıyla insan onurunu koruma odaklı bir bakış açısıyla düzenlenmelidir. Zira hukuk devleti bir anlamda insan haklarını tanıyan ve korumak için gerekli sistemi tanzim ve tesis eden devlettir. Dolayısıyla ceza hukuku kuralları, öncelikle insanın onurlu bir varlık olarak mevcudiyetini devam ettirmesi, kişiliğini geliştirmesi bakımından korunması zorunlu olan maddi ve manevi değerleri koruma gayesi ve hedefinde olmalıdır⁹⁴.

⁹¹ Artuk, s.18; Özgenç / Şahin, s.183; Üzülmöz, s.65; Demirbaş, s.29.

⁹² Suer / Şentuna, s.209.

⁹³ Üzülmöz, s.65-66; Bayraktar, s.151-152; Artuk, s.18; Başbüyük, s.1447; Demirbaş'a göre işkenceyle korunan hukuk yarar, adliye ve kişi dokunulmazlığıdır (Demirbaş, s.29).

⁹⁴ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku, s.45.

İnsan onuru, muhtevası soyut ve tanımlanması zor olan bir kavramdır. Bir görüşe göre, insan onuru, kişinin insan olması itibarıyla şahsiyetine duyduğu saygının muhafaza edilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir kavramdır⁹⁵. Başka bir görüşe göre ise, onur kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür, insanın özgür iradesidir⁹⁶. İnsan onuru, insanın sırf insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık bir varlık olması olarak da ifade edilebilir⁹⁷.

Genel, soyut ve etik bir değer olan insan onuru⁹⁸, insanın olmazsa olmazıdır (*sine qua non*). İnsan kişiliğinin bütünlüğü açısından fiziksel korunmanın yanı sıra manevi (psikik - moral) korunmaya da ihtiyacı vardır. İnsan onuru, insan haklarının mutlak ve dokunulmaz temel değerlerinden birisidir⁹⁹. Öyle ki, bazı insan hakları teorisyenleri insan hakları normlarını insan onurunun korunmasıyla temellendirmişlerdir¹⁰⁰. TCK'nın 94'üncü maddesinin ilk fıkrasında tanımı yapılan işkence suçundaki seçimlik hareketlerin ortak noktası "*insan onuru ile bağdaşmayan*" hareketler olmalarıdır¹⁰¹.

İşkence suçuyla korunan asıl hukuki yararın "*insan onuru*" olduğunu belirtmek gerekir¹⁰². Zira işkence, her türlü bedeni acı ve elemden önce bizatihi insan onurunu inciten, zedeleyen bir mahiyeti haizdir. Türk hukukunda "*insan onuru*", Anayasa'nın 17'nci maddesiyle koruma altına alınmıştır. Buna göre, "*kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" (Anayasa m.17/3). Anayasa Mahkemesi de insan onuru kavramını, "*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını, sayılmasını ve korunmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele, ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır*" şeklinde izah etmektedir¹⁰³. Bu yüzden insan onurunun her türlü işkenceye karşı mutlak bir biçimde korunması gerekir¹⁰⁴. İnsan onuru ve insan onurunun korunması bugün hem uluslararası barışın bir kriteri olarak hem de uluslararası hukuk

⁹⁵ Erdoğan, s.49.

⁹⁶ Suer / Şentuna, s.209; Artuk, s.23.

⁹⁷ Çakmak, s.1.

⁹⁸ Erdoğan, s.50.

⁹⁹ Yılmaz, s.79-80.

¹⁰⁰ Erdoğan, s.48. Aksi yöndeki görüşler için bkz: Erdoğan, s.51.

¹⁰¹ Artuk, s.23; Yılmaz, s.80.

¹⁰² Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, 2008, s.240.

¹⁰³ Yılmaz, s.80.

¹⁰⁴ Federal Alman Anayasası da (m.1), insan onurunu dokunulmaz, başlı başına korunması gereken mutlak bir değer olarak belirledikten sonra insan onuruna saygı göstermenin ve onu korumanın bütün kamu otoritelerinin yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.

düzeninin temel prensibi olarak kabul görmektedir¹⁰⁵.

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun işkenceyle ilgili maddesinin gerekçesinde korunan hukuki yarar açıklanırken, işkencenin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesini gerekli kılan insan onuruna hiç yer verilmemiş olması önemli bir anlayış eksikliğidir¹⁰⁶. Yine de işkencenin kişilere karşı suçlar bölümünde ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiş olması insan haklarının korunması ve ceza politikası açısından değerlidir. Ne var ki bunun somut-pratik yansımalarla da tebeyyün etmeye (somut delillerle ortaya konulmaya) muhtaç olduğu aşîkârdır.

1.5.2. Vücut Dokunulmazlığı

Hukuk sisteminin kişilere koruma sağladığı, insan haklarına saygılı bir devlet düzeninde kişi, doğumundan ölümüne kadar vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik ihlal edici eylemlere karşı ceza hukukunun koruması altındadır¹⁰⁷. Bu koruma, kişinin sadece anatomik (fiziki-maddi) varlığıyla sınırlı olmayıp, ruhsal ve zihinsel sağlığını (manevi varlığını) da kapsamaktadır¹⁰⁸. İnsanı sadece fiziki varlığından ibaret saymak, işkenceye karşı sınırlı bir koruma imkânı sağlar¹⁰⁹. Zira işkence, kişinin vücut bütünlüğünün ağır bir şekilde ihlali neticesini doğuran bir suçtur.

Türk hukuku açısından, vücut dokunulmazlığına ilişkin hukuki korumanın temelini 1982 Anayasası'nın "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17'nci maddesi oluşturur. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Maddenin devamında, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut dokunulmazlığının bulunduğu vurgulandıktan sonra, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muamele olan işkencenin de yasak olduğu belirtilmiştir. Böylece işkence, kişi hakları kapsamında değerlendirilen kişinin dokunulmazlığı, bedensel tamlık, maddi ve manevi varlığa sahip olma haklarını ihlal eden bir fiil olarak kabul edilmiştir¹¹⁰. Ceza kanunundaki işkence suçu bu Anayasal ilkenin somut yaptırımıdır. İşkence suçunun düzenlendiği bölüm TCK sistematığı açısından dikkate alındığında, korunan hukuki yararın

¹⁰⁵ Arsava, Füsün; **İnsani Devletler Hukuku ve İnsan Hakları Sözleşmeleri İlişkisi**, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:5, S.19, 2009, s.3.

¹⁰⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s.240.

¹⁰⁷ Üzülmez, s.66.

¹⁰⁸ Yılmaz, s.79.

¹⁰⁹ Üzülmez, s.67.

¹¹⁰ Yılmaz, s.79; Üzülmez, s.66.

öncelikle kişinin maddi ve manevi dokunulmazlığı olduğunu söylemek mümkündür¹¹¹.

İşkence yasağının insan haklarının korunması ve ceza politikası bakımından temel felsefesi, insan onuru ile bireysel temel haklardan olan kişi ve beden bütünlüğünün korunmasıdır¹¹². Zira çoğu hak ve özgürlüğün kullanılması bakımından önemli ve öncelikli şartlardan birisi kişinin beden bütünlüğünün dokunulmazlığı, başka bir deyişle, vücut dokunulmazlığıdır. Vücut dokunulmazlığının ihlali sair birçok temel hakkın varlığını anlamsız kılar. Zira Anayasa'nın 17'nci maddesinde belirtilen maddi ve manevi şahsiyetini geliştirme hakkı ancak yaşamından ve beden bütünlüğünden emin ve güvende olan kişi için bir anlam ifade edecektir.

1.6. Yargısal İçtihatlar

1.6.1. AİHM Kararlarında İşkence

İşkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyle tabi tutulma yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile birlikte başka uluslararası metinlerde de düzenlenmiş olan bir yasaktır¹¹³. İşkencenin yasaklanması artık uluslararası hukukun emredici bir kuralı (jus cogens) haline gelmiştir¹¹⁴. AİHS'nin 3'üncü maddesine göre; *"hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı cezaya veya muameleyle tabi tutulamaz"*. Hükmün amacı, kişinin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumaktır¹¹⁵. AİHM, birçok kararında işkence yasağıyla ilgili 3'üncü maddenin demokratik toplumların en temel değerlerinden birisi olduğunu sıklıkla dile getirmektedir¹¹⁶.

AİHS'nin işkence yasağına ilişkin hükmünde, *"işkence"*, *"insanlık dışı ceza veya muamele"*, *"aşağılayıcı ceza veya muamele"* gibi kavramlar kullanılmış olmakla birlikte bu kavramlara ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bu kavramlar daha ziyade AİHM kararlarıyla açıklanmış, sınırları belirlenerek uygulanabilir hale gelmiştir. AİHS'nin en önemli özelliği, öngörülen hak ve özgürlüklere riayet edilmesini sağlamak amacıyla kurulmuş bir denetim

¹¹¹ Yılmaz, s.79.

¹¹² Üzülmüş, s.67; Koca / Üzülmüş, Özel Hükümler, s.252.

¹¹³ Bkz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m.5; Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, m.7; . İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, m.1.

¹¹⁴ **Al Adani – Birleşik Krallık Davası**, 21 Kasım 2001, Başvuru No: 35763/97, p.61.

¹¹⁵ Ergül, Ergin, **Anayasa Mahkemesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Ankara, 2012, s.160.

¹¹⁶ **Soering – Birleşik Krallık Davası**, 17 Temmuz 1989, Başvuru No: 14038/88; Çor, s.69.

mekanizmasının yani AİHM'nin varlığıdır. AİHM, hem Sözleşme'de anılan yükümlülüklerin yerine getirilmesini denetlemekte hem de sözleşmede tanımlanmamış kavramların kapsam ve içeriğini içtihatlar yoluyla belirlemektedir¹¹⁷. Mahkeme'nin dinamik yorumları, değişen sosyal değerleri, standartları ve beklentileri, anılan kavramların içeriklerinin de zamanla değişmesine neden olmaktadır¹¹⁸. Yine de bu kavramlara ilişkin bir tanım yapmak gerekirse işkence, acımasız, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelerin veya cezanın ağır ve kasıt içeren şeklidir¹¹⁹.

AİHM'ye göre işkence, şiddetli ruhsal ve/veya fiziksel eziyetin kasıtlı bir şekilde uygulanmasının yanı sıra bilgi almak, cezalandırmak ve sindirmek gibi belirli bir amacın izlenmesi unsurlarını da taşımaktadır. Kişiyi elektrik verilmesi, pencereden atma tehdidi, Filistin askısı¹²⁰, kişinin yakınlarına işkence veya kötü muameleyi izlenmeye zorlanması, uykusuz bırakılması, tırnak altına iğne sokulması gibi şiddetli bedensel ve ruhsal acı veren muameleler işkenceye örnek olarak verilebilir¹²¹. İnsanlık dışı muamele, yeterli yoğunluk ve amaç unsuru taşımaması sebebiyle işkenceden ayrılan, şiddetli fiziksel veya zihinsel acıya neden olan gayri meşru muameledir. Örneğin, tutuklu veya gözaltında olan bir kişinin gözü bağlı bir şekilde soğuk ve karanlık bir hücrede tutulması; kişiye gerekli veya zorunlu olmadığı halde vücudunda yara ve ekimoz oluşturacak tarzda maddi güç kullanılması onur kırıcı¹²² muamele sayılır ve kural olarak 3'üncü maddenin ihlal edilmesi anlamına gelir¹²³.

¹¹⁷ Çor, Yaşar; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.75, Ankara, 2008, s.65.

¹¹⁸ Belge,Taciser Ulaş (Proje Sorumlusu); **Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim, İnsan Hakları**, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje Yayını, İstanbul, 2006, s.28.

¹¹⁹ Bu, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, 09.12.1975 tarihli ve 3452 (...) sayılı kararında, işkence için yapılan tanımdır. Ayrıca işkencenin uzun bir tanımı, işkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinde yapılmıştır. Buna göre "işkence, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir."

¹²⁰ **Aksoy – Türkiye Davası**, 18 Aralık 1996, Başvuru No: 21987/93.

¹²¹ **Aydın – Türkiye Davası**, 25 Eylül 1997, Başvuru No: 23178/94.

¹²² **Tyrer – Birleşik Krallık Davası**, 25 Nisan 1978, Başvuru No: 5856/72. AİHM bu kararında, çocuk yaştaki kişinin çıplak kaba etine, kendisini hiç tanımayan insanlar önünde vurulması suretiyle uygulanan dayak cezasını onur kırıcı bulmuştur. **Aktaran**: Doğru, Osman; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları**, Cilt: 1, Legal Yayıncılık, Eylül, 2004, İstanbul, s.229-236.

¹²³ **Tekin – Türkiye Davası**, 9 Haziran 1998, Başvuru No: 52/1997/836/1042, p.52-53; **Sevta**

Aşağılayıcı muamele ise, kişide korku, ruhsal sıkıntı ve aşağılık duygusu oluşturan ve onları küçük düşüren muameledir. Birbirinden farklı olmakla birlikte aralarında sıkı bir bağlantı bulunan bu üç kavramı, özellikle insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramlarını birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir. Kavramlar arasındaki fark, nitelik farkından ziyade bir yoğunluk farkıdır¹²⁴. Nitekim AİHM'nin de bazı kararlarında ayırım yapmaksızın söz konusu iki kavramı birlikte kullandığı görülmektedir¹²⁵. Kaba ve sert bir müdahalenin 3'üncü madde kapsamına girebilmesi için, belli bir asgari şiddet düzeyini aşması gereklidir¹²⁶. AİHM'ye göre bu eşik aşıldıktan sonra anılan madde kapsamında değerlendirme yapılabilir¹²⁷. Asgari şiddet düzeyini belirlemeye yönelik tespit, soyut ve izafi bir değerlendirme olacağı için bu tespit, filin şiddet düzeyi, müdahale veya muamelenin süresi, niteliği, kapsamı, uygulama şekli ve yöntemi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumuna göre somutlaştırılması gerekir¹²⁸.

İşkence ve kötü muamele, genellikle şüpheli veya sanıktan itiraf elde etmek veya bilgi almak için başvuru bir yöntemdir. Suçla ilgili delilleri elde etmek zorlayıcı olmayan daha insani uygulamalarla mümkün olduğu halde, rızası dışında şüphelinin akıl ve vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek tıbbi müdahalelere başvurmak insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele oluşturur¹²⁹. Zira ceza muhakemesi işlemleri ve özellikle kolluk tarafından yapılan işlemlerdeki sınır insan haysiyetidir¹³⁰. Bununla birlikte tedavi için gerekli olan müdahaleler bu kapsamda değerlendirilemez¹³¹. AİHS 3'üncü maddesinin güvence altına aldığı işkence ve kötü muamele yasağı, hiçbir istisnası olmayan mutlak bir yasaktır. Birçok temel hak ve özgürlüğün sınırlanabileceği istisnai durumlar kabul edilmişken, işkence ve kötü muamele yasağında böyle bir istisna öngörülmemiştir¹³². Terör örgütleriyle mücadele dâhil olmak üzere suçla mücadelede,

Vezenardoğlu – Türkiye Davası, 11 Nisan 2000, Başvuru No: 32357/96.

¹²⁴ Balkız, s.104; Belge, s.30; Turabi, s.51; Ergül, s.164.

¹²⁵ **İrlanda – Birleşik Krallık Davası**, 18 Ocak 1978, Başvuru No: 5310/71.

¹²⁶ **Tekin – Türkiye Kararı**, 9 Haziran 1998, Başvuru No: 52/1997/836/1042, par.52; Çor, s.68.

¹²⁷ **Cruz Varas – İsviçre Davası**, 20 Mart 1991, Başvuru No: 46/1990/237/307.

¹²⁸ **Menecheva – Rusya Davası**, 9 Mart 2006, Başvuru No:59261/00, p.6. Bu olayda Mahkeme, mağdurun bayan ve 19 yaşında olmasının, muamelenin işkence olarak değerlendirilmesinde önemli bir yere sahip olduğunu belirtmiştir; **İrlanda – Birleşik Krallık Davası**, 18 Ocak 1978, Başvuru No: 5310/71; Sevük, s.10.

¹²⁹ **Jalloh – Almanya Davası**, 11 Temmuz 2006, Başvuru No: 54810/00; Ergül, s.165.

¹³⁰ Yenisey, Feridun; **Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması**, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 12, 1995, s.132.

¹³¹ **Herczegfalvy – Avusturya Davası**, 24 Ekim 1992, Başvuru No: 10533/83.

¹³² Turabi, Selami; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Ankara, 2012, s.52.

soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yürütülmesindeki bütün zorluklara rağmen kişilerin bedensel bütünlüğünün korunması hiçbir suretle sınırlandırılmaz. Sorgulama ve ifade alma sırasında işkence veya kötü muameleyle başvurulması, bu yolla elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelmesine ve muhakemede kullanılmamasına neden olacaktır¹³³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işkence yasağıyla ilgili verdiği kararlar bir bütün olarak incelendiğinde insan haklarının korunması ve ceza politikası bakımından önemli bazı ilkeleri ortaya koyduğu görülmektedir. Öncelikle işkence yasağını demokratik toplumların en temel değeri şeklinde değerlendirerek Sözleşme'nin tarafı olan ülkelerin izlemeleri gereken suç ve ceza siyaseti hakkında bir fikir vermektedir. İşkence yasağını o denli mutlak kabul etmektedir ki, yaşam hakkının dahi sözleşmeye göre istisnai durumlarda son verilmesine izin verdiği halde işkence yasağına ilişkin hiçbir istisnayı kabul etmemektedir. Böylece insan onurunun insan hakları bakımından önemi ortaya çıkmaktadır. Zira insanın onuru, özgür iradesi, kendisine ilişkin dâhili ve harici saygısı ihlal edildikten sonra yaşam hakkının dahi pek bir anlamı kalmayacağını AİHS lafzıyla ve AİHM içtihatlarıyla zımnen de olsa dile getirmiş olmaktadır.

1.6.2. Yargıtay Kararlarında İşkence

Yargıtay, son yıllarda verdiği kararlarda, insan hakları kavramının gereklerine, insan haklarını etkin koruma mekanizmasıyla düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ifadesini bulan hak ve özgürlüklere daha fazla yer ve önem vermeye başlamıştır¹³⁴. Bu hususta Özellikle Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Yargıtay 8. Ceza Dairesi "işkence suçu" konusunda önemli kararlara imza atmıştır¹³⁵. Yargıtay'ın bu yaklaşımının, insan haklarının korunması, gelişmesi ve yerleşmesi açısından olumlu bir gelişme olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu bağlamda Yargıtay'ın özellikle 1999 ve 2002 tarihli iki kararını incelemenin, Yargıtay'ın genelde insan haklarına özelde işkence yasağına bakış açısını tespit etmek bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay'ın işkence suçu bakımından önem arz eden kararlarından ilki, 1999 tarihli kararıdır¹³⁶. İlgili kararda "*suçunu söyletmek için işkence yapmak*" fiilini

¹³³ Akyürek, Güçlü; *Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 101, 2012, s.69-70; Ergül, s.163.

¹³⁴ Surlu, Aydın Ömür; *İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İchtihatlarına Yansımaları*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, Ankara, 2010, s.191.

¹³⁵ İlkiz, Fikret; *Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: "İşkence" İnsanlık Suçudur ve İşkenceye Karşı "Seçmeli Protokol" Nedir?*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 76, S.4, İstanbul, 2002, s.903.

¹³⁶ Yargıtay 8. CD., **12.10.1998 gün ve E: 1998/10667, K: 1998/12819**, (Kazancı İchtihat Bankası).

oluşturan davranışlar sayılmaktadır¹³⁷ ve karara konu olay, yasa dışı pankart asma olayı nedeniyle aralarında 16-17 yaşlarında öğrenci mağdurların da bulunduğu kişiler hakkında, illegal örgüt üyesi olabilecekleri ihtimaline binaen başlayan soruşturma ve yapılan sorgulamalarla ilgilidir. Buna göre, “*sanıkların mağdurlar hakkında başlattıkları soruşturmada, gözaltı sürecinde sorgulanırken suçlarını söyletmek için hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek sesli marş dinletmek, üryan bir şekilde soymak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak, fiziki cebir ve yekdiğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek şeklinde sonuç almaya yönelik eylemlerde buldukları, mağdurların iddiaları ve bu iddiaları doğrulayan doktor raporlarından anlaşılma suçun sabit olduğuna karar vermek gerekir*”¹³⁸.

Yargıtay’a göre, somut olayda mağdurların maruz bırakıldıkları hareketlerin işkence niteliğinde olduğunun kabulü kaçınılmazdır. Yargıtay bu kararında, işkencenin hukuken korunamayacağı ve göz ardı edilemeyeceğini vurguladıktan sonra, “*vicdani*” ölçülere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesinin hukuka aykırı olacağını belirtmiş ve kararı bozmuştur¹³⁹. Yerel mahkemenin beraat kararında direnmesi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu direnme / beraat kararının bozulmasına karar vermiştir. Ceza Genel Kurulu, bozma kararında işkence yasağına ilişkin uluslararası metinlere, anayasal ilkelere ve yasal düzenlemelere atıflar yaparak ve gerekçesine “işkence” kavramının tanımını, zalimane muamelelerin ne olduğunu, insani olmayan ve hay-siyet kırıcı hareketlerden ne anlaşılması gerektiğini tek tek tarif ederek insan haklarının korunması bakımından kayda değer argümanlar ileri sürmüştür¹⁴⁰.

İşkence suçu ve insan hakları bakımından dikkat çeken önemli bir diğer kararı ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun işkencenin bir “insanlık suçu” olduğunu karara bağlamasıdır. Söz konusu kararda Yargıtay’ın işkenceye bakışı oldukça nettir. Buna göre, işkence insanlık suçudur ve demokratik bir hukuk devletinde, delil elde etmek için insan haklarını ihlallerinin meşrulaştırıcısı ve hukuka aykırı davranışın mazereti olamaz¹⁴¹.

Görüldüğü üzere Yargıtay, AİHM içtihatlarında işkence sayılan fiillere ben-

¹³⁷ İlkiz, s.903.

¹³⁸ Yargıtay 8. CD., **12.10.1998 gün ve E. 1998/10667, K. 1998/12819**, (Kazancı İçtihat Bankası); İlkiz, s.903; Yılmaz, s.27.

¹³⁹ Yargıtay 8. CD., **12.10.1998 gün ve E. 1998/10667, K. 1998/12819**, (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁴⁰ İlkiz, s.908-910.

¹⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **15.10.2002 gün ve E. 2002/8-191, K. 2002/362** (Kazancı İçtihat Bankası).

zer hareketleri işkence kapsamında değerlendirmektedir¹⁴². Yargıtay'ın, kararlarında insan hakları, insan onuru gibi kavramlara uluslararası metinler ışığında değinmesi ve ulusal mevzuat çerçevesinde hukuki koruma sağlaması insan hakları, insan onuru öğretisinin hukuk uygulamamızda ve hukuk kültürümüzde yerleşmesi bakımından önemli bir işlevi yerine getirecektir. İnsan, salt insan olması hasebiyle hürmete layık ve korunmaya değerdir. İnsan hakları bu değerlerin bir gereği olarak ek hiçbir sebebe ihtiyaç duyulmadan insanların doğuştan sahip olduğu haklardır. İnsan haklarının temellendirilmesinde en önemli kavramlardan birisi insan onurudur. İşkence insan onurunun ağır bir ihlal şeklidir ve tarihsel süreç içerisinde eskiden beri var olan bir olgudur. Bu yüzden insana

¹⁴² Yargıtay'ın hangi eylemleri işkence kapsamında değerlendirdiğini daha detaylı görebilmek adına konuyla ilgili kararlarına göz atmakta fayda vardır. Aşağıda verilen karar metinleri çerçevede yol gösterici olacaktır. "Sanıkların hırsızlık olayının şüpheli olarak kendiliğinden ailesiyle karakola gelen mağdurun hırsızlığa konu parayı nereye sakladığı konusunda cop ve tokatla dövüp yer göstermesi için götürdükleri inşaat içinde de aynı şekilde darp ettikleri mağdur ve tanık ifadeleri, yüzleştirme tutanağı ile doktor raporlarından anlaşılacakla olayın meydana gelişi ve mağdurun yaşı da dikkate alındığında sanıklara atılı işkence suçunun sübuta erdiği anlaşılmıştır (Yargıtay, 8. CD, **09.10.2006 gün ve E. 2006/294, K. 2006/7381** sayılı karar, Kazancı İçtihat Bankası). "Jandarma çavuşu olan sanıkların olay günü ve saatinde yangın çıkarma suçunun zanlısı olarak karakola getirilen mağdurun Ocak ayında kış koşullarında elbiselerini soyarak iç çamaşırlarıyla dışarı çıkarıp vücuduna soğuk su sikarak ve cop sokacakları tehdidinde bulunarak ve döverek sonuçta TCK'da tanımı yapılan işkence suçunu işledikleri sabittir" (Yargıtay, 8. CD, **13.06.2001 gün ve 4298-11832** sayılı karar, in: Erel, Kemalettin; **İşkence İle İlgili Yargıtay Kararları**, <http://slideplayer.biz.tr/slide/1966426/>, **E. T: 21.01.2016**). "Mağdurların uyuşturucu madde imal edildiği ihbarı üzerine köylerine gelen görevliler tarafından gözaltına alınarak ilçe Jandarma Komutanlığına getirildikleri mağdurlardan Nezihe'nin diğerlerinden ayrı olarak alt katta bulunan nezarethaneye konulduğu burada İlçe Jandarma Komutanı olan sanığın zorlamasıyla vücudunun üst kısmındaki giysileri çıkarmak zorunda kaldığı Türkçe bilmediği anlaşılan mağdurun vücudunun üst kısmı çıplak biçimde ve tercüman olmaksızın iki saatten fazla bir süre sanık tarafından tutulup sorgulandığı iki gün gözaltında tutulduktan sonra sanığın talimatıyla diğer mağdurlarla birlikte herhangi bir evrak düzenlenmeksizin serbest bırakıldığı anlaşılmakla olayın meydana gelişi mağdurenin cinsiyeti ve yaşı, üst kısmı çıplak vaziyette tutuluş şekli ve süresi göz önüne alındığında sanığa atılı işkence suçunun sübuta erdiği görülmüştür (Yargıtay, 8. CD, **24.10.2005 gün ve 10781-10012** sayılı karar, Erel, s.13). "Mağdurların mazot kaçakçılığı şüphesiyle 16.08.2000 günü saat 16.30'da yakalanıp aynı gün saat 19.00'da emniyet odasına alındıkları halde emniyet odasına giriş doktor raporlarının 17.08.2000 günü saat 02.50-03.20 saatleri arasında alındığı sanıkların mağdur Ersin ve Mehmet'e suçlarını söyletme amacıyla gözlerini bağlayarak sürekli gezdirmek ve dayak atmak suretiyle işkence yaptıkları kabul edilmelidir (Yargıtay, 8. CD, **11.10.2005 gün ve E.2003/14107, K.2005/9402** sayılı karar, Kazancı İçtihat Bankası). "Oto hırsızlığı yaptıklarına ilişkin bir telefon ihbarı üzerine gözaltına alınan müdahillere suçlarını söyletme amacıyla çıplak soyup elektrik verip cinsel organlarını sıkmak ve dayak atmak suretiyle işkence yaptıkları mağdurların aşamalarda tutarlılık gösteren beyanları, düzenlenen hekim raporları ve tüm dosya içeriğinden anlaşılan ..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **15.10.2002 gün ve E. 2002/8-191, K. 2002/362** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

saygının doğal neticesi olarak işkence hem ulusal hem uluslararası düzenlemelerle yasaklanmış ve cezai yaptırıma tabi tutulmuştur¹⁴³. Bu, aynı zamanda insan haklarının korunmasının ve bu çerçevede izlenecek olan ceza politikasının da bir gereğidir. Gerek AİHM'nin gerekse Yargıtay'ın karar ve içtihatları, insan haklarının korunması bakımından oldukça önemli bir role sahiptir. Bu sebeple, dinamik ve insan odaklı yorum yöntemleriyle insan hakları öğretisini yerleştirecek ve koruyacak olan da ekseriyetle, insana ve insan haklarına yönelik tehditlere yönelik yaptırımların karara bağlandığı bu yargı makamları olacaktır.

2. İŞKENCE VE HUKUKA AYKIRI DELİLLER¹⁴⁴

Acı masuma da yalan söyletir.

Montaigne

Eğri ağacın doğru gölgesi olmaz.

Atasözü

2.1. Hukuka Aykırı Delillerin Felsefi ve Hukuki Temelleri

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılması¹⁴⁵, ortaya çıkarılması¹⁴⁶, böylece adil bir yargıya varılarak¹⁴⁷ adaletin gerçekleştirilmesidir. Bu amaca ulaşmak bakımından deliller, hayati bir öneme sahiptir ve muhakeme de esas itibarıyla karara kaynaklık eden delillerin değerlendirilmesinden ibarettir¹⁴⁸. Ceza muhakemesi süreçleri, insan haklarıyla yakından ilgili olan süreçlerdir¹⁴⁹. Zira suçla ve suçluyla mücadele çerçevesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, suçluların cezalandırılması ve suç olgusunun asgariye indirilmesi amacıyla izlenen ceza politikası, birçok temel hakka müdahaleyi gerekli kılan bir mahiyeti haizdir¹⁵⁰. Ayrıca ceza hukuku, bireylerin, devletin yaptırım gücüyle karşılaştıkları bir alan olması sebebiyle hak ihlallerinin sıklıkla yaşanabildiği bir hukuk dalıdır. Bir hukuk düzeninde devlet, bu tür hak ihlallerine sebebiyet

¹⁴³ Odeku, O. Kola; **Criminal Responsibility for Torture: A Human Rights Analysis**, Anthropologist, 15(2): 125-135, 2013, s.132.

¹⁴⁴ Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayr-i İnsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi, **m.15**; Anayasa **m.38/6, 38/5**; TCK m.94; CMK **m.147, m.148/3-4, m.206, m.217/2 ve m.289.**; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, **m.24**, m.9.

¹⁴⁵ Özgenç / Şahin, s.178.

¹⁴⁶ Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan; **Ceza Muhakemesi Hukuku -II-**, Ankara, 2013, s.22-23.

¹⁴⁷ Özgenç / Şahin, s.178.

¹⁴⁸ Toroslu / Feyzioğlu, s.172.

¹⁴⁹ Odeku, s.127.

¹⁵⁰ Öztürk, Bahri; **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, 1995, s.3.

vermeden¹⁵¹ suç olgusunu asgariye indirmekle, adaleti ve güvenliği temin etmekle yükümlüdür¹⁵².

Hukuka aykırı veya yasak deliller konusunda sorulması gereken ilk soru, nasıl bir ceza muhakemesi istediğimiz sorusudur¹⁵³. Bu, aynı zamanda insan haklarının korunması bağlamında nasıl bir ceza politikası izleneceği sorusunun da cevabını havi bir mahiyet arz etmektedir. Bilindiği üzere, ceza muhakemesinde *delil serbestisi ilkesi* geçerlidir. Bu serbestliğin sınırının ne olduğu veya ne olması gerektiği nasıl bir ceza muhakemesi istenildiğiyle hatta bir görüşe göre, devletin demokrasi ve uygarlık seviyesiyle doğrudan ilgilidir¹⁵⁴. Her ne pahasına olursa olsun bütün suçluları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza muhakemesi mi, yoksa hukuki yollarla elde edilen deliller ışığında suçlu görülen kişileri cezalandırmayı amaçlayan bir ceza muhakemesi mi? Bir başka deyişle, mutlakiyetçi rejimlere özgü olan ve sanığı peşinen suçlu gören, ceza muhakemesinin amacını sadece mahkûmiyeti haklı gösterecek delilleri elde etme şeklinde telakki eden, bunun için de işkence başta olmak üzere her türlü yolu meşru gören baskıcı bir ceza muhakemesi mi; yoksa çatışır gibi gözükken bireysel ve toplumsal menfaatler arasında bir denge arayan, böylece suçluların ortaya çıkarılması ve cezalandırılması kadar suçlu olmayanların korunmasını da önemseyen bir ceza muhakemesi mi¹⁵⁵?

Ceza muhakemesi hukukunda yargılamayı yapan hâkim olayı temsil eden birtakım araçlara başvurmak zorundadır. Bu çerçevede suçun işlenip işlenmediğinin tespit edilmesinde yararlanılan her türlü araç delil olarak ifade edilir. Delil geçmişte yaşanmış bir olayın izlerini günümüze taşıyan ve olayın nasıl gerçekleşmiş olduğunu anlamaya yarayan vasıtalarlardır. Ne var ki bir ispat aracına delil diyebilmek için olayı herhangi bir şekilde yansıtmayı yetmez. Bu temsiline akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekir¹⁵⁶. Bu vasıfları taşımayan vasıtalara teknik anlamda delil denilemez; bu nedenle de bu tür vasıtalara dayanılarak hüküm tesis edilemez. Günümüzde sanıktan delile değil,

¹⁵¹ Şahin, Cumhuriyet / Göktürk, Neslihan; **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Ankara, 2014, s.27.

¹⁵² Özboyacı, Alper; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları**, Ankara, 2008, s.14.

¹⁵³ Toroslu, Nevzat; **Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995, s.55; Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2014, s.646.

¹⁵⁴ Dülger, Murat Volkan; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi**, Ankara, 2014, s.34; Çetin, Beytullah; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yasak Deliller**, Konya Barosu Dergisi, S.22, Konya, 2012, s.54.

¹⁵⁵ Toroslu, s.55; Ünver / Hakeri, s.646.

¹⁵⁶ Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2014, s.727; Dülger, Dışlama Kuralı, s.55-56.

delilden sanığa ulaşmak kabul edilmiş olan temel ilkelerden birisidir. Önüne gelen uyumsuzluğu çözmek hususunda delil, hâkim için adeta karanlık vakıyı aydınlatan bir fener gibidir.¹⁵⁷

Nasıl bir ceza muhakemesi istediğimiz sorusuna cevaben hemen belirtelim ki, devlet suçla ve suçluyla mücadeleyi dilediği şekilde ve yoğunlukta gerçekleştiremez¹⁵⁸. Bu bağlamda ceza muhakemesi işlemlerindeki sınır, insan onurudur¹⁵⁹. Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza ve muameleye tabi tutulamaz. Zira insan haysiyeti kavramının zirhını oluşturan hukuk devleti¹⁶⁰, suç ve suçlulukla insan hakları ihlallerine yol açmadan mücadele eden devlettir¹⁶¹. Çağdaş ceza muhakemesi hukuku anlayışında, maddi gerçeği ortaya çıkarmak adına her yolu meşru gören yaklaşım kabul görmemekte¹⁶² ve ceza muhakemesinin amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğin bulunması, adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuki barışın sağlanması olarak ifade edilmektedir¹⁶³.

Başta da ifade edildiği üzere, ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi geçerlidir ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması çerçevesinde kural olarak her şey delildir. Ancak bu ilke, akla gelebilecek her şeyin muhakemede delil olarak kabul edileceği anlamına gelmez¹⁶⁴. Bir vasitanın ceza muhakemesi açısından delil sayılabilmesi için daha önce de vurgulandığı üzere, öncelikle olayı temsil etmesi, maddi gerçeğe, akla ve hukuka uygun olması gerekir¹⁶⁵. Zira delillerin sınırsız bir biçimde elde edilebilmesi birçok bireysel hakkın ve toplumsal yararın ihlaline yol açabilir¹⁶⁶. Bu bakımdan her şeye rağmen maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ceza muhakemesi hukukunda mutlak bir şekilde kabul edilemez¹⁶⁷. İşte insan haklarının korunması amacıyla hukuk devleti esaslarına

¹⁵⁷ Özboyacı, s.15

¹⁵⁸ Şahbaz, İbrahim; **Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller**, Ankara Barosu Dergisi, S.2006/1, Ankara, 2006, s.102.

¹⁵⁹ Yenisey, Feridun; **Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması**, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:12, 1995, s.132.

¹⁶⁰ Öztürk, Yeni Yargıtay, s.22.

¹⁶¹ Öztürk, Yeni Yargıtay, s.3; Şahbaz, Karşılaştırmalı, s.102.

¹⁶² Osmanoğlu, M. Kerem; **Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi**, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 18, 2012, s.138.

¹⁶³ Öztürk, Bahri / Ruhan, Mustafa Erdem; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2008, s.487

¹⁶⁴ Aydın, Ahmet; **Uygulamada Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 2, 2013, s.267.

¹⁶⁵ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, Ceza Muhakemesi, s.727.

¹⁶⁶ Demirbaş, s.49-50.

¹⁶⁷ Yurtcan, Erdener; **Ceza Yargılaması Hukuku**, 2007, s.261.

uygun bir ceza muhakemesinde, delil elde edilmesi ve elde edilen delillerin değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara¹⁶⁸ hukuka aykırı deliller, yasak deliller veya delil yasakları denilmektedir¹⁶⁹.

Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi hüküm için önemli olan bütün hususların aydınlatılmasını gerekli kılar. Bu amaçla hâkim ulaşılabilir tüm delilleri değerlendirmelidir. Bununla birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hiçbir maddesinde ve mevzuatımızın hiçbir yerinde gerçeğin ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması gerektiği ifade edilmiş değildir. Soruşturma ve kovuşturma makamları bu anlamda temel hak ve özgürlüklerin anayasal ve yasal sınırlarına özellikle dikkat etmelidir. Bu, hem maddi gerçeğin araştırılması ilkesi hem delil serbestisi ilkesi hem de delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin delil yasakları ile sınırlandırılması ihtiyacını ortaya koyar¹⁷⁰.

Ceza muhakemesinin serbesti içeren temel ilkelerine getirilen sınırlamaların (delil yasaklarının) birçok fonksiyonu (ifa ettiği görevi) bulunmaktadır. Ceza muhakemesi işlem ve eylemlerinden bazılarının yasak deliller kapsamında değerlendirilmesinde hukuk düzeninin yasak delillere yüklediği görev belirleyici olmaktadır¹⁷¹. Bu bağlamda Kıta Avrupası hukuk sistemine göre, delil yasaklarının icra ettiği fonksiyon, insan haklarıyla temel hak ve hürriyetlerin korunması iken; Anglo-Amerikan hukuk sistemine göre ise delil yasaklarının temel işlevi, kolluğun disipline edilmesi ve kontrol altına alınmasıdır¹⁷². Bu farkın önemi şurada ortaya çıkmaktadır; eğer delil yasaklarının görevi polisi terbiye etmek, disipline etmek şeklinde anlaşılacak olursa o zaman delil toplayan kolluğun sebep olduğu her türlü hukuka aykırılık, insan haklarını, temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğine bakılmaksızın delil yasaklarıyla karşılaşacak ve bu suretle elde edilen deliller, başkaca herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmadan hukuka aykırı delil olarak kabul edileceğinden ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır¹⁷³.

Buna karşılık delil yasaklarının görevi, polisi disiplin altına almak değil "insan haklarını ve temel hak ve hürriyetleri korumak" şeklinde anlaşılacak olursa bu durumda kolluk tarafından yapılan hukuka aykırılığın herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılacaktır. Eğer söz ko-

¹⁶⁸ Çetin, s.55.

¹⁶⁹ Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Ruhan, Mustafa Erdem; **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2010, s.363.

¹⁷⁰ Ünver / Hakeri, s.641; Dülger, Dışlama Kuralı, s.71.

¹⁷¹ Öztürk / Erdem, s.488.

¹⁷² Osmanoğlu, s. 154-155; Öztürk/Tezcan/Erdem, s.364.

¹⁷³ Dülger, Dışlama Kuralı, s.72.Öztürk, Yeni Yargıtay s.9; Osmanoğlu, s.154.

nusu hukuka aykırılık, insan haklarını herhangi bir şekilde ihlal etmiş değilse bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılacak aksi durumda ise kullanılmayacaktır¹⁷⁴. Bununla birlikte delil yasaklarının, gerçeğin bulunması, özel hayatın gizliliğinin korunması ve cezanın / cezalandırmanın meşruiyetinin sağlanması gibi başka işlevlerinin de bulunduğu ifade edilmektedir¹⁷⁵.

Delil yasaklarının görevini soruşturma ve kovuşturma makamlarını disiplin altına almak şeklinde algılayan Anglo- Amerikan hukuk sisteminin bu yaklaşımı, suç ve ceza siyaseti bilimi esaslarına uygun olmayan bazı ağır sonuçlar doğurduğundan bahisle Kıta Avrupası doktrininde eleştirilere maruz kalmıştır. Gerçekten de Amerikan sisteminde hazırlık soruşturması sırasında kolluk tarafından yapılan ve herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemeyen basit bir hukuka aykırılık ceza muhakemesinin kilitlenmesine sebep olabilmektedir. Bunun da muhakeme tekniği ile suç ve ceza siyaseti bilimi esaslarına uygun olamayacağı açıktır. İlk olarak, muhakeme tekniği bakımından tek yönlü bir yaklaşımla sanığın korunmaya hatta kayırılmaya çalışılması, bir hukuk devletinde muhakemenin yapılabilmesinde bulunan ve birbiriyle yarışan hatta çatışan kamu yararı ile bireysel yarar arasında, ölçülülük esaslarına göre bulunması gereken makul dengenin gözden kaçırılması anlamına gelir.

Öte yandan mağdur veya suçtan zarar görenlerin, soruşturma aşamasında yapılan basit bir hukuka aykırılık sebebiyle muhakemede son derece önemli delillerin dikkate alınmayarak mahkûmiyet yerine beraat kararı verilmesi durumunda adaleti başka yollardan gerçekleştirmeye çalışabilecekleri ve bunun da hukuk dışı uygulamalara yol açacağı dikkate alındığında bunun da suç ve ceza siyaseti bilimi esaslarına uygun düşmediği görülecektir¹⁷⁶. Öyleyse delil yasaklarının getiriliş amacının ve işlevinin soruşturma ve kovuşturma makamlarını disiplin altına almak şeklinde değil de temel hak ve özgürlüklerin korunması olarak anlaşılması muhakeme tekniği ve insan haklarını korumayı esas alan ceza siyaseti bakımından daha isabetli olduğunu ifade etmek gerekir.

Hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller konusunda gerek Türk hukukunda gerekse mukayeseli ve uluslararası hukukta birçok yaklaşım sergilenmiş ve farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır¹⁷⁷. Yaklaşım ve uygulamalardaki bu çeşitliliğin sebebi, devletlerin insan haklarının korunması ve ceza politikaları bağla-

¹⁷⁴ Osmanoğlu, s.154.

¹⁷⁵ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, Ceza Muhakemesi, s.731-732.

¹⁷⁶ Öztürk, s.10.

¹⁷⁷ Mukayeseli hukukta hukuka aykırı deliller için detaylı bilgi için bkz: Şahbaz, Karşılaştırmalı, s.107-126.

mında sergiledikleri farklı tutumlardır¹⁷⁸. Yine de hukuka aykırı delillerin kullanımını birçok ulusal ve uluslararası metinde yasaklanmış ve sanık hakları haklı olarak koruma altına alınmıştır. Örneğin tarafı olduğumuz Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 15'inci maddesine göre, *"her Taraf Devlet, işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesini sağlayacaktır."* Buna paralel olarak Türk hukukunda hukuka aykırı delillere ilişkin temel düzenleme, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen Anayasa'nın 38/6'ncı maddesidir. Buna göre, kanuna (hukuka değil) aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak değerlendirilemeyecektir¹⁷⁹.

Anayasa'nın anılan amir hükmüne uygun olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hukuka aykırı delillerle ilgili düzenlemelere yer verilmiş ve sanık veya şüphelinin beyanının özgür iradesine dayanması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, CMK'nın 147'nci maddesinde ifade ve sorgu yönteminin nasıl olacağı belirtildikten sonra, 148'inci maddesinde yasak sorgu yöntemleri zikredilmiş ve 206'ncı maddede, kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin reddedileceği düzenlenmiştir. Son olarak CMK'nın 217/2'nci maddesi de, yüklenen suçun ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebileceğini hüküm altına almıştır. Böylece yasak sorgu yöntemleriyle hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin muhakemede kullanılamayacağı açık bir şekilde ortaya konulmuştur¹⁸⁰. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerden yola çıkarak elde edilen delillerin (hukuka aykırı delillerin uzak etkisi) ceza yargılamasındaki değeri ise tartışmalıdır. Örneğin, işkenceyle konuşturulan bir sanık tabancayı gömdüğü yeri söylemiş ve elde edilen tabancanın kriminal incelemesinden sonra suçta kullanıldığı anlaşılmışsa tabancanın delil olarak değerlendirilmeye alınıp alınmayacağı tartışılması gereken bir husustur¹⁸¹.

Bir görüşe göre, zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur veya bizim tabirimizle *"eğri ağacın doğru gölgesi olmaz"* kuralı gereğince yasak delillerden elde edilen deliller de hukuka aykırıdır ve yargılamada hiçbir şekilde kullanılamaz (katı yaklaşım). Diğer bir görüşe göre ise, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerden hareketle ulaşılan delillerin yargılamada kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Hukuka aykırı delillerin uzak etkisini kısmen kabul

¹⁷⁸ Çetin, s.55.

¹⁷⁹ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, Ceza Muhakemesi, s.734-736.

¹⁸⁰ Osmanoğlu, s.158, 164-169.

¹⁸¹ Öztürk, s.32; Dülger, Dışlama Kuralı, s.106.

eden karma görüşe göre ise, hukuka aykırı deliller vesilesiyle elde edilen diğer delillerin bütün olarak yargılamanın dışında tutulması yerinde olmayıp, birtakım ölçüler koymak ve somut olaya göre değerlendirme yapmak¹⁸² suretiyle bunlardan bazılarının muhakemede delil olarak değerlendirilmesine imkân tanınmalıdır (esnek yaklaşım)¹⁸³.

Hukuka aykırı delillerden yola çıkarak elde edilen delillerin (hukuka aykırı delillerin uzak etkisi) ceza yargılamasındaki değerini ifade etmek için kullanılan “*zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur*” şeklindeki ibarenin yerine, “*eğri ağacın doğru gölgesi olmaz*” ibaresinin kullanılması sadece şekle matuf mülahazalara mebnî, salt lafzî bir tercih olmayıp esasa taalluk eden cihetleri vardır. Şöyle ki, kanaatimizce, hukuka aykırı deliller yoluyla elde edilen diğer delillerin bütün olarak yargılamanın dışında tutulması yerine, basit / şekli veya önemli / maddi gibi belirli ölçüler çerçevesinde somut olaya göre değerlendirme yapmak suretiyle bunlardan bazılarının muhakemede delil olarak değerlendirilmesine imkân tanıyan esnek yaklaşım, bir bütün olarak yargılamada adil bir neticeye ulaşmak bakımından daha isabetlidir. Bu bağlamda, hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delilleri somut olaya göre değerlendirmeyi öngören esnek yaklaşımı ifade etmek bakımından “*eğri ağacın doğru gölgesi olmaz*” ibaresi uygun bir nitelik arz etmektedir. Zira eğri olan bir nesnenin gölgesinin eğrilik derecesi ışığın geliş açısına göre değişmektedir. Başka bir ifadeyle, nesne ile ışığın birbirlerine göre konumları gölgenin eğrilik oranı üzerinde doğrudan etkili olmaktadır. Bu durumda, hukuka aykırı delillerden hareketle ulaşılan deliller konusunda somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade eden esnek yaklaşım ile “*eğri ağacın doğru gölgesi olmaz*” ibaresi gerek lafzî gerekse içerik bakımından örtüşmektedir. Bununla birlikte “*zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur*” ibaresi lafzî olarak kesin bir kanaati belirtmesi dolayısıyla daha ziyade, hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delilleri de hukuka aykırı görüp mutlak bir şekilde kullanılamaz addeden katı yaklaşımı temsil eder görünmektedir.

Türk hukuku bakımından, Anayasa'nın ilgili hükmü (Anayasa, m.38/6) ve CMK'nın yukarıda zikredilen ilgili hükümleri (m.147, m.148, m.206, m.217/2) karşısında hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin mutlak kabul edildiği, başka bir ifadeyle, yasak delillerden elde edilen delillerin de hukuka aykırı olacağı ifade edilmektedir¹⁸⁴. Öte yandan, 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un

¹⁸² Dülger, Dışlama Kuralı, s.114.

¹⁸³ Dülger, Dışlama Kuralı, s.110-116; Özboyacı, s.22.

¹⁸⁴ Akyürek, Güçlü; **Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.101, 2012, s.73; Öztunç, s.193-194 ve 222.

9`uncu maddesiyle yapılan yasal değişiklik¹⁸⁵ çerçevesinde işkence suçundan dolayı zamanaşımının da işlemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Böylece AİHM kararlarına da uygun olarak ne zaman işlenmiş olursa olsun işkence suçunun cezalandırılması mümkün hale getirilmiş bulunmaktadır¹⁸⁶. Söz konusu kanuni değişikliğin, insan haklarının korunması bağlamında izlenen ceza politikası ve işkenceyle mücadele bakımından öneminin büyük olduğunu ifade etmek gerekir.

Kanaatimizce, hukuka aykırı delillerden hareketle elde edilen deliller konusunda, somut olaya, vakianın ve yargılamanın bütünü değerlendirildiğinde hukuka aykırı delilin adil yargılanma hakkını esaslı bir şekilde ihlal edip etmediğine, son olarak kamusal ve bireysel yarar arasındaki dengeye ilişkin değerlendirme neticesinde ortaya çıkan tabloya göre bir karara varmak daha isabetli olacaktır. Yargıtay bir kararında bu gerçeğe şöyle işaret etmektedir: “...*kamu yararı birey zararına işletilirse haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırılsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer*¹⁸⁷.”

2.2. Yasak Sorgu Yöntemleri ve İnsan Hakları: Korunmak İstenen Hukuki Değer

Yasak sorgu yöntemleri, sanık veya şüphelinin çıkarlarının hukuk devleti sınırları içerisinde korunması amacıyla getirilen yöntemsel sınırlamaları, mesleki ve ahlaki kurallar bütününe ifade eder¹⁸⁸. Yasak sorgu yöntemleri, hem CMK'nın 148'inci maddesinde hem de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa dahi¹⁸⁹ delil olarak değerlendirilemez.” Kanunen yasaklanmış olan bu yöntemlerden herhangi birisiyle elde edilen deliller, hukuka aykırı sayılacak ve yargılamada değerlendirilemeyecektir.

¹⁸⁵ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 94, (Ek: 11.4.2013-6459/9 md.) “*Bu suçtan dolayı zamanaşımını işlemeyiz.*”

¹⁸⁶ Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015, s.276.

¹⁸⁷ Y. 4. CD., **4.10.1994 gün, E. 1994/7351, K. 1994/7693** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸⁸ Özboyacı, s.45.

¹⁸⁹ Bu, insan haklarının vazgeçilmez olmasının bir sonucudur (Erdoğan, s.111).

Hukuka aykırı delillerin bir çeşidi de işkenceyle elde edilen delillerdir. Bu bağlamda işkence, şüpheli veya sanıktan delil elde etmek amacıyla “sistemik bir şekilde” yapılan¹⁹⁰ ve sadece fiziksel olarak bedene değil aynı zamanda ruhsal olarak manevi bütünlüğüne de acı ve ızdırap veren eylem ve işlemlerdir¹⁹¹. Ceza muhakemesinde, tarihsel süreçle beraber itham sisteminde tahkik sistemine geçilmesi ve muhakemenin kamusal bir nitelik kazanmasıyla işkencenin suçla mücadelede sıklıkla başvurulan bir yöntem haline geldiğini ifade etmiştik¹⁹². Kamusal nitelikteki ceza muhakemesinde uygulanan tahkik sisteminde amaç, suç teşkil eden bir vakıyı, kamu adına maddi ispat vasıtalarıyla ortaya çıkarmak ve faillerini cezalandırmaktır¹⁹³. Tahkik sisteminde “ikrar”, delillerin en üstünü sayıldığından, ikrarın elde edilmesini sağlamak amacıyla şüpheli veya sanık üzerinde her türlü işkence, baskı ve şiddet uygulanabilmekte ve bu nevi uygulamalar meşru görülmektedir¹⁹⁴. Oysa işkence, kişinin irade özgürlüğü başta olmak üzere, susma, kendisini ve kanunda gösterilmiş olan yakınlarını suçlayıcı beyana zorlanmama hakkını (*nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi) ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal eden bir uygulamadır. İşte hukuka aykırı deliller teorisi veya yasak deliller esasen irade özgürlüğü, susma ve adil yargılanma hakkı gibi temel değerleri korumak amacıyla getirilmiş olan düzenlemelerdir.

2.2.1. İrade Özgürlüğü

Anayasa`yla (m.17) güvence altına alınan kişi dokunulmazlığının maddi ve manevi iki yönü bulunmaktadır. Özgürce karar verebilme ve verdiği bu karara göre hareket edebilme, kişinin manevi varlığı çerçevesinde ele alınan ve korunan bir haktır¹⁹⁵. Hiç şüphe yok ki, işkence yasağıyla korunan temel hukuki değerlerden birisi de kişinin irade özgürlüğüdür. Zira işkenceyle amaçlanan, kişinin özgür bir şekilde karar vermesini ve bu karar doğrultusunda hareket etmesini engellemektir¹⁹⁶. Ceza muhakemesi bakımından düşünüldüğünde ise, işkencenin amacı genellikle sanık ve şüphelinin ikrar veya itirafını elde etmektir. Bu bağlamda işkence, insanın özgür iradesini devre dışı bırakan ağır bir insan hakkı ihlalidir¹⁹⁷.

¹⁹⁰ Üzülmöz, s.132; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.243.

¹⁹¹ Koca / Üzülmöz, s.251.

¹⁹² Artuk, s.7-8; Üzülmöz, s.27.

¹⁹³ Artuk, s.7.

¹⁹⁴ Yılmaz, s.36; Üzülmöz, s.27-28; Artuk, s.8.

¹⁹⁵ Üzülmöz, s.71.

¹⁹⁶ Yılmaz, s.80.

¹⁹⁷ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, Türk Ceza Hukuku, s.265; Başbüyük, s.1447.

Yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen CMK m.148 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.24'e göre, ceza muhakemesi bakımından önemli olan ve hükme dayanak teşkil eden husus, şüpheli veya sanık beyanının, onun özgür iradesine dayanmasıdır. Aksi takdirde özgür iradeye dayanmayan beyan, hiçbir surette ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmayacaktır¹⁹⁸. Ceza muhakemesi bakımından ikrar, diğer delillerle desteklenmesi gerekse bile oldukça önemli bir yer işgal etmektedir. Bu yüzden, sanık veya şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgulanması sırasında çoğunlukla kişiden itiraf elde etmek veya kişinin ikrarını sağlamak amacıyla her türlü baskı ve işkence meşru görülebilmektedir. Bu, insan hakları odaklı bir ceza politikasında arzu edilmeyen, insan haklarının ve insan onurunun korunması bakımından tehlike arz eden bir durumdur. Bu yüzden işkence teşkil eden sorgulama yöntemleri isabetli olarak yasaklanmıştır. İfade alma ve sorgudaki işkence yasağı, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak ve irade özgürlüğünü korumak amacıyla hizmet eder. Zira kendisine işkence yapılan kişi, bundan kurtulmak için suçu ikrar ettiğinde, esasen maddi gerçek ortaya çıkmamış olur¹⁹⁹. Aksine, Montaigne'in de dediği gibi, acı masuma da yalan söylediği zaman maddi gerçek ortaya çıkmadığı gibi, ma`şerî vicdandaki adalet duygusu da derinden sarsılmış olacaktır²⁰⁰.

2.2.2. Susma Hakkı

İşkence yasağı ve dolayısıyla yasak sorgu yöntemleriyle korunmak istenen bir diğer hukuki değer, irade özgürlüğünün bir tezahürü olan ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü, hukuki sınırlara riayet edilmek şartıyla dilediğini düşünme ve ifade edebilme özgürlüğünün yanı sıra susma hakkını da içermektedir. Adil yargılamanın esaslı bir gereği kabul edilen²⁰¹ susma hakkı, sanığın sorulan sorulara cevap verme mecburiyeti olmaması ve sorulara cevap vermemesi dolayısıyla da mahkûm edilememesi anlamlarına gelir²⁰².

Bir insanın hür iradesi hiçe sayılarak, işkenceyle ifadesinin alınması, insan onuru açısından en ağır ihlal şekillerinden birini oluşturur²⁰³. Bu yüzden ceza muhakemesinde, kendisine suç yüklenen sanığın susma ve kendisi ile yakınları aleyhinde beyanda bulunmama hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın temelini,

¹⁹⁸ Öztürk, Yeni Yargıtay, s.20.

¹⁹⁹ Öztunç, Özgün; **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s.152.

²⁰⁰ Demirbaş, s.1.

²⁰¹ **Funke – Fransa Davası**, 25 Şubat 1993, Başvuru No: 10828/84.

²⁰² **Heaney ve McGuinness – İrlanda Davası**, 21 Aralık 2000, Başvuru No: 34720/97.

²⁰³ Öztürk, Yeni Yargıtay, s.4.

Anayasa'nın 38/5'inci maddesinde *"hiç kimse kendisini ve yanında gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* hükmü oluşturur²⁰⁴.

Ceza yargılamasında "susma hakkı", en önemli şüpheli/sanık haklarından birisidir. Şüpheli veya sanığa, yüklenen suç hakkında susma hakkının bulunduğu ve bunun yasal hakkı olduğu bildirilmelidir. Bu, CMK'nın 147/1-e maddesinde düzenlenen aydınlatma yükümlülüğünün de bir gereğidir²⁰⁵. Buna göre, şüpheli veya sanık kimlik bilgilerinin dışında hiçbir konuda konuşmak zorunda olmadığı gibi doğru söylemek zorunda da değildir. Susma hakkı hatırlatılmamış veya işkence yapmak suretiyle elde edilmiş olan sanık veya şüphelinin ifadesi hukuka aykırıdır ve delil olarak değerlendirilemez. Çünkü susma hakkı kendisine hatırlatılmamış olan bir şüpheli, korku haliyle aleyhine delil olabilecek hususlarda beyanda bulunmuşsa bunun telafisi şüpheli açısından çok zor olacaktır²⁰⁶. Ayrıca susma hakkı bildirilmediği veya işkenceyle konuşturulduğu için sanığın olayla ilgili beyanda bulunması, ileride telafisi mümkün olmayan hukuki hatalar yapması ve nihayetinde belki de bu hatalı beyanlar yüzünden mahkûm edilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz²⁰⁷. Son olarak sanığın susması, aleyhine bir delil olarak kullanılamaz²⁰⁸.

2.2.3. Adil Yargılanma Hakkı

İşkence suçu ile korunan en önemli hukuki değerlerden birisi de adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, demokratik yapının işleyişi ve hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından olmazsa olmaz bir unsurdur. Adil yargılanma hakkı genel olarak, bir kişinin bir suçla itham edilmesi durumunda, davasının yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından önceden konulmuş kurallar çerçevesinde²⁰⁹ makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve açık bir şekilde görülmesini ifade eder²¹⁰.

Susma ve aleyhinde bir beyanda bulunmama hakkı ile sanık veya şüphelinin ifadesinin özgür iradesine dayanması (işkence görmemesi), işkence ve kötü muameleye uğramama, ceza yargılaması işlemlerine hile, kandırma, zorlama

²⁰⁴ Öztunç, s.156.

²⁰⁵ Osmanoğlu, s.160.

²⁰⁶ Özboyacı, s.32.

²⁰⁷ Şahin, Cumhuriyet; **Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk Üniversitesi 40. Yıl Armağanı, Erzincan, Cilt:1, Sayı:1, s.92.

²⁰⁸ Öztunç, s.156-157.

²⁰⁹ Öztunç, s.78.

²¹⁰ Belge, s.64.

gibi iradeyi bozan yöntemlere başvurulmaksızın yasal çerçeve içinde yeterli savunma imkânlarının tanınması²¹¹ adil yargılanma hakkını oluşturan temel unsurlardır. Başka bir ifadeyle, adil yargılanma hakkı sanığın, kendisine tanınmış olan haklarını gereği ve arzu ettiği gibi kullanabildiği bir yargılamayı ifade eder²¹². İşte işkence yasağı ve yasak sorgu yöntemleriyle ilgili düzenlemeler, işkence teşkil eden ve en nihayetinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine sebebiyet veren davranışların cezalandırılmasını öngörmektedir²¹³. Dolayısıyla işkence ve yasak sorgu yöntemleriyle korunan hukuki değerlerden birisi, belki de hukuka aykırı deliller bağlamında en önemlisi adil yargılanma hakkıdır. Zira adil yargılanma hakkının korunması suretiyle ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasına da hizmet edilmiş olmaktadır²¹⁴.

2.3. Hukuka Aykırı Deliller: Kamusal Yarar ve Bireysel Yarar Çatışması

Her ceza normunun koruduğu bir hukuki değer ve dolayısıyla bir hak bulunmaktadır. Korunan bu hukuki değer veya hak bazen bireysel bazen de kamusal özelliği ağır basan bir nitelik arz edebilir. Böyle bir durumda kamusal ve bireysel yarar arasında bir çatışma yaşanması kaçınılmaz olur. Başka bir ifadeyle, insan haklarıyla korunmak istenen değerlerle başka toplumsal, geleneksel, dini, ahlaki veya hukuki mülahazalarla öncelenen, korunmak ve yaşatılmak istenen değerler arasındaki uyumsuzlıklardan kaynaklanan çatışmaların ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Somut olayın şartlarına göre bir insan hakkına üstün tutulması gereken toplumsal (kamusal) bir yarar söz konusu olabilir²¹⁵. Bu bağlamda, insan haklarının örneğin ulusal güvenlik veya kamu yararıyla çatışması durumunda hangisinden yana bir tercih yapılması gerektiği, insan haklarının korunması ve ceza politikası bakımından hayati bir soru(n)dur. Bu türden sorunların çözüme kavuşturulmasında, haklar ile toplumsal yarar arasında zor seçimler yapmak gerekebilir²¹⁶. Buradaki zorluk, seçim yapılırken ölçü olarak kullanılacak olan değerler bakımından mutlak bir uzlaşmanın bulunmamasıdır²¹⁷.

Korunmak istenen hukuki veya ahlaki değerler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan haklar arasındaki çatışma, insan haklarının başka toplumsal veya ahlaki değer ve dinamiklerle çatışmasının yanı sıra, insan haklarının bizatihi birbiriyle

²¹¹ Yılmaz, s.82.

²¹² Üzülmüş, s.69.

²¹³ Üzülmüş, s.70.

²¹⁴ Yılmaz, s.83.

²¹⁵ Erdoğan, s.121.

²¹⁶ AİHM'nin konuyla ilgili benzer yöndeki açıklamaları için bkz: **Gäfgen – Almanya Kararı**, 1 Haziran 2010, Başvuru No: 22978/05, p.175.

²¹⁷ Erdoğan, s.121-122.

çatışması şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu tür durumlarda haklar arasında bir “dengelemeye” gitmek faydalı olabilir²¹⁸. Şayet insan hakları ve ilgili oldukları değerler arasında bir önem sıralaması yapılabilsen insan haklarıyla korunmak istenen değerlerle başka toplumsal, geleneksel, dini, ahlaki veya hukuki gerekçelerle öncelenen ve yaşatılmak istenen değerler arasındaki uyumsuzlukların çözüme kavuşturulması nispeten kolay olurdu. Önem derecesine ilişkin böyle bir sıralama, insan haklarıyla korunan değerlerle diğer toplumsal, geleneksel, dini, ahlaki veya hukuki değerler arasında bir mukayese yapılmasını ve bir değer diğerinden daha üstün ve korunmaya daha değer olduğuna dair bir hükme varılmasını zorunlu kılar. Ne var ki, böyle bir belirlemenin bütün haklar için yapılması imkânsızdır. Kaldı ki, insan haklarının “mutlak” olduğu düşüncesi de böyle bir hükme varmanın önündeki en büyük engel olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁹. Yine de somut olaylarda bazı hakların yerine diğerlerini öncelemek ve tercih etmek gerekebilir. Burada ise dengelemek yerine, *sonuca endeksli* bir bakış açısıyla asıl amaca ulaşmaya en uygun olanın seçilmesi icap edebilir. Ancak sonuca yönelik bu faydacı bakış açısının, insan haklarının özüne ve felsefesine aykırı bir şekilde, niteliğin hâkimiyetinden ziyade “niceliğin egemenliğine” yol açma ihtimali mevcuttur²²⁰.

Haklar ve korunmak istenen değerler arasında meydana gelen çatışmalar, *insan haklarının ahlaki ve hukuki üstünlüğü*²²¹ çerçevesinde ilk bakışta hemen çözülebilecekmiş gibi görünse de korunmaya değer sair değer ve mülahazalar dikkate alındığında çözümün sanıldığı kadar kolay olmadığı görülecektir. Örneğin ceza muhakemesinde, suçluların yakalanması ve cezalandırılmasındaki kamusal yarar ile işkenceye maruz kalmamadaki bireysel yarar arasında bir çatışma söz konusudur. Burada uygulanan ifade alma ve sorgu yöntemleriyle bir yandan insan haklarının korunması diğer yandan da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve suçlunun cezalandırılması amaçlandığından, kişilerin hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı bazı tedbirlere başvurulması söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda ifade ve sorgu esnasında toplumun çıkarlarıyla bireyin çıkarları çatışacağından, ikisi arasında sağlam bir dengenin oluşturulması gerekmektedir²²².

²¹⁸ Bu hususta Frankfurt Bölge Mahkemesi'nin ve akabinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Davası'nda ileri sürdüğü benzer görüşler için bkz: Dülger, Murat Volkan; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 26, Sayı: 111, Ankara, 2014, s.334, 361-68.

²¹⁹ Erdoğan, s.123.

²²⁰ Erdoğan, s.124.

²²¹ Erdoğan, s.121.

²²² Özboyacı, s.44-45.

Doğal hukuk anlayışına göre, insan hakları mutlak ve istisnasız bütün insan haklarına saygı gösterilmelidir²²³. İnsan haklarına mutlaklık atfetmek ve istisnasız bütün hakları mutlak kabul etmek, çatışan değerler bakımından bazı sıkıntıları beraberinde getirmekte, ayrıca ahlaken ve hukuken tartışmalı sonuçlara yol açabilmektedir. Bu durumu bir örnek üzerinden açıklayabiliriz. Örneğin, hiç tereddüt etmeden “mutlak” kabul edebileceğimiz “işkenceye maruz kalmama hakkı”nı ele alalım. Bir an için, birçok insanın ölümüne sebebiyet verebilecek bir bomba düzeneği hazırlayan ve şehrin en işlek yerlerinden birine kalabalığın en yoğun olduğu bir saatte patlamaya ayarlı olarak yerleştiren bir teröristin yakalandığını ve bombanın yerini söylemeye yanaşmadığını farz edelim. Ve yine varsayalım ki, bombanın yerini söylemeyi reddeden teröriste fiziki veya psikolojik baskı yapılması halinde bomba düzeneğinin yerini söyleyeceği ve bu şekilde yaşam hakları gerçekleşmesi muhakkak yakın bir tehlike altında olan birçok insanın hayatını kurtarabileceğimiz yönünde bir kanaatimiz var. Böyle bir durumda, bomba düzeneği hazırlayan ve yerini söylemeye yanaşmayan kişiye fiziki veya psikolojik baskı yapılabileceğini kabul etmeli miyiz yoksa yüzlerce insanın hayatını hiçe sayarak fiziki veya psikolojik baskı ve şiddete maruz kalmama hakkının mutlak bir hak olduğundan bahisle söz konusu kişinin hiçbir gerekçeyle fiziki veya psikolojik baskı ve şiddete maruz bırakılmayacağına mı hükmetmeliyiz²²⁴?

Bir yanda bombayı yerleştiren kişinin işkenceye uğratılmama hakkı bağlamındaki bireysel yararı, diğer yanda ise hem yaşam hakkı yakın bir tehdit altında olan her bireyin yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı çerçevesindeki bireysel yararı hem de olası bir patlamanın ve dolayısıyla suçun önlenmesindeki toplumsal yarar, çatışan değerler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür vakılarda, bir hakkın diğerlerine göre mutlaklığı gibi ön kabul ve kesin yargılar yerine, somut olaya göre haklar arasında denge arayışına girmek ve neticede tercih edilen yarar ile feda edilen yarar arasında denge odaklı çözümler aramak olması gerektirir. Zira bir tarafta bir kişinin insan onuruna dayanan işkence görmeme hakkı söz konusu iken, diğer tarafta belki de yüzlerce insanın en temel hakkı ve işkence görmeme hakkının bile ön şartı olan, hakların sert çekirdeğini oluşturan²²⁵ yaşam hakkı mevzu bahistir. Bir tek insanın yaşam hakkının söz konusu risk altında olması halinde dahi, adil bir neticeye varmak bakımından

²²³ Erdoğan, s.108.

²²⁴ Erdoğan, s.108-109.

²²⁵ ÇAVUŞOĞLU, Naz; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994, s.8-10; Ergül, s.145.

böyle bir denge arayışına girmek gerekebilir. Zira unutulmamalıdır ki suçluların onuru kadar masumların yaşam hakkı ve onuru da hukuk devletinin koruması altındadır.

Kaldı ki burada, üçüncü kişi lehine bir meşru müdafaa halinin varlığı da tartışılmalıdır. Meşru müdafaa, bir kimsenin kendisini veya bir başkasını hedef alan bir saldırı karşısında, savunma amacına yönelik olarak ve bu saldırıyı def edecek ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eder²²⁶. Meşru müdafaa söz edebilmek için, mevcut veya gerçekleşmesi muhakkak haksız bir saldırı ve buna mukabil gerekli ve orantılı bir savunmanın varlığı aranmaktadır²²⁷. Saldırının başka bir şekilde bertaraf edilme imkânının bulunmaması da meşru müdafaa bakımından aranan diğer bir şarttır. Somut olay açısından bir değerlendirme yapılacak olursa; bombanın patlayacağı saat bellidir ve patladığında onlarca kişinin ölümüne yol açacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu, meşru müdafaa bakımından gerçekleşmesi muhakkak ve haksız bir saldırıdır. Bu anlamda bombanın yerinin öğrenilmesi üçüncü kişilerin hayatlarını kurtarmak bakımından gerekli hatta zorunludur. Bu yüzden, *saldırının başka bir suretle engellenmesinin mümkün olmadığı söylenebiliyorsa*, bombanın yerini tespit etmek amacıyla uygulanan fiziksel veya manevi baskı ve şiddetin, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıdır.

Bununla birlikte doktrinde, özellikle terörizm tehdidinin oluşturduğu olağüstü koşullarda bir başkasının hayatının kurtarılması başka bir deyişle üçüncü kişi lehine meşru müdafaa için bir başkasına işkence yapılıp yapılamayacağı tartışılmalıdır. Öğretide uluslararası sözleşmeler, Anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında yasak olan ve izin verilen işkence ayırımının yapılamayacağı dolayısıyla üçüncü kişilerin hayatlarını kurtarmak amacıyla da olsa işkenceye başvurulamayacağı savunulmaktadır. Bu bağlamda uygulamada, bir çocuğu kaçıran kimsenin yakalandıktan sonra çocuğun yerini söylememesi karşısında, çocuğun bulunduğu yer ve koşullarda öleceğini düşünen polis memurunun, çocuğun yerini söylemediği takdirde işkence yapacağı tehdidinde bulunması, hukuka aykırı bulunarak cezalandırılmıştır²²⁸. Somut olayda üçüncü kişi lehine meşru müdafaa bakımından da zorunluluk ve orantılılık şartlarının gerçekleşmediği belirtilmiştir²²⁹.

²²⁶ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.246.

²²⁷ Hakeri, Hakan; **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014, s.302-316; Üzülmöz, s.249-252.

²²⁸ Hakeri, s.318.

²²⁹ Hakeri, s.317-318; Dülger, Gäfgen Kararı, s.377-378.

AİHM'ye göre de²³⁰ kural olarak bir kimsenin yaşamı risk altında olsa bile işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz. Mahkeme, kişinin yaşam hakkının risk altında olduğu hallerde bile işkence yasağı kapsamındaki bir davranışın uygulanamayacağını vurgulamaktadır. Aynı şekilde ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde dâhi bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Sözleşme'nin 3'üncü maddesi, en zor koşullarda bile her insanın mutlak ve vazgeçilemez nitelikte işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyle tabi tutulmama hakkı bulunduğunu kabul etmektedir²³¹. Sözleşme'nin 3'üncü maddesindeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir²³².

Mahkeme, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içerdiğini belirttiikten sonra, işkence yasağıyla ilgili 3'üncü maddenin Sözleşme'nin diğer maddelerinden farklı olarak herhangi bir istisna hükmüne ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile Sözleşme'nin askıya alma hükmüne yer vermediğini belirtmektedir²³³. AİHM, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun Sözleşme'nin işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmiştir²³⁴. Dolayısıyla AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bakımından başvuruçunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir önemi yoktur²³⁵.

Ne var ki AİHM, işkenceyle elde edilen hukuka aykırı delillerle ilgili olarak bir erkek çocuğun kaçırılıp öldürülmesini konu alan Gäfgen Kararı'nda, kaçırılan çocuğun yerinin tespit edilmesi amacıyla polis tarafından AİHS m.3 kapsamında sanığa yapılan baskı ve fiziksel şiddetin sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların yan delil olarak kullanılmasının somut olayın özellikleri ışığında ceza muhakemesi hukuku açısından hukuka aykırı olmadığına ve adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine *dolaylı da olsa* oy çokluğuyla karar vermiştir²³⁶. Bir görüşe göre ilgili kararda Mahkeme, sanıktan zorla alınan beyanın ve sırf hayatta olduğu zannedilen çocuğun yerini bulmak amacıyla sanığa karşı baskı ve

²³⁰ Gäfgen – Almanya Kararı, 1 Haziran 2010, Başvuru No: 22978/05, p.107.

²³¹ Dülger, Gäfgen Kararı, s.327, 344.

²³² Gäfgen – Almanya Kararı, 1 Haziran 2010, Başvuru No: 22978/05, p.107.

²³³ Selmouni – Fransa Davası, 28 Haziran 1999, Başvuru No: 25803/94, p.95.

²³⁴ Chahal – Birleşik Krallık Kararı, 15 Kasım 1996, Başvuru No: 22414/93, p.79.

²³⁵ Ramirez Sanchez – Fransa Davası, 4 Temmuz 2006, Başvuru No: 59450/00.

²³⁶ Dülger, Gäfgen Kararı, s.384.

şiddet oluşturan fiillerin, çocuk lehine meşru müdafaa yapıldığından hareketle hukuka uygunluğuna karar vermiştir²³⁷. Mahkeme, iç hukuktaki yargılamanın adil yargılanma hakkını ihlal etmediği kanaatindedir. Zira Mahkeme`ye göre, sanık hakkındaki ulusal yargılamada hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerden değil, aksine, sanığın yargılama çerçevesinde maruz kaldığı kötü muameleyle ilgisi olmayan mahkeme önündeki ikrarından ve bu ikrar aracılığıyla doğruluğu teyit edilen delillerden hareket edilerek mahkûmiyet kararı verilmiştir²³⁸. Bundan başka Mahkeme, Sözleşme`nin 3`üncü maddesinin ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin adil yargılanma hakkını zedeleyeceğini fakat söz konusu delillerin ancak yargılamanın sonucu üzerinde etkili olması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir²³⁹.

Bu noktada hukuka aykırı deliller ve çatışan değerler bağlamında Alman hukukunda izlenen yöntem öneme ve isabetine binaen değinmekte yarar vardır. Alman hukukunda, çatışan değerler söz konusu olduğunda, delilin elde edilmesinde gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ihlal ölçüsünü esas alan “haklar alanı” ve “hakların dengelenmesi” kurallarına başvurulmaktadır²⁴⁰. Haklar alanı bugün çoğunlukla terk edilmiştir. Diğer bir ölçü olan hakların dengelenmesi kuralına göre, bireyin yasayla korunan yararı ile bu yararın karşısında yer alan ve ceza muhakemesiyle ulaşılmak istenen kamusal yararın somut olaydaki ağırlıkları dikkate alınmalıdır²⁴¹. Zira haklar ve korunan yararlar arasındaki yarışta bazen birinin diğerine önceliği veya üstünlüğü gerekebilir. İşte böyle bir değerlendirmede, sanığın hakları diğerlerine oranla daha az korunmayı gerektiriyorsa, kullanılan delilin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir. Ancak bunun için sanığın aleyhine kullanılacak olan delillerle ilgili olarak kanunda yer alan lehe veya aleyhe bütün kuralların birlikte değerlendirilmesi gerekir²⁴². Yukarıda ele aldığımız örneği bu çerçevede değerlendirdiğimizde, bombanın yerini öğrenmek için uygulanan fiziksel veya manevi baskı ve şiddetin sanığın haklarını ihlal ölçüsünü, soruşturma ve kovuşturma kapsamında korunan bireysel ve kamusal yararları kıyas etmek suretiyle değerlendirmek ve ona göre bir tercihte bulunmak gerekecektir. AİHM de bazı kararlarında, işkence dışında başka hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller sebebiyle bireyin

²³⁷ Şen, Ersan; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Hukuka Aykırı Deliller Kavramına Yaklaşımı**, Yargı Dünyası Dergisi, S.207, İstanbul, 2013, s.16.

²³⁸ **Gäfgen – Almanya Kararı**, 1 Haziran 2010, Başvuru No: 22978/05, p.171, 186, 191; Dülger, Gäfgen Kararı, s.362, 378.

²³⁹ Dülger, Gäfgen Kararı, s.387.

²⁴⁰ Dülger, Gäfgen Kararı, s.334.

²⁴¹ Öztunç, 115-116.

²⁴² Şahbaz, s.111; Dülger, Gäfgen Kararı, s.376-377.

hak ve özgürlüğüne verilen zarar ile hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş bu delilin kullanılmasındaki kamusal yararı kıyas ettikten sonra korunması gereken üstün değere işaret etmiştir²⁴³.

2.4. Yargısal İçtihatlar

2.4.1. AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, delillerin kabulü ve değerlendirilmesinin öncelikle ulusal mahkemelerin yetkisinde olduğunu belirttiikten sonra²⁴⁴ hukuka aykırı delilleri, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında değerlendirmektedir²⁴⁵. Anılan fıkraya göre, "bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu "yasal" olarak sabit olunca kadar *ma-sum sayılır.*" Suçluluğun hukuken veya Sözleşme'nin ifadesiyle "yasal" olarak sabit olması, yargılamanın hukuka uygun yapılmasından ve hükmün hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş deliller²⁴⁶ üzerine tesis edilmesinden geçer²⁴⁷. Aksi halde adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelecektir. AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 6'ncı maddesi, delil araçlarının meşruluğu konusunda genel bir düzenleme içermemektedir²⁴⁸.

AİHM, işkence yasağına aykırı olarak elde edilen delilleri mutlak surette hukuka aykırı kabul etmektedir. Ancak işkence dışında başka hukuka aykırı yollarla elde edilmiş deliller, AİHM tarafından kategorik olarak reddedilmekte, şayet yargılama bir bütün olarak adil ise hukuka aykırı deliller kararda değerlendirilebilmektedir²⁴⁹. Mahkeme'ye göre, üzerinde durulması gereken esas sorun, delillerin elde ediliş yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Çünkü AİHM, korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi şartıyla, ulusal mahkemelerin fiili veya hukuki hatalarıyla meşgul olma görevinin olmadığını belirtmiştir²⁵⁰.

Günümüzde geçerli olan ceza muhakemesi anlayışında sanık, şüpheli veya tanığın işkenceyle elde edilmemiş olan, ilgili kişilerin özgür iradelerine daya-

²⁴³ Dilekçi, Cansu; **Mukayeseli Hukukta ve AİHM Kararlarında Hukuka Aykırı Delillerin Yeri**, Terazi Hukuk Dergisi, S.61, 2011, s.67; Dülger, Gäfgen Kararı, s.377; **Schenk – İsviçre Kararı**, 12 Temmuz 1988, Başvuru No: 10862/84; **Khan – İngiltere Kararı**, 12 Mayıs 2000, Başvuru No: 35394/97.

²⁴⁴ Dilekçi, s.67.

²⁴⁵ Şahbaz, s.120.

²⁴⁶ Şen, s.13-14.

²⁴⁷ Dilekçi, s.67.

²⁴⁸ Şen, s.13; Şahbaz, s.114.

²⁴⁹ **Schenk – İsviçre Kararı**, 12 Temmuz 1988, Başvuru No: 10862/84.

²⁵⁰ **Khan – İngiltere Kararı**, 12 Mayıs 2000, Başvuru No: 35394/97; Şahbaz, s.114.

nan ifadelerinin hukuken değer ifade ettiği kabul edilmektedir²⁵¹. AİHM, kural olarak, Sözleşme'nin işkence yasağıyla ilgili 3'üncü maddesinin ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delilleri mutlak bir biçimde hukuka aykırı görmekte²⁵² ve bu delillerin yargılamada kullanılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir²⁵³. Mahkeme, işkence yasağına ilişkin 3'üncü maddenin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içerdiğini belirtmektedir²⁵⁴. Bu madde, Sözleşme'nin diğer maddelerinden farklı olarak, herhangi bir istisna veya ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile işkence yasağı bakımından herhangi bir askıya alma hükmüne yer vermemektedir²⁵⁵.

Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşme'nin işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmiştir²⁵⁶. Dolayısıyla işkence yasağı bakımından sanık veya şüphelinin işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir önemi yoktur ve işkence, mutlak bir surette yasaktır²⁵⁷. AİHM, ceza yargılamasında işkence yapılarak ele geçirilen delillerin kullanılmasının, bu tür delillerin kabul edilebilirliği mahkûmiyete ilişkin hükmün tesisinde belirleyici olmasa dahi yargılamanın adillliğini ihlal edebileceğini dile getirmektedir²⁵⁸. İşkence suçuyla korunan hukuki değerlerden olan susma ve kendisi veya yakınları aleyhinde tanıklık etmeme hakkı AİHM'ye göre, sanığın en önemli hakları arasında yer almaktadır. Bu sebeple, işkence yaparak oluşturulan bir kişinin beyanları hukuka aykırı olacağından, mezkûr beyanlar hükme esas alınmamalıdır²⁵⁹.

2.4.2 Yargıtay Kararları

Türk hukuku bakımından, 1992 tarihli ve 3842 sayılı Kanun'la yapılan 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu değişikliğine kadar ceza muhakemesi hukukumuzda, hukuka aykırı deliller ve değerlendirme yasağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Yargıtay, bu dönemde, hukuka aykırılıkla hüküm arasında nedensellik bağının bulunması halinde²⁶⁰ delil elde edilirken yapılan huku-

²⁵¹ Şahbaz, s.119.

²⁵² **Gäfgen – Almanya Kararı**, 30 Haziran 2008, Başvuru No: 22978/05, p.107.

²⁵³ Şen, s.14, 19.

²⁵⁴ **Labita – İtalya Kararı**, 6 Nisan 2000, Başvuru No: 26772/95, p.119.

²⁵⁵ **Selmouni – Fransa Kararı**, 28 Haziran 1999, Başvuru No: 25803/94, p.95.

²⁵⁶ **Chahal – Birleşik Krallık Kararı**, 15 Kasım 1996, Başvuru No: 22414/93, p.79.

²⁵⁷ **Saadi – İtalya Kararı**, 28 Şubat 2008, Başvuru No: 37201/06, p.127.

²⁵⁸ **Söylemez – Türkiye Kararı**, 21 Eylül 2006, Başvuru No: 46661/99, p.23.

²⁵⁹ **John Murray – Birleşik Krallık Kararı**, 8 Şubat 1996, Başvuru No: 18731/91, p.45.

²⁶⁰ Y. 4. CD., **4.10.1994 gün, E. 1994/7351, K. 1994/7693** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

ka aykırılık dolayısıyla delilin değerlendirme dışı bırakılacağını, bir başka ifade ile hukuka aykırı delillerin muhakemede hiçbir şekilde kullanılmayacağını ve hükme esas alınamayacağını prensip olarak kabul eden bir tavır sergilemektedir²⁶¹. Konuyla ilgili bir kararında Yargıtay, “hiçbir yan delille desteklenip doğrulanmayan ve baskıya dayalı olduğu bildirilerek sonradan geri alınan polis aşamasındaki ikrarından başka, kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı halde mahkûmiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır” görüşünü dile getirmektedir²⁶².

3842 sayılı Kanunla, biri yasak sorgu yöntemlerine ilişkin özel (mülga CMUK m.135/a) ve diğeri ise genel bir delil elde etme ve değerlendirme yasağı öngören iki değişiklik yapılmıştır²⁶³. Buna göre, ilk olarak, sanığın beyanı özgür iradesine dayanır ve bunu engelleyici mahiyette işkence yapılamaz (CMUK m.135/a). Ayrıca, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükme esas alınmaz (CMUK m.254/2)²⁶⁴. Hukuka aykırı delillere ilişkin bu özel (CMK m.147 ve 148) ve genel delil elde etme ve değerlendirme yasağı (CMK m.217/2) 5271 sayılı CMK’da da benzer şekilde düzenlenmiştir. Yargıtay, hukuka aykırı delillerle ilgili kararlarında, ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğunu²⁶⁵ fakat bu amacın her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemeyeceğini, bireysel ve toplumsal yararların / değerlerin korunmasının zorunlu olduğunu²⁶⁶ vurgulayarak insan haklarının korunması bakımından isabetli bir tutum sergilemiştir. Yargıtay’a göre ceza yargılamasında hâkim her ne kadar delil serbestisi ilkesi uyarınca delilleri kanaatine göre serbestçe takdir etme hakkına sahip ise de bu hak ve yetki hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delillerle sınırlıdır²⁶⁷. Başka bir ifadeyle hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller “mutlak” veya “nispi” olup olmadığına bakılmaksızın mahkeme tarafından dikkate alınmayıp yargılama dışında bırakılacaktır²⁶⁸.

²⁶¹ Öztunç, s.11.

²⁶² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **11.03.1991 gün ve E.1991/1-28, K.1991/68**; sayılı karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **5 Aralık 1988 gün, 6-424/506** sayılı karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **4.6.1990 gün, E.1990/1-139, K.1990/163** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁶³ Öztunç, s.11.

²⁶⁴ Şen, Ersan; **Yargıtay ve Hukuka Aykırı Deliller: Üç Yanlış Bir Doğruyu Götürür mü?**, Yargı Dünyası Dergisi, S.206, İstanbul, 2013, s.11.

²⁶⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **19.04.1993 gün ve E.1983/6-79, K.1993/108** (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁶⁶ Y. 4. CD, **4.10.1994 gün ve E.1994/7351, K.1994/7693** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **17.11.2009 gün ve 264/22-255** sayılı karar ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **17.11.2009 gün ve E.2005/7-144, K.2005/150** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁶⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **17.11.2009 gün ve 264/22-255** sayılı karar (Ünver / Hakeri, s.655-656)

Yargıtay, yasak sorgu yöntemlerinden işkenceyle elde edilen hukuka aykırı delillerin de yüklenen suçun ispatında kullanılamayacağını belirten bir tavır sergilemektedir. Bu bağlamda Yargıtay birçok kararında, yukarıda ifade edildiği üzere, ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin araştırılması olduğunu açıkça belirtmiş ancak ceza muhakemesindeki maddi gerçeğin araştırılmasına yönelik amacın, her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemeyeceğini ifade etmiştir²⁶⁹. Buna göre, ceza yargılamasının temel amacı, daha önce işlenmiş olduğu iddia edilen bir suçla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ne var ki bu amaç, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilmesi gereken bir mahiyeti haiz değildir. Ceza muhakemesinin anılan amacı doğrultusunda yapılacak olan araştırma, soruşturma ve kovuşturma işlemleri de mutlak ve sınırsız değildir. Zira söz konusu işlemler sırasında bireysel ve / veya toplumsal yararların / değerlerin korunması da zorunluluk arz etmektedir. Yargıtay'a göre kanun koyucu, bu sebeple Ceza Muhakemesi Kanunu'nun muhtelif maddelerinde delilin kendisi ve elde edilmesiyle ilgili birçok yasak ve sınırlama getirmiştir²⁷⁰. Ne var ki Yargıtay, sonraki kararlarında istikrar kazanmış olan bu yaklaşımından farklı bir sonuca varmıştır. Buna göre, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde somut olaya göre değerlendirme yapılarak tespit edilen aykırılıkların hükme etki etmeyen ve herhangi bir hak ihlaline yol açmayan basit, önemsiz, şekli aykırılıklar mı, yoksa esasa taalluk eden ve hak ihlaline yol açan maddi aykırılıklar mı olduğuna bakılmalıdır. Söz konusu delillerin yargılamada dikkate alınıp alınamayacağına da bu çerçevede karar verilmelidir²⁷¹. Doktrindeki kimi yazarlara göre Yargıtay'ın bu yaklaşımı, işkence yasağı ve hukuka aykırı deliller konusunda şimdiye kadar elde edilen kazanımları ortadan kaldırma potansiyeli taşıyan tehlikeli bir mahiyeti havidir²⁷².

Hukuka aykırı delillerden yola çıkılarak ulaşılan diğer delillerin (delillerin uzak etkisi), yüklenen suçun ispatında kullanılıp kullanılamayacağı konusunda da Yargıtay aynı görüştedir. Yargıtay'a göre, zehirli ağacın meyvesi de zehirli olduğundan hukuka aykırı delillerden hareketle elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır²⁷³.

²⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **19.04.1993 gün ve E.1983/6-79, K.1993/108** (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷⁰ Y. 4. CD, **4.10.1994 gün, E.1994/7351 K.1994/7693** (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **26.06.2007 gün ve E.2007/7-147, K.2007/159** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷² Ünver / Hakeri, s.648.

²⁷³ Konuyla ilgili bir kararında Yargıtay, "arama işleminin hukuka aykırı yapılması nedeniyle ele geçirilen ruhsatsız tabancanın hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olmasından dolayı hükme esas alınmayacağı... başkaca maddi delillerle desteklenmeyen ikrara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulması usul ve kanuna aykırı" olduğunu belirtmiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **25.11.2014, E.2014/166, K.2014/514** sayılı karar, <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet?dokumanTurleriString=YARGITAYKARARI,&aranan=->

Bu tür deliller, ceza yargılamasında değerlendirilemez ve hükme esas alınamaz²⁷⁴.

İşkence dışında bazı hukuk kuralları ihlal edilmek suretiyle elde edilen delillerde ise Yargıtay, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan bireysel zararın karşılaştırılması; sanığın topluma verdiği zararın daha fazla olması durumunda, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılması; aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılması gerektiği kanaatinde dir²⁷⁵. Bu yönüyle Yargıtay'ın AİHM'ye paralel bir tutum sergilediğini ifade etmek gerekir. Bununla birlikte, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın hukuka aykırı deliller konusunda değişken bir tutum izlediğini söylemek yanlış olmaz²⁷⁶. Kanaatimizce, insan haklarının korunması, hakların ve haklar temelinde çatışan değerlerin dengelenmesi ve nihayet adaletin gerçekleştirilmesi bakımından katı yaklaşımlar yerine somut olay endekli esnek yaklaşımlar ortaya koymanın daha işlevsel olduğunu ifade etmek gerekir. Böyle bir değerlendirmede, bir tarafta gerçeği bulmadaki toplumsal çıkar ve etkili bir adli teşkilata duyulan ihtiyaç; diğer tarafta ise dava konusu suç ve isnadın ağırlığı gibi hususların göz önünde bulundurulması faydalı olacaktır²⁷⁷.

Sonuç

İnsan, kadim zamanlardan beri hem inanç hem de hukuk sistemleri tarafından gerek kendisinden gerekse hariçten gelebilecek menfi müdahalelere karşı korunması gereken bir varlık olarak addedilmiş ve insana sırf insan olması hasebiyle üstün bir değer atfedilmiştir. Modern insan hakları düşüncesi ve söylemi de temelde bu kadim inanın yansımalarından birisi olarak görülebilir. İnsanın onurlu bir varlık olduğu temel varsayımından hareket eden insan hakları söylemi, birey devlet ilişkilerinde bireyi (insanı) önceleyen ve devleti, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumakla görevli bir aygıt şeklinde telakki eden bir yaklaşım içerisindedir. İnsan haklarının hayata geçirilmesi, korunması ve geliştirilmesi günümüzde hemen her devletin üzerinde dikkatle düşünmesi ve insan haklarının korunması amacına uygun hukuki ve siyasi stratejiler ve

zehirli%20a%C4%9Fac&aramaG=sdsorRxP&baslangic=0&son=20&dokumanTuruAdi=YAR-GITAYKARARI&fromSonucSayfasindan=TRUE&sonucSayfasi=yeniTasarim/aramaSonuc.jsp&sirala=3&mevzuatAdi=null&mevzuatNo=null&mevzuatMadde=null, E. T: 21.01.16).

²⁷⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **29.11.2005 gün, E. 2005/7-144, K.2005/150** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **15.03.2005 gün ve E: 2005/10-15, K. 2005/29** sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷⁶ Dülger, Dışlama Kuralı, s.82.

²⁷⁷ Öztunç, s.117.

enstrümanlar geliştirmesi gereken (hatta zorunlu olan) bir mahiyete bürünmüştür. İnsan hakları konusunda sergilenen ve gittikçe küresel ölçekte yaygınlaşan bu eğilimin, toplumun ve dolayısıyla devletin en temel unsuru olan insana verilen değerlerin bir göstergesi olması bakımından önemi büyüktür. İnsan haklarının korunması bağlamında izlenecek stratejinin belirlenmesinde ceza politikası önemli bir yer işgal etmektedir. Zira devletin cezalandırma yetkisinin tecessüm etmiş şeklinin tezahür ettiği alan olan ceza hukuku, bu yönüyle insan haklarıyla yakın bir ilişki içerisinde.

İnsan davranışlarından hangilerinin hukuka uygun (izin verilmiş) hangilerinin hukuka aykırı (yasaklanmış), suç teşkil eden bir haksızlık olduğunu belirleyen ceza hukuku, birey - devlet ilişkisinin en hassas noktasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, insan onurunun ve dolayısıyla insan haklarının en ağır ihlali olan işkencenin, ceza hukukunda suç olarak düzenlenmesinin ve cezalandırılmasının, yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılarak yargılamada değerlendirmeye alınmamasının ve polisin zor kullanma yetkisinin belli şartlara ve kayıtlamalara tabi tutulmasının insan haklarının korunması ve bu çerçevede izlenecek olan ceza politikası bakımından önemi yadsınamaz. Bu çerçevede, korunan veya gözetilen değerler arasında ortaya çıkan çatışmaların çözüme kavuşturulmasında, bir hakkın veya menfaatin diğerlerine göre mutlak üstünlüğü şeklindeki ön kabul ve kesin yargılar yerine, somut olaya göre haklar arasında denge arayışına girmek ve neticede tercih edilen yarar ile feda edilen yarar arasında denge odaklı çözümler aramak gerekir. Özellikle hukuka aykırı delillerden hareketle elde edilen delillerin hukuki durumu ve yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı hususu bu anlamda birçok tartışmaya yol açmaktadır. Kanaatimizce bu tür vakıalarda, “eğri ağacın doğru gölgesi olmaz” ilkesi uyarınca hukuka aykırı deliller yoluyla elde edilen diğer delilleri kategorik olarak yargılamamanın tamamen dışında tutmak yerine, somut olaya göre (basit / şekli veya önemli / maddi gibi) belirli ölçüler çerçevesinde değerlendirme yapmak suretiyle mezkûr delillerin muhakemede delil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini tartışmak gerekir. Böyle bir tartışma, suç teşkil eden ve dolayısıyla toplumsal düzen ve barışı bozan fiillerin cezasız kalmasıyla zedelenecek toplumsal, (mağdur için) bireysel ve hukuki yarar ile yargılamamanın tamamen hukuka uygun yollarla elde edilmiş deliller vasıtasıyla gerçekleştirilmesi ve nihayetinde bu yolla adil bir hükme varılmasındaki toplumsal, (fail için) bireysel ve hukuki yarar arasındaki hassas dengenin sağlanabilmesi bakımından elzemdir.

Bununla birlikte, işkence yasağı ve hukuka aykırı delillerle hedeflenen, insanın ve insan onurunun layık olduğu şekilde korunması şeklindeki fikrin hayata geçirilmesinin; insana verilen değerlerin ve insan haklarına duyulan saygının

ahlaki bir yükümlülük olduğu düşüncesinin başta kamu gücünü kullanan kişi ve kurumlar olmak üzere çoğunluk tarafından kabul görmesi, benimsenmesi ve bu temel düşünce üzerine inşa edilmiş bir hukuk kültürünün toplumun bir bütün olarak ruhuna yerleşmesi ve o ruhtan neşet etmiş bir hukuk sisteminin işlemeyle mümkün olabileceğini de göz ardı etmemek gerekir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akgül, Aydın; **İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 27, Sayı: 112, Ankara, 2014.

Akyürek, Güçlü; **Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.101, 2012.

Algan, Bülent; **İşkenceyle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu**, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011.

Anayurt, Ömer; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1-2, 2008.

Arsava, Füsün; **İnsani Devletler Hukuku ve İnsan Hakları Sözleşmeleri İlişkisi**, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:5, S.19, 2009.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner; **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015.

Artuk, Mehmet Emin; **Der Straftatbestand der Folter**, Festschrift für Prof. Dr. Erhan Adal, İstanbul, 2012.

Artuk, Mehmet Emin; **İşkence Suçu (TCK m.94, 95)**, Ceza Hukuku Dergisi, S.2008/7, Ankara, 2008.

Aydın, Ahmet; **Uygulamada Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 2, 2013.

Aydın, Oğuz Gökhan; **İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Çerçevesinde Terörle Mücadelede İşkence Yasağı**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 20, 2015.

Balı, Ali Şafak; **Hukuk, Toplum, Siyaset Üzerine Söyleşiler**, Konya, 2011.

Balkız, Neval Oğan; **Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yaratıldığı Sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Dene-mesi -Öneriler-**, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2004.

Başbüyük, İsa; **Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, 2010.

Belge, Taciser Ulaş (Proje Sorumlusu); **Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim, İnsan Hakları**, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje Yayını, İstanbul, 2006.

Çakar, Ayşen Seymen; **Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru**, 2012, https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj47OKO7MXKAhXBkywKHaDjDmUQFgg-bMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.umut.org.tr%2FUserFiles%2FFiles%2FDocument%2Fdocument_11%2520Ekim-IV_1.docx&usg=AFQjCNH21eAg3oU7k-BpsJ4VmKtRY-SEG8g&sig2=p-0kU0ww5v6325PFnlpG4A, E.T. 25.01.2016.

Çavuşoğlu, Naz; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994.

Çetin, Beytullah; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yasak Deliller**, Konya Barosu Dergisi, S.22, Konya, 2012.

Çor, Yaşar; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.75, Ankara, 2008.

Demirbaş, Timur; **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara, 1992.

Dilekçi, Cansu; **Mukayeseli Hukukta ve AİHM Kararlarında Hukuka Aykırı Delillerin Yeri**, Terazi Hukuk Dergisi, S.61, 2011.

Dülger, Murat Volkan; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi**, Ankara, 2014.

Dülger, Murat Volkan; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 26, Sayı: 111, Ankara, 2014.

Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, 2012.

Erdoğan, Mustafa; **İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım**, https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiurN6d68XKAhWJCCwKHYTMBXkQFgggMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.liberal.org.tr%2Fupresimler%2Fmustafa-erdogan-insan-hakalari.pdf&usg=AFQjCNEDTxPXGvm1lxsU-Y_Isq6W347F9A&sig2=xMb5ChboVxkCrOK4qeYYaw, E. T: 25.01.2016.

Erel, Kemalettin; **İşkence İle İlgili Yargıtay Kararları**, <http://slideplayer.biz.tr/slide/1966426/>, E. T: 21.01.2016.

Ergül, Ergin, **Anayasa Mahkemesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Ankara, 2012.

Hafızoğulları, Zeki / Ketizmen, Muammer; **İşkence ve Eziyet Suçları**, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009.

Hakeri, Hakan; **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014.

İnal, Sabahattin; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 15, Sayı; 2, 2007.

İlkiz, Fikret; **Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: "İşkence" İnsanlık Suçudur ve İşkenceye Karşı "Seçmeli Protokol" Nedir?**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 76, S.4, İstanbul, 2002.

Kaboğlu, O. İbrahim; **Hak ve Özgürlükleri İçselleştirmek İçin...**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 48, 2003.

Koca, Mahmut / Üzülmaz. İlhan; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2013.

Koca, Mahmut / Üzülmaz, İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2012.

Bayraktar, Köksal; **İşkence Suçu**, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011.

Malbeleş, Erkam; **Çağcıl Hukuk Sistemleri ve Türkiye'de İşkence**, Rapor No:48, İstanbul, 2012.

Odeku, O. Kola; **Criminal Responsibility for Torture: A Human Rights Analysis**, Anthropogist, 15(2): 125-135, 2013.

Osmanoğlu, M. Kerem; **Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi**, Ceza Hukuku Dergisi, Yil: 7, Sayı; 18, 2012.

Öğütçü, Muhlis; **Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar**, <https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjlr7zT68X-KAhVLDCwKHZPQAVEQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwebb.deu.edu.tr%2Fhukuk%2Fdergiler%2FDergiMiz7ozel%2FPDF%2Fogutcu19.pdf&usg=AFQjCNH6EzwSjC0S72xpekAcciBTtLoRQ&sig2=VJ4FgfnHKrgaas2kNPZ54Q>, E.T: 25.01.2016.

- Önok, Murat; **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015.
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2014.
- Özboyacı, Alper; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları**, Ankara, 2008.
- Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhur; **İşkence Suçu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol: IV, No:1-2, Ankara, 2000.
- Özgenç, İzzet; **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, C.1, Ankara, 2012.
- Özgenç, İzzet; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2012.
- Öztunç, Özgün; **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- Öztürk, Bahri; **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, 1995.
- Öztürk, Bahri / Ruhan, Mustafa Erdem; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2008.
- Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Ruhan, Mustafa Erdem; **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2010.
- Sevük, Handan Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ceza Hukuku Dergisi, Yil; 7, Sayı; 20, 2012.
- Surlu, Aydın Ömür; **İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, Ankara, 2010.
- Süer, Gülçin / Şentuna, Mustafa Tarık; **Felsefi ve Sosyolojik Boyutlarıyla İnsan Hakları Hukukuna İlişkin Ulusal üstü Standartlar Işığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 21. Kitap, İstanbul, 2010.
- Şahbaz, İbrahim; **Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller**, Ankara Barosu Dergisi, S.2006/1, Ankara, 2006.
- Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan; **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Ankara, 2014.

Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan; **Ceza Muhakemesi Hukuku -II-** , Ankara, 2013.

Şahin, Cumhur; **Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk Üniversitesi 40. Yıl Armağanı, Erzincan, Cilt:1, Sayı:1.

Şen, Ersan; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Hukuka Aykırı Deliller Kavramına Yaklaşımı**, Yargı Dünyası Dergisi, S.207, İstanbul, 2013.

Şen, Ersan; **Yargıtay ve Hukuka Aykırı Deliller: Üç Yanlış Bir Doğruyu Götürür mü?**, Yargı Dünyası Dergisi, S.206, İstanbul, 2013.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, 2008.

Toroslu, Nevzat; **Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995.

Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2009.

Turabi, Selami; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Ankara, 2012.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2014.

Üzülmez, İlhan; **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara, 2003.

Yenisey, Feridun; **Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması**, Sayı 12, 1995.

Yılmaz, Abdulhalim; **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94 ve 95. Maddeleri)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

Yurtcan, Erdener; **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, 2007.

BEKLENTİLER İLE GERÇEKLER ARASINDA “YENİ ANAYASA”

“New Constitution” Between the Expectations and Realities

Arş. Gör. İsmail YAZICIOĞLU*

ÖZET

Askeri bir müdahalenin ürünü olan 1982 Anayasası’nda, bugüne kadar, bazıları oldukça kapsamlı birçok değişiklik yapılmıştır. Anayasa bir organizmaya benzetilirse bu değişiklikler, organların bir kısmının çalışmasını kolaylaştırmış fakat organizmanın kendi içindeki sistematüğını bozmuştur. Bu durum özgürlükçü, çoğulcu, sivil bir yeni anayasa ihtiyacını artırmış ve toplumu bu konuda beklentiye sokmuştur. Beklentilerin karşılanarak Türkiye’nin yeni bir anayasaya kavuşması ise yakın zamanda yaşadığımız Anayasa Uzlaşma Komisyonu tecrübesi göz önünde bulundurulduğunda kolay gözükmemektedir. Meclis’te grubu olan dört partinin eşit sayıdaki temsilcilerinden oluşan ve oybirliği ile karar alan Komisyon, yeni anayasa ile çözüme kavuşturulması beklenen birçok konuda uzlaşma sağlayamamış ve dağılmıştır. Özellikle siyasi partilerin kırmızı çizgileri olarak ifade edilen gerçekler, yeni anayasa bakımından beklentiler karşısındaki engeller olarak yer almıştır.

Anahtar Kelimeler: Sivil, Demokratik, Yeni Anayasa, Siyasi Parti, Anayasa Uzlaşma Komisyonu.

ABSTRACT

Several amendments including extensive ones have been made in the 1982 constitution, which is a production of the military intervention of 1980. Considering constitutions as an organism, these amendments have simplified functioning of some organs, while on the other hand they have impaired the systematic of the organism. This situation has raised need for a more liberal, pluralist, civil constitution, and created expectations among people in this matter. Considering the recent experience in the Constitution Conciliation Commission, it does not seem easy to have a constitution which may meet such expectations. The Commission, which consists of equally represented four Parliamentary groups and decides unanimously, was unable to arrive at agreements on several matters which were expected to be resolved with the new constitution, and it eventually dispersed. Especially the facts that expressed as “redlines” of these Parliamentary groups became obstacle against the expectations from the incomplete constitution.

Keywords: Civil, Democratic, New Constitution, Political Party, Constitution Conciliation Commission.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
i.yazicioglu@hotmail.com

I. GİRİŞ

Anayasalar, bir yandan devletin temel organlarını ve bu organların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen, diğer yandan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan hukuki metinlerdir. Anayasaların bu iki yönlü yapısı, 18. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan ve anayasacılık hareketlerine kaynaklık eden devlet iktidarını sınırlandırmak ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak düşüncesine dayanmaktadır¹. Bu düşüncenin bir anayasaya kaynaklık edip etmediğini belirlemek için o anayasa, hem yapılış yöntemi hem de içeriği bakımından değerlendirilmelidir. Bu noktada anayasaların yapılış yöntemi, içeriğe de etki ettiğinden en az onun kadar önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa tarihimiz açısından sorun tam da bu noktadadır. Zira bugüne kadar yapılmış olan tüm anayasalarımız, yapılış yöntemi ve içerik yönüyle sorunludur².

1876 Kanun-i Esasi, Padişahın yetkilerini sınırlandıran ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan önemli hükümler getirse de Padişahın belirlediği bir komisyon tarafından hazırlanmış ve Padişahın etkinliğini devam ettiren düzenlemelere yer vermiştir³. 1921 Anayasası, toplumun farklı kesimlerinden oluşan ve millî iradeyi layıkıyla temsil eden bir meclis tarafından yapılması yönüyle diğer anayasalardan ayrılmaktadır⁴. Ancak kısa bir anayasa olan 1921 Anayasası, Millî Mücadele döneminin koşulları içerisinde ortaya çıkmış ve temel hak ve özgürlüklere yer vermemiştir. 1924 Anayasası, devletin temel organlarını ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenlemiş fakat tek partinin var olduğu seçimler sonucunda oluşan yasama organı tarafından yapılmıştır⁵. Diğer yandan, bu anayasa çoğunlukçu demokrasi anlayışını kabul etmiş ve yasama organının yetkilerini sınırlandıran mekanizmalara yer vermemiştir. Bu durum ise temel hak ve özgürlüklerin güvencesiz kalmasına neden olmuştur⁶.

¹ **GÖZLER, Kemal:** Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s.70-71; **ÖZBUDUN, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.40; **YAYLA, Atilla:** “Anayasa ve Devletin Sınırlanması”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012, s.10.

² **HAKYEMEZ, Yusuf Şevki:** “Türkiye’nin Anayasa Sorunu ve Yeni Anayasanın Hazırlanması Sürecine İlişkin Notlar”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013, s.213.

³ Bu düzenlemelerin en önemlilerinden biri Kanun-i Esasi’nin 113. maddesindeki Padişah’a sürgüne yollama yetkisi veren hükümdür. Bkz. **TANÖR, Bülent:** Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 25.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015, s.133 vd.

⁴ **ÖZBUDUN, Ergun:** 1921 Anayasası, Ankara 1992, s.2; **TANÖR:** s.250.

⁵ **HAKYEMEZ:** s.214.

⁶ **ÖZBUDUN, Ergun/ GENÇKAYA, Ömer Faruk:** Türkiye’de Demokratikleşme ve Anayasa

1961 Anayasası, askeri bir müdahalenin ürünü olarak ortaya çıkmış ve bu anayasayı yapan Kurucu Meclis’te askeri müdahaleden önce yapılan seçimlerde geçerli oyların neredeyse yarısını alan Demokrat Parti temsilcilerine yer verilmemiştir⁷. Yapılış yöntemi bakımından demokratik olmayan bu anayasanın içerik olarak, devlet iktidarını sınırlandırma ve temel hak ve özgürlükleri güvenceli hale getirme noktasında diğer anayasalardan bir adım öne çıktığı söylenebilir⁸. Başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek mahkemelerin anayasada düzenlenmesi, yargısal güvencenin ve hukuk devleti ilkesinin sağlanması açısından oldukça önemlidir. Bununla birlikte 1961 Anayasası, Meclis’in sistem içindeki ağırlığının azalmasına, Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi gibi Meclis dışında başka organların da egemenlik yetkisi kullanmasına neden olmuştur⁹. Bunlara ilk kez bu anayasa ile düzenlenen Milli Güvenlik Kurulu’nun da eklendiği düşünüldüğünde, 1961 Anayasası’nın iktidarı sınırlandırmak ve temel hak ve özgürlükleri korumak paravanı altında bürokratik vesayetini temellerini attığı söylenebilir¹⁰. Son olarak 1982 Anayasası ise 1961 Anayasası gibi askeri müdahale sonucu ortaya çıkmış ve bu anayasanın yapılış sürecine toplumun katılmasına izin verilmemiştir. Ayrıca askeri müdahalenin etkileri anayasaya yansımış ve anayasada devlet otoritesini güçlendiren, özgürlükleri aşırı sınırlayan, siyasi iktidar üzerindeki vesayeti artıran hükümlere yer verilmiştir.

Buraya kadarki açıklamalar, bir buçuk yüzyıla yaklaşan anayasalı devlet tarihimizde; toplumun her kesiminin yapılış sürecinin her aşamasında söz sahibi olduğu, anayasacılık düşüncesine uygun biçimde ortaya çıkan, devlet iktidarını sınırlayan fakat engellemeyen, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini ön planda tutan bir anayasa konusunda eksikliğin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu yüzden her anayasa, yürürlükte olduğu dönemde defalarca değişikliğe uğramıştır. Uzunca bir süredir tartışılan ve kısmi değişikliklerle eksiklikleri giderilemeyen 1982 Anayasası’nın yerine yeni bir anayasanın yapılması konusunda toplum artık bir beklentiye sahiptir. Bu çalışmada 1982 Anayasası’nın sorunlu yönleri ve yeni anayasa sürecinde toplumun beklentileri ortaya konacak; Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun çalışmaları göz önünde bulundurularak, bu

Yapımı Politikası, Doğan Kitap, İstanbul 2010, s.22-23.

⁷ **YAZICI, Serap:** Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye; Seçkilikten Toplum Sözleşmesine, 2.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s.18.

⁸ **TANÖR, Bülent:** İki Anayasa; 1961-1982, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1994, s.22-28; **ERDEM, Fazıl Hüsnü:** 1982 Anayasasının Analizi, Orion Kitabevi, Ankara 2012, s.33.

⁹ **SOYSAL, Mümtaz:** 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11.Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997, s.61.

¹⁰ **HAKYEMEZ:** s.214.

beklentilerin karşısındaki engellerin neler olduğu açıklanacaktır.

II. 1982 ANAYASASI’NIN TEMEL SORUNLARI

A. Yapılış Yöntemi İle İlgili Sorunlar

12 Eylül 1980 müdahalesinin ardından yeni bir anayasa yapmakla görevli Kurucu Meclis oluşturulmuştur. 2485 sayılı Kanuna göre¹¹ Kurucu Meclis, Milli Güvenlik Konseyi (MGK) ile Danışma Meclisi’nden meydana gelmektedir (m.1). MGK, askeri müdahalenin öncülüğünü yapanlardan; Danışma Meclisi ise sivillerden oluşmaktadır¹². Ancak Danışma Meclisi’ni oluşturan sivillerin seçimi de MGK tarafından yapılmıştır. 2485 sayılı Kanuna göre MGK, 160 üyeden oluşan Danışma Meclisi’nin 40 üyesini doğrudan; 120 üyesini ise her ilin teklikti ettiği adaylar arasından seçmiştir (m.3). Bunun yanında demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarından olan siyasi partilerin, Danışma Meclisi’nde yer alması engellenmiştir. Bu anlamda 2485 sayılı Kanunun 4. maddesinde, 11 Eylül 1980 tarihinde herhangi bir siyasi partinin üyesi olmamak, Danışma Meclisi’ne üye olabilmenin şartlarından biri olarak ifade edilmiştir. Bu durum, 1982 Anayasasını hazırlayan Kurucu Meclis’in serbest ve yarışmacı seçimlerle demokratik bir biçimde oluşmadığını, askeri liderlerin egemenliğinde meydana geldiğini ortaya koymaktadır¹³.

Kurucu Meclis’in sivil kanadını oluşturan Danışma Meclisi’nin sahip olduğu yetkiler bakımından da benzer bir çıkarım yapılabilir. 2485 sayılı Kanunun 26. maddesi, anayasa taslağının hazırlanmasında görevli organın Danışma Meclisi olduğundan söz etmişse de aynı maddeye göre metne son halini verme yetkisi MGK’ya aittir¹⁴. Bu durum anayasa taslağını değiştirme veya reddetme konusunda MGK’nın mutlak yetkiye sahip olduğunu ve MGK ile Danışma Meclisi arasındaki görüş farklılıklarının müzakere edilmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığını göstermektedir¹⁵. Şu halde 1982 Anayasasını hazırlayan asıl organ MGK’dır. Askeri müdahalenin gerçekleşmesinden, anayasanın yapımına başlanmasına kadar geçen süreçte çıkarılan kanunlar da bu gerçeği doğrulamaktadır. Zira MGK, henüz anayasanın yapılmadığı bir dönemde her alanda çıkardığı çok sayıda kanunla, kuracağı anayasal düzenin temelini oluşturmuş

¹¹ 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun, Kabul Tarihi:29.06.1981, RG, 30.06.1981, Sayı 17386 (Mükerrer).

¹² ÖZBUDUN, Ergun: Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993, s.60.

¹³ YAZICI: s.22.

¹⁴ YAZICI: s.22.

¹⁵ ÖZBUDUN/ GENÇKAYA: s.29.

ve sonrasında anayasa bu kanunlara uygun olarak hazırlanmıştır¹⁶.

1982 Anayasası'nın hazırlanmasına toplumun katılmasını, en azından görüşlerini serbestçe ifade etmesini engelleyen Konsey yönetimi, anayasaya meşruluk kazandırmak amacıyla halkoylaması yoluna gitmiştir. Ancak halkoylaması sürecinin de demokratik bir biçimde gerçekleştiği ve halkın gerçek tercihini sandığa yansıttığı söylenemez¹⁷. Bu noktada siyasi partiler Konsey yönetimi tarafından zaten feshedildiğinden, halkoylaması sürecinde siyasi partilerin kamuoyu oluşturma gücünden yararlanılamamıştır¹⁸. Diğer yandan Konsey'in halkoylaması öncesinde yayınladığı 70 ve 71 sayılı kararları¹⁹, toplumun anayasa taslağını tartışmasını, düşünce ve görüşlerini serbestçe ifade etmesini önlemiştir²⁰. 70 sayılı kararda, anayasa üzerindeki görüş ve önerilerin; anayasa taslağının geliştirilmesi maksadı içinde kalmasını ve halkoylamasında halkın oyunun nasıl olacağına yönelik etkide bulunmamasını düzenleyen hüküm dikkat çekicidir. Aynı şekilde 71 sayılı karar, halkoylaması öncesinde anayasayı tanıtmaya görevini yerine getirecek Devlet Başkanı'nın çeşitli vasıtalarla yapmış olduğu konuşmaların ve anayasanın geçici maddelerinin hiçbir surette eleştirilemeyeceğini ve bunlara karşı yazılı veya sözlü herhangi bir beyanda bulunulamayacağını düzenlemiştir. Tüm bunların yanında Konsey yönetimi, sandığa gitmemek suretiyle tepki ve protesto eylemlerinin ortaya çıkmasını engellemek²¹ ve anayasanın yüksek bir katılımıla kabulünü sağlamak amacıyla 2707 sayılı Kanunda²² önemli bir hükme yer vermiştir²³. Bu Kanunun 12. maddesine göre hukuki veya fiili herhangi bir mazereti olmaksızın halkoylamasına katılmayanlar, beş yıl içinde gerçekleşecek seçimler ve halkoylamalarına katılmayacak, seçimlerde aday olamayacaktır.

¹⁶ 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kanunu, 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri Kanunu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu bu kanunlara örnek olarak verilebilir. Bkz. **YAZICI**: s.25-26.

¹⁷ **ÖZSOY, Şule**: 1982 Anayasası'nın Yapım Süreci, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.98; **BATUM, Süheyl**: 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.78-79.

¹⁸ **ÖZBUDUN**: Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, s.64.

¹⁹ MGK'nın 70 sayılı kararı, RG, 05.08.1982, Sayı 17773; MGK'nın 71 sayılı kararı, RG, 21.10.1982, Sayı 17845.

²⁰ **YAZICI**: s.28.

²¹ **TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s.35.

²² 2707 sayılı Anayasanın Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi:24.09.1982, RG, 25.09.1982, Sayı 17823.

²³ **YAZICI**: s.30.

Halkoylaması sürecinin demokratik bir şekilde gerçekleşmediğini gösteren diğer bir olgu ise bu oylamada anayasanın kabulü ve Cumhurbaşkanının seçiminin birlikte gerçekleşmesidir. Bu durum halkoylamasını, plebisit olarak adlandırılan anti demokratik bir usule dönüştürmüştür²⁴. Bu usulde kişisel iktidar sahipleri veya anti demokratik yollarla yönetimi ele geçirenler, kendilerine meşruiyet sağlamak amacıyla halkın hazırlanmasına katkıda bulunmadığı bir metni halkoyuna sunarlar²⁵. İşte bu şartlar altında gerçekleşen halkoylamasında 1982 Anayasası, yüzde 91 evet oyu alarak kabul edilmiştir. Halkoylamasında bu kadar yüksek evet oyunun çıkmasının en önemli nedeni anayasanın reddi halinde ne yapılacağına belirsiz olmasıdır. Belirsizlik, askeri yönetimin devamı olarak anlaşılmış ve halk bir an önce sivil yönetime geçmek amacıyla evet oyu kullanmıştır²⁶. Diğer yandan, demokratik yöntemle hazırlanan ve demokratik ortamda oylanan bir anayasanın, toplumdaki çoğulcu yapı gereği bu denli yüksek bir oy oranı ile kabul edilmesi beklenemez. Bu anlamda yüksek orandaki evet oyları, 1982 Anayasası'nın demokratik yöntemle yapılmadığını gösterir niteliktedir²⁷.

B. İçeriği İle İlgili Sorunlar

1982 Anayasası'nın demokratik olmayan bir yöntemle hazırlanması ve hazırlanma sürecinin her aşamasının askeri otoritelerin müdahaleleriyle şekillenmesi içeriğine de yansımıştır²⁸. Çıkış garantileri olarak adlandırılan, askeri otoritelerin iktidarda oldukları dönemdeki uygulamalarından sorumlu tutulmamalarını ve demokratik düzene geçildikten sonra birtakım ayrıcalıklara sahip olarak sivil yönetim üzerinde etkilerini devam ettirmelerini sağlayan hükümlere 1982 Anayasası'nda yer verilmiştir²⁹. Bunlardan bir kısmı geçiş dönemi boyunca sivil yönetim üzerinde etki kurulmasını sağlayan geçici hü-

²⁴ **BATUM:** s.79-80; **YAZICI:** s.31; **ERDOĞAN, Mustafa:** Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, 6.Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2009, s.152.

²⁵ **GÖZLER, Kemal:** “Halkoylamasının Değeri”, AÜHFD, Cilt XL, Sayı 1-4, 1988, s.99, 109.

²⁶ **YAZICI:** s.30. Gerçekten de 1982 Anayasası'nın yapılış sürecindeki anti demokratik uygulamalar, yapılan halkoylamasında halka evet oyu kullanmak dışında bir seçenek bırakmamıştır. Tanör'ün belirttiği gibi, demokratik olan halkoylaması usulü, 1982 Anayasası'nda “halk oyalamasına” dönüşmüştür. Bkz. **TANÖR:** İki Anayasa, s.105.

²⁷ **HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan:** “Türkiye'nin Yeni Anayasa Yapmaya Neden İhtiyacı Var?”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013, s.168. Yüzde 90'ın üzerindeki evet oyları, otoriter rejimlerde söz konusu olup, plebisitlere özgüdür. Bkz. **GÖZLER:** Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s.293.

²⁸ Anayasaların içeriklerinin, yapım süreçlerine bağlı olduğu hakkında açıklamalar için bkz. **BATUM:** s.252-255.

²⁹ **YAZICI, Serap:** Türkiye'de Askeri Müdahaleler ve Anayasal Etkileri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 1995, s.4-5.

kümlerden; diğer bir kısmı geçiş döneminin sonunda da sivil yönetim üzerinde etkisini devam ettiren hükümlerden oluşmaktadır³⁰.

Geçici hükümlerle oldukça uzun bir geçiş döneminin belirlenmesi, demokrasiye geçişin de uzamasına neden olmuştur³¹. Geçiş döneminin sonunda da etkisini devam ettiren hükümler ise sivil yönetim üzerinde vesayet oluşturacak niteliktedir. Bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda 1982 Anayasası'nın, 1961 Anayasası ile kurulan vesayet anlayışını güçlendirdiği söylenebilir. Özellikle parlamenter sistemlerde sembolik yetkilere sahip Cumhurbaşkanlığı makamı, 1982 Anayasası'nda oldukça geniş yetkilere sahip olmuştur. Bu makama Silahlı Kuvvetlerle ters düşmeyecek kişilerin geleceği düşünüldüğünden, verilen bu geniş yetkiler ile Cumhurbaşkanı aracılığıyla sivil yönetim üzerinde vesayet kurmak amaçlanmıştır³². Sivil yönetimin faaliyetlerine karşı devlet elitlerinin hassasiyetlerini koruyan yargı organının üst düzey üyelerinin, Cumhurbaşkanı tarafından atanması bu durumun sonucudur³³. Benzer şekilde üniversitelerin de kontrol altında tutulması gerektiği düşünüldüğünden, rektörleri ve askeri müdahale döneminde kurulan ve 1982 Anayasası ile düzenlenen Yükseköğretim Kurulu'nun üyelerini atama yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir³⁴. 1982 Anayasası'nda bir başka vesayet organı olarak düzenlenen organ Milli Güvenlik Kurulu'dur. Zira anayasanın ilk halinde, Milli Güvenlik Kurulu'nun asker üyelerinin sivillere göre sayıca fazlalığı ve almış olduğu kararların Bakanlar Kurulu tarafından öncelikle dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bu durum Milli Güvenlik Kurulu'nun bağlayıcı kararlarla sivil yönetimi yönlendirebildiğini göstermektedir³⁵.

1982 Anayasası'nın içeriği ile ilgili temel sorunlardan biri de anayasanın devlet odaklı olmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi anayasaların ortaya çıkış amaçları devlet iktidarını sınırlandırmak ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini korumaktır. Oysa 1982 Anayasası bu durumun tam tersi olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlama noktasında oldukça cömert davranmış, devlet otoritesini güçlendiren hükümlere yer vermiştir. Anayasanın başlangıç kısmı da dahil olmak üzere yazılış biçimi devleti kutsamaya ve onu birey karşısında korumaya yöneliktir. Bunun görünümülerinden biri de 1982 Anayasası'nın

³⁰ **YAZICI:** Türkiye'de Askeri Müdahaleler ve Anayasal Etkileri, s.156.

³¹ **ÖZBUDUN:** Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, s.66.

³² **YAZICI:** Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, s.39.

³³ **ÖZBUDUN, Ergun:** Türkiye'de Demokratikleşme Süreci; Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s.84.

³⁴ **YAZICI:** Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, s.39.

³⁵ **ÖZBUDUN:** Türkiye'de Demokratikleşme Süreci, s.84.

resmi bir ideoloji benimsemesidir. Demokrasinin gereklerinden olan çoğulculukla bağdaşmayan bu durum, devlet-birey ilişkilerinin benimsenen ideoloji doğrultusunda şekillenmesine neden olmuş ve homojen bir toplum meydana getirme ideali taşımıştır. Bahsedilen bu nedenler, 1982 Anayasası'nın içerik yönünden demokratik bir anayasa olmadığını ortaya koymaktadır.

III. YENİ ANAYASA BEKLENTİSİ

1982 Anayasası'nın yapılış yöntemi ve içerik yönünden demokratik olması, yeni anayasa beklentisinin ortaya çıkmasında büyük ölçüde etkili olmuştur. Bu beklenti, anayasanın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra başlamış ve 1990'lı yılların başından itibaren yeni anayasa ile ilgili olarak çeşitli kişi ve kuruluşlar tarafından kapsamlı çalışmalar yapılmıştır³⁶. Ancak son otuz yılda damgasını vuran siyasi ve ekonomik krizler, terör sorunu, istikrarsız hükümetler ve ordunun sivil siyasete müdahil olma isteğinden kaynaklanan sorunlar, yeni anayasa konusunda harcanması gereken enerjinin farklı alanlara dağılmasına neden olmuştur. Bu süre zarfında yapılan kısmi değişikliklerle 1982 Anayasası'nın demokratik olmayan hükümleri ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu değişikliklerle, sivil siyasetin alanı genişlese de askeri müdahalenin etkileri tamamen silinememiş, dahası anayasanın sistematiği bozularak yeni bazı sorunlar meydana gelmiştir³⁷. Bu durum anayasanın kısmi değişikliklerle demokratik bir hüviyete sahip olamayacağı gerçeğini ortaya koymuştur. Diğer yandan anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren neredeyse her iki yılda bir değişikliğe uğraması, onun sürekli ülke gündeminde kalmasına ve tartışılmasına yol açmıştır.

Son yıllarda bu tartışmalar, tamamen yeni anayasa konusuna odaklanmış ve yeni anayasa ile ilgili beklentiler toplumun geneline yayılmıştır. Farklı siyasi görüş taşıyan kişiler dahi Türkiye'nin yeni bir anayasaya ihtiyacı olduğu konusunda aynı düşünceye sahip olmuşlardır. Yeni anayasa sürecinde bu şekilde aşağıdan yukarı bir talebin bulunması, toplumun bu meselenin arkasında olduğunun görülmesi bakımından oldukça önemlidir³⁸.

³⁶ Bu noktada özellikle 1992, 1997, 1999 ve 2007'de TÜSİAD'ın; 2000'de TOBB'un, 2001 ve 2007'de Barolar Birliği'nin ve yine 2007'de AK Parti'nin hukukçulara hazırlatmış olduğu tasarılar dikkat çekicidir.

³⁷ 1982 Anayasası'nın bütün maddelerinin neredeyse yarısını etkileyen bu değişiklikler; 1987, 1993, 1995, 1999, 2001, 2002, 2004, 2005, 2006, 2007, 2010 ve 2011 yıllarında gerçekleşmiştir. 2008 yılında yapılan anayasa değişikliği ise Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

³⁸ HAKYEMEZ: s.215.

Yeni anayasa ile ilgili beklentilerde sivil, demokratik, özgürlükçü, çoğulcu, toplumsal mutabakata dayalı anayasa kavramlarının öne çıktığı görülmektedir. Bunların tamamı daha kapsayıcı olan sivil ve demokratik anayasa kavramı altında ifade edilebilir. Bir anayasanın sivil ve demokratik olabilmesi, hem yapılış yöntemi hem de içeriği ile ilgilidir³⁹. Yapılış yöntemi bakımından sivil bir anayasadan bahsedebilmek için, anayasanın salt asker olmayan kişi veya organ tarafından yapılması yeterli değildir. Bunun yanında toplumun anayasa yapım sürecinin her aşamasında söz sahibi olması ve bu süreçte aktif rol oynaması gereklidir⁴⁰. Demokratik bir anayasa yapılabilmesi ise her şeyden önce siyasi partilerin serbest bir şekilde faaliyet gösterdiği özgür, çoğulcu bir ortamın bulunmasına bağlıdır. Ayrıca bu ortamda dürüstçe yapılan seçimlerde halkı gerçek anlamda temsil eden bir meclis oluşturulmalıdır. Son olarak anayasanın, oluşturulan meclis tarafından yapılarak halkoyuna başvurulması gerekmektedir⁴¹. Bu anlamda yapılış yöntemi bakımından anayasanın demokratik olması; sivil olmasını tamamlayan ve onunla beraber düşünülmesi gereken bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira toplumun anayasa yapım sürecinin her aşamasında etkili olması, ancak anayasanın demokratik bir yapılış yöntemi benimsemesi halinde söz konusu olabilir.

Buraya kadarki açıklamalardan yararlanarak sivil ve demokratik bir anayasanın yapılış yönteminde şu dört unsurun dikkate alınması gerektiği ifade edilebilir: Katılım, tartışma, uzlaşma, halkoylaması⁴². Avrupa Konseyi'nin anayasa hukuku alanındaki danışma organı olan Venedik Komisyonu da 28 Mart 2011 tarihli raporunda, demokratik bir anayasa yapım sürecinde katılımçılığa, tartışmalı konuların uygun bir şekilde tartışılmasına ve farklı görüşlerin açıklanmasına izin veren koşulların bulunmasına vurgu yapmıştır⁴³. Bu anlamda bir anayasanın sivil ve demokratik olarak nitelendirilebilmesi, her şeyden önce o anayasanın yapım sürecine katılımın sağlanmasıyla mümkündür. Sivil ve demokratik bir anayasanın yapım sürecine toplumun tamamının katılımı fiziken

³⁹ **YAZICI:** Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, s.11.

⁴⁰ **SANCAR, Mithat:** “Hukuk Devleti İçin Sivil Anayasa”, Yeni Şafak Gazetesi, 16.07.2007.

⁴¹ **TANÖR:** İki Anayasa, s.99-100.

⁴² **ARSLAN, Zühtü:** “Yeni Anayasa Türkiye'nin Bitmeyen Senfonisi”, BİLGESAM Raporu No:11, s.17-19. Aslında katılım unsurunun diğerlerini de içine aldığı söylenebilir. Zira anayasa yapım sürecindeki tartışmalar, toplumun bir araya gelerek bir metin üzerinde uzlaşması ve nihayetinde yapılan halkoylaması toplumun anayasa yapımına katılımı ile ilgilidir.

⁴³ Bkz. European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Three Legal Questions Arising In the Process of Drafting the New Constitution of Hungary, Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011), Opinion no. 614/2011, CDL-AD(2011)001, Strasbourg, 28 March 2011, s.5. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)001-e) (erişim tarihi: 01.02.2015).

mümkün olamayacağından bu süreçte önemli olan toplumun olabildiğince geniş ölçüde katılımının gerçekleşmesidir⁴⁴. Bu amaçla başta ifade, basın ve toplantı özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde kullanımı sağlanmalıdır. Sivil toplum kuruluşları ve siyasi partiler gibi toplumun farklı kesimlerini temsil eden sosyal ve siyasi aktörler, anayasa yapım sürecinde aktif rol almalıdır⁴⁵. Ancak süreç yalnızca bu aktörlerin çalışmaları- na indirgenmemeli, yapılan çalışmalardan toplum sürekli bilgilendirilmeli ve toplumun sürece katılım kanalları açık olmalıdır. Medyanın bilgilendirme ve kamuoyu oluşturma fonksiyonundan yararlanılarak, toplumun anayasayı tartışması sağlanmalıdır.

Anayasada yer alması gerektiği düşünülen konular toplum ve toplumun farklı kesimlerini temsil eden aktörler tarafından derinlemesine tartışıldıktan sonra uzlaşılarak bir metin ortaya çıkarılmalıdır. Burada uzlaşmayı oybirliği şeklinde anlamamak gerekir. Anayasa yapım sürecine toplumun tamamının katılımı nasıl mümkün değilse, herkesin her konuda aynı şekilde düşünmesi de mümkün değildir⁴⁶. Dolayısıyla önemli olan, uzlaşmanın olabildiğince geniş ve oybirliğine en yakın şekilde gerçekleşmesidir⁴⁷. Üzerinde uzlaşılan bir metin ortaya çıktıktan sonra ise anayasanın toplumdaki karşılığını görmek adına halkoylamasına başvurulmalıdır. Tüm bu koşulların varlığı ve katılımlı bir anayasa yapım sürecinin gerçekleşmesi halinde, toplumun anayasa hakkında bilgi sahibi olması ve anayasal farkındalığı sağlanacak, yapılan anayasanın meşruiyeti ve kalitesi artacaktır⁴⁸.

İçerik yönünden anayasanın sivil olması ise sivil otoritenin üstünlüğünün benimsenmesi, vesayetin kabul edilmemesi ve siyasette vatandaşların öne çıkarılması halinde mümkündür⁴⁹. Başka bir deyişle sivil anayasada, anayasanın ortaya koyduğu düzende belirleyici konumda olan vatandaşlardır⁵⁰. Bunun gerçekleşmesi birey-devlet ilişkilerinde tercihini bireyden yana kullanan, devlet iktidarını sınırlayan, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan demokratik

⁴⁴ **GÖNENÇ, Levent:** Anayasa Yapımı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2011, s.4.

⁴⁵ **GÖNENÇ, Levent:** Türkiye’de Katılımlı Anayasa Yapımına Doğru, TEPAV Politika Notu, Ocak 2011. http://www.tepav.org.tr/upload/files/1295894283-7.Turkiye_de_Katilimli_Anayasa_Yapimina_Dogru.pdf (erişim tarihi: 03.02.2015).

⁴⁶ **ARSLAN:** s.17.

⁴⁷ **GÖNENÇ:** Anayasa Yapımı, s.4. Bu noktada Kuzu, uzlaşmanın sağlanabilmesi için yüzde 65-70’lik bir oranın yeterli olduğunu savunmaktadır. **KUZU, Burhan:** “Anayasa Yapım Süreci ve Neden Başkanlık Sistemi?”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013, s.71.

⁴⁸ **GÖNENÇ:** Anayasa Yapımı, s.6.

⁴⁹ **ARSLAN:** s.23.

⁵⁰ **SANCAR:** “Hukuk Devleti İçin Sivil Anayasa”.

bir anayasa ile sağlanabilir. Bu durum anayasanın içerik yönünden demokratik olmasının, sivil olması ile yakından ilgili olduğunu ortaya koymaktadır. Bu anlamda Yazıcı'nın da belirttiği gibi sivil ve demokratik bir anayasanın; *“devlet iktidarını sınırlayan etkin kurallara ve mekanizmalara yer vermesi, bireyin hak ve özgürlüklerini geniş bir biçimde tanımlamak suretiyle, bu hakları devletin üstün otoritesi karşısında koruyacak anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, yasa ve yürütme işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi ve bu denetimi yapacak olan yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi temel güvenceleri içermesi”*⁵¹ gerekmektedir.

Ayrıca sivil ve demokratik, anayasa ideolojiler karşısında tarafsız olmalı, herhangi bir ideoloji benimsememelidir⁵². Anayasada resmi bir ideolojinin benimsenmesi, herkesin “iyi” anlayışının bu ideoloji doğrultusunda açıklanmasına neden olacağından belli kesimlerin dışlanması sonucunu doğurabilir. Bunun ortaya çıkmasını önlemek için herkesin kendi “iyi” anlayışını serbest bir şekilde oluşturmasını sağlayan, çoğulculuk ilkesini benimseyen ve tüm ideolojilere karşı eşit mesafede duran bir anayasaya ihtiyaç bulunmaktadır⁵³.

IV. YENİ ANAYASA İLE İLGİLİ GERÇEKLER

A. Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun Çalışmaları

Siyasi partilerin, toplumun sivil ve demokratik anayasa beklentisine sahip çıkmasıyla birlikte anayasacılık tarihimizde ilk kez bu yönde bir anayasa yapım sürecine girilmiştir. Bu amaçla oluşturulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2011-2013 yılları arasında çalışmalar yapmış fakat bu çalışmalar tamamlanmadan dağılmıştır. Bu kısımda Komisyon'un oluşum şekli, anayasa yapım yöntemi ve çalışmalarının sivil ve demokratik bir anayasa beklentisine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilecektir.

Haziran 2011 seçimlerinden sonra dört siyasi parti, Meclis'te grup kurabilecek çoğunluğa sahip oldu⁵⁴. Bu partilerin ortak özelliği, seçim sürecinde Türkiye'nin yeni bir anayasaya ihtiyacı olduğunu ısrarla belirtmeleri ve yeni anayasa vaadinde bulunmalarıydı. Seçim sonuçlarına göre bahsi geçen dört

⁵¹ **YAZICI:** Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, s.15.

⁵² **BİLİR, Faruk:** Yeni Anayasa Yeni Mutabakat; Anayasanın Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.79; **ERDOĞAN, Mustafa:** “Yeni Anayasa: Yol Haritası”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012, s.25.

⁵³ **ARSLAN:** s.25; **YOKUŞ, Sevtap:** Türkiye’de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.189-190.

⁵⁴ Seçimlere bağımsız adaylarla giren BDP, seçimlerden sonra Meclis'te kendi grubunu oluşturmuştur.

parti, geçerli oyların yüzde 95’ini aldı. Seçimlere katılımın da yüksek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ortaya çıkan tablo, toplumun yeni anayasa yapımını desteklediği şeklinde anlaşıldı ve bu durum siyasi partileri sorumlu davranmaya yöneltti. Vakit kaybetmeksizin, Meclis’teki sandalye sayılarına bakılmadan dört partinin eşit üyeyle temsil edildiği, anayasa taslak metni hazırlamakla görevli Anayasa Uzlaşma Komisyonu kuruldu.

Bu bilgilere dayanarak Komisyon’un oluşum sürecinin sivil ve demokratik bir anayasanın yapım sürecine belli ölçüde uygun olduğu söylenebilir. Zira daha önce de belirtildiği gibi sivil ve demokratik anayasaların yapım sürecinde toplumun tamamının bu sürece katılımı beklenir. Ancak günümüz şartlarında bunun mümkün olmaması nedeniyle toplumun tüm kesimlerinin olabildiğince katılımının sağlanması gerekir. Bunun yolu toplumun farklı kesimlerini temsil edecek aktörlere anayasa yapım sürecinde geniş ölçüde yer vermekten geçmektedir⁵⁵. Bu anlamda 2011 seçimlerine katılımın yüzde 87 olduğu ve Meclis’te grubu bulunan partilerin geçerli oyların yüzde 95’ini aldığı bir ortamda ortaya çıkan Meclis’in toplumun farklı kesimlerini büyük oranda temsil ettiği ifade edilebilir. Ancak burada bir parantez açarak, Seçim Kanunu’ndan kaynaklanan yüzde 10’luk barajın oldukça yüksek olduğu ve temsilde adaleti zayıflatığı ayrıca belirtilmelidir.

Meclis’teki tüm partilerin Komisyon’da yer almayı kabul etmesi ve aldıkları oy oranına bakılmaksızın eşit üyeyle temsil edilmesi sivil ve demokratik bir anayasanın yapılış süreci bakımından olumlu göstergelerden biriydi. Ayrıca Komisyon’un benimsemiş olduğu anayasa yapılış yöntemi, teorik olarak sivil ve demokratik bir anayasanın yapılış yöntemine büyük ölçüde uygundu. Komisyon’un kendi belirlediği çalışma usullerine göre⁵⁶ anayasa taslağı oluşturulurken dört aşama izlenecekti (m.11). Birinci aşamada, toplumun anayasa yapım sürecine katılımı, elde edilen verilerin toplanması ve değerlendirilmesi sağlanacaktı. Komisyon katılıma önem verdiğinden bunu farklı bir maddede ayrıca düzenlemişti (m.12). Buna göre toplumun tüm kesimlerinin anayasa yapım sürecine katılımı amaçlanıyordu. İkinci aşama, anayasa taslak metninin yazılmasını düzenliyordu. Taslak metin oluşturulurken ve maddeler yazılırken Komisyon, tüm partilerin mutabakatı ile karar alacaktı (m.6). Üçüncü aşamada yazılan metnin kamuoyuna sunulması ve tartışılması ve nihayet dördüncü aşamada ise kamuoyunun görüşleri göz önünde bulundu-

⁵⁵ **GÖNENÇ:** Türkiye’de Katılımlı Anayasa Yapımına Doğru.

⁵⁶ Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun Çalışma Usulleri için bkz. <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/calismaesaslari.aspx>, (erişim tarihi: 05.02.2015).

rularak anayasa taslağının teklif haline getirilmesi düzenlenmişti.

Görüldüğü üzere Komisyon’un çalışma usullerinde, yukarıda sivil ve demokratik bir anayasanın yapılış yönteminde dikkate alınması gereken unsurlar olarak ifade edilen katılım, tartışma ve uzlaşmaya açık bir biçimde yer verilmiştir⁵⁷. Bu anlamda Komisyon’un anayasa hazırlama sürecinin 1. aşamasını oluşturan katılım aşaması, Komisyon’un göreve başladığı 2011 yılının sonundan, Nisan 2012’ye kadar sürmüştür. Bu süre zarfında siyasi partilere, sivil toplum kuruluşlarına, üniversitelere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, televizyon ve radyolara ulaşılmış, çeşitli toplantılar yapılmış, görüşler dinlenmiştir. Ayrıca Komisyon’un internet sitesi üzerinden ve e-posta yoluyla vatandaşlara yeni anayasayla ilgili görüşlerini bildirme imkânı tanınmıştır⁵⁸. Bu aşamada özellikle sivil toplum kuruluşları, Meclis’te bulunmayan siyasi partiler ve üniversiteler tarafından önemli görüşler sunulduğu ve hatırı sayılır dokümanlar elde edildiği söylenebilirse de vatandaşların bireysel anlamda anayasa yapım sürecine yeterince katıldığı söylenemez. Kuşkusuz bunun en önemli sebebi sokaktaki vatandaşın anayasayı konuşup, tartıştığı bir ortamın oluşmamış olmasıdır. Dolayısıyla bu süreçte Komisyon’un anayasayla ilgili yoğun çalışmaları yalnızca kurumsal anlamda karşılık görmüştür. Bu durum sivil ve demokratik bir anayasa yapım süreci bakımından önemli bir eksikliklerdir.

Komisyon’un anayasa hazırlama sürecinin 2. aşaması olan metin oluşturma aşaması, görüşmelerin de tıkandığı aşamadır. Bu aşamada, uzlaşmanın mutlak olarak aranması yani herhangi bir madde üzerinde uzlaşabilmek için tüm partilerin onayının gerekmesi, öncelikle Komisyon’un çalışmalarının uzamasına, ardından ise Komisyon’un dağılmasına zemin hazırlamıştır. Bu anlamda normalde 2012 yılının sonunda tüm aşamaların tamamlanması hedeflenmişken, 2013 yılının Ağustos ayında Komisyon hâlâ anayasa taslak metnini yazmakla meşgul olmuştur. Gerek öngörülen sürenin aşılması gerekse yalnızca üzerinde uzlaşılması beklenen konularda uzlaşılması Komisyon’un çalışmaları konusunda ümitsizlik meydana getirmiştir. Bunun sonucunda görev süresi boyunca 60 maddede uzlaşan Komisyon, 2013 yılının sonlarına doğru dağılmıştır.

Komisyon’un belirlediği sürecin 2. aşaması olan metin oluşturma aşama-

⁵⁷ Sivil ve demokratik bir anayasanın yapılış yönteminde dikkate alınan diğer unsur olan halkoylaması ise mevcut sisteme göre taslak aşamasındaki bir metin için zaten söz konusu olmayacaktır.

⁵⁸ Yapılan toplantılar, ulaşılan kuruluşlar, elde edilen görüşler ile ilgili sayısal veriler için bkz. **ÇİÇEK, Cemil**: “Anayasayı Değiştirme İradesinden Yeni Anayasa Yapma İradesine Bir Zihniyet Değişimi: Neden Yeni Anayasa?”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013, s.22-23.

sının sivil ve demokratik bir anayasa yapımına kıyasla eksikliği, bu aşamanın toplumdan oldukça kopuk bir biçimde yürütülmesi ve siyasilerin iradelerine bırakılmasıdır. Bu noktada dört siyasi partinin toplumun önemli kesimini temsil ettiği ve sonraki aşamalara geçilseydi uzlaşılan maddelerin toplum tarafından enine boyuna tartışılma imkânı olacağı şeklinde bir savunma getirilebilir. Ancak bu savunma haklı olmakla birlikte eksiktir. Zira daha önce de belirtildiği gibi sivil ve demokratik anayasaların yapım aşamalarının tümü sosyal ve siyasi aktörlerin çalışmalarına indirgenmemeli, toplumun katılımına açık olmalıdır. Komisyon’un anayasa hazırlama süreciyle ilgili son olarak, tartışma aşaması olan 3. aşama ve bu tartışmalar doğrultusunda taslağın teklif haline getirileceği 4. aşamaya geçilemediğini belirtmek gerekir.

Komisyon’un çalışmalarının içeriğine bakıldığında, uzlaşılan 60 maddenin üzerinde ihtilaf bulunmayan, çoğunluğunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler olduğu görülmektedir⁵⁹. Bununla birlikte yeni anayasa ile çözüme kavuşturulması beklenen konularda uzlaşma sağlanamamıştır. Bu anlamda başlangıç kısmı, değiştirilemeyecek hükümler, dil, vatandaşlık, hükümet sistemi, din-devlet ilişkileri gibi konularda siyasi partiler mutabakata varamamışlardır. Bu durumun en önemli nedeni siyasi partilerin kırmızı çizgileri olarak ifade edilen olmazsa olmazlarıdır. Komisyon’da bulunan dört partinin; hükümet sistemi, laiklik, milliyetçilik gibi anayasanın yapılanmasında temel konuları oluşturan meselelerdeki katı tutumu sürecin tıkanmasına yol açmıştır⁶⁰. Buna bir de Komisyon’un karar alma yöntemi olarak mutlak uzlaşmayı benimsemesi eklenince, uzlaşmazlık kaçınılmaz olmuştur. Komisyon çalışmaları göz önünde bulundurulduğunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uzlaşılan hükümlerde, mevcut anayasaya kıyasla bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak bakımından ilerleme kat edildiği söylenebilir. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup üzerinde uzlaşılamayan birçok hüküm olduğunu da belirtmek gerekir. Diğer yandan 1982 Anayasası’ndan kaynaklanan ve bir anayasanın sivil ve demokratik olmasını engelleyen, sivil yönetim üzerinde vesayet organlarının bulunması, devletin resmi ideoloji benimsemesi gibi konularda, Komisyon’un uzlaştığı maddelerin herhangi bir yenilik getirmediği görülmektedir. Şu halde Komisyon çalışmalarının, içerik anlamında sivil ve demokratik bir anayasa beklentisini karşılamaktan oldukça uzak olduğu açıktır.

⁵⁹ Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun uzlaştığı maddeler ile Komisyon’daki siyasi partilerin önerileri hakkında bkz. **BARIN, Taylan**: Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

⁶⁰ **EREN, Abdurrahman**: “Yeni Anayasa Çıkmazında Çözüm Halkın Hakemliğidir”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013, s.246.

B. Uzlaşılması Zor Konular Hakkında Öneriler

1. Başlangıç Kısmı

Çoğunlukla edebi bir üslupla yazılan ve anayasanın yapılış sebepleri ile felsefesini ortaya koyan başlangıç kısımları⁶¹, demokratik anayasalarda bireylerin özgürlüklerini devlet otoritesi karşısında koruyan düzenlemeler içermektedir⁶². Oysa 1982 Anayasası, anayasaya hakim olan devletçi ideolojiyi yansıtan, bireylerin özgürlüklerini korumak yerine devletin otoritesini yücelten, toplumu bütünlendirmekten uzak bir başlangıç kısmına sahiptir. 1982 Anayasası’nın başlangıç kısmında, anayasanın yapılış amacı “Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü” tesis etmek olarak belirlenmiştir⁶³. Ayrıca başlangıç kısmında “Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” ifade edilerek anayasanın benimsemiş olduğu ideolojinin çerçevesi çizilmiştir⁶⁴. Böylece bireylerin faaliyetlerinin benimsenen devlet anlayışına uygun olması sağlanarak, devlet otoritesinin korunması amaçlanmıştır. Ayrıca 1982 Anayasası’nın 176. maddesi gereği, başlangıç kısmının anayasa metnine dahil olması, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında başlangıç kısmındaki otoriter ifadeleri kullanmasına yol açmıştır⁶⁵. Anayasa Mahkemesi’nin doğrudan başlangıç kısmındaki bu ifadelerle dayanarak vermiş olduğu kararlar, Mahkeme’nin yapması gereken anayasaya uygunluk denetimini yerindelik denetimine dönüştürmektedir⁶⁶.

1982 Anayasası’nın başlangıç kısmından kaynaklanan sorunlar nedeniyle, yeni anayasada başlangıç kısmı ile ilgili iki şekilde hareket edilebilir. Birincisi, anayasalarda başlangıç kısmı bulundurmamak zorunlu olmadığından, yeni ana-

⁶¹ **ÖZBUDUN**: Türk Anayasa Hukuku, s.75.

⁶² **YAZICI**: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, s.65; **BİLİR**: s.77.

⁶³ **ERDOĞAN**, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s.153; **ERDEM**: s.44. Her ne kadar 1995 yılında yapılan anayasa değişikliği ile başlangıç kısmında bulunan “kutsal Türk Devleti” yerine “Yüce Türk Devleti” ifadesine yer verilse de devleti niteleyen bu iki ifade arasında, devlet otoritesinin üstünlüğünün vurgulanması bakımından pek bir fark bulunmamaktadır.

⁶⁴ 1982 Anayasası’nın başlangıç kısmının ilk halinde yer verilen “Hiçbir düşünce ve mülahazanın” ifadesi 2001 yılında yapılan değişiklikle “Hiçbir faaliyetin” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin anlamsal açıdan anayasanın ilk halinden farklı olmadığı ve herhangi bir yenilik getirmediği hakkında açıklamalar için bkz. **GÖZLER, Kemal**: 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı, Cilt 19, 2002, s.328.

⁶⁵ **YAZICI**: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, s.70.

⁶⁶ **ÖZBUDUN**: Türk Anayasa Hukuku, s.76; **BİLİR**: s.79.

yasada başlangıç kısmına yer verilmeyebilir. Nitekim bugün pek çok ülkenin anayasasında başlangıç kısmı bulunmamaktadır⁶⁷. Aynı şekilde 1961 Anayasası’ndan önceki anayasalarımız, başlangıç kısımlarına sahip değildir. İkincisi, başlangıç kısmına anayasada yer verilecekse bu kısmın içeriği, ideolojik ifadelerden arındırılmalı, temel hak ve özgürlükleri ön plana çıkartmalı, toplumun her kesimini yani “biz” i temsil etmelidir. Ayrıca başlangıç kısmı, toplumu bir araya getiren ve toplumun anayasa yapma iradesini vurgulayan ifadeler içermeli⁶⁸; anayasa metnine dahil edilmeyerek günlük siyasi ve hukuki tartışmaların uzağında tutulmalıdır.

2. Değiştirilemez Hükümler

Yeni anayasa çalışmaları sırasında üzerinde uzlaşılabilen diğer bir konu, değiştirilemez hükümler bakımından nasıl hareket edileceğidir. Anayasalarda değiştirilemez hükümler bulundurma amaçlarından biri toplumun düşünce yapısını değiştirmek suretiyle belli bir toplum tipi meydana getirmektir⁶⁹. 1982 Anayasası’nın değiştirilemez hükümlerine bakıldığında bu amaca uygun ifadelerin bulunduğu görülmektedir. Özellikle Anayasa’nın 2. maddesinde geçen “Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet” ilkesi, anayasanın sahip olduğu tek teyakküp dünya görüşünün yansımasıdır⁷⁰. Ayrıca ileride belirtileceği üzere anayasa yapım çalışmalarında dil ve vatandaşlık konularıyla ilgili ortaya çıkan sorunlar, 1982 Anayasası’nın benimsediği “Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet” ilkesine dayanmaktadır. Diğer yandan Anayasa’nın ilk 3 maddesinde düzenlenen değiştirilemez hükümler, büyük ölçüde başlangıç kısmına hakim olan felsefenin ve bu kısımda öngörülen ideolojik ifadelerin normlaştırılmış halidir. Özellikle Anayasa’nın 2. maddesinde, devletin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanmasının değiştirilemez olması, başlangıç kısmının ideolojik niteliği göz önünde bulundurulduğunda önemli bir sorun teşkil etmektedir⁷¹. Yine aynı maddede belirtilen “insan haklarına saygılı” devlet ifadesi ise anayasanın benimsemiş olduğu devletçi ideolojinin sonucudur. 1982 Anayasası bütün bunların yanında, Tanör’ün de ifade ettiği gibi gereksiz ve aşırı duyarlılık göstererek devletin bütünlüğünü, dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti değiştire-

⁶⁷ Bu noktada Yazıcı, Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin yarısının anayasalarında başlangıç kısmının olmadığını belirtmektedir. Bkz. **YAZICI**: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, s.66.

⁶⁸ **KÜÇÜK, Adnan**: “Yeni Anayasa İçin Önerilerim”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012, s.32.

⁶⁹ **BATUM**: s.163.

⁷⁰ **KENTEL, Ferhat/ KÖKER, Levent/ UÇUM, Mehmet/ GENÇ, Özge**: “Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 2: Şubat-Haziran 2012”, TESEV Demokratikleşme Programı, s.15; **ERDEM**: s.46-47.

⁷¹ **TANÖR**: İki Anayasa, s.167.

rilemez hükümler kapsamına sokmuştur⁷². Bütün bunlar, 1982 Anayasası’nda değişmezlik kapsamının oldukça geniş tutulduğunu ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce yeni anayasada değiştirilemez hükümler ile ilgili tartışmalar, bu hükümlerin anayasada nasıl düzenleneceği üzerine değil, anayasada değiştirilemez hükümlere yer verilmeyebileceği üzerine yoğunlaşmalıdır. Zira bir anayasada değiştirilemez hükümlerin bulunması her şeyden önce, bir kuşağın sonrakilere tahakkümüne neden olmaktadır. Oysa Tunaya’nın da belirttiği gibi “*Bir kuşak geleceğin insanlarını, kendi ilkeleri içinde hapsedemez*”⁷³. Başka bir deyişle, birtakım hükümlerin değiştirilemez olarak düzenlenerek, onlara ebedilik vasfı yüklenmesi, ölümlerin dirilere hükmetmesi anlamına gelecektir⁷⁴. 1982 Anayasası bakımından değerlendirilecek olursa, devletin ebediyete kadar Anayasa’nın 2. maddesi ve başlangıç kısmındaki ilkelere uygun bir biçimde yönetilmesi gerektiğini savunmak, haksız bir dayatma olduğu kadar geleceği ipotek altına almaktır⁷⁵.

Bu anlamda anayasalar değişime açık olmayan, kutsal metinler değildir. Anayasalar, toplumsal gerçekliğe uygun olarak yapılmalı, toplumsal değişime açık olmalıdır. Demokratik anayasaların, toplum sözleşmesi olarak adlandırılması yalnızca anayasanın yapıma anıyla ilgili olmayıp, sonrasında da toplumu takip etmesine bağlıdır. Anayasaların değiştirilemez hükümler vasıtasıyla istedikleri toplum tipini meydana getirmeyi amaçlaması ise bununla çelişmektedir.

Ayrıca yeni anayasanın değiştirilemez hükümlere yer vermemesi, Anayasa Mahkemesi’nin bu hükümler aracılığıyla anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemesinin ve yasama yetkisine müdahale etmesinin de önüne geçecektir. Her ne kadar 1982 Anayasası’nda anayasa değişiklikleri için sınırlı bir şekil denetimi öngörülmüş olsa da⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, verdiği bazı kararlarda yapılan anayasa değişikliğinin, Anayasa’nın ilk 3 maddesine uygun olup olmadığını da denetlemek suretiyle esastan denetim yapmıştır⁷⁷. 2010 yılına

⁷² **TANÖR:** İki Anayasa, s.167.

⁷³ **TUNAYA, Tarık Zafer:** Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 5.Baskı, Ekin Yayınları, İstanbul 1982, s.134.

⁷⁴ **KARAGÖZ, Kasım:** “Yeni Anayasada Değiştirilemez Hükümler Sorunu”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013, s.594.

⁷⁵ **TANÖR:** İki Anayasa, s.167.

⁷⁶ 1982 Anayasası’nın 148. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olarak, yalnızca şekil bakımından denetler.

⁷⁷ **KÜÇÜK, Adnan:** “Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin ‘Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler’le Bağlanması”, Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3,

ait bir kararında Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın ilk 3 maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerektiğini, bu tercihe uygun olmayan bir değişikliğin sırf sayısal çokluğun gücüyle geçerli olamayacağına hükmetmiştir⁷⁸. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, “*Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetim olması gerekir*”⁷⁹ diyerek anayasa değişiklikleri için içerik (esas) yönünden de denetim yaptığını açıkça ortaya koymuştur. Bu yaklaşım, her türlü anayasa değişikliğinin, değiştirilemez hükümlerle ilişki kurulmak suretiyle denetlenerek, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceği sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise milletin temsilcileri tarafından kullanılması gereken yetkinin, yargı organı tarafından kullanılmasına neden olacağından demokrasiyle bağdaşmamaktadır⁸⁰.

Son olarak, yeni anayasada değiştirilemez hükümlere yer verilmemesini savunmanın, 1982 Anayasası'nda bu hükümlerle benimsenen birtakım ilkelerin yeni anayasada bulunmaması anlamına gelmeyeceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu ilkelerin değiştirilemez şeklinde düzenlenmemesi, onlardan vazgeçildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zaten sivil ve demokratik yeni bir anayasadan bahsediliyorsa; bu anayasanın en temel ifadeyle demokrasi, hukuk devleti gibi ilkeleri benimsemesi gerektiği muhakkaktır. Bu noktada önemli olan 1982 Anayasası'nın tamamıyla tartışmaya açılması ve Küçük'ün ifadesiyle anayasanın “dokunulmadık hiçbir tarafının kalmamasıdır”⁸¹. Bu anlamda 1982 Anayasası'nın değiştirilemez hükümlerinde öngörülen ilkeler de etraflıca tartışılmalı ve üzerinde uzlaşılanlara, anayasada diğer maddeler gibi yer vermekle yetinilmelidir.

3. Vatandaşlık

1982 Anayasası'nın vatandaşlık ile ilgili hükmü, anayasada benimsenen “Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet” ilkesinin sonucudur⁸². Atatürk'ün milli-

İstanbul 2012, s.230-231.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, 07.07.2010 tarih ve E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı karar, AMKD, Sayı 47, Cilt 2, s.1154. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı karar, AMKD, Sayı 45, Cilt 2, s.1232-1233.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 07.07.2010 tarih ve E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı karar, AMKD, Sayı 47, Cilt 2, s.1155.

⁸⁰ **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.181-182.

⁸¹ **KÜÇÜK:** “Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde”, s.235-236.

⁸² **ERDOĞAN:** Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s.162; **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.79.

yetçilik anlayışı ise belli bir ırka, dile veya dine mensubiyete değil; ortak bir geçmişe sahip kişilerin birlikte yaşama arzusuna dayanan subjektif milliyetçilik anlayışdır⁸³. 1982 Anayasası’nın 66. maddesinde “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*” hükmüne yer verilerek, vatandaşlığın bu anlayışa uygun biçimde ırk, dil veya din gibi objektif unsurlara göre değil, vatandaşlık bağı esas alınarak düzenlendiği görülmektedir⁸⁴.

Bununla birlikte 1982 Anayasası’nın vatandaşlık ile ilgili hükmünün, etnik imadan yoksun olmadığını da ifade etmek gerekir⁸⁵. Söz konusu hükümde geçen “Türktür”, “Türk Devletine” gibi ifadeler dikkat çekicidir. Anayasa’nın ilk 3 maddesinde devlet için Türkiye Devleti, Türkiye Cumhuriyeti gibi ifadeler kullanılmasına karşılık, vatandaşlık ile ilgili hükümde “Türk Devleti” nitelemesi yapılmıştır⁸⁶. Aslında bu konudaki etnik imalar, diğer Cumhuriyet dönemi anayasalarında da bulunmakla beraber 1982 Anayasası’nda daha belirgin hale gelmiştir⁸⁷. Örneğin 1982 Anayasası’ndaki vatandaşlık ile ilgili hüküm, 1961 Anayasası’ndaki hüküm ile (m.54) aynıdır. Ancak 1961 Anayasası’nda madde başlığı “Vatandaşlık” şeklindeyken; 1982 Anayasası’nın madde başlığı “Türk vatandaşlığı” şeklinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nın söz konusu maddesinin gerekçesi de göz önünde bulundurulduğunda⁸⁸ bu farklılığın basit bir ifade değişikliğinden ibaret olmadığı ve Türklük vurgusuna dikkat çekmek için yapı-

⁸³ **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.78-79; **GÖZLER, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2010, s.58-59.

⁸⁴ **GÖZLER:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.59; **ERDOĞAN:** Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s.162; **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.79.

⁸⁵ **ERDOĞAN:** Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s.162.

⁸⁶ **ERDOĞAN:** Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s.162.

⁸⁷ **ERDEM:** s.310; **ÇOŞKUN, Vahap:** “Anayasa ve Kürt Meselesi”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012, s.87-88. Cumhuriyet dönemi öncesindeki anayasalarımız incelendiğinde, 1921 Anayasası’nda vatandaşlık ile ilgili bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. 1876 Anayasası’nın 8. maddesi ise “*Devleti Osmaniye tabîyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise bilâ istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihval ve izae edilir*” hükmüne yer vermiştir. Söz konusu hükümde vatandaşlık herhangi bir etnik imaya dahi çağrışım yapmadan düzenlenmiş ve hangi din veya mezhepten olurlarsa olsun, Osmanlı Devleti uyruğunda bulunan bireylerin tümüne, ayırım gözetmeksizin Osmanlı denmiştir.

⁸⁸ 1982 Anayasası’nın 66. maddesi hakkındaki Danışma Meclisi gerekçesinin ilk paragrafı şu şekildedir: “*Vatandaşlık önemli bir bağıdır. Bu bağın önemini ve niteliğini belirtme bakımından maddenin başlığı olan 1961 Anayasasındaki 54 üncü maddenin vatandaşlık başlığı “Türk vatandaşlığı” haline getirilmiştir. Bu suretle vatandaşlık bağı ile Devlete bağlı olan herkes deyiminden Türk vatandaşlık bağı ile Devlete bağlı olan herkes Türk vatandaşdır demek istenmiştir. Bu şekilde vatandaşlık bağının Türklüğü kazandırmada daha kuvvetli bir bağ olduğu vurgulanmak istenmiştir.*” Bkz. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekecli_1982_anayasasi.pdf (erişim tarihi: 25.04.2015).

diği ortaya çıkmaktadır⁸⁹. 1924 Anayasası'nın vatandaşlığı düzenleyen hükmü ise (m.88) “*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle Türk itlak olunur*” şeklindedir. Hükümde geçen “Türkiye ahalisi”, “Türk itlak olunur” gibi kavramlar; 1924 Anayasası'ndaki düzenlemenin, 1961 ve 1982 Anayasalarına göre daha yumuşak ve yerinde olduğunu gösterir niteliktedir⁹⁰. Bu noktada vatandaşlık ile ilgili Cumhuriyet dönemi anayasalarının tamamında bulunan “Türklük” vurgusunun, etnik bir ima anlamında değil, devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi kapsayan bir anlamda kullanıldığı iddia edilebilir. Ancak anayasaların vatandaşlık dışındaki maddelerine, anayasa dışı mevzuatlara, mahkeme kararlarına, uygulamalara bakıldığında böyle olmadığı görülmektedir⁹¹.

Sivil ve demokratik yeni anayasanın vatandaşlık konusuna, önceki anayasalardan farklı yaklaşabilmesi bakımından iki ihtimal ön plana çıkmaktadır. Birinci ihtimalde anayasa; herhangi bir vatandaşlık tanımına yer vermeyerek, vatandaşlığın temel bir hak olduğunu, kazanılması ve kaybının kanunla düzenleneceğini, vatandaşlığa tanınan güvenceleri belirtmekle yetinebilir. İkinci ihtimalde ise anayasa, vatandaşlığın temel bir hak olduğunun yanında, toplumun tamamının devlete aidiyetini sağlayan bir vatandaşlık tanımına yer verebilir. Kuşkusuz her iki ihtimal de önceki anayasaların vatandaşlık ile ilgili düzenlemelerinin eleştirilen yönlerini ortadan kaldırmak bakımından kabul edilebilir⁹². Ancak kanaatimizce ikinci ihtimal dikkate alınarak, yeni anayasada vatandaşlık tanımı bulunmalıdır. Madem ki vatandaşlık, birey ile devlet arasındaki bağı ifade etmektedir. Öyleyse bu bağın, birey-devlet ilişkisini düzenleyen ve en üstün norm olan anayasada tanımı yapılmalıdır. Bu tanım, herhangi bir etnik imaya yer vermemeli, toplumun her kesimini kapsamalıdır. Bu anlamda bizce madde başlığı “Vatandaşlık” ya da “Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlığı” olarak düzenlenmeli ve “*Devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır*” hükmüne yer verilmelidir.

⁸⁹ ERDEM: s.310-311.

⁹⁰ COŞKUN: s.88; KÖKER, Levent: “Demokratik ve Sivil Anayasa İçin Öneriler”, Yeni Şafak Gazetesi, 30.07.2007.

⁹¹ ERDEM: s.319; COŞKUN: s.88. Bu konudaki örnekler için bkz. ERDEM: s.298-318.

⁹² Aslında buradaki ihtimaller anayasal vatandaşlık anlayışının birer görünümüdürler. Bu anlayışa göre vatandaşlık, herhangi bir etnik, dinsel veya kültürel kimliğe gönderme yaparak tanımlanmamalı; bütün kimliklerin farklılıklarını ifade etmeleri mümkün olmalı ve devlet kimlikler karşısında nötr olmalıdır. Bkz. ERDEM, Fazıl Hüsnü: “Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012, s.52; COŞKUN: s.89-90.

4. Dil

1982 Anayasası'nın vatandaşlık ile ilgili hükmünde olduğu gibi, dil ile ilgili hükmü de “Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet” ilkesinin sonucudur⁹³. Bu bağlamda Anayasa'nın 3. maddesinde devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu belirtildikten sonra “*Dili Türkçedir*” ifadesine yer verilmiştir. Önceki anayasalarımıza bakıldığında, 1961 Anayasası'nın 3. maddesinde ve 1924 Anayasası'nın 2. maddesinde⁹⁴ “*Resmî Dil Türkçe'dir*” hükmü bulunurken; 1921 Anayasası'nın 2. maddesinde, 1923 yılında yapılan değişiklikle devletin “*Resmî lisanı Türkçedir*” hükmü düzenlenmiştir. 1876 Anayasası ise devlet memuru olacakların Türkçe bilme zorunluluğunu düzenleyen 18. maddesinde, devletin resmi dilinin Türkçe olduğunu açıklamıştır⁹⁵.

1982 Anayasası'ndan önceki anayasalarımızın tamamında bulunan resmi dil ifadesi, devletin tüm işlerinde kullanılan dili belirtmekte⁹⁶ ve bu dil Türkçe olarak düzenlenmektedir. Bu anlamda devlet işleri dışında, günlük yaşantıda ve sosyal hayatta başka diller de kullanılabilir. 1982 Anayasası ise 3. maddenin başlığında “resmi dil” ifadesi kullanmasına rağmen hükümde bu ifadeye yer vermemiş ve hükmü “*Dili Türkçedir*” şeklinde düzenlemiştir. Bu noktada söz konusu hükmün Danışma Meclisi'nin kabul ettiği anayasa tasarısında da “Resmi dili Türkçedir” biçiminde yer aldığını belirtmek gerekir. Ancak Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu, “resmi” ifadesini hükümden çıkarmış ve hükme “*Dili Türkçedir*” şeklinde son halini vermiştir. Konsey yapmış olduğu bu değişikliğin gerekçesini “değişik yorumlara sebebiyet verilmemesi için hükmün amacına uygun bir biçimde düzenlendiği” şeklinde açıklamıştır⁹⁷. Hükmün bu şekilde tesis edilmiş olması, 1982 Anayasası'nın yalnızca devlet işlerinde de-

⁹³ ERDOĞAN: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s.161; ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku, s.79.

⁹⁴ 1924 Anayasası'nın 2. maddesinin ilk halinde “*Türkiye Devletinin dini, Din-i İslâmdır; resmî dili Türkçedir; makarrı Ankara şehridir.*” hükmü bulunmaktaydı. 1928 yılında 1222 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle dini İslamdır ifadesi anayasadan çıkarıldı ve madde “*Türkiye Devletinin resmî dili Türkçedir; makarrı Ankara şehridir*” şeklinde düzenlendi. Sonrasında 1937 yılında 3115 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ilgili hüküm “*Türkiye Devleti, Cumhuriyetçi, Milliyetçi, Hâlkçi, Devletçi, Laik ve İnkılâpçı'dır. Resmî dili Türkçe'dir. Makarrı Ankara şehridir*” halini aldı. En son ise 1945 yılında 4695 sayılı Kanunla ilgili hükmün Türkçeleştirildiği belirtilerek “*Türkiye Devleti cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı, devletçi, lâik ve devrimcidir. Devlet dili Türkçe'dir. Başkent Ankara'dır*” düzenlemesine yer verildi.

⁹⁵ 1876 Anayasası'nın 18. maddesine göre “*Tebaaî Osmaniyenin hidematı Devlette istihdam olunmak için devletin lisanı resmisi olan Türkçeyi bilmeleri şarttır.*”

⁹⁶ AKBULUT, Olgun: “Resmi Dil ve Anayasalarda Düzenleniş”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 102, Eylül-Ekim 2012, s.116; ERDOĞAN: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s.161.

⁹⁷ Bkz. http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982anayasas%C4%B1ilkmetin/mgk_01007118ss0450.pdf (erişim tarihi: 25.04.2015).

ğil, hayatın her alanında tatbik etmek istediği tek dilin Türkçe olduğu yönünde yaklaşımları beraberinde getirmektedir. Bu yaklaşımın izlerini anayasanın diğer bazı maddelerinde, kanunlarda ve mahkeme kararlarında da görmek mümkündür.

1982 Anayasası'nın ilk halinde düzenlenen “*Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz*” (m.26/3) ve “*Kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dille yayım yapılamaz*” (m.28/2) hükümleri bu yaklaşımın anayasadaki izlerindedir. Türkçeden başka bir dille düşünce açıklamasına dahi izin vermeyen bu hükümler, Türkçenin resmi dil olmasının sonuçlarından olmayıp⁹⁸, 2001 yılı değişikliği ile anayasadan çıkarılmıştır. Türkçenin resmi dil olmasının sonuçlarından olmayan bir başka hüküm ise 1982 Anayasası'nın hâlâ yürürlükte bulunan 42. maddesinin son fıkrasıdır. Buna göre “*Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez.*” Bu noktada söz konusu hükmün Danışma Meclisi'nin kabul ettiği anayasa tasarısında yer almadığını; Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından anayasaya eklendiğini belirtmek gerekir⁹⁹. Konseyin Anayasa'nın 3. ve 42. maddesinde yapmış olduğu değişiklikler ile yukarıda belirtilen yürürlükten kaldırılmış anayasa hükümleri, Türkçenin resmi dil anlamını aşan bir yaklaşımla anayasada düzenlendiğini ortaya koymaktadır. 1991 yılında yürürlükten kaldırılan 2932 sayılı “*Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun*” ile hala yürürlükte bulunan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda benzer yaklaşımın izleri bulunmaktadır¹⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin ise daha çok parti kapatma ile ilgili kararlarında, Türkçeyi resmi dil olmasını aşan bir şekilde yorumladığı görülmektedir. Mahkemeye göre *Türkçe bireyler arasında yalnızca bir resmi dil olma durumunu çoktan aşmış; ... gerek bireysel, gerekse toplumsal iletişimin sağlanmasında başlıca araç olmuştur. Türkçenin kazandığı bu yaygınlık ve genellik göz önüne alındığında, etnik grupların sahip oldukları yerel dillerin resmi dil yerine genel iletişim ve eğitim dili olarak kullanılması düşüncesi kabul edilemez*¹⁰¹. Başka bir kararında ise Mahkeme “*Dil konusunda, 1961 Anayasası'nın 3. maddesinde*

⁹⁸ ERDOĞAN: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s.161.

⁹⁹ Bkz. http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982anayasas%C4%B1ilkmetin/mgk_01007118ss0450.pdf (erişim tarihi: 25.04.2015).

¹⁰⁰ 2932 sayılı Kanunun 2. maddesi ve 2820 sayılı Kanunun 81. maddesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Ayrıca bkz. ERDEM: 1982 Anayasasının Analizi, s.314-315.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, 26.02.1999 tarih ve E. 1997/2 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1999/1 sayılı karar, AMKD, Sayı 37, Cilt 2, s.751.

“Resmî dili Türkçedir” tümcesi yer alırken, bu hüküm Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu’nca, “Değişik yorumlara sebebiyet verilmemesi için”, “Dili Türkçedir” biçimine dönüştürülmüştür. Yapılan değişikliğin Türkçenin yalnızca bir resmî dilden ibaret olduğu yolundaki yorumları haksız çıkarmayı amaçladığı anlaşılmaktadır”¹⁰² ifadelerine yer vermiştir. Buradan anlaşıldığı üzere Mahkeme, Türkçeyi sadece devletin resmi dili olarak değil, herkesin dili olarak kabul etmektedir¹⁰³.

Kanaatimizce dil konusundaki bu yaklaşım sivil ve demokratik yeni anayasa da terk edilerek, Türkçe devletin “resmi dili” olarak düzenlenmelidir. Ayrıca Anayasanın diğer maddelerinde Türkçenin resmi dil olmasını aşan düzenlemeler bulunmamalıdır. Bu anlamda 1982 Anayasası’nın 42. maddesinin son fıkrasında bulunan hüküm yeni anayasada yer almamalıdır. Anadilde eğitim hakkı ile ilgili tartışmaların odağında yer alan söz konusu hükmün yeni anayasa da bulunmaması, anayasanın bu konuda yasaklayıcı bir tutum takınmaması açısından oldukça önemlidir. Buna ek olarak yeni anayasanın resmi dil dışındaki dillerde eğitimin yapılma esaslarının kanunla düzenleneceğini belirtmesi ve işi kanun koyucuya bırakması anadille ilgili talepler hakkında anayasal bir engelin bulunmadığını ortaya koymak bakımından düşünülebilir. Ancak bizce, demokratik anayasanın bir adım daha ileri giderek Türkiye’de yaşayan farklı kültürlerle sahip insanların anadilleri ile ilgili haklarını teminat altına alması gerekmektedir¹⁰⁴. Kuşkusuz bu durum, resmi dil olan Türkçenin öğrenilmesi ve öğretilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır¹⁰⁵.

5. Hükümet Sistemi

Yeni anayasada hükümet sistemi ile ilgili tartışmalar, başkanlık sistemine geçilip geçilmeyeceği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu tartışmaların temelini oluşturan ve başkanlık sistemi lehine ileri sürülen en önemli argüman, siyasi tarihimizin istikrarsız hükümetlerle dolu olmasıdır. Gerçekten de parlamenter sistemi benimsediğimiz 1961 Anayasası’ndan, 2002 yılına kadar 32 hükümet kurulmuş, koalisyon dönemlerinde hükümetler, görev sürelerini tamamlamadan erken seçime gidilmek zorunda kalmıştır. Bu durum görev süresi 1,5

¹⁰² Anayasa Mahkemesi, 16.07.1991 tarih ve E. 1990/ 1(Siyasî Parti Kapatma), K. 1991/1 sayılı karar, AMKD, Sayı 27, Cilt 2, s.955-956.

¹⁰³ **AKBULUT:** s.125.

¹⁰⁴ Ayrıca bkz. **KENTEL/ KÖKER/ UÇUM/ GENÇ:** s.35; **ÇOŞKUN:** s.87; **İNCEOĞLU, Sibel:** “Eğitimde Anadilin Yeri: Uluslararası Belgeler ve Yeni Anayasa” , Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul 2013, s.163; **YOKUŞ:** s.223-226.

¹⁰⁵ **ÇOŞKUN:** s.86.

yıldan daha az olan hükümetlerin ortaya çıkmasına, ülkenin sürekli seçim atmosferine girmesine ve krizlere neden olmuştur. Tek partinin iktidarda olmadığı dönemlerde, parlamenter sistem deneyiminin istikrarsızlıkla sonuçlandığını gösteren bu tarihsel gerçeklik, başkanlık sistemini savunmak bakımından haklı bir sebeptir, ancak yeterli değildir.

Zira anayasalarımıza bakıldığında yüzyılı aşkın süredir, ülkemizde parlamenter sistemin veya parlamenter sisteme uygun olarak iki başlı yürütmenin olduğu (veya başkanlık sistemi ve tek başlı yürütmenin olmadığı) görülmektedir¹⁰⁶. Bu anlamda ilk olarak, 1876 Anayasası’nda 1909 yılında yapılan değişiklikle¹⁰⁷ Padişah karşısında yürütmenin asli unsuru Bakanlar Kurulu haline gelmiş ve böylece parlamenter sistem benimsenmiştir¹⁰⁸. 1921 Anayasası, yasama ve yürütme yetkilerinin Meclis’te toplandığı meclis hükümeti sistemini kabul etse de 1923 yılında yapılan değişiklikle bu sistemden uzaklaşmıştır. Söz konusu değişiklik, Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık makamı oluşturarak, ilerleyen yıllarda kabul edilecek parlamenter sistemin adımlarını atmıştır¹⁰⁹. 1924 Anayasası, parlamenter sistemin özelliklerini de taşıyan karma bir sistem benimsemiştir¹¹⁰; nihayet 1961 ve 1982 Anayasası ise hükümet sistemi olarak parlamenter sisteme yer vermiştir¹¹¹.

Buraya kadarki açıklamalar, büyük ölçüde siyasi istikrarsızlıkla sonuçlan- sa da uzun bir parlamenter hükümet sistemi deneyimimiz olduğunu ortaya koymaktadır. Kanaatimizce bu deneyim, yeni anayasada başkanlık sistemi ile ilgili tartışmalarda göz önünde bulundurulmalı ve başkanlık sistemine ilişkin değerlendirmeler yalnızca siyasi istikrar üzerinden yapılmamalıdır. Önemli

¹⁰⁶ **DÖNER, Ayhan:** “Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013, s.878; **TURHAN, Mehmet:** “Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi Tartışmaları”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012, s.69.

¹⁰⁷ 1876 Anayasası’nın ilk halinde, yürütme organı Padişah ve Bakanlar Kurulu olarak ikili bir yapıda düzenlemesine rağmen, sistem üzerindeki tek etkili kişi Padişah’tı. Bu durum 1876 Anayasası’nın ilk halinde benimsenen hükümet sisteminin tam anlamıyla bir parlamenter sistem olmadığını ortaya koymaktadır. Bkz. **GÖZLER:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.18; **TANÖR:** Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s.143.

¹⁰⁸ **GÖZLER:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.21; **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.27; **DÖNER:** s.877.

¹⁰⁹ **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.29-31; **DÖNER:** s.877.

¹¹⁰ **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.31; **GÖZLER:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.31; **DÖNER:** s.877.

¹¹¹ Ancak 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin kabul edilmesi ve 1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanına geniş yetkilerin tanınması beraber değerlendirildiğinde parlamenter sistemden sapmalar meydana geldiğini kabul etmek gerekir. Bkz. **ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, s.354-355; **GÖZLER:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.299-301.

olan sistemin demokratik bir hukuk devletinin sahip olması gereken unsurları taşıyıp taşımadığıdır¹¹². Bu noktada özellikle yasama ve yürütme arasında denetleme araçlarının sağlam bir şekilde kurulabilmesi ve etkili denge ve fren mekanizmalarının benimsenmesi gerekmektedir. Diğer yandan dünyada başkanlık sistemini başarıyla uygulayan ülkeler olduğu kadar, sistemin başarısızlıkla sonuçlandığı ülkeler de bulunmaktadır. Bu durumun ortaya çıkmasında başkanlık sisteminin uygulandığı ülkenin şartları ve kendi dinamiklerinin büyük etkisi olmuştur. Dolayısıyla yeni anayasada başkanlık sistemine ilişkin değerlendirmelerin belirli bir ülkenin sisteminin benimsenmesi suretiyle değil, kendi ülkemizin gerçekleri göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir. Sivil ve demokratik yeni anayasada, bu çerçevede oluşturulacak bir başkanlık sistemine olumlu bakılabilir.

6. Din-Devlet İlişkileri

Yeni anayasada din-devlet ilişkilerinin nasıl olacağı ile ilgili tartışmalar, 1982 Anayasası'nın benimsemiş olduğu, laiklik anlayışına dayanmaktadır. Bu anlayışın ne olduğunu, anayasaya, mahkeme kararlarına ve uygulamalara nasıl yansıdığına geçmeden önce laikliğin temel unsurlarını kısaca ortaya koymak gerekir. Laikliğin ilk unsuru, inanç ve ibadet hürriyetini de içine alan din hürriyeti; ikinci unsuru din ve devlet işlerinin ayrılığı olarak belirtilebilir¹¹³. Din ve devlet işlerinin ayrılığı da devletin dinden bağımsızlığı ve dinin devletten bağımsızlığı şeklinde iki boyutlu olarak ele alınabilir¹¹⁴.

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde laik devlet ilkesi benimsenmiş ve 24. maddesinde ise laikliğin unsurlarından olan din ve vicdan hürriyetine yer verilmiştir. Bunun dışında anayasanın birçok yerinde doğrudan veya dolaylı olarak laiklikle ilgili ifadeler bulunmaktadır¹¹⁵. Bu durum 1982 Anayasası'nın laikliğe özel önem verdiğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Anayasanın laiklik anlayışı, laikliğin unsurları göz önünde bulundurulduğunda çeşitli yönleriyle sorunludur. Her şeyden önce anayasa, devletin dinden bağımsızlığı konusunda katı bir tutum sergilemiş; bu tutum ise dinin kamusal alandan dışlanmasına

¹¹² ZENGİN, Mehmet Ali: “Hükümet Sistemi Konusunda Kendi Modelimizi Geliştirebilmek Üzerine Düşünceler”, Yeni Türkiye (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı), Sayı 51, Mart-Nisan 2013, s.336.

¹¹³ ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku, s.79; GÖZLER: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.65.

¹¹⁴ ERDOĞAN: Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s.171; ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku, s.82.

¹¹⁵ 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmının 5. paragrafı, 13, 14, 68, 81, 103, 136 ve 174. maddelerinde doğrudan “laik” veya “laiklik” ifadeleri geçmektedir. Bunun yanında Anayasa, başlangıç kısmı ve bazı maddelerinde (m.42 ve 58 gibi) Atatürk ilke ve inkılaplarından bahsetmek suretiyle dolaylı olarak laikliğe de gönderme yapmıştır.

yönelik aşırı bir hassasiyet olarak anlaşılabilir¹¹⁶, din ve vicdan hürriyetine aykırı uygulamalar ve mahkeme kararlarının ortaya çıkarmasına neden olmuştur. Bunun en büyük örneği herhangi bir anayasal engel bulunmamasına rağmen yakın zamana kadar süren başörtüsü yasağına ilişkin uygulamalar ve bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarıdır¹¹⁷.

1982 Anayasası, devletin dinden bağımsızlığı konusunda sergilediği katı tutumu, dinin devletten bağımsızlığı konusunda göstermemiştir. Bunun en önemli kanıtı Anayasanın 136. maddesinde genel idare içinde düzenlenen ve laiklik ilkesi doğrultusunda görevlerini yerine getireceği belirtilen, Diyanet İşleri Başkanlığı'na yer verilmiş olmasıdır. Ayrıca Anayasanın 24. maddesinin 4. fıkrasında din ve ahlâk eğitim ve öğretiminin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı; din kültürü ve ahlâk öğretiminin ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler, sınırları devlet tarafından belirlenen ve sıkı bir denetime tabi

¹¹⁶ ERDEM: 1982 Anayasasının Analizi, s.49.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi 1989 yılında vermiş olduğu bir kararında Yükseköğretim kurumlarında başörtüsü serbestliğini içeren düzenlemeyi iptal ederken şu ifadeleri kullanmıştır: “Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez... İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan lâik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklere sağlanıp sürdürülmesi benimsenemez.” Bkz. 07.03.1989 tarih ve E. 1989/ 1, K. 1989/12 sayılı karar, AMKD, Sayı 25, s.147-149. Anayasa Mahkemesi, benzer tutumunu 2008 yılında tekrarlamış ve Yükseköğretim kurumlarında başörtüsü serbestliği getiren düzenlemeyi laikliğe aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre “Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. ... Bu nedenle çağdaş demokrasiler, ... din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaştırmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.” Bkz. 05.06.2008 tarih ve E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı karar, AMKD, Sayı 45, Cilt 2, s.1235. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi yakın tarihte vermiş olduğu kararla laiklik anlayışını değiştirmiştir. Bu kararında Mahkeme, dinin bireysel boyutunun yanında toplumsal ve kamusal yönünün de bulunduğunu, laik bir sistemde dini konulardaki bireysel tercihlerin ve yaşam tarzının devletin koruması altında olduğunu, devletin bunlara müdahale edemeyeceğini, laiklik ilkesinin din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olduğunu ifade etmiştir. Bkz. 20.09.2012 tarih ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı karar, RG, 18.04.2013, Sayı 28622.

tutulmuş dinin toplumda yaygınlaştırılmaya çalışılmasının görünümüdür¹¹⁸. Bu durum 1982 Anayasası’nda dinin devletten bağımsız olmadığını ortaya koymaktadır¹¹⁹.

Buraya kadarki açıklamalara göre 1982 Anayasası, dini kontrol altında tutan, bir laiklik anlayışına sahiptir¹²⁰. Kanaatimizce bu anlayış yeni anayasada terk edilmeli; din ve vicdan hürriyeti, kişinin dinini yaşama hakkını da içine alacak şekilde düzenlenmelidir. Ayrıca dinin, devletten bağımsızlığını sağlamaya yönelik bazı adımlar atılmalıdır. Bu anlamda din eğitimi ve öğretiminin devletin gözetimi ve denetimi altında yapılacağına ilişkin bir hükme yeni anayasada yer verilmemelidir. Bunun yerine Özbudun taslağında belirtilen “Devlet, eğitim ve öğretim alanındaki görevlerini yerine getirirken, eğitim ve öğretimin ana ve babanın dinî ve felsefî inançlarına göre yapılmasını isteme hakkına riayet eder” şeklindeki düzenleme isabetli olacaktır. Zira böyle bir düzenlemede, din eğitimi ve öğretimi bakımından devlet tek yetkili değil, gelen talepler doğrultusunda yükümlülükte bulunan konumundadır. Sadece belli bir dinin gereklerinin özümsetme amacı taşımayan, ahlaki ve kültürü anlatan din kültürü ve ahlâk öğretiminin zorunlu olmasında ise herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Kanaatimizce Anayasa’nın 136. maddesinde Diyanet İşleri Başkanlığı’nın bütün siyasî görüş ve düşüncülerin dışında kalarak görevini yerine getireceğinden bahsediliyorsa da genel idare içinde yer alan ve merkezle arasında hiyerarşi olan bir kurumun bunu sağlaması oldukça güçtür. Başgil’in de ifade ettiği gibi “İslam mabedi politikanın koltuğu altında ve politikacıların hizmetinde kalmaya devam ettikçe daha da çok fakirleşmeye mahkûmdur. Bu vaziyetten kurtulmak ve böyle bir mahkûmiyete düşmemek için İslam mabedinin tutması lazım gelen tek yol muhtariyet ve politika karşısında bitaraflıktır¹²¹”. Bu anlamda yeni anayasada Diyanet İşleri Başkanlığı, idari ve mali açıdan devletten bağımsız, özerk bir yapıya kavuşturulmalıdır.

V. SONUÇ YERİNE

Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun yeni anayasa ile ilgili çalışmalarında başlangıç kısmı, değiştirilemeyecek hükümler, vatandaşlık, dil, hükümet sistemi,

¹¹⁸ ERDEM: 1982 Anayasasının Analizi, s.51.

¹¹⁹ ERDOĞAN: Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s.177; ÖZBUDUN: Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, s.106; GÖZLER: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.70.

¹²⁰ ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku, s.86; ERDEM: 1982 Anayasasının Analizi, s.49.

¹²¹ BAŞGİL, Ali Fuat: “Din Hürriyeti, Türk Anayasası’nın 75. Maddesi Üzerinde Etüd” s.194 (dipnot), http://www.libertedownload.com/ldt/din%20hurriyeti/Ali_Fuat_Basgil.pdf (erişim tarihi: 30.04.2015).

din-devlet ilişkileri gibi konular yukarıda da değinildiği gibi üzerinde uzlaşılması zor konular olarak dikkat çekmektedir. Tartışmalar, bu konuların anayasada nasıl düzenleneceği ile bir kısmının anayasada düzenlenip düzenlenmeyeceği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Hükümet sistemi ile ilgili tartışmalar bir kenara bırakılırsa, bu konuların 1982 Anayasası’nda, anayasanın benimsemiş olduğu ideolojik tercihe uygun olarak düzenlendiği görülmektedir. 1982 Anayasası’nın tek bir ideolojiye dayanması sorunlu noktalarından birisi olduğundan, bu konuları düzenleyen anayasa hükümlerinde herhangi bir değişikliğin yapılmamasını savunmak veya bu konulara ideolojik yaklaşıma devam etmek yeni anayasa hedefini anlamsız hale getirecektir. Zira sivil ve demokratik yeni anayasa, ideolojik açıdan tarafsız ve her ideolojiye eşit mesafede olmalıdır. Bu durum söz konusu konuların, anayasada yer alması halinde ideolojik tartışmalardan uzak bir biçimde düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Toplumun sivil ve demokratik bir anayasa beklentisi devam etmektedir. Bu durum önümüzdeki günlerde tekrar yeni bir anayasa yapım sürecine girilebileceğini ve benzer sorunlarla karşılaşılabilirliğini ortaya koymaktadır. Bu noktada öncelikle tüm sorunların yegâne çözüm yerinin yeni anayasa olduğu şeklindeki anlayıştan uzak durulmalıdır. Elbette ki yeni anayasa, 1982 Anayasası’ndan kaynaklanan bazı sorunların ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler içerecektir. Ancak tüm sorunları yeni anayasa ile çözmeye kalkışmak; sorunların, anayasa hedefinin önüne geçmesine neden olmaktadır. Bu anlamda yeni anayasanın yapımı sürecinde, tüm talepleri anayasa üzerinden gerçekleştirmekten ve tüm sorunları anayasa üzerinden tartışmaktan vazgeçilmelidir¹²². Bu noktada, tartışmalı ve üzerinde uzlaşılması mümkün olmayan meselelerin anayasada yer almaması bir çözüm önerisi olarak ileri sürülebilir¹²³. Ancak bu durumun da birtakım problemlere yol açmaması için yeni anayasanın yapımını beklemeden, toplumsal gerçekliği dikkate alarak ve gerekirse kanun değişikliği yoluyla uzlaşılması sorunlu konularda düzenlemeler yapılmalıdır. Örneğin yakın zamanda yaşanan üniversitelerdeki başörtüsü sorununun çözümü kanun değişikliğine dahi ihtiyaç duyulmadan gerçekleştirilmiştir¹²⁴. Böylece sorun olabilecek önemli meseleler çözüme kavuşacak ve anayasa yapım sürecinin yükü azaltılacaktır.

Bununla birlikte toplumun farklı kesimleri arasında uzlaşmazlığın bulunduğu ve mutlak surette anayasada yer alması gereken meseleler de bulunmakta-

¹²² EREN: s.247.

¹²³ ÖZBUDUN: Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, s.64.

¹²⁴ ÖZBUDUN: Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, s.65.

dır. Örneğin anayasanın birçok maddesini doğrudan etkileyen hükümet sistemi meselesinin anayasada yer almaması suretiyle çözülmesi düşünülemez. Bu gibi meselelerin çözümü için ise uzlaşma kavramına yüklenen anlamın değiştirilmesi gerekmektedir. Uzlaşmanın mutlak olarak değil, olabildiğince geniş ve oybirliğine en yakın şekilde gerçekleşmesi aranmalıdır¹²⁵.

Son olarak, Komisyon’un çabalarını ve geçen iki yıllık süreyi bir kayıp olarak görmemek gerekir. Komisyon’un çalışmaları, Meclis’te temsil edilen ve grubu olan tüm siyasi partilerin ilk defa bir araya gelerek, yeni bir anayasa konusunda çaba göstermeleri bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle önümüzdeki süreçte yeni anayasa ile ilgili çalışmalarda uzlaşılan maddelerden ve Komisyon’un deneyiminden muhakkak yararlanılmalıdır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

AKBULUT, Olgun: “Resmi Dil ve Anayasalarda Düzenlenişi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 102, Eylül-Ekim 2012.

ARSLAN, Zühtü: “Yeni Anayasa Türkiye’nin Bitmeyen Senfonisi”, BİLGESAM Raporu No:11.

BARIN, Taylan: Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

BAŞGİL, Ali Fuat: “Din Hürriyeti, Türk Anayasası’nın 75. Maddesi Üzerinde Etüd”, http://www.libertedownload.com/ldt/din%20hurriyeti/Ali_Fuat_Basgil.pdf (erişim tarihi: 30.04.2015).

BATUM, Süheyl: 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

BİLİR, Faruk: Yeni Anayasa Yeni Mutabakat; Anayasanın Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

COŞKUN, Vahap: “Anayasa ve Kürt Meselesi”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012.

ÇİÇEK, Cemil: “Anayasayı Değiştirme İradesinden Yeni Anayasa Yapma İradesine Bir Zihniyet Değişimi: Neden Yeni Anayasa?”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013.

¹²⁵ **GÖNENÇ:** Anayasa Yapımı, s.4.

DÖNER, Ayhan: “Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013.

ERDEM, Fazıl Hüsnü: “Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012.

ERDEM, Fazıl Hüsnü: 1982 Anayasasının Analizi, Orion Kitabevi, Ankara 2012.

ERDOĞAN, Mustafa: “Yeni Anayasa: Yol Haritası”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012.

ERDOĞAN, Mustafa: Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 6.Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2009.

EREN, Abdurrahman: “Yeni Anayasa Çıkmazında Çözüm Halkın Hakemliğidir”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013.

European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Three Legal Questions Arising In the Process of Drafting the New Constitution of Hungary, Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011), Opinion no. 614/2011, CDL-AD(2011)001, Strasbourg, 28 March 2011. [http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)001-e) (erişim tarihi: 01.02.2015).

GÖNENÇ, Levent: Anayasa Yapımı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2011.

GÖNENÇ, Levent: Türkiye’de Katılımlı Anayasa Yapımına Doğru, TEPAV Politika Notu, Ocak 2011. http://www.tepav.org.tr/upload/files/1295894283-7.Turkiye_de_Katilimli_Anayasa_Yapimina_Dogru.pdf (erişim tarihi: 03.02.2015).

GÖZLER, Kemal: 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı, Cilt 19, 2002.

GÖZLER, Kemal: “Halkoylamasının Değeri”, AÜHFED, Cilt XL, Sayı 1-4, 1988.

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2010.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: “Türkiye’nin Anayasa Sorunu ve Yeni Anayasanın Hazırlanması Sürecine İlişkin Notlar”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013.

HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan: “Türkiye’nin Yeni Anayasa Yapmaya Neden İhtiyacı Var?”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013.

<http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/calismaesaslari.aspx>, (erişim tarihi: 05.02.2015).

http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982anayasas%C4%B1ilkmetin/mgk_01007118ss0450.pdf (erişim tarihi: 25.04.2015).

https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (erişim tarihi: 25.04.2015).

İNCEOĞLU, Sibel: “Eğitimde Anadilin Yeri: Uluslararası Belgeler ve Yeni Anayasa”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul 2013.

KARAGÖZ, Kasım: “Yeni Anayasada Değiştirilemez Hükümler Sorunu”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013.

KENTEL, Ferhat/ KÖKER, Levent/ UÇUM, Mehmet/ GENÇ, Özge: “Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 2: Şubat-Haziran 2012”, TESEV Demokratikleşme Programı.

KÖKER, Levent: “Demokratik ve Sivil Anayasa İçin Öneriler”, Yeni Şafak Gazetesi, 30.07.2007.

KUZU, Burhan: “Anayasa Yapım Süreci ve Neden Başkanlık Sistemi?”, Yeni Türkiye (Yeni Anayasa Özel Sayısı), Sayı 50, Ocak-Şubat 2013.

KÜÇÜK, Adnan: “Yeni Anayasa İçin Önerilerim”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012.

KÜÇÜK, Adnan: “Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin ‘Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler’le Bağlanması”, Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3, İstanbul 2012.

ÖZBUDUN, Ergun/ GENÇKAYA, Ömer Faruk: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anayasa Yapımı Politikası, Doğan Kitap, İstanbul 2010.

ÖZBUDUN, Ergun: 1921 Anayasası, Ankara 1992.

ÖZBUDUN, Ergun: Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

ÖZBUDUN, Ergun: Türkiye’de Demokratikleşme Süreci; Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.

ÖZSOY, Şule: 1982 Anayasası'nın Yapım Süreci, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

SANCAR, Mithat: “Hukuk Devleti İçin Sivil Anayasa”, Yeni Şafak Gazetesi, 16.07.2007.

SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11.Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997.

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.

TANÖR, Bülent: İki Anayasa; 1961-1982, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1994.

TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 25.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.

TUNAYA, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 5.Baskı, Ekin Yayınları, İstanbul 1982.

TURHAN, Mehmet: “Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi Tartışmaları”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012.

YAYLA, Atilla: “Anayasa ve Devletin Sınırlanması”, Liberal Düşünce, Sayı 66, Bahar 2012.

YAZICI, Serap: Türkiye’de Askeri Müdahaleler ve Anayasal Etkileri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 1995.

YOKUŞ, Sevtap: Türkiye’de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

ZENGİN, Mehmet Ali: “Hükümet Sistemi Konusunda Kendi Modelimizi Geliştirebilmek Üzerine Düşünceler”, Yeni Türkiye (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı), Sayı 51, Mart-Nisan 2013.

**ULUSAL VE ULUSLARARASI YARGI İÇTİHATLARI
ÇERÇEVESİNDE SAVUNMA İÇİN YETERLİ ZAMAN VE
KOLAYLIKLARA SAHİP OLMA İLKESİ
(İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ M.6/3-B)**

*In the Light of National and International Judicial Precedents Principle of
Having Adequate Time and Facilities for the Preparation of Defence
(ECHR art. 6/3-b)*

Burak POLAT*

ÖZET

Bu çalışmada gerek Yargıtay kararları gerekse İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları incelenerek ceza usul hukukunun adil yargılanma hakkı bağlamında önemli bir kurumu olan savunma hakkı ile bunun hakkıyla sağlanması için getirilen kolaylıklar ve kısıtlamalar ele alınmış; esas olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinin 3-b fıkrası temel alınmış ve bu ilkenin pozitif hukukumuzdaki karşılıklarıyla mukayeseli bir inceleme ortaya konmuştur. Anılan ilkenin unsurları ayrı ayrı incelenerek her bir unsurun açıklaması İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla netleştirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca buna ilaveten uluslararası hukuk kurallarının hukukumuzdaki bağlayıcılığının pozitif ve yaşayan hukuk açısından öz bir değerlendirmesi yapılmıştır. Sonuç bölümünde ise temel alınacak uluslararası hukuk içtihatlarının nasıl yorumlanması gerektiği, bunların bağlayıcılığı ve savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma ilkesinin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma, Savunma Hakkı, Yeterli Zaman, Kolaylık

ABSTRACT

In this study it is intended to take a closer look to the right to defence which is very important part of right to a fair trial, and conveniences and restrictions imposed on it by examining Turkish Supreme Court and European Court of Human Rights Precedents. Essential structure of this study based on European Convention on Human Rights article 6/3-b and its provision in Turkish domestic law. Every element of this article was examined one by one according to European Court of Human Rights Precedents to reach a clear explanation. In addition to that bindingness of international law in domestic law was mentioned briefly. In conclusion, it was tried to reach that how the international law should be interpreted, its bindingness and how the principle of having adequate time and facilities for the preparation of defence should be understood.

* Adalet Bakanlığı, Hakim. mot_polat@gmail.com

Keywords: Fair Trial, Right to Defence, Adequate Time, Convenience, Bindingness



1. GİRİŞ

Savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı ülkemizin de taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6/3-b’de düzenlenen ve adil yargılanma hakkının bir parçası olan önemli bir haktır. Zira bir ceza yargılamasında iddia makamına verilen imkanlar kadar savunma makamı da güçlendirilmelidir ki gerçeğe sağlıklı bir şekilde ulaşılabilin. Savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma ilkesinin düzenlendiği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6.maddesi genel olarak adil yargılanma hakkını düzenlemiştir. Buna göre bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma, alenilik, masumiyet karinesi, müdafî temini, tercüman yardımı gibi hususlar ise adil yargılanma ilkesinin diğer unsurlarını oluşturur. Her ne kadar uluslararası bir sözleşme olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi usulüne uygun olarak onaylanıp iç hukukun bir parçası haline getirilmişse de adil yargılanma ve savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma ilkesi ile ilgili gerek Anayasa m.36 ve 38’de gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu’nun m. 151/2,153,154, Avukatlık Kanunu 2 ve 46. maddeleri ile ilgili yönetmeliklerle çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemelerin ayrıntılı tahliline geçmeden önce ele aldığımız İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde düzenlenmiş bu ilkenin bizi neden ilgilendirdiğine değinmek gerekir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin tartışma konumuz olmasının öncelikli ve en önemli sebebi Anayasa’nın 90.maddesi gereğince anılan sözleşmenin usulüne uygun olarak onaylanarak iç hukukun bir parçası haline getirilmesidir. Fakat kanaatimizce asıl tartışılması gereken iç hukukun bir parçası haline getirilen bu normun ulusal normlar içindeki hiyerarşik konumudur. Anayasa 90/5 maddesi kısmen de olsa bu soruna bir yanıt getirmektedir. Buna göre uluslararası antlaşmalar kanun gücünde olacak ve fakat Anayasa’ya aykırılıkları öne sürülemez; ancak bu antlaşma temel hak ve özgürlükleri düzenlemekte ve kanunla çatışma halinde ise bu antlaşma hükümlerine öncelik tanınacaktır. Bu yöndeki bir düşünceye göre uluslararası sözleşmelerin asıl konumu yasa ile eşit olmalarıdır. Ancak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ise yasaların üstünde ve fakat Anayasa’nın altında yer almaktadır.¹ Genel kabul gören

¹ Nur Centel, Hamide Zafer , *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, 9.Baskı s. 33, Öğretideki görüşlerin ayrıntısı için bkz. İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul, Afa Yayınları, 1999 5.Baskı s.148 vd.

görüş ve uygulama uluslararası antlaşmaların tali nitelikte tatbikidir. Bunun istisnası ise biraz önce bahsedilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmalardır. Fakat kaynak olmak bakımından usulüne uygun olarak onaylanmış bulunan uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde olacağından hakim bunu hükmüne dayanak yapabilir, usulüne uygun şekilde onaylanarak iç hukukun bir parçası haline getirilmemiş antlaşmalar ise doğrudan hükmün dayanağı olamayıp sadece yardımcı kaynak olabilir.²⁻³ Bu konuda daha radikal bir görüş ise sözleşmenin herhangi bir kanun hükmünde olduğudur.⁴ Ancak kanaatimizce bir ülkenin bir uluslararası antlaşmayı onaylarak iç hukukunun bir parçası haline getirmesi öncelikle onun en azından kanun gücünde olup diğer kanunlar gibi resen uygulanması gerektiğini ifade eder. Ancak daha da ileri gidersek uluslararası antlaşmaların dünya milletlerini birbirine entegre etme ve ulusal kanunlar üstünde genel bir üst norm yaratma çaba ve amacı dikkate alındığında sadece temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmaların değil ve fakat kabul edilen diğer bütün uluslararası antlaşmaların ulusal kanunlara göre öncelikle uygulanması gerekmekte ve hatta bunun anayasa hükümlerini kapsar şekilde düşünülmesi gerekmektedir.⁵ Uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesinin bu hükümlerin anayasa hükümlerinden normlar hiyerarşisinde daha alt seviyede olduğuna gerekçe gösterilmesi bizce hatalıdır; zira bu hüküm pratik mülahazalarla sevk edilmiş bir hükümdür. Buna göre en azından ulusal anayasaların kabul edilen uluslararası antlaşmalara göre revize edilmesi düşünülmelidir. Bu minvalde uluslararası antlaşmaların niteliğiyle ilgili genel kabul gören görüşe kısmen de olsa, katılmıyoruz.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin niteliğiyle ilgili bu tartışmalardan sonra anılan sözleşme ve sözleşmenin çalışmamıza konu 6/3-b maddesi öncelikli

² A.g.e, s.32, aynı yönde Bkz. Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe , *Ceza Muhakemesi Hukuku* , Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, 5. Baskı s.99. Burada yazarlar zaman bakımından uygulanma sorununa da değinerek 'bir ceza muhakemesi hükmünün uluslararası antlaşmadan sonra yürürlüğe girmiş olması durumunda da bu ikisi arasında farklılık varsa uluslararası antlaşma hükümlerine öncelik tanınacaktır.' demişlerdir.

³ Faruk Erem ise milli kanun ile uluslararası antlaşma arasındaki çatışma durumunda çözümün iki kanun arasındaki çatışma durumundaki kurallarla çözüleceğini' belirterek uluslararası antlaşmaları kanun seviyesinde görmüş fakat 'Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyecek bir antlaşmanın diğer bir kanunla çatışması halinde genel kurallara göre neticeye varılmasının izahsız kaldığını' belirterek bu durumun muğlak olduğuna vurgu yapmıştır. Bkz. Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, 5.Baskı, s.37

⁴ Faruk Erem, 'Ceza Adaleti Açısından İnsan Hakları Sözleşmesi', *Todaie İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:2, Sayı:1, s.35

⁵ Aynı yönde bkz. Gülmez Yüzbaşıoğlu, Aktaran. Kaboğlu, **a.g.m**, s. 150

olarak uygulanması gereken norm olarak kabul edilecek; bu normun unsurları olan gerekli zaman ve kolaylık ifadelerinin ne anlam ifade ettiği yargı ictihatlarıyla tartışılacaktır. Gerçekten de ilk olarak zaman kavramı anlam olarak muğlak ve kapalı olmasa da her somut olaya göre uygunluğunun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir; ikinci olarak kolaylık kavramının içine girebilecek dosya hakkında bilgi sahibi olma, dosyayı inceleyip örnek alma, müdafii seçme ve atanması, duruşma yapılması ve bilgilendirme gibi hususlar ve bu hususlar ile ilgili ortaya çıkan sorunlar çalışmamızın ana iskeletini oluşturacaktır.

2. Genel Olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Madde 6/3-b

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/3-b maddesi hükmü

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

...

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

şeklinde dir. Hükümle ilgili isabetli bir kanıya varmak için öncelikle hükmün unsurlarını ayrı ayrı incelemek ve hükmün uygulama alanını tespit etmek gerekmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurunun temel şartı iç hukuk yollarının tamamen tüketilmiş olmasıdır. Ancak *Asadbeyli ve Diğerleri Azerbaycan'a karşı* davasında görüleceği üzere İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu durumu da amaca uygun olarak yorumlamış, davada davalı hükümetin başvuru sahiplerinden bazılarının gerekli ulusal yargı yollarını tüketmeden başvuru yaptığı gerekçesiyle başvurularının reddi talebine karşılık "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi koruma altına alınan hakların sadece teorik ve hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili biçimde koruma altına alındığını ve mahkemenin görünüşün ardına bakarak olayın iç yüzünü araştırmak durumunda olduğu" gerekçesiyle hükümetin bu talebini reddetmiştir. Zira anılan davada davanın çok sayıdaki sanığının aynı olayla ilgili olarak yargılanıyor olmasına karşın pratik olmayacağı gerekçesiyle davalar ayrılmış ve fakat bütün davalar hemen hemen aynı yargıçlar tarafından aynı deliller ve soruşturma dosyası üzerinden yürütülmüştür. Bu nedenle mahkeme "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 35/1 maddesinin belirli bir esneklik ve aşırı formalizmden uzak olarak, başvuru sahiplerinin durumlarının bir bütün halinde değerlendirmek gerektiğini"⁶

⁶ *Asadbeyli ve Diğerleri Azerbaycan'a Karşı*, Karar Tarihi: 11/03/2013 , Başvuru No: 3653/05,

ortaya koymuş ve kabul edilebilirliğe ilişkin itirazı reddetmiştir. Burada amaç İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin sunduğu şart ve hakların, öngördüğü amacı bertaraf edecek şekilde yorumlanarak dolanılmasını engellemektir. Asadbeyli ve Diğerleri Azerbaycan'a karşı davasında da hükümet başvuru-cunun talebini akim bırakmak maksadıyla iç hukuk yollarının tüketilmediğini öne sürmüş ve fakat mahkeme, haklı olarak, davalının kendi kusuruyla ortaya çıkan bu durumu kendi lehine kullanmasına izin vermemiştir. Sözleşme madde 6/3'ün ilk fıkrasında belirtildiği üzere bu hükmün uygulanabilmesi için ilk şart ihlal iddiasına konu davanın bir ceza davası olmasıdır.⁷ Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Albert – Le Compte Belçika'ya Karşı*⁸ davasında başvurucuların karşı karşıya oldukları soruşturmanın bir disiplin soruşturması olması nedeniyle incelemeye konu olmayacağını belirtmiştir. Adı geçen davada tabip odası tarafından haklarında sahte reçete düzenlemek ve usulsüz reklam yapmaktan soruşturma açılan doktor Albert ve doktor Le Compte iki yıl meslekten men cezası almışlardır. Her iki başvuru da adil yargılanma hakkı çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuş ancak haklarında yürütülen soruşturmanın bir disiplin soruşturması olması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6/3-b'nin ancak ceza davalarında uygulanabileceği gerekçesiyle başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır. Bu durum Mahkeme'nin ülkelere göre farklı tutum takındığı kanısını uyandırmaktadır. Fakat bu tartışmalara girmeden şunu söylemek gerekir ki anılan maddenin getirilmesindeki amaç cezai bir tehditle karşılaşan kişinin genelde adil olarak yargılanma özelde ise savunma için yeterli imkana sahip olmasını sağlamaktır. Albert ve Le Compte Belçika'ya Karşı davasında ise yaptırımın disiplin yönü ağır basıp, olası yan sonuçları açısından cezai sonuçlar doğurma ihtimali karşısında davanın kabul edilebilirlik açısından reddedilmesi bizce tartışmalıdır. Zira bu durumun çok kesin olduğunu söylemek güçtür. Çünkü İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir başka dava olan *Campbell ve Fell Birleşik Krallık'a Karşı*⁹ davasında başvurucuların kaldığı hapisanede çıkan olaylar sonucu yapılan disiplin soruşturmasının aslında bir ceza davası süreci olduğunu ve sonucunun ceza yargılamasını etki-

14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 ve 16519/06, (<http://hudoc.echr.coe.int>), Erişim Tarihi:21.01.2013

⁷ Bunun yanında maddenin medeni yargılamada nasıl işleteceğine dair bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, 3.Baskı, s.311 vd

⁸ *Albert – Le Compte Belçika'ya Karşı*, Karar Tarihi: 10/02/1983, Başvuru No: 7299/75; 7496/76 (<http://hudoc.echr.coe.int>) Erişim Tarihi:21.01.2013

⁹ *Campbell ve Fell Birleşik Krallık'a Karşı*, Karar Tarihi: 28/07/1984, Başvuru No: 7819/77; 7878/77 (<http://hudoc.echr.coe.int>) Erişim Tarihi:21.01.2013

leyeceği gerekçesiyle disiplin yargılamasıyla ilgili bu ihlal başvurusunu yerinde bulmuştur. Çünkü anılan olayda asıl olan bu kişilerin bir disiplin yaptırımına değil cezai sonuçlar doğuracak bir soruşturmaya tabi tutulmasıdır. Mahkeme bu olayda madde metnine bağlı kalmamış ve amacı hasıl edecek şekilde geniş yorumda bulunmuştur ki bizce bu tavır gayet yerindedir. Zira bir yaptırım sürecinin adının ne olduğundan çok ortaya çıkardığı sonuç önemli olup, maddenin sağlamak istediği haklar da böyle bir sonuca yani cezai bir sonuca ulaşıırken suçlanılan kişinin haklarının zarar görmemesidir. Buna benzer bir başka dava ise Birleşik Krallık Anayasa Mahkemesi'nde¹⁰ görülen bir davada öğretmenin öğrencisini taciz iddiasıyla açılan disiplin soruşturmasında verilen kararın ileride açılacak bir ceza davasını etkileyeceği gerekçesiyle mahkeme İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6/3-b'nin olaya uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir.

Bu aşamaya kadar değinilmeye çalışıldığı üzere İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6/3-b hükmünün uygulanma şartı kural olarak bir ceza davasının mevcudiyeti ise de disiplin yargılamasıyla ilgili, maddenin hedeflediği amaca ulaşmaya matuf bazı istisnalar da getirilmektedir. Bu tür durumlarda ölçüt, yukarıdaki kararlarda da açıkladığımız üzere, yürütülen sürecin isminden ziyade kişi bakımından ortaya çıkardığı yahut çıkarabileceği sonuçların madde kapsamında korunması murat edilen hususların kapsamına girip girmediğidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/3-b maddesinin ceza davası sürecinin hangi aşamalarını kapsadığı ise tartışma konusudur. Yani bu hakkın yerine getirildiği sadece davanın açıldığı evre olan kovuşturma evresinde mi yoksa ondan daha öncesini de kapsayacak şekilde soruşturma evresinde de aranacaktır. Erem'in aktardığı bir olayda Belçika Yüksek Mahkemesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/3-b'de düzenlenmiş olan hakkın soruşturma aşamasında değil ve fakat dava aşamasındaki faaliyetleri kapsadığını belirtmiştir.¹¹ Soruşturma ve kovuşturma aşamaları arasında olduğu düşünülen bu fark temel olarak soruşturma aşamasının gizliliği ile alakalıdır. Peki bu gizlilik şüphelinin sahip olduğu haklara sahip olmadığı anlamına mı gelmektedir? Bir görüşe göre sanık ve şüpheli aynı haklara sahiptir.¹² Bizce şüpheli ve sanığın sahip olduğu haklar değerlendirilirken muhakeme sürecinin selameti göz önüne alınmalıdır. Bilindiği gibi soruşturma bir suç şüphesi üzerine başlatılan faaliyettir; bu

¹⁰ Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, Karar No: 2010.0033 Karar Tarihi: 29/07/2011 (<http://www.supremecourt.gov.uk/>) Erişim Tarihi: 21.12.2013

¹¹ Erem, **a.g.m.**, s.36

¹² Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Polis Akademisi Yayınları, 2013, 3. Baskı, s.186

evrede kişinin lekelenmeme hakkı olduğu gibi suç iddiasıyla ilgili delillerin de kaybolmadan, sağlıklı bir şekilde toplanması gerekmektedir. Bu ikisi arasındaki dengeyi ise anılan hakka soruşturma evresinde bazı kısıtlamalar getirilerek sağlanması şeklinde bir çözüm bulunabilir. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/3-a maddesi suçlamadan **ayrıntılı olarak** haberdar edilmeyi aramaktadır. Bu kovuşturma evresi için geçerli olabilir. Gizlilik ilkesiyle birlikte değerlendirildiğinde soruşturma evresi bakımından söz konusu ibare **tam olarak** şeklinde değerlendirilmelidir. Aksi halde soruşturma akamete uğrayabilir.¹³ Bu açıklamalar ışığında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6/3-b'de düzenlenen hakkın savunma hakkının bihakkın yerine getirilmesi amacına uygun olarak yorumlamalı ve fakat şüpheliyi sanığın sahip olduğu haklardan mahrum bırakmamalıdır. John Murray kararında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi anılan maddedeki hususun hazırlık soruşturmasını da kapsadığına hükmetmiştir.¹⁴ Fakat soruşturma ve kovuşturma evrelerinin niteliği ile muhakeme sürecinin sıhhati göz önüne alınarak, maddenin öngördüğü savunma hakkının sağlanması amacına aykırı olmamak kaydıyla, sanık ve şüphelinin sahip olduğu haklarda farklılığa gidilebilir.

3. Davaya Vakıf Olma

Bir hakka sahip olmanın en temel şartı o hakkın kullanılacağı alanın hak sahibi tarafından bilinir oluşudur. Savunma için bir hakka sahip olmak da o savunmanın yapılacağı dava yahut soruşturma süreci ile ilgili bilgi sahibi olabilmeyi gerektirir. Zira her ne kadar bir ceza muhakemesinde 'silahlar gerçekten eşit olsa dahi' hukukçu olan geniş bilgi ve tecrübeye sahip hakim ve savcı karşısında şüpheli/sanık yine de aciz kalacaktır. Bu nedenle şüpheli veya sanığa sahip olduğu tüm haklar (ve hakkındaki isnad) hatırlatılmalıdır ki adil bir yargılama gerçekleştirilebilsin.¹⁵ Bu durum, sözleşme veya ilgili kanun metinlerinde açıkça belirtilmese de, hakkın özü itibarıyla mevcuttur. Maddeye göre sanık sadece isnadın nedenini, yani maddi olayları değil ve fakat isnadın maddi niteliğini ve aynı zamanda hukuki niteliğini de bilmelidir.¹⁶ Bunun yanında savcılığın topladığı, sanığın lehine ve aleyhine olan maddi delilleri savunmaya açıklama yükümlülüğü vardır; bunun yapılmaması sonsoruşturmada (kovuşturmada)

¹³ Özbek, **a.g.e.**, s. 89

¹⁴ Fatih Karaosmanoğlu, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye ve İngiltere Örnekleri', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı:3, Yıl:2003, s.179

¹⁵ Özbek, **a.g.e.**, s. 67

¹⁶ Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.1

bir kusur olduğunu gösterir.¹⁷ Aksi durum savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir. Madde kapsamındaki vukufiyet kavramı sadece başlangıçtaki soruşturma süreci yahut ilk derece mahkemesindeki yargılama sürecini değil aynı zamanda üst derece yargılamalarındaki süreci de kapsamaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008/6-86 Esas ve 2008/109 Karar, 2007/10-226 Esas ve 2007/215 Karar, 2007/9-181 Esas ve 2007/184 Karar sayılı kararlarında sanık aleyhine bir görüş içermesi veya hükmün sanık tarafından temyiz edilmiş olması halinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesinin taraflara tebliğ edilmesi gereği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6/3-b hükmüne atıf yapılarak vurgulanmıştır. Yine aynı şekilde Anayasa Mahkemesi önüne itiraz yoluyla gelmiş bir iptal davasında "Sulh Mahkemelerinin görevi içinde bulunan suçlara sulh hakimi, duruşma yapmaksızın bir ceza kararnamesi ile karar verebilir" hükmünü içeren eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 386. maddesini "Uygar uluslar tarafından tanınan ve gerek Anayasamız ile teminat altına alınan, gerekse yukarıya yazılan Uluslararası Sözleşmeler tarafından kabul edilip tüm hukuk sistemlerine yerleştirilmeye çalışılan genel hukuk ilkelere göre; bir suç ile itham edilen kişiye tanınması gereken en temel hak 'ne ile suçlandığını bilmesi' ve buna göre 'savunma hakkını kullanması'dır. Kişinin ne ile suçlandığını bilebilmesi için kendisine suç isnat eden belgenin bildirilmesi gerekmektedir" gerekçesiyle Anayasaya aykırı görerek iptal edilmiştir.¹⁸ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise *Asadbeyli ve Diğerleri Azerbaycan'a Karşı* davasındaki ihlal gerekçesinde sanıkların temyiz yargılamasındaki duruşmadan haberdar edilmemesini göstermiştir.¹⁹ Muhakeme sürecinin sujelerinin mahkemenin kararını etkileyebilmeleri gerekir. Bu çelişmeli muhakeme ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle taraflara, içeriği ne olursa olsun dosyadaki tüm delil ve mütalaaları bilme ve bunlar üzerine yorum yapma imkanı sağlanmalıdır.²⁰

Ayrıntısını daha sonra *kolaylık* bölümünde inceleneceği üzere, dava dosyasına erişim, ondan örnek alınması ve bu hakkın kısıtlanabileceği durumlar da davaya vukufiyet açısından son derece önemlidir. Ancak burda kısaca şunu söylemek gerekir ki soruşturmanın selameti ve bazı özel durumlar ayırık kalmak üzere kural tarafların dava dosyasına herhangi bir engelle karşılaşmadan erişebilmesidir.

¹⁷ İnceoğlu, a.g.e, s.305

¹⁸ 30/06/2004 Tarih ve 2004/36 Esas, 2004/92 Karar

¹⁹ Bkz. *Asadbeyli ve Diğerleri Azerbaycan'a Karşı Davası*

²⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz Centel **age**. s.146

4. Savunma İçin Gerekli Zamana Sahip Olma

Savunma için gerekli zaman kavramı suç iddiasının yahut muhakeme sürecinin herhangi bir safhasında sanık aleyhine olan herhangi yeni bir iddianın öğrenilmesinden sonra bu iddiaya karşılık sanığın kendini savunmak adına etkili ve verimli bir savunma yapabilecek zamana sahip olmasını ifade eder. Ancak gerekli zaman kavramının daha önceden belirlenmesinin mümkün olmadığı gibi bu kavram her davanın özelliğine göre esneklik arzeder. Burada başlıca kriterler davanın karmaşıklığı, dava dosyasının hacmi ve suç isnadının ağırlığı gibi durumlardır. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir disiplin soruşturmasının konu edildiği bir ihlal davasında soruşturma evrakının tebliğinden sonra savunma için verilmiş on beş günü davanın kendi şartlarını göz önüne alarak uygun bulurken²¹ Öcalan Türkiye'ye Karşı davasındaki kararında ise duruşmadan önceki iki haftalık süreyi dava dosyasının hacmini ve suçlamaların ağırlığını dikkate alarak yetersiz bulmuş ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6/3-b'nin ihlal edildiği kanısına varmıştır. Zira birinci davadaki başvuru doktorlar Albert ve Le Compte'nin maruz kaldığı süreç bir disiplin süreci olup olası sonuçları değerlendirildiğinde bir ceza davası süreci kadar hassas, karmaşık ve hak ihlaline gebe değildir; bu nedenle on beş günlük bir süre makul görülebilir. Ancak ikinci dava olan Öcalan Türkiye'ye Karşı davasında, mahkeme çok ciddi bir dosya yükü altındadır. Bunun yanında kamuoyunun yakından ilgi duyması nedeniyle mahkeme üzerinde bir baskı vardır. Bu denli toplumsal tepki doğuran ve tarihsel geçmişiyle de önemi haiz bir davadaki sanığın kendini sıradan bir ceza davasındaki gibi savunamayacağı, bu savunmanın hem anılan kapsamlı dosya hem de sosyal etkilerine yönelik olacağı açıktır. Bu nedenle, sıradan bir ceza davası için bile uygunluğu tartışılabilir olan iki haftalık bir sürenin böyle kapsamlı bir dava açısından yeterli sayılmaması gayet doğaldır. Yine İglin Ukrayna'ya Karşı davasında değişen kanuna göre yeniden yargılama talep eden sanığın 7000 sayfalık dosyayı incelemesi için ancak 4 gün ve toplamda yirmi dört saatlik bir süre verilmesini yetersiz bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.²² Çünkü başvuru hem bu denli kapsamlı bir dosyayı incelemek durumunda hem de kelepçeli olduğundan maruz kaldığı şartlarla baş etmek durumundadır. Kişi hayatını etkileyecek bir savunma yapmaya hazırlanmaktadır ve 7000 sayfalık bir iddiaya karşı kendisine bir not defteri, kelepçeli eller ve 24 saatlik bir süre verilmektedir. Böyle bir süre ve sürenin içinde maruz kalınan şartlar maddenin amaçladığı gerekli zamanın sağlanmadığını açıkça göstermektedir.

²¹ Bkz. Albert – Le Compte Belçika'ya Karşı Davası

²² *İglin Ukrayna'ya Karşı*, Karar Tarihi: 12/04/2012, Başvuru No: 39908/05 (<http://hudoc.echr.coe.int>), Erişim Tarihi: 21.12.2013

Savunma için gerekli süreler belirlenirken İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki diğer bütün haklar gibi gerekli zaman kavramı da amaca uygun olarak yorumlanmak durumundadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, sürenin kısalığının savunmayı gerçekten olumsuz etkileyip etkilemediğine bakılmaktadır. Yani süre kısalığı tek başına ihlal sonucu doğurmamaktadır.²³ Ayrıca savunma için yeterli zamanın bulunmadığı iddiası İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelmeden dillendirilmeli, ulusal yargı sürecinde bu sorun için çözüm aranmaya çalışılmalıdır. Ulusal yargılama aşamasında bu durumu hiç dile getirmemişken İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önündeki başvuruda bu durumun ihlal gerekçesi olarak gösterilmesi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından dinlenebilir bulunmamaktadır.²⁴ İç hukukumuzda baktığımızda ise Ceza Muhakemesi Kanunu madde 176/4'te duruşmaya ilişkin çağrı kağıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az bir haftalık süre bulunması gerektiği ortaya konulmuştur. Tabi bu süre koruyucu bir süredir ve bu bir haftalık sürenin davanın özelliğine göre daha da uzun olması mümkündür. Önemli olan çağrı kağıdı ile hakkındaki iddiayı öğrenen sanığın savunmasını yapabilecek ölçüde bir zaman aralığı bırakılmış olmasıdır. Yine aynı şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu madde 226/1'de sanık hakkındaki suçun niteliğinin muhakemenin ilerleyen safhalarında değişmesi durumunda sanığa önceden haber verilerek, duruşma esnasında ortaya çıkmış ise duruşma ertelenerek bu suça ilişkin olarak savunmasını yapabilecek bir imkana kavuşturulmalıdır. Zira sanık o zamana kadar ancak iddianamede öne sürülen iddialarla ilgili savunma yapmıştı; her yeni suç iddiası aslında bu sürecinin tekrarlanmasını gerektiren bir olgu olarak görülmeli ve sanığa bu iddiaya ilişkin savunmasını hazırlaması için yeterli zamanın verilmesi gerekmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Sadak ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı davasında sanıklara son duruşmada iddianamedekine ek olarak farklı bir maddeden daha suçlama yöneltmiş ve aynı duruşmada karar verilmiş olup sanıkların bu yeni suçlamalara karşı savunmalarını hazırlayabilmeleri için istedikleri ek süre talebinin reddedilmesini ihlal gerekçesi saymıştır.²⁵ Bu karar da yerindedir. Zira her yeni suçlama yeni bir ceza muhakemesi süreci gibi görülmelidir. Kişi o zamana kadar maruz kaldığı suç ile ilgili savunmasını oluşturmuş ve fakat suçlama son anda değiştirilmiştir. Böyle bir durumda sanığa savunması için uygun bir zaman yaratmamak en başta savunma hakkının ihlali anlamına gelecektir.

²³ Şahin Cumhuriyet 'Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı' (İHAS 6/3-b) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, Cilt:8, Sayı:1-2, Yıl:2004, s.5

²⁴ A.g.m, s. 8

²⁵ A.g.m, ss. 9-10

5. Gerekli Kolaylıklara Sahip Olma

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/3-b maddesinde düzenlenmiş savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma ilkesinin gerekli zamandan sonraki unsuru gerekli kolaylıklara sahip olmaktır. Ancak kolaylık kavramı zaman kavramı kadar açık olmayıp, içinde bir çok farklı unsuru barındıran muğlak bir kavramdır. Bunun içine sanığın müdafii ile ve müdafinin dava ile olan ilişkisi, dava dosyasına erişim, savunmanın ortaya konmasını sağlayacak şekilde duruşmanın varlığı gibi çeşitlendirilebilecek unsurlar girer. Ancak diğer haklarda olduğu gibi bu hak açısından da savunma makamı bir bütün olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle sanık ve müdafinin, savunmayı hazırlamak için ayrı ayrı yeterli imkanlara sahip olması araştırılmamakta, savunmanın bu iki ayağının sahip oldukları hazırlık imkanı *birlikte* nazara alınmaktadır.^{26 27}

5.1 Sanık ve Müdafii İlişkisi Açısından

Daha önce belirtildiği gibi sanık ve müdafii savunma makamı olarak birlikte düşünülmektedir. Bu nedenle gerekli kolaylıklara ilişkin konulmuş düzenlemeler sanık ve müdafii için ayrı ayrı değerlendirilmemektedir. Bu nedenle *Kamzinski Avusturya'ya Karşı*²⁸ davasında bir avukatla temsil edilen sanığın dosyaya erişiminin engellenmesi bu maddeye aykırı görülmemiştir. Ancak savunmayı tek bir blok olarak görüp bir hakkın sadece sanığa yahut sadece müdafie tanınması eleştirilmiştir.²⁹ Zira her ne kadar müdafii sanık adına savunma yapmakta ise de müdafilik makamı sanık ve avukat arasındaki bir özel hukuk ilişkisinden öte kamusal anlamda savunma makamıdır. Bunun en önemli delili ise müdafii sanığın direktifleriyle bağlı olmaması, sanık ve müdafii farklı savunmalar yapabilmeleridir. Sanık ve müdafii ilişkisinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/3-b maddesinde düzenlenen ilke bakımından en önemli yanı dava konusu olayla ilgili görüş alışverişinde bulunup, gerekli savunma altyapısını beraber oluşturmalarıdır. Ancak bu durum da mutlak görülmemiş ve bazı durumlarda sanığın müdafii ile görüşmesinin kısıtlanması ve yasaklanması mümkün kılın-

²⁶ A.g.m, s.13

²⁷ Aynı yöndeki görüş için Bkz. Donay, **a.g.e**, s.144. Ancak Donay anılan duruma farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. Yukarıda anılan görüş avukatın bu hakkın sahip olması durumunda sanığın da aynı hakka sahip olmasının aranmaması gerektiğidir. Fakat Donay bu hakkın avukat açısından düşünmüş ve sanığa tanınan bu hakkın savunucusuna da tanınması gerektiğini ifade etmiştir. (ayrıntılı bilgi için bkz. Donay, **a.g.e**, s.139)

²⁸ Vitkauskas Dovydas – Dikov Grigoriy 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması' Çev. Av. Serkan Cengiz, Ankara, Şen Matbaa, 2013 s.98

²⁹ Hakan Karakehya 'Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı' *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2007, Sayı:2, s.5(135)

miştir. İç hukukumuzda Terörle Mücadele Kanunu m.10/3-e gereği bu kanun kapsamına giren suçlarda şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı 24 saat süreyle kısıtlanabilmektedir. Bu minvalde olarak *Kröcher ve Möller İsviçre'ye Karşı* davasında, istisnai ölçüde tehlikeli sınıfa giren ve çok ciddi terör suçlarıyla itham edilen mahkumların tutulmasına ilişkin bir kabul edilebilirlik kararı söz konusu olmuştur. Yargıç, sanıkların üç hafta avukatlarıyla görüşmemelerine karar vermiş, bu süre zarfında sanıklar avukatlarıyla sadece adli denetim altında yazışabilmişlerdir. Avukat ziyaretlerine izin verildikten sonra ziyaretler takip edilmemiştir. Komisyon bu durumun 6. Madde (3) b uyarınca ihlâl teşkil etmediğini belirtmiştir.³⁰ Suçun ve suçlunun niteliği göz önüne alındığından bu önlem makul görülebilir. Kaldı ki iletişime tamamıyla engel olunmamış, denetleme bittikten sonra ise herhangi bir müdahalede bulunulmamıştır. Müdafii ile görüşmenin kısıtlanması ise görüşmenin izlenmesi, görüşmenin yüzyüze yapılmasının engellenmesi yahut görüşme odasının koşullarının bu yönde düzenlenmesi şeklinde kendini gösterir. Almanya'da 1978 yılında yapılan bir değişiklikle terör örgütü üyeliği iddiası ile yargılananların müdafileriyle görüşmelerinde, bu görüşmelerin diğer örgüt üyelerine silah ulaştırılması vasıtası olarak kullanıldığını tespit edilmesi nedeniyle, ayırıcı cam uygulamasına gidilmiş ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından bu durum sözleşmeye aykırı görülmemiştir.³¹ Amacın savunmanın hakkıyla yerine getirilmesini sağlamak olduğu düşünüldüğünde, doğabilecek tali sonuçları önlemek maksadıyla ve fakat savunma hakkını ortadan kaldırmayacak bu tarz bir önlem sözleşmeye aykırı görülmemeyebilir. Fakat böyle bir yola giderken hakkın kullanılmasını imkansız kılmamak gereklidir.

Sanık müdafii ilişkisinin bir diğer boyutu ise müdafii olmayan sanığa resen müdafii atanması ve resen atanan müdafii kusurlarından sanığın sorumluluğudur. Gerçekten Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda³² baro tarafından atanmış müdafii temyiz süresini kaçırmış, sanık ise bunu öğrenir öğrenmez hükmü temyiz etmiş ancak bu talep süre yönünden reddedilmiştir. Genel Kurul ise önüne gelen dosyada;

“Mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören yasanın amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek muhtemel hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle

³⁰ Mole Nuala – Harby Catharina, 'Adil Yargılanma Hakkı' Almanya,y,y, 2001 s.109

³¹ Adem Çelik, 'Adil Yargılanma Hakkı', Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 149

³² YCGK 2009/6-16 Esas – 2009/90 Karar

adil yargılanmanın gerçekleştirilmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, parası olan sanık nasıl ki vekaletname verdiği avukatı serbestçe tayin edebiliyor, parası olmayan sanığın da aynı şekilde avukatını serbestçe belirleyebilmesi en azından kendisine tayin edilen avukatı beğenmediğinde değiştirme hakkının bulunması, daha da ötesi görülmeye başlayacak davada kendisine bir avukat atanacağına sanığa bildirilmesi gereklidir. Kendisine avukat atandığını dahi bilmeyen ya da kendisine avukat atanmakla birlikte beğenmediği takdirde bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği veya beğenmediği halde muhatap olduğu bu avukatın tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu avukatın yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl mümkün değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabileceğini düşünmek de olası değildir.” gerekçesiyle temyiz istemini reddeden yerel mahkeme kararını kaldırmıştır. Bu karar oldukça yerindedir. Zira bazı suçlar nedeniyle müdafii olmayan sanığa resen müdafii atanması sanığın savunma hakkının tam anlamıyla kullanabilmesi amacına yöneliktir; bu durumu aşırı formalist bir mantıkla düşünüp sanığın savunmasının kısıtlanmasına yol açacak şekilde yorumlamak ise kurumun getiriliş amacına aykırı düşmektedir. Buna ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen bir davada devlet tarafından atanmış avukat duruşmaya gelmemiş ve sanık taleplerini kendi yapabildiği ölçüde sunmuştur. Başvurucunun ihlale gerekçe gösterdiği bu durum Mahkeme tarafından “... her ne kadar devletin atanmış yahut sanık tarafından seçilmiş avukatla ilgili her türlü noksanlıktan sorumlu tutulamayacağı açıksa da dava kapsamı, cezanın ciddiyeti ve ağırlığı göz önüne alındığında böyle bir davada devletin sanığın kanuni temsilini sağlamakla mükellef olduğu”³³ gerekçesiyle kabul edilmiştir. Böyle bir gerekçenin öne sürülmesi aslında ceza muhakemesi sürecinin amacı savunma hakkının Anayasa’da düzenlenmiş temel bir hak olması ve diğer haklara göre daha çok korumaya sahip olması³⁴ ile ilgilidir. Ceza muhakemesinde amaç gerçeğe ulaşmaktır ve bu süreç iddia savunmanın karşılıklı ve eşit şartlarda çarpışması sonucu gerçekleşen diyalektik bir süreçtir. Amaca uygun bir yorumla devletin atanmış avukatın kusurlarından sorumlu olmadığını kabul etmek, savunma imkanının hakkıyla sağlanması gereği karşısında temelsiz kalmaktadır. Yine benzer bir şekilde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kendisine bir müdafii seçmek istemeyen sanığın yargılama sürecinin sadece sanık istemediği için müdafisiz yapılmasını Sözleşme’nin 6/3-b maddesine

³³ Bkz. İğlin Ukrayna’ya Karşı Davası

³⁴ Centel, a.g.e ,s.141 vd

aykırı bulmuştur.³⁵ Amaç yine savunmanın etkili ve verimli bir şekilde yapılarak gerçeğe en isabetli şekilde ulaşılmasını sağlamaktır. Bunun yanında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/3-b maddesinin düzenlemesinden savunma hakkına ilişkin çıkan sonuç bir hakkın sadece var edilmesi yeterli olmayıp o hakkın layıkıyla sunulması gerekir. Soruşturma ve kovuşturma organlarının sanığa veya şüpheliye savunma hakkının olduğunun bildirmesi ve sanık/şüphelinin de böyle bir hakkının olduğunu bilmesi yeterli değildir.³⁶ Bu imkan savunma hakkının amaca uygun şekilde yerine getirilebileceği 'imkan' ve 'kolaylıklar'la sağlanmalıdır. Aksi durum hem Ceza Muhakemesi Kanunu madde 289/1-h gereği ulusal mevzuatımız çerçevesinde hükmün bozulmasını gerektiren bir mutlak bozma sebebi³⁷, hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde^{38 39} sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir ki İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin iç hukukumuzun bir parçası olduğu düşünüldüğünde bu durum yüksek mahkemece başlı başına bir bozma sebebi sayılabilecektir.

5.2. Sanık ve Müdafinin Dosyaya Erişimi Açısından/Dosya İnceleme Hakkı

İç hukumuzdaki düzenlemelere göre müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve örneğini alabilir. (*Ceza Muhakemesi Kanunu madde 153/1 ve Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik madde 45*) Ancak bu yetki soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hakiminin kararıyla kısıtlanabilir. (*Ceza Muhakemesi Kanunu madde 151/2*) Bu kısıtlamanın sınırını ise sanığın hazır olmaya hakkı olduğu işlemlere ilişkin tutanaklardır. (*Ceza Muhakemesi Kanunu madde 151/3*) Bu ise işin doğası gereğidir. Çünkü şüphelinin katlabiliyor olması anılan işlemlerin zaten gizlenemeyeceğini göstermektedir. Gizlilik anının ne zamana kadar sürdüğü ise eski ve yeni ceza muhakemeleri kanunun kullandığı ifade farklılıkları nedeniyle tartışma yaratmıştır.⁴⁰ Ancak bu çalışmada anılan tartışmalara girilmeden gizliliğin soruşturma evresinin bitip kovuşturma evresinin başladığı an olan iddianamenin mahkemece kabulü anına kadar sürdüğünü belirtmekle

³⁵ Bkz. Campbell ve Fell Birleşik Krallık'a Karşı Davası

³⁶ Özbek, a.g.e, s.69

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Bahri Öztürk(editör), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010,3.Baskı, s.146

³⁸ Özbek, a.g.e, s.230, dipnot 122

³⁹ Aynı yönde olarak bu durum İHAS'ın 6/1-c maddesinin de ihlali anlamında yorumlanmaktadır. Bkz. Özbek, a.g.e, s.232 dipnot 125

⁴⁰ Bahri Öztürk, a.g.e, s.239

yetinilecektir. Kural olarak soruşturma evresi gizlidir.⁴¹ Zira bu evrede henüz bir suç şüphesi oluşturulmaktadır. Bir şüphe üzerine yürütülen işlemlerin kamu tarafından öğrenilmesinin şüpheliye zarar verme olasılığı çok yüksektir. Çünkü soruşturma sonucunda şüphelinin yersiz olduğu kanısını varılıp soruşturmaya son verilebilir. Ayrıca soruşturma işlemleri gizli yürütülmezse suç işleyen kişi gerekli tedbirlere başvurup kamu davasının açılmasını olanaksız kılabilir.⁴² Yine bu nedenle kovuşturma evresinde bu kısıtlamaların getirilmesi söz konusu değildir. Zira iddianamenin kabulüyle soruşturma kamuya açık hale gelmiştir.

Yukarıda ortaya konan hükümlerde belirtildiği üzere dosyayı inceleyebilecek ve ondan örnek alabilecek olan müdafidir. Bu durum iki soruna neden olmaktadır; birincisi bu hakka yalnızca müdafii mi sahiptir, yani şüpheli de bu hakkı kullanabilir mi? İkincisi vekaleti olmayan yani şüpheliyle henüz yasal bir ilişkiye girmemiş avukat bu hakkı kullanabilir mi? Birinci soruya verilecek yanıt üzerinde tartışmalar mevcuttur. Zira ceza muhakemesi kanununda şüphelinin dosyayı inceleyebileceğine dair doğrudan bir hüküm yoktur. Doktrinde bir kısım görüş böyle bir düzenleme olmamasından hareketle şüphelinin bu hakka sahip olmadığı yönünde⁴³, diğer bir kısım görüş ise böyle bir düzenleme olmasına karşın bu hakkın şüpheliye de tanınması gerektiği yönündedir.⁴⁴ Ancak kanaatimce bu tartışma yersizdir. Çünkü, müdafii bu hakka şüpheli üzerinden sahip olmaktadır; yani müdafii hakkı talidir. Kanunda şüpheli hakkında böyle bir düzenleme olmaması bir eksiklik değildir. Kanun bunu evleviyetle kabul ettiğinden şüpheliye ilişkin de böyle bir hüküm serdetme ihtiyacı hissetmemiştir. Ayrıca kamusal bir organ olma vasfı nedeniyle müdafie tanınan soruşturma dosyasını inceleme hakkı dolayısıyla, müdafii bulunan bir şüphelinin sahip olduğu dosyadan haberdar olma imkânını, müdafii bulunmayan şüpheliye tanımamak doğru değildir.⁴⁵ İkinci sorunun cevabı ise uygulama tarafından

⁴¹ Öğretide Bıçak 'soruşturma gizlidir' ibaresi yerine 'soruşturma gizli değil mahremdir' ifadesini kullanmıştır. Bkz. Bıçak, **a.g.e.**, s.373. Aslına bakılırsa soruşturmanın gizli değil ve fakat sadece görmemesi gereken kimselere gizli anlamına gelecek şekilde mahrem olarak ifade edilmesi amaca daha uygun gözükmektedir. Fakat yine öğretide Centel'in açıkladığına göre soruşturma evresinin gizli olmasından murad işlemlerde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunamaması ve yapılmış olan araştırma sonuçlarının kamuya açık olmamasıdır. Bkz. Centel, **a.g.e.**, s.89

⁴² Centel, **a.g.e.**, s.89

⁴³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, 18.Baskı, s. 443

⁴⁴ Hakan Karakehya, **a.g.e.**, ss. 135-136, Bıçak, **a.g.e.**, s.196, Donay, **a.g.e.**, ss.149-150

⁴⁵ A.g.e, s.136

eleştirilmekle beraber nettir ve olumsuz yöndedir. Yargıtay⁴⁶ ve Danıştay'ın⁴⁷ bu duruma ilişkin kararlarına göre “genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakinin inceleyebileceği, ancak bunun için de avukatın müdafii veya vekil olduğuna dair görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz etmesi gerektiği, vekâletname ya da görevlendirme yazısı olmadan sadece mahkemelerdeki dava dosyaları ile icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği, soruşturma dosyalarının ise incelenemeyeceği” belirtilmiştir. Bu karar ve uygulama ise avukatlar tarafından Avukatlık Kanunu m.46/2 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun verdiği yetkiler göz önüne alınarak eleştirilmekte; avukatın dosyayı incelemeyen şüphelinin savunmasını üstlenip üstlenmeyeceğine nasıl karar vereceği savı ileri sürülmektedir. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükmü açıktır; hükümde müdafiden söz etmektedir. Müdafii de yine Ceza Muhakemesi Kanunu madde 2/1-b hükmünde şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat olarak tanımlanmıştır. Henüz şüpheliyle böyle bir ilişkiye girmemiş olan avukatın müdafii olarak tanımlanmacayağı açıktır. Avukatlık Kanunu madde 46/2 ise bu tür işlemlerin kimler tarafından, yani bir doktor mühendis katip sekreter tarafından değil de ancak avukat veya stajyeri tarafından yapılabileceğini söylemektedir. Bu ise ancak şüpheliyle müdafilik ilişkisine girildikten sonra söz konusu olabilecektir. Ayrıca bu uygulama amaca da daha çok hizmet etmektedir. Zira avukatlar tarafından öne sürülen vekaletname almak için dosyadan bilgi sahibi olunması gereği ile soruşturmanın gizliliğinin ihlalinin doğurabileceği zarar karşılaştırıldığında, tezazinin ikinci yönünde baskın çıkması yerindedir. Buna ek olarak vekaletnamesiz bir avukatın şüpheliyle herhangi bir ilişkide olmayan bir kimse olması da mümkündür. Tanımadığı bir kimsenin kendi soruşturma dosyasını inceleyip örnek alabilmesi şüpheli açısından da sakınca yaratacak bir durumdur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları çerçevesinden bakıldığında ise soruşturma dosyasına erişimin engellenmesi başlı başına bir ihlal oluşturur.⁴⁸ Ancak bu hakkın görünüşte tanınmış olması gerçekten bu hakkın sağlanmış olduğu anlamına gelmemektedir. Yedi bin sayfalık soruşturma dosyasını incelemek için kelepçeli bir halde kendisine dört gün ve toplamda yirmi dört saatlik süre verilen ve duruşmasının ise bu incelemeyen ancak altı saat sonra yapıldığı sanık hakkında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Sözleşme'nin 6/3-b

⁴⁶ Yargıtay 15.CD 2011/10088 Esas – 2011/5760 Karar

⁴⁷ Danıştay 10.D 2005/5971 Esas– 2008/3448 Karar

⁴⁸ Bkz. Asadbeyli ve Diğerleri Azerbaycan'a Karşı Davası

hükümünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁹ Daha önce belirtildiği gibi amaç savunma hakkının layığıyla yerine getirilmesini sağlamaktır. Anılan davadaki gibi hakkın görünüşte sağlanması bunun için yeterli değildir. Her hak gibi bu hak da amaca hizmet edecek şekilde yorumlanmalı ve o şekilde uygulanmalıdır. Zira sözleşmeyle tanınan haklar afaki hükümler değil, her olayın özelliğine göre tam anlamıyla *etkili bir şekilde ve ruhuyla* uygulanmalıdır.

SONUÇ

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş bir antlaşma olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçasıdır. Giriş bölümünde belirtildiği üzere bu sözleşme iç hukukumuzun bir parçası olmasından daha da öte iç hukukumuzdaki hükümlere öncelikle uygulanması gereken bir metindir. Fakat değinilen tartışmaların gösterdiği üzere Antlaşma hükümlerinin mevzuatımızdaki yeri tartışmalıdır. Fakat bizce bu ve diğer antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri ve uygulanma niteliği değerlendirilirken geniş bir vizyon ile dünya hukuk sisteminin gelecekteki konumu da düşünülerek, bu gelişme ve entegrasyona uyum sağlayacak şekilde bir yorum getirilmelidir. Ancak her metin gibi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de uygulayıcılar tarafından yorumlanmaya muhtaç bir metindir. Bu çalışmayla sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin olan *savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma* ilkesinin yer aldığı 6/3-b maddesinin yorumlanmasında karşılaşılan güçlükler, uygulamadaki sorunlar ve bunların nasıl ve ne şekilde halledileceğine ilişkin kısmi bir cevap bulmaya çalışılmıştır. Bu anlamda maddenin yorumunda hareket noktası savunma hakkının yerine getirilmesi olacaktır. Bunun yanında yeterli zaman kavramı değerlendirilirken dava dosyasının niteliği ve hacmi göz önüne alınacak; bu bağlamda savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı ile muhakeme sürecinin hızlı bir şekilde bitirilmesi arasında denge kuran bir yoruma gidilecektir. Gerekli koyluk kavramı ise yoruma daha çok muhtaçtır. Bunun için net bir ölçüt koymaya imkan yoktur. Fakat hakimin önüne gelen olayda savunma hakkını temin edecek şekilde bir bakış açısıyla hareket ettiği takdirde maddenin öngördüğü usulün yerine getirilebileceği inancındayız. Aksi durum, yani Sözleşme’de düzenlenmiş kurumun hakiyla sağlanmaması öncelikle iç hukukta kanun yolu denetiminde bir bozma sebebi teşkil edecek (CMUK md.308/son), bunun yanında genel olarak adil yargılanma hakkının ihlali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bir bireysel başvuru gerekçesi olabilecektir. Bu durumun iç hukuk bakımından samut sonucu hüküm bozulmasıdır. Ancak, bu denetimlerin ötesinde Sözleşmenin 6/3-b maddesiyle sağlanan hakların bihakkın

⁴⁹ Bkz. İglin Ukrayna’ya Karşı Davası

yerine getirilmemesi Sözleşmenin ihlali sonucunu doğuracak, tazminat ve yenden yargılama gibi yaptırımlar gündeme gelebilecektir. Ceza yargılamasının içerdiği hükümlerle her bir harfine dikkat edilerek yorumlanması ve uygulanması gereken hassas bir süreç olması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ancak somut olaylara getirilen yorumlarla vücut bulabilecek çerçeve bir metin olmasından dolayı yapılacak her bir çalışma eksik kalacaktır. Çünkü hayat ve dolayısıyla ceza yargılama süreçleri de devam etmekte ve her yeni gün özgün bir olayla karşılaşmaktadır. Çalışmamızda amaçlanan ise özelden Sözleşme'nin 6/3-b maddesinde düzenlenmiş gerekli zaman ve kolaylık kavramının içeriği ile bunun uygulama alanına genelde ise sözleşmenin tamamına teşmil edilebilecek bir yorum yönteminin ortaya koyulmasıdır. Bunun için ise en önemli kaynağımız hiç şüphesiz İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatları olmaktadır. Her ne kadar içtihat yaşayan bir süreç olsa da mahkemenin bugüne kadar verdiği kararlar ve elimizde halihazırda var olan insan haklarına, adalete, özgürlüğe ve insan onurunun hak ettiği her türlü diğer hakka ilişkin her türlü yorum bu Sözleşme'nin ve iç hukukumuzun buna dair diğer hükümlerinin hakkıyla uygulanmasını sağlayabilecek düzeydedir. Buna göre ele alınan *savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma* ilkesine dair uygulama alanının sadece ceza yargılamalarıyla sınırlı olmayabileceği, gerekli zaman kavramının olaya, suçun ağırlığına ve dosyanın kapsamına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, kolaylık kavramının ise amaca hizmet etmek koşuluyla savunma makamının savunma görevinin hakkıyla yerine getirmesini sağlayacak ve geniş bir yelpazeye yayılmış dosyaya hakkıyla erişim, usulüne uygun duruşmanın varlığı, müdafii ile iletişim ve atanmış müdafii üzerinde tasarruf gibi bir çok unsuru içerdiği sonucu, kısmi de olsa, ortaya koymaya çalışılmıştır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- Bıçak, V., *Suç Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Polis Akademisi Yayınları, 2013, 3. Baskı
- Centel, N.- Zafer, H., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, 9.
- Çelik, A., *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007
- Donay, S., *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982
- Erem, F., 'Ceza Adaleti Açısından İnsan Hakları Sözleşmesi', *Todaie İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:2, Sayı:1

Erem, F., *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, 5.Baskı

İnceoğlu, S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, 3.Baskı

Kaboğlu, İ. *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul, Afa Yayınları, 1999 5.Baskı

Karakehya, H. 'Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı' *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Yıl:2007 Sayı:2

Karaosmanoğlu, F., 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmeye ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye ve İngiltere Örnekleri', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2003, Cilt:52, Sayı:3

Kunter N., Yenisey F., Nuhoglu A. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, 18.Baskı

Mole, N. – Harby, C., *Adil Yargılanma Hakkı* .Almanya, 2001

Özbek, V.Ö., Kanbur M.N, Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ. , *Ceza Muhakemesi Hukuku* , Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, 5. Baskı

Öztürk B. (editör), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010,3.Baskı

Şahin, C. 'Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı' (İHAS 6/3-b) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Ankara Cilt:8 Sayı:1-2 Yıl:2004

Vitkauskas, D. – Dikov, G. 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması', Çev. Av. Serkan Cengiz, Ankara, 2013

Kararlar

Albert – Le Compte Belçika'ya Karşı, Karar Tarihi: 10/02/1983, Başvuru No: 7299/75; 7496/76 (<http://hudoc.echr.coe.int>) Erişim Tarihi:21.01.2013/*Iglin v Ukrain* (12/04/2012) (<http://hudoc.echr.coe.int>)

Asadbeyli ve Diğerleri Azerbaycan'a Karşı, Karar Tarihi: 11/03/2013 , Başvuru No: 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 ve 16519/06, (<http://hudoc.echr.coe.int>), Erişim Tarihi:21.01.2013

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, Karar No: 2010.0033 Karar Tarihi: 29/07/2011 (<http://www.supremecourt.gov.uk/>) Erişim Tarihi: 21.12.2013

Campbell ve Fell Birleşik Krallık'a Karşı, Karar Tarihi: 28/07/1984, Başvuru No:

7819/77; 7878/77 (<http://hudoc.echr.coe.int>) Erişim Tarihi:21.01.2013

Danıştay 10.D 2005/5971 – 2008/3448 Karar

Iglin Ukrayna'ya Karşı, Karar Tarihi: 12/04/2012, Başvuru No: 39908/05
(<http://hudoc.echr.coe.int>), Erişim Tarihi: 21.12.2013

YCGK 2009/6-16 Esas – 2009/90 Karar

Yargıtay 15.CD 2011/10088 Esas – 2011/5760 Karar

BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER

*Independent Regulatory Agencies**

Gökhan ERDOĞAN**

ÖZET

Makalede genel hatlarıyla bağımsız idari otoriteler incelenmiştir. İnceleme yaparken de bağımsız idari otoritelerin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki (ABD) ve Avrupa'daki durumu da karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. I. Kısımda bağımsız idari otoriteler, günlük hayatta her geçen gün varlıklarını daha da hissettiren bir olgu olarak, ortaya çıkış nedenleri, gelişimi, faaliyet alanları ve ortak özellikleri, regülasyon kavramı ile birlikte izah edilmeye çalışılmıştır. II. Kısımda, bağımsız idari otoritelerin hukuki statüleri, olumlu ve olumsuz yönleri ve bu yapılara getirilen eleştiriler üzerinde durulmuştur. III. Kısımda, yargısal, idari ve mali açıdan denetlenmesi konularına değinilmiştir. Buna ilave olarak, bir kısım bağımsız idari otoritelerin Türk idari yapısındaki yerine dair değerlendirmelere de zaman zaman yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bağımsız İdari Otoriteler, Regülasyon, Kurul, Özerklik, Özelleştirme, Denetim.

ABSTRACT

Our paper presents an overall analysis of independent regulatory agencies. While doing this, we tried to investigate their status in the USA and Europe in terms of comparative law. In the first section, we consider that the independent regulatory agencies emerge as a fact which makes us aware of them more and more strongly in our daily lives day by day, and we tried to explain the reasons of their emergence, their development, fields of activity and common features, together with the concept of regulation. In the second section, we dealt with their legal statuses, their negative and positive aspects and criticism that they receive regarding their structures. In the third section, we dealt with the supervisory issues in judicial, administrative and financial terms. Additionally, we also occasionally referred to evaluations regarding the place of some independent regulatory agencies in Turkish administrative structure.

Keywords: Independent Regulatory Agencies, Regulation, Board, Autonomy, Privatization, Supervision.



* Bağımsız idari otoriteler kavramının tam karşılığı olmasa da, bu kurumlar için İngilizce'de en çok kullanılan Independent Regulatory Agencies kavramı tercih edilmiştir.

** Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi,
gokhan.erdogan@adalet.gov.tr

GİRİŞ

Belli insan gruplarının bir arada bulunmalarından kaynaklanan işlerin bir ahenk ve sistem içinde yürütülmesiyle ortaya çıkan devlet olgusunun, ulaştığı gücü kullananların, suiistimalleri ve gücün oluşturduğu katmanlaşmış ağır ve hantal idari mekanizmaların oluşturulması karşısında, zamanla ortaya çıkan gelişmelerin doğurduğu bilgi birikimi ve yeni oluşan hassas alanların yönetiminin özellik arz etmesi gibi nedenlerle klasik devlet mekanizmalarının yetmediği anlaşılmıştır. Ulusal ekonominin endüstriyellemesi, bununla birlikte idarenin yeni alanlara girmek zorunda olması ancak geleneksel devlet kurumlarının yetersizliği sonucunda¹ özellikle alan bilgisine sahip olan örneğin Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkeler, bu alanı yönetmek üzere ülke yapısının federatif olmasının etkisi ve kolaylığı ile de ulaşım ve piyasa ekonomisi gibi alanların düzenlenmesi ve işlerin yürütülmesi işini klasik hükümet etme işini yapan iktidarın yetki alanının dışına çıkarmıştır. Tabii bu da, üretim tekniklerinin gelişmesi, dünyada ulaşım ve iletişim imkânlarının artması ile diğer devletlerle oluşan etkileşimin ve kâr maksimizasyonu amacının etkisiyle bu belli alanlarda yerel siyasi aktörlerden ziyade ülkelerin katılımının sağlandığı üst çerçeveyi oluşturan uluslararası anlaşmalarla kabul edilen evrensel ilke ve kurullarla bağlı kılınan dar sayıdaki teknik yöneticilerin görevlendirildiği bağımsız idari otoriteler denilen kurumların aracılığı ile yapılmak istenmiştir. Bunların çıkışı da 19. yüzyılın sonlarına rastlamaktadır. Gün geçtikçe de sayıları ve çeşitlilikleri artmıştır. Ancak hiçbir ülkede bu idareler tek düze bir yapılanma ve gelişim içinde bulunmamıştır. Zira ülkelerin yönetim biçimleri ile içinde buldukları tarihi, sosyal ve ekonomik farklılıklar bunda etkili olmuştur. Sürekli gelişmekte ve değişim içinde olmakla beraber devlet mekanizması içindeki yerleri, fonksiyonları, amaçları ve oluşumları nedeniyle eleştirilmekte ve üzerlerinde hemen hiçbir konuda fikir birliğine varılmış değildir.

I. OLGUSAL OLARAK BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN ÇIKIŞ NEDENLERİ- GELİŞİMİ- FAALİYET ALANLARI VE ORTAK ÖZELLİKLERİ

A. Bağımsız İdari Otorite Olgusu

20. yüzyılın yarısından itibaren temel hak ve özgürlüklerden olan sosyal ve ekonomik haklar, özgürlükler karşısında siyasal iktidarı etkin bir konuma getirmiştir. Bunun sonucunda birey özgürlüklerinin aleyhine olacak şekilde iktidarların faaliyet alanları olabildiğince genişlemiştir. İktidarların kötüye kul-

¹ WARP, George, "Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine" Notre Dame Law Review, C. 16, 1941, s. 183.

lanılma riski ve artan merkezi gücün özgürlükleri kısıtlama endişesi karşısında neo-liberal akımların da etkisiyle merkezîyetçi ve güçlü iktidar yapısının dönüşümü ortaya çıkmıştır. Merkezîyetçi iktidarın yerel birimler ve organlar arasında paylaştırılması, gücün kullanımı ve yönetme sürecinin, ülke çapında; diğer birimler yanında özerk kuruluşlar da diyebileceğimiz bağımsız idari otoriteler düzeyinde genişletilip yaygınlaştırılması, doktrinde yönetim olarak adlandırılmıştır.² İşte bu aşamada ortaya çıkan ve geniş anlamda özelleştirme olarak algılanan devlet düzenlemelerinin azalması (*deregulation*) hareketinin boş bıraktığı alanların bağımsız idari otoritelerce doldurulduğu kabul edilmiştir.³

Bağımsız idari otoriteler, “*Toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda (görsel işitsel iletişim, sermaye piyasası ve rekabetin korunması gibi⁴) düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri*” olarak tanımlanmaktadır.⁵ Bir başka tanıma göre de, bu otoriteler, *belirli bir alanda (çevre, taşımacılık, medya,...) faaliyet gösteren ve kendi alanlarına ilişkin olarak yargısal, yönetsel ve hatta yasama yetkilerine sahip, üyelerinin yargıç güvencesine benzer güvencesi olan hiyerarşik veya vesayet denetimine tabi olmayan kurumlardır (ABD’deki Independent Regulatory Agencies ve İngiltere’deki Quasi-autonomous government organisations (Quangos))*.⁶ Veya kısaca bağımsız idari otoriteler, kamu idarelerinin onayıyla veya resmi yetkilendirmesiyle pazarları düzenleme konusunda yetkisi bulunan ve kurumsal olarak hükümetlerden ayrı olan ve seçim yoluyla oluşturulmayan yapılardır.⁷

Fransız hukukunda bağımsız idari otorite ismi ilk kez 1978 yılında yasa koyucu tarafından “Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu” için kullanılmıştır. Daha sonraki kurullar için genellikle “bağımsız otorite”, “idari otorite” kavramları kullanılmıştır.⁸ Türk hukukunda ise, bağımsız idari otoriteler için mevzuatta

² GÜL Cengiz, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, 1. Baskı, Ankara, 2010, s. 164.

³ TAN Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara, Şubat 2010, s. 189.

⁴ TAN Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 2, Haziran 2002, s. 13.

⁵ ULUSOY Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s. 2.

⁶ ULUSOY Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 31/2, Haziran 1998, s. 33.

⁷ BIELA, Jan, “WhatDeficit? Legitimacy and Accountability of Regulatory Agencies”, *Conference 42nd European Consortium for Political Research Joint Sessions of Workshops, Workshop: Administrative Organization and the Welfare State: Wicked Issues and the Challenges of Accountability, Legitimacy and Coordination*, 2014, Salamanca, s. 3.

⁸ ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 4. Bası, Ankara, 2014, s. 382.

bir isimlendirmeye gidilmemiştir. Değişik türdeki mevzuatlarda düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kurum ve kurul başkanlıkları, üst kurul gibi değişik ifadeler kullanılmıştır.⁹ Bu tanım içerisinde, bağımsız idari otoritelerin kurumsal oluşum ve işleyişinin yasa ile belirlenmiş olması, eylem ve işlemlerinin yargısal denetime açık olması ve merkezi idarenin hiyerarşik yapısından ayrılmış olmalarına karşın devletin gözetimi dışında bulunmaması gibi unsurları da dâhil edebiliriz.¹⁰ Bu anlamda sadece teknik düzeyde idareyi içeren kamu idaresinden ziyade, kamu düzenini etkileyen ve kamu yararını zedeleyebilecek özel teşebbüs gücünü de denetimi altında bulundurmaktadır.¹¹ Bu yapıların üyelerinin ve görevlerinin yasama ve yürütme organlarıncaya belirlenmelerine rağmen bilindik devlet aygıtlarından farklı olan en önemli kriterleri, organları ve faaliyetleri konusunda klasik idari denetim aygıtlarının bulunmaması ve temel fonksiyonlarının regülasyonu gerçekleştirme amacı gütmeleridir.¹² Herhangi bir idari organın bağımsız idari otorite olarak kabul edilebilmesi, iki şartın bir arada bulunmasına bağlıdır. Bunlar; idari açıdan “bağımsız olma” ve “regülasyon” işlevini yerine getirmedir. Bu iki özellik birlikte bulunmalıdır.¹³

Ülkemizde, bu bağımsızlık konusunda dönemin Başbakanı “özerkleşme alanında itiraf ederim ki ölçüyü kaçırdık; bu özerklik konusunu elden geçirmemiz gerektiğine inanıyorum; bunun için ilgili arkadaşlarıma bir yasa değişikliği hazırlığı için görev verdim”¹⁴ şeklinde beyanda bulunurken bunun kapsamının ne olması gerektiği konusunda, hala bitmeyen ve zaman zaman da alevlenen tartışmalara tanık olmaktadır. Bu otoritelerin bağımsızlıkları ve hesap verebilirlikleri konusunda dünyada standart bir model yoktur.¹⁵

*Bağımsızlık terimi daha çok Fransa, İtalya, Yunanistan gibi ülkeler tarafından kullanılmaktadır. İspanya’da ise bağımsızlık yerine tarafsızlık kullanılmaktadır. Bu otoritelerde bağımsız olmak bir amaç değildir. Bağımsızlık, kamusal faydanın oluşturulabilmesi amacıyla yetkinin daha iyi kullanılabilmesi için araçtır.*¹⁶

Regülasyon bir kamu tüzel kişiliğinin piyasanın organizasyonu amacıyla

⁹ EMEK Uğur, “Türkiye Uygulaması”, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması içinde, Tüsiad, İstanbul, Aralık 2002, s. 150.

¹⁰ ÖZDAĞ Mehmet Savaş, Özerk Kurullar, Ankara, 2002, s. 7.

¹¹ AKINCI Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, 1. Bası, İstanbul, 1999, s. 100.

¹² ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 3.

¹³ İbid., s. 15.

¹⁴ Dönemin Başbakanı Bülent Ecevit’in 28.03.2002 tarihli Akşam Gazetesi’nde üst kurullarla ilgili çıkan açıklaması.

¹⁵ EMEK, s. 162.

¹⁶ KARAKAŞ Mehmet, “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, *Malîye Dergisi*, S. 154, 2008, s. 107.

müdahalede bulunmasıdır.¹⁷ Regülasyonun unsurları genel olarak, düzenleme ve denetleme yetkisi ile bu yetkileri kullanacak bir kuruluşun mevcudiyetidir.¹⁸ *Kavram olarak dilimizde tam karşılığı bulunmayan “regülasyon” işlevi, belli bir faaliyete ilişkin olarak “oyunun kurallarının belirlenmesi” (düzenleme), bu kurallara riayetin sağlanması (denetim) ve sektörü veya bir alanı düzgün bir rekabet ortamına ve çoğulcu bir yapıya doğru sevk edilmesi (yönlendirme) olarak tanımlanabilmektedir.*¹⁹

Regülasyon dar anlamıyla, önceden kamusal özelliği olan hizmetler olarak görülen ve kamu teşebbüslerince tekel olarak yürütülen demiryolları, elektrik dağıtımı, doğalgaz dağıtımı gibi kıt olan ürünlerle ilgili yakın tarihte rekabete açılan ekonomik etkinlikleri kapsamaktadır. Geniş anlamda ise, regülasyon, belli bir alandaki ekonomik faaliyetin dışında bütün pazarı kapsayıcı bir faaliyettir. Bu kapsamda rekabetin sağlanması ve tüketicilerin menfaatlerinin korunması amacıyla yönelik olarak, özel bir pazarla ilgili pazara giriş kurallarının belirlenmesi ve bu amaca yönelik istisnai düzenleme yapılması yatay veya sektörel regülasyonu oluştururken; bütün ekonomik etkinliklerdeki kuralların düzenlenmesi dikey regülasyonu oluşturmaktadır.²⁰

*Amerikan yönetim hukukunda regülasyon, kolluk çıkışlı ama ondan ibaret olmayan, daha geniş kapsamlı bir idari etkinliktir. Bu faaliyet, idarenin önce düzenleyici işlemler yapmasını -yani nasıl hareket edileceğini göstermesini- sonra bu düzenlemelere hem uyanlar hem uymayanlar için ruhsat verme, yaptırım uygulama gibi birel işlemler yapmasını gerektirmektedir.*²¹

Kamu düzeninin yani idari kolluğun etkinliği olarak ortaya çıkan regülasyon, pazarın en üst seviyede işlerliğe sahip olmasını amaçlamaktadır. Bu işlerlik mevcut pazarın üzerinde etkin olunarak ve adil bir rekabet oluşturularak sonucunda tüketici çıkarlarının korunmasını hedeflemektedir.²²

B. Bağımsız İdari Otoritelerin Ortaya Çıkış Nedenleri

Bu otoritelerin kamu idaresi içinde en fazla yer aldığı ülke ABD’dir.²³ Aslında bağımsız idari otoriteleri ilk kez bu devletin, model başlangıcı olarak or-

¹⁷ ATAY, s. 385.

¹⁸ ÖZCAN Elvin Evrim, İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve AB, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları, Ankara, Ocak 2010, s. 24.

¹⁹ ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 21.

²⁰ ATAY, s. 385-386.

²¹ ÖZAY İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, İstanbul, Ekim 2004, s. 386.

²² ATAY, s. 385.

²³ KARACAN Ali İhsan, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, İstanbul, 2002, s. 23.

taya çıkardığı söylenebilir.²⁴ *Devlet içinde devletçikler*²⁵ olarak da adlandırılan bağımsız idari otoritelerin ilki, ABD'deki ilk bağımsız düzenleyici kurul olan 1887 yılında kurulan ICC (Interstate Commerce Commission)'dır.²⁶ Bu kurul eyaletler arası ticareti düzenlemek amacıyla çıkarılan bir yasa ile demiryolu taşımacılığı alanında federal düzeyde kurulmuştur.²⁷ *Bu ülkede 100 kadar bağımsız idari düzenleyici kurum olmasına karşın 7 tanesi (yedi büyük-big seven olarak nitelendirilmektedir) iş hayatının düzenlenmesi açısından önem taşır, bunlar; düzenledikleri alan itibariyle, The Interstate Commerce Commission (1887 Demiryolu, Kamyon ve Su Yoluyla Taşıma), The Federal Trade Commission (1914 Rekabet), The Federal Power Commission (1935- Toptan Elektrik satışı ve Doğalgaz), The Federal Communications Commission (1934- Telefon Televizyon), The Securities and Exchange Commission (1934 Menkul Kıymetler ve Borsalar), The National Labor Relations Board (1935), The Civil Aeronautics Board (1938 Havayolları)'dır.*²⁸ Yıllar içindeki sayılarının artması ve görev alanlarının idari kolluktan öte daha geniş bir anlam ifade eden regülasyona doğru evrilmesi, 1930'larda ve yürütme organının hiyerarşik ve vesayet kontrolü altında bulunmadığı için de ayrı bir başı varmış gibi gözükmeleri nedenleriyle için eleştirilen dördüncü kuvvet'i (fourth branch of Government) yaratmıştır.²⁹ ABD'de düzenleyici kurumların ortaya çıkışlarının ve kabul görmelerinin temelinde yatan bazı önemli nedenler bulunmaktadır. Birinci neden, federal yapıya sahip ABD'nin tüm ülkeyi ilgilendiren, özellikle de ekonomik sahalarda federal bir çatı oluşturma gayretidir. İkincisi, güç ve yetki paylaşımında Kongrenin, Başkan'ın özellikle ekonomik alandaki görev ve yetkilerini, özerk kurumlar oluşturmak suretiyle budamak ve sınırlamak arzusudur. Üçüncü ve önemli bir neden de, 1929 Ekonomik Buhranında Avrupa ülkeleri devletleştirme yoluyla önlem almak isterken ABD'nin özerk kurumlar sistemiyle işleri yoluna koyma yöntemini seçmesidir.³⁰ Avrupa'nın Amerika'dan farklı davranmasının nedeni, 19. yüzyılın son çeyreğinde yaşanan ekonomik krizin ve 2. Dünya Savaşı'nın yı-

²⁴ PAULIAT Helene, "Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler", Bağımsız İdari Otoriteler İçinde, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, 1998, s. 7.

²⁵ ÖZDAĞ, s. 10.

²⁶ ZENGİNOBUZ E. Ünal, "Uluslararası Karşılaştırmalar", Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması İçinde, Tüsiad, 2002, s. 84.

²⁷ BAYRAMOĞLU Sonay, *Yönetişim Zihniyeti Türkiye'de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü*, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 250.

²⁸ KARACAN Ali İhsan, "Özerk Kurumların Özerkliği", Rekabet Dergisi, S. 8, Ekim-Kasım-Aralık 2001, s. 3.

²⁹ ÖZAY, s. 389.

³⁰ KARACAN, Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler, s. 24.

kıcı sonuçlarının ortadan kaldırılması çabasıdır.³¹ *Nitekim Avrupa’da bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkması 1980’li yıllarda özelleştirmeler ile başlamıştır.*³² Düzenleyici devlet modeli, Batı Avrupa’da, bağımsız idari otoritelerin, “pozitif devlet”in yerine geçmesi gerektiğini iddia ettiği “düzenleyici devlet”in (düzenleyici kapitalizm³³) yükselişinde temel unsur olduğunu varsaymaktadır. Bu kurumlar, güvenilir sorumluluğu artırmak amacıyla kurulmuşlardır. Zira seçilmiş politikacılardan, özerk ve bağımsızdırlar. Hatta bu görüş, pozitif devlette, hükümet ve onun genel bürokrasisinin, genellikle üreticilerin menfaatleri ve şirketsel kültürün mahkûmları olduğunu varsayarken, bağımsız idari otoritelerin rekabet hukukunun uygulanması ve tüketicilerin sağlık ve ekonomik menfaatlerinin korunması gibi özel düzenleyici hedeflere odaklanabildiklerini öne sürmektedir.³⁴ Aslına bakılırsa bağımsız idari otoriteler, politikacılar ile sektördeki düzenlemeye tabi olanların farklı ve çatışan menfaatleri arasındahakem gibi davranan arabulucu bir kurum olarak da nitelendirilebilir.³⁵ Hem Avrupa’da hem de Türkiye’de 1980’li yıllardan sonra başlayan özelleştirme çalışmaları ile düzenleme ve denetleme ihtiyacı daha çok ortaya çıkmaya başlamış ve devletin sahadan çekilmesi sonucu doğan sorunlarla bağımsız idari otoritelerle baş edilmeye çalışılmıştır.³⁶ Avrupa Birliği’nde geline nokta endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde denetim ve işletme fonksiyonlarının ayrılması teşvik edilmektedir. Bu nedenle de devletin aynı anda hem oyuncu hem de hakem olması mümkün değildir ve yeni Avrupa oluşumu anlayışına göre, devlet sadece regülatör (düzenleyici) kimliğini almalıdır. Başka bir deyişle, sadece oyunun kurallarını koyması ve kurallara saygıyı sağlaması gerekir. Oyunun oynanmasını ise işleticilere bırakmalıdır.³⁷ Düzenleyici devlet modelinin gelişmesi özellikle de özerk kurumlar oluşturulması sürecinin, Avrupa’da politika oluşturma yöntemlerinin dönüşümü üzerinde de etkisinin olacağı beklenmiştir. Düzenleyici yönetim biçiminin yaygınlaşmasının ortaya çıkardığı bilindik sonuç, politik etkileşim usullerinin değişimidir. Örneğin, rekabet kurumlarının şekillendirilmesi sembolik bir karışımından ibaretti. Bu karışık üye profilinden gerçekte etkin bir politika oluşturması veya uygulaması beklenmiyordu. Ancak bu kurumlar,

³¹ ÖZCAN, s. 26.

³² KARACAN, Özerk Kurumların Özerkliği, s. 4.

³³ BIELA, s. 3.

³⁴ THATCHER, Mark, “Regulation After Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe”, *Journal of European Public Policy*, C. 9:6, Y. 2002, s. 954.

³⁵ GILARDI, Fabrizio, MAGGETTI, Martino, “The Independence of Regulatory Authorities”, *Handbook on the Politics of Regulation* içinde (Ed. David Levi-Faur), 2011, s. 206.

³⁶ KARAKAŞ, s. 100.

³⁷ SOBACI M. Zahid, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otoriteler”, *AÜHF Dergisi*, C. 55, S. 2, 2006, s. 161.

pazar ekonomileri üzerinde önemli bir etki sağlamak için zamanla rollerini yeniden tanımlamışlardır.³⁸

İngiltere, Avrupa'da "düzenleyici devlet" oluşumunun anayurdu olarak kabul edilir. Bunun nedeni, Avrupa'da bağımsız idari otoritelerin ilk kez bu ülkede görülmesi değildir, kaldı ki ilk örnek İngiltere'de değil Almanya'da ortaya çıkmıştır. İngiltere'nin bağımsız idari otoritelerin anayurdu olarak kabul edilmesi, devletin sosyal ve ekonomik işlevlerinin budanması ve "ekonominin siyasetten arındırılması" programını ilk uygulayan ülke olmasıyla ilgilidir. İngiltere'de 1980'lerin başında başlayan özelleştirme süreci ile birlikte, yaygın kullanımıyla, "bekçi köpeği (watchdog)" sıfatıyla anılan ve agency adı verilen kurum tipi örgütler doğmuştur.³⁹

Konvansiyonel idare kurumlarının dışında kalan bağımsız idari otoriteler, her alanda kendini gösteren devlet zihniyeti yerine, düzenleyen ve denetleyen devlet anlayışının gelişmesinin sonucunda ortaya çıkarak, buldukları ülkelerin siyasi, ekonomik, hukuki, sosyal ve kültürel yapılarına uygun olarak şekillendirilmişlerdir.⁴⁰ Bağımsız idari otoritelerin kurulduğu ülkelerdeki, *piyasada oluşan tekelci gelişmeler, temel maddelerdeki ani artışlardan doğan aşırı ve beklenmeyen kârlar, tüketicilerin üretilen mallar hakkında yeterli bilgi ile donanmış olmamaları, aşırı, yıkıcı ve adil olmayan rekabetin getireceği sakıncalar, sınırlı ve kıt olan şeylerden – doğal gaz, radyo-televizyon kanalları gibi - yararlanma zorlukları, işçi-işveren ilişkisinde eşit olmayan pazarlık gücü düzenlemeyi gerektiren başkaca faktörler olarak görülmüştür.*⁴¹ Bu faktörlere bu kurumların siyasal geliştirmede ve uygulamada daha esnek davranabilmeleri ve bağımsız kurumların tartışmalı konuları çözebilme yetenekleri gibi hususlar da eklenebilir.⁴² Yine kurumsallaşmanın daha hızlı ve uzmanlığa dayalı kararların alınabilmesi suretiyle daha çok etkili olduğu ileri sürülmüştür. Daha ötesinde bağımsız kurumlar istikrar politikasının artması demektir.⁴³ Bu saiklerle özerk kurumların oluşturulmaya başlandığı bazı ülkelerin bakış açılarını göstermesi açısından kullanılan ifadeler dikkate şayandır. Şöyle ki; *Avustralya "Asgari düzeyde fakat etkin regülasyon", Almanya "Daha küçük devlet, verim-*

³⁸ GILARDI, MAGGETTI, s. 212.

³⁹ UYSAL Mehmet, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Kamu Yönetimine Etkileri*, Süleyman Demirel Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 14.

⁴⁰ ATAY, s. 380.

⁴¹ GÜRAN Sait, "ABD'de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi", *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, C. 6, S. 1-3, 1985, s. 133.

⁴² EŞKİ Hülya, "Düzenleyici Kurumlara İngiltere Örneği Üzerinden Bakmak", *Sayıştay Dergisi*, S.72, 2009, s. 73.

⁴³ BIELA, s. 3.

*liliği artırılmış bürokrasi”, İsveç “Daha kaliteli regülasyon”, İngiltere “Daha az, daha iyi, daha basit”, ABD “Amerikan halkı kendilerine karşı değil, kendileri için olan regülasyonu hak ediyor”.*⁴⁴

2. Dünya Savaşı’ndan sonra Fransa, İngiltere ve diğer Avrupa ülkelerinde regülasyon, devleti daha çok ekonomi alanına sokmak suretiyle yani devletleştirme yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Ancak, 1970’li yıllara gelindiğinde devletlerin her alana müdahil olmuş olmaları ve 1940 öncesi olan kârlılıklarını kaybetmiş olmaları nedeniyle kamu hizmeti kavramının da değişmesinin etkisiyle bu sefer özelleştirmeler suretiyle devlet küçülürken, bir kısım alanların da özel kişilere devredilmek suretiyle bunların yürütülmesi ve denetlenmesinin bağımsız kurumlar veya komisyonlar eliyle yapılması yoluna gidilmiştir ki, buna da deregülasyon denmektedir.⁴⁵ Deregülasyon, piyasaya giriş ve piyasadaki faaliyetler üzerindeki sınırlandırmaların kaldırılmasını ve işleyişin piyasa mekanizmasına bırakılmasını ifade etmektedir. Devletin yapması gereken temel faaliyet, piyasa mekanizmasına aykırı kuralların kaldırılması olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu yaklaşımın da özelleştirmelerle ortaya çıkan piyasa yapısı dikkate alındığında yanıltıcı olduğu görülmektedir. Çünkü bu alanlar, baştan itibaren sıkı bir biçimde regüle edilmiş alanlardır ve sadece mülkiyet yapısına ilişkin değişiklik sonucunda pazarın biçimsel olarak serbestleştirilmesi istenmektedir. Böylece aslında deregülasyonla yapılan bir regülasyon çerçevesinin başka bir çerçeveye değiştirilmesi gerçekleşmiş olmaktadır.⁴⁶

Yine daha çok gelişmekte olan ülkelerle ilgili olarak uluslararası kuruluşlar (International Monetary Fund–IMF gibi) güven duymadıkları politikacıların hareket alanlarını kısımak için sözde istikrar programlarının ön koşulu olarak böyle kurulların kurulmasını şart koşmaktadırlar.⁴⁷

Gelişen teknolojiye sürekli açık olmaları, toplumun yaşamında özel bir yere sahip olmaları yanında özel girişim özgürlüğü, haberleşme ve bilgi edinme hakkı, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgileri nedeniyle duyarlı sektörler olarak kabul edilen iletişim, medya, ekonomik rekabet, enerji, telekomünikasyon, kamu ihaleleri, sermaye piyasası, bankacılık ve finans sektörü gibi alanların, “tarafsızlık ve nesnelliğin de gerçekleştirilebilmesi

⁴⁴ KARAKAŞ, s. 102.

⁴⁵ ÖZCAN, s. 27-29.

⁴⁶ SEZER Özcan, ÖNDER Özgür, “Küreselleşme Süreci Ve Siyaset-Yönetim Ayrımında Bir Sorun Alanı: Bağımsız İdari Otoriteler (Üst Kurullar)”, Küreselleşme Karşısında Kamu Yönetimi Ve Hizmeti içinde, (Ed. Ahmet Hamdi AYDIN, İ. Ethem TAŞ, Meltem KILIÇ vd.), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, 2010, s. 101.

⁴⁷ KARACAN, Özerk Kurumların Özerkliği, s. 4.

açısından”⁴⁸ hem politikanın ve politikacıların hem de sektörlerde faaliyet yürüten kişi ya da işletmelerin etkisinden ve yönlendirmesinden arındırılmaları gereği ve amacı, bu tür kurumların varlık bulmalarının bir başka nedenidir.⁴⁹

Hukuk devleti olmanın gereği olan idarenin eylem ve işlerinin yargısal denetiminin çok uzun bir zamanda gerçekleşme doğasından ötürü, bazı özellikli alanlardaki istikrarsızlığa ve belirsizliğe tahammülün bulunmayışı ve hızlı karar alma gerekliliği nedenleriyle o alandaki aktörlere yeni güvenceler getirilmesi zorunlu olmuştur. Bunu sağlamak için de idarenin yargı dışı denetim yolları ile karar ve işlerindeki şeffaflığı önemli birer araç haline gelmişlerdir. Bu amaca matuf olarak idareden bağımsız, “uzman kişilerle sivil toplumun bünyesinden çıkan kişilerden oluşan⁵⁰” bu kurumlar, idarenin yargı dışı denetim görevini de yerine getirmek üzere düşünülmüşlerdir.⁵¹

Aslına bakılırsa “konusunda uzmanlığa ve hesap verebilirliğe”⁵² sahip bu düzenleyici ve denetleyici kurullar, yürütmenin sevk ve idare etmeyi çoğunlukla arzuladığı, ama bu işlerin de bir siyasal kimliği olan bir kişi ya da klasik hiyerarşik vesayet altındaki bir kamu idaresine doğrudan bağlanması suretiyle yükümlülüğünün istenilmediği işleri yapmak üzere kurgulanmış yapılarıdır. Bu nedenle de, bunlara İngiltere’de “hükümetin püskülü” ya da “hükümetin uzun kolları” adı verilmektedir.⁵³ Çünkü bu kurumlar, hükümetin içinde yer almamakla birlikte, iktidarın yönetilmesi sürecinde bir fonksiyonu icra eden ve devletin eteklerinde yer alan kamu kurumlarıdır.⁵⁴

Devletin piyasa ekonomisinde hem hakem hem de oyuncu olmasının alınacak kamusal kararların tarafsızlığına ve haklılığına gölge düşürmemesi ve siyasal etkilerden arındırılmış kurumların uzun soluklu politika oluşturup izlenebilir ve belirlenebilirliği mümkün kılması nedenleriyle de bu otoriteler hızla çoğalmışlardır.⁵⁵

Bağımsız idari otoriteler, kuruldukları alandaki konularla ilgili olarak siyasilerin alanını daraltarak işin temel konularını tekno-bürokratlara bırakmaktadır. Bu sayede konusuyla ilgili alandaki piyasanın gereklerine uygun kararlar alması yoluyla ve nihayetinde de siyasilerin konuyla ilgisi olmayan, kurallara aykırı

⁴⁸ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2013, s. 569.

⁴⁹ ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 5.

⁵⁰ ATAY, s. 380.

⁵¹ İbid., s. 381.

⁵² KARACAN, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, s. 36.

⁵³ AKINCI, s. 120.

⁵⁴ UYSAL, s. 15.

⁵⁵ TAN, *Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar*, s. 14.

popülist kararlar almasının önüne geçilmek istenmektedir.⁵⁶

Bu bağlamda Türkiye’de bağımsız idari otoritelerin oluşumuna bakıldığında, bu kurumların Türkiye’de belirli ilkeler ve doktrinler çerçevesinde değil, konjonktürel gelişmeler sürecinde ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin, Rekabet Kurumu’nun oluşumu Gümrük Birliği süreci ile, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu ve Kamu İhale Kurumu’nun ortaya çıkışı ise, IMF baskıları ve Avrupa Birliği’ne adaylık süreci ile açıklanmaktadır.⁵⁷ Bağımsız idari otoriteler anlamında kurul, Türk hukukuna ilk kez 1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile girmiştir.⁵⁸ Sermaye piyasası alanında ABD’deki Securities and Exchange Commission, ülkemizdeki Sermaye Piyasası Kurulu’na modellik yapmıştır.⁵⁹ Bu tarihten 13 yıl sonra radyo ve televizyonların kuruluş ve yayınları alanındaki tekelin kaldırılması ile kanunla belirlenen şartlarda radyo ve televizyon istasyonu kurmak serbest bırakılmış ve 1994 tarihinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur.⁶⁰ Daha sonra sırasıyla, 1994 yılında Rekabet Kurumu, 1999 yılında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, 2001 yılında Telekomünikasyon Kurumu⁶¹, Şeker Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 2002 yılında Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu ile Kamu İhale Kurumu kurulmuştur.⁶² RTÜK ve SPK dışındakiler aynı ismi taşıyan “kurum” olarak örgütlenmiş, “kurul” da kurumun karar organı olarak düzenlenmiştir.⁶³

Ülkemizdeki kurulları iki ana gruba ayırmaktayız. Kamusal hayatın hassas alanları sayılan kısımlarında düzenleme ve denetim işlevi yerine getiren birinci gruptakiler ki, bunların tipik örnekleri RTÜK, SPK ve Rekabet Kurumu’dur; önceleri kamu idaresinin uhdesinde yürüttüğü bir kısım kamu hizmetlerinin özel sektöre açılarak rekabet ortamında bu alanlara kişilerin girişi sağlandıktan sonra, kamu idaresi ile özel teşebbüsün yan yana faaliyette buldukları alanları regüle etme işlevini yürütmek üzere kurulmuş düzenleyici otoriteler ise, ikinci gruptakileri oluşturmaktadır ki; Telekomünikasyon ve elektrik alanlarında oluşturulan düzenleyici otoriteler de bunun tipik örnekleridir.⁶⁴

⁵⁶ ATAY, s. 381.

⁵⁷ SOBACI, s. 162.

⁵⁸ ÖZDAĞ, s. 15.

⁵⁹ ATAY, s. 381.

⁶⁰ ÖZDAĞ, s. 16.

⁶¹ Telekomünikasyon Kurumu, 05.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Kanun ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna dönüştürülmüştür.

⁶² GÜNDAY, s. 572.

⁶³ TAN, Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar, s. 15.

⁶⁴ KESTANE Doğan, “Kamu Kesiminde İdari Kuruluşların Genel Görünümü ve İdari Yapıda Yeni

C. Bağımsız İdari Otoritelerin Gelişimi, Yetkileri ve Ortak Özellikleri

Dünyada bu kurullar konusunda bir örnek tip söz konusu değildir.⁶⁵ Zira hem amaç hem de sektörlerin özellikleri de düşünülerek ülkenin içinde bulunduğu siyasi, iktisadi ve sosyal sistemlerin özelliklerine göre bu organlar biçimlenmektedir.⁶⁶ Organik bağımsızlık boyutu itibariyle bu kurullarda çalışanlar, gerek atanmaları şekil ve yönteminde, gerekse görev süreleri ile görevden alınmalarında diğer klasik devlet organlarının çalışanlarına göre çok daha güvenceli bir konuma sahiptirler.⁶⁷ Kurulların üyelerinin seçimi, iktidara verilmiş olsa da, bu görevlilerin çalışma süreleri önceden bellidir ve oldukça uzun bir süreliğine de görevlerinden alınamama güvenceleri ile seçilmektedirler.⁶⁸

Dünyada farklı anlayış şekilleri ile bu kurumların karar organlarına atama yapılmaktadır. ABD’de uygulanan bir yöntemle Başkan tarafından gösterilen aday ABD Kongresi tarafından alınan bir karar ve seçimle Kurul üyesi olarak atanmaktadır. Ülkemizde de RTÜK üyeleri, Hükümet ve muhalefet tarafından gösterilen adaylar arasından TBMM tarafından seçilmektedir.⁶⁹ *Avrupa, İngiltere, Japonya ve birçok gelişen ülke ile birlikte ülkemizde de olduğu üzere Hükümet veya ilgili bakan tarafından yapılan atama usulü de vardır. Bu modelin ağırlıkta olduğu ülkemizde Hükümet, bir Bakanlar Kurulu Kararı ile bağımsız idari otoritelerin karar organına atama yapmaktadır. Ülkemizde BDDK, EPK gibi kurullara atamayı serbestçe Hükümet belirlemektedir. SPK, TK (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) ve KİK’ de olduğu gibi değişik kamu kurumları ya da meslek örgütlerinden gösterilen adayların yine bir Hükümet tasarrufu ile atandığı model de vardır. En son olarak Rekabet Kurulu’nda olduğu gibi bazı üyelerin o kurumun mensupları arasından seçilmesi yöntemi de vardır.*⁷⁰

*ABD’de bu otoriteler, siyasi tam eşitlik ilkesine uygun olarak birden fazla üyeden oluşmaktadır (Cumhuriyetçiler kadar Demokratlar bulunmaktadır).*⁷¹ Bunun yanında bu ülkede Çevre Koruma Kurumu (Environmental Protection

Organizasyonlar Olarak Bağımsız İdari Otoriteler (Üst Kurullar)”, Maliye Dergisi, S. 139, 2002, s. 10.

⁶⁵ SEZEN Seriyeye, *Türk Kamu Yönetiminde Kurullar*, Ankara, Mart 2003, s. 115.

⁶⁶ PAULIAT, s. 9.

⁶⁷ ÖZDAĞ, s. 12.

⁶⁸ GÜNDAY, s. 570.

⁶⁹ KARACAN, Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler, s. 43.

⁷⁰ İbid., s. 43.

⁷¹ PAULIAT, s. 8.

Agency) gibi tek kişiden oluşan önemli bağımsız idari otoriteler de vardır.⁷² İtalya ve Fransa gibi ülkelerde görev süresi bir dönem ile sınırlandırılmışken,⁷³ ABD’de kurul üyelerinin belirli, birbirlerini izleyen (diğerleri ile aynı anda sona ermeyen) ve genellikle kendilerini atayan Amerikan Başkanı’ninkinden daha uzun görev süreleri bulunmaktadır.⁷⁴ Görevin ihmali, kötüye kullanılması ve verimsizlik gibi nedenlerin haklı kılması halinde Başkan, bu üyeleri görevden alabilmektedir.⁷⁵ Bizde de atanmaları için gerekli şartları kaybeden veya görevleri ile ilgili işledikleri suçlar mahkeme kararları ile kesinleşen kurul üyeleri görevden alınabilmektedir.⁷⁶

Ülkemizde kurulların üyeleri, görev bitiminde yeniden seçilebilme hakkına sahiptirler.⁷⁷ Fransa, Belçika ve Türkiye örneklerinde olduğu gibi kurul halinde oluşum esas olmakla beraber, komiser formülünün de (İngiltere, Almanya) uygulandığı ülkeler bulunmaktadır.⁷⁸

Ülkemizde kurul üyelerinin sayısında olduğu gibi üyelerin görev süresi, üyeliklerin değişim yöntemi ve görevden alınma konusunda da bir yeknesaklık bulunmamaktadır.⁷⁹

ABD’de bu kurumlar birer hukuk üreten kurumlar olarak düşünülmüş ve denetim ise buna bağlı bir uzantı olarak görülmüştür. Bu nedenle bu kurumlar Türkiye’dekilerin tersine, hukuk eğitimi almış kişiler tarafından ve hukuksal bakış açısı ön planda tutularak kurulmuşlardır. Denetim işlevini ise bağımsız denetim firmaları ve öz-düzenleyici kurumlar ile paylaşma yoluna gitmişlerdir. Ülkemizde ise, düzenleyici kurumlar denetim ve teftiş mantığı ağır basan bir görüş ile kurulmakta, bunların hukuk üretme ve düzenleme yönleri ikinci plana itilerek daha ziyade mali bir denetim bakış açısı getirme yönleri öne çıkarılmıştır. Bunun neticesinde ilk kurulurken daha çok Maliye Bakanlığı’nın denetim kökenli görevlilerinin bu kurumlarda görev almalarına ve bu idarelerin

⁷² UYSAL, s. 12.

⁷³ SEZEN, s. 116.

⁷⁴ ŞAHİN Cenk, *Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)*, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s. 30.

⁷⁵ İbid., s. 30.

⁷⁶ EMEK, s. 171.

⁷⁷ 4734 sayılı Kamu İhale Kanun’un 53/c.maddesi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 24. maddesi, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 5. maddesi, 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun’un 8. maddesi, 5411 sayılı Bankacılık Kanun’unun 85. maddesi, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanun’unun 120. maddesi vs..

⁷⁸ UYSAL, s. 6.

⁷⁹ EMEK, s. 170.

organizasyon şekillerinin birer teftiş/denetim kuruluna dönüştürülmesine yol açılmıştır.⁸⁰

Bu idareler, işlevsel (fonksiyonel) bağımsızlık anlamında, devlet sistemi içinde hiyerarşik anlamda hiçbir idareye bağlı olmadığı gibi vesayet denetimi altında da işlem ve kararları bir başka yapının kontrolü altında olmadıkları için yaptıkları düzenlemelerle bir faaliyet alanına sahip kabul edilmektedir. *Teknik ve özellikli bir alandaki bu iş, görev, yetki ve işlemlerin oluşturduğu bu alanın kurulların dokunulamaz, karışılmaz, müdahale edilemez, girilemez alanı olduğu kabul edilmektedir.*⁸¹ Ancak bu kurumlar, kendi sahalarındaki bir konuda düzenleme faaliyetinde bulunurken sınırsız bir özerkliğe sahip değildirler. Düzenleme yetkisinin kapsamı ancak verilen sınırlar içindekiler kadardır. Bu sınırları da hükümet programı, kalkınma planı, uluslararası kurumlarla imzalanan antlaşmalar vs. gibi düzenlemeler oluşturur. Bu nedenle düzenleme yetkisi nispidir, mutlak değildir.⁸²

*Düzenleyici kurulların genel özelliği bütçe ve personel istihdamı açısından göreceli bir özerklikten yararlanmalarıdır. Yaygın olarak da, gelir kaynakları düzenledikleri sektörlerden alınan lisans ücreti, katkı payı gibi ödemelerden ve alınan ceza bedellerinden oluşmaktadırlar. Ancak Yunanistan Ulusal Telekomünikasyon Komisyonu personelinin atamaları ilgili bakanca yapılmaktayken, Enerji Düzenleme Kurumu'nun bütçesi Kalkınma Bakanlığı'nın bütçesi içindedir.*⁸³

Bağımsız idari otoriteler, denetim yetkilerine, danışma yetkilerine, izin verme veya atama yapmaya ilişkin bireysel işlem yapmak yetkilerine, uyarı cezası verme yetkisine, inceleme ve müdahale yetkilerine, yargısal benzeri karar alma, yargı merciini harekete geçirme gibi yetkilere sahiptirler. Düzenleyici işlem yapma (bunu yönetmelik çıkarmak, karar, tebliğ ve başka isimler taşıyan işlemlerle yaptığı görülmektedir)⁸⁴, yaptırım uygulama gibi yetkilere de sahiptir.⁸⁵ Ayrıca kamuoyunu bilgilendirme, bilgi isteme, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunma görev ve yetkileri de bulunmaktadır.⁸⁶ Statüleri ve yetkileri bakımından normal nitelikli danışma kurullarından ayrılan bağımsız idari

⁸⁰ KARACAN, Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler, s. 101.

⁸¹ ÖZDAĞ, s. 14.

⁸² KARACAN, Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler, s. 65.

⁸³ SEZEN, s. 117.

⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, 2010, s. 308.

⁸⁵ ŞAHİN, s. 41-65.

⁸⁶ KARAKAŞ, s. 100.

otoritelerden⁸⁷ bazıları, faaliyet alanlarında, bu yetkilerin hepsine bir kısmı ise bu yetkilerin bazısına sahiptir.⁸⁸ *Bu tür kurumlar doğrudan mal ve hizmet üretmezler.*⁸⁹ Bu kuruluşlar, faaliyet alanlarıyla ilgili olarak, idari mekanizmalar yanında bireyler aracılığıyla da harekete geçirilebilmektedir.⁹⁰

*Bağımsız idari otoritelerin ortak özelliklerini şu şekilde belirlemek mümkündür:*⁹¹

1. *Genel idare sıralaması içinde yer alırlar.* Bağımsız idari otoriteler, Türk idare sisteminde kendine has yapılanmasıyla, merkezde yaygınlaşmıştır. Bu örgütlerin, kurulma amacı uygulamayla doğrudan ilgili olmadığı ve düzenleyici ve denetleyici uzman kuruluşlar olduğundan taşra teşkilatlanmasına da ihtiyaçları yoktur. Bu nedenle merkezi idare alanında, siyasi yapı ve bürokratik yapı arasında, ancak bağımsız, birçok özelliği açısından hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına ve bazı açılardan da mahalli idare yapısına benzetilebilir olmakla birlikte, özerklikleri daha çok karar almakla ilgili olduğundan merkezi idare alanına daha yakın ama ondan ayrı örgütlerdir, yerinden yönetim esası içine de girmezler.⁹²

2. *Kurumsal oluşum ve işleyişi bir kanunla tespit edilmiştir.* İlk olarak 1981 yılında çıkarılan Sermaye Piyasası Kurulu oluşturulmuş ve daha sonra çıkarılan çeşitli yasalarda da kurumlar ve kurullara yer verilmiştir.⁹³

3. *Özerk ve bağımsız statülü yapılardır.* Bağımsız idari otoritelerin en önemli özelliklerden bir tanesi, bu kurumların idari bağımsızlığa sahip olmalarıdır. İdari bağımsızlık ise; organik bağımsızlık ve işlevsel bağımsızlık olmak üzere ikiye ayrılabilir. İdari bağımsızlık, bu kurumların organları ve işlevleri üzerinde siyasi iktidarın ve idari mercilerin klasik idari denetim yetkilerinin bulunmaması ve bu kurumlara başka organların emir ve talimat verememesi anlamına gelmektedir. Organik bağımsızlık yoluyla, bu kurullarda çalışanların, atanma usullerinde, görev sürelerinde ve görevden ayrılımlarında, diğer kurumlarda çalışan kamu görevlilerine göre daha fazla güvenceye sahip olmaları kaste-

⁸⁷ ATAY, s. 383.

⁸⁸ KABOĞLU İbrahim Ö., “Değerlendirme”, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, 1998, s. 194.

⁸⁹ YILDIRIM Ramazan, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Konya, Şubat 2012, s. 150.

⁹⁰ ATAY, s. 383.

⁹¹ AKINCI, s. 119.

⁹² KAVRUK Hikmet, “Türk Kamu Yönetiminde Bağımsız İdari Otoriteler ve Ajanslar”, *Küreselleşme Karşısında Kamu Yönetimi Ve Hizmeti içinde*, (Ed. Ahmet Hamdi AYDIN, İ. Ethem TAŞ, Meltem KILIÇ vd.), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, 2010, s. 131.

⁹³ DARICI Haldun, “Kurumlar, Kurullar”, *Maliye Dergisi*, S.140, 2002, s. 2.

dilmektedir.⁹⁴ Bağımsızlık; bir yandan, bağımsız idari otoritelerin hükûmete, düzenlenen ve denetlenen sektöre, medyaya, diğer kamu idarelerine ve diğer gerçek ve tüzelkişilere karşı özerkliği, diğer yandan kurul üyelerinin düşünce ve kanaatlerini serbestçe dile getirip oylarını özgürce kullanabilmeleri anlamına da gelir.⁹⁵

4. Hukuk düzeni içindeki varlıkları belirgindir.

5. *Merkezi devlet yönetiminin hiyerarşik ve vesayet denetimine bağlı değildir. Diğer bir deyişle işlevsel bağımsızlık olan bu özelliğe göre, bağımsız idari otoritelerin işlem ve eylemleri üzerinde, yürütme organına dahil birimlerin bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuracak, işlemi onaya tabi tutma, işlemin yürürlüğünü engelleme veya geciktirme gibi hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması, hiçbir kurum ve merciin bu işlemlerin değiştirilmesi ve yürürlüğe sokulmaması yönünde emir ve talimat verememesi söz konusudur. Bağımsız idari otoritelerin bu özelliği, söz konusu kurumların idari teşkilat içinde bir "ada" ya benzetilmesine temel oluşturmaktadır.*⁹⁶

6. *Denetim ve düzenleme esasına dayalı güçlü kamusal yetkileri vardır.* Bu kurumlar belli sorunları çözmek üzere bir araya toplanmış basit anlamda uzman kişilerden oluşturulmuş kurullar değildir. Çünkü bunlar devamlılık arz eden bir kısım yetkilerle donatılmışlardır. Bu süreklilik hem ülkemiz hem de Fransa'daki bu tür kuruluşların kanunla gerçekleştirilmesi nedeniyle, kanunla da ortadan kaldırılıncaya veya yerlerine başka bir otorite kuruluncaya kadar devam eder.⁹⁷

7. *Yaptırım uygulama yetkileri vardır.*⁹⁸ Ancak bu durum bunların yargısal bir statüye sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Yürütmeye bağlı olmadıkları gibi, yasama veya yargının da içinde değillerdir.⁹⁹

8. *Kolektif iradeye dayalı karar mekanizması vardır.* Kurulu oluşturanların sayıları ülkeden ülkeye ve ülke içinde kurumdan kuruma değişiklik göstermektedir. Ancak, istisnai de olsa Belçika, Danimarka, Almanya gibi ülkelerde telekomünikasyon sektörü düzenleyici kurumları tek kişiden oluşmaktadır.¹⁰⁰

⁹⁴ SOBACI, s. 164-165.

⁹⁵ KAVRUK, s. 133.

⁹⁶ SOBACI, s. 167.

⁹⁷ ATAY, s. 387.

⁹⁸ GÜNDAY, s. 569.

⁹⁹ ATAY, s. 387.

¹⁰⁰ SEZEN, s. 115.

D. Bağımsız İdari Otoritelerin Faaliyet Alanları

Fransız bağımsız idari otoritelerinin faaliyet alanları dört ana kısımda ele alınmaktadır.

1. *Yönetim ile yönetilenler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, (Ombudsmanlık),*¹⁰¹

Bağımsız idari otoriteler idare edilenlerin haklarının güçlendirilmesine yardımcı olurlar ve yönetimin keyfilikliğini engellerler. Bu anlamda idari dokümanlara erişim hakkının kullanılmasını sağlayan kuruluşlar (bizde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu) da örnek olarak gösterilmektedir.¹⁰²

2. *Pazar ekonomisinin düzenlenmesi,*

Kamu hizmeti düzenleyicileri, genel rekabet otoriteleri ve finansal birimler bu gruba girmektedirler. Bu gruba, haksız rekabeti önleme, faaliyette bulunabilme lisanslarını verme ve fiyat kontrolü gibi yetkiler verilmiştir (SPK gibi).¹⁰³

3. *Kamu özgürlüklerinin (özellikle bilgi alma hakkı ve iletişim özgürlüğünün) korunması (RTÜK)¹⁰⁴ ve demokratik mekanizmaların düzenlenmesi,*

4. *Kamu yönetiminin ve politikalarının geliştirilmesi.*¹⁰⁵

Türkiye'deki kurulları gözönüne aldığımızda RTÜK ve Ombudsmanlık kurumları dışındakilerin ekonomik hayata ve piyasa ekonomisinin regüle edilmesine ilişkin olduklarını görmekteyiz.¹⁰⁶

II. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN HUKUKİ STATÜSÜ -OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ- ELEŞTİRİLER

A. Hukuki Statü

Bağımsız idari otoriteler kapsamında değerlendirilen yapıların çoğunun anayasalarda tanımlanmamış olduğu görülmektedir. ABD Anayasası'nın 2. maddesine göre Başkan yürütme yetkisini, kabineyi oluşturan bakanlar, servisler ve yürütme birimleri ile birlikte kullanmaktadır. Kongre, önemli görülen bir kısım sektörlerin düzenlenmesi işini Başkan'ın yetki alanından çıkar-

¹⁰¹ TAN, Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar, s. 14.

¹⁰² ATAY, s. 383.

¹⁰³ UYSAL, s. 27.

¹⁰⁴ AKINCI, s. 142.

¹⁰⁵ ÖZAY, s. 383.

¹⁰⁶ TAN, Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar, s. 14.

arak bağımsız idari otoritelere vermiştir.¹⁰⁷ Ne Amerika’da ne de Fransa’da bağımsız idari otoritelerin, anayasal bir dayanağı vardır.¹⁰⁸ Amerika’da bu tür kurullardan belediyesel bölge temyiz kurullarından, büyük federal yönetim komisyonlarına kadar binlercesi ortaya çıkmıştır. Bunlar güçler ayrılığı doktriniyle adeta her alanda dalga geçmişlerdir. Bu kurulların üç erkten hangisinin alanına girdiğini tespit etmek aşırı derecede zordur. Zira bu kurullar yürütme yanında hem yasama hem de yargı fonksiyonlarını birlikte kullanıyor gözükmektedir. Anayasal olan bu önemli sorun da, tanımlama yapmak veya farklılıkları analize tabi tutmak suretiyle çözülebilecek gibi değildir. Bu durum ancak idari kurulların fonksiyonlarının anayasal anlamda yürütme veya yargılama faaliyeti değil de, sadece yürütme-benzeri ve yargı-benzeri olduğu kabul edilerek çözülmeye çalışılabilecektir.¹⁰⁹ *Bu otoriteler Anayasa tarafından öngörülmemekte, her ajans aynı zamanda onların görevlerini, işleyiş kurallarını ve yetkilerini belirleyen Kongre tarafından oylanan özel bir kanunla ihdas edilmektedir.*¹¹⁰ Her iki ülkede de bu organlar daha çok, yasama tarafından verilen yetkiyle yürütmenin alanındaki bir konunun bu organlarca düzenlenmesi sırasında idarenin müdahale etmesi üzerine çıkan uyuşmazlıklarda mahkemelerin verdiği kararlar vasıtasıyla değindikleri kamusal yaşamın duyarlı alanları ile özgürlüklerin anayasal statüsü üzerine inşa ettikleri normatif temellere oturmaktadır.¹¹¹

Buna örnek olarak, ABD’de ticaretteki özel ilişkiler alanına müdahale yetkisinin yargının tekelinden çıkarılarak aslında yasamanın alanını genişletmek anlamında yasama tarafından verilen yetkilerle düzenlenmesi işinin (bağımsız idari otoritelerce) yerine getirilmesinde, Amerikan Anayasasında bir kısım prensiplerle korunan mülkiyet, sözleşme özgürlüğü ve ticari hayata ilişkin hakların zedelenmediğini belirlemek için 1877 tarihli *Munn v. Illinois* davasında Yüksek Mahkeme, federe devlet yasama organının ticari ilişkileri regüle edip edemeyeceği sorusuna cevap ararken antrepoların, zahirecilerin ve demiryollarının tavan ücretlerini belirleyen düzenlemelerini hukuka uygun bulurken, müdahalenin anayasal meşruluğunu gösteren

¹⁰⁷ AKINCI, s. 121.

¹⁰⁸ İbid., s. 122.

¹⁰⁹ WARP, s. 184.

¹¹⁰ KESTANE, s. 8.

¹¹¹ AKINCI, s. 123; Buna ilişkin Yüksek Mahkeme’nin 1935’de verdiği bir kararda, Başkan Roosevelt’in geçerli bir neden olmaksızın Federal Ticaret Kurulu’nun bir üyesini görevden almasına karşı çıkmıştır. Mahkeme’ye göre, “Kongrenin amacı her yürütme otoritesinden bağımsız ve idare temsilcilerinin onamı olmaksızın hükmünü dilediği gibi kullanmakta serbest olan bağımsız bir kurum yaratmak’tır.

*kamu yararı ve kolluk yetkisi kavramlarına dayanmıştır.*¹¹²

Klasik olarak kolluk, idarenin kamu düzenini korumak, bozulduğunda da geri getirmek amacıyla yerine getirdiği idari bir faaliyet, faaliyeti yerine getiren görevliler veya teşkilattır. Gelinen çağda, kamu düzeni unsurlarına yenilerinin eklenmesiyle bu kavramın kapsamı da genişleyerek, çevrenin korunması, ekonominin istikrarlı işleyişinin sağlanması, estetik gibi unsurları da içine dâhil etmiştir. Bu şekilde yeni isimlendirmeye “ekonomik ve sosyal kamu düzeni” kavramı oluşmuştur. İşte devletin sosyal ve ekonomik (*birincisi; sağlık, güvenlik ve çevre, ikincisi; piyasaya giriş ve çıkışların, fiyatlandırmanın, kârlılık ve rekabetin düzenlenmesini içermekte*)¹¹³ alanlarda düzenleme ve denetleme faaliyetinde bulunması ekonomik ve sosyal kolluk faaliyetini doğurmuştur. Zira ekonomik ve sosyal kolluk kendisine bırakılan alanlarda ekonomik ve sosyal faaliyetlere sınırlamalar getirmekte, koyduğu kurallara uyulmaması halinde yaptırım uygulamaktadır.¹¹⁴ Buna karşın 20. yüzyılın son çeyreğinde İspanya, Portekiz, Polonya, Romanya ve Macaristan gibi ülkelerde hazırlanan anayasaların güvence altına aldıkları hak ve özgürlükleri korumak amacıyla “Ombudsman” kökenli kendine has özel denetim otoriteleri öngörülmüştür.¹¹⁵

Anglo-Amerikan kökenli ve federal devlet yapısının içinde doğmuş olan bu yapılar Kıta Avrupası’nda Fransa tarafından idari rejim sistemi içine dâhil edilerek üniter devlet yapısına adapte edilmiştir. Fransız sisteminde bağımsız idari otoritelerinin devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı bir tüzel varlıkları yoktur.¹¹⁶ Zira federal bir sistem için öngörülen ve oluşturulan bir bağımsızlık modeli ve anlayışı, üniter devlet sisteminde geçerli olmayacağı için Fransa, Amerikan Federal Sistemi’nde üç erkten bağımsız olarak düşünülen bu kurulları devlet tüzel kişiliğinin bir parçası saymış, bunlar için özerk bir bütçe de öngörmemiştir.¹¹⁷ Merkezi ve geleneksel bir idare anlayışında olan Fransa’da genel düzenleme yetkisi aslında başbakana ait olmasına karşın bağımsız idari otoritelerin hükümetle ilişkisi kurulmuş ancak bunlar merkezi idarenin hiyerarşik ve vesayet denetimi dışında tutulmuştur.¹¹⁸

¹¹² ŞAHİN, s. 20.

¹¹³ İbid., s. 2.

¹¹⁴ ÖZCAN, s. 35-38.

¹¹⁵ KABOĞLU Ö. İbrahim, “Çağdaş Anayasalarda Özgürlükleri Korumaya Yönelik Bağımsız İdari Otoriteler”, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, İstanbul, 1998, s. 72.

¹¹⁶ ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 88.

¹¹⁷ ÖZDAĞ, s. 11.

¹¹⁸ AKINCI, s. 120.

*Fransa'da bağımsız idari otoriteler merkezi idare içinde başkentteki yardımcı kuruluşlar içinde kabul edilmektedir.*¹¹⁹

Türk hukukunda, Anayasada düzenlenmiş kurumlar ile anayasal konuma sahip olmayanlar arasında hukuki üstünlük konusu uygulamada sıkıntı çıkaran bir durumdur. Zira RTÜK'ün kanuna dayalı yetkisi sonucunda aldığı bir karar ile TRT Genel Müdürü'nün görevinin sona ermesi sonrası açılan davada Bölge idare Mahkemesi, 1996 tarihli verdiği kararda, kısaca; TRT kurumunun Anayasa'nın 133. maddesinde yer alan anayasal bir kurum olduğunu, RTÜK Başkanlığı'nın ise yasa ile kurulmuş olduğunu ve anayasal statüsü bulunmadığını, anayasal anlamda özerkliği de bulunmayan bir kurumun TRT Genel Müdürü'nün görevine son verilmesi gibi bir hukuki sonucun doğmasına yol açan bir işlemi tesis etmeye yetkili kılmanın normlar hiyerarşisine aykırı olacağını belirtmiştir.¹²⁰ Ayrıca Fransa'dakinden farklı olarak Anayasanın 123. maddesi karşısında, idari yapılanma içinde yerinden yönetim kuruluşları kategorisine dâhil etmek gerekmektedir.¹²¹ Daha doğrusu, bağımsız idari otoriteler yarı yargısal ve yasa benzeri bazı işlemler yaparak regülasyon işlevi görmeleri, kararlarının idarenin hiçbir doğrudan müdahalesine tabi olmaması ve karar organlarının belli bir süre seçilmeleri ile ilke olarak görevlerine son verilememesi gibi hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından farklılaşması karşısında bu kurulların, yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir yerinden yönetim kuruluşu kategorisi oluşturdukları söylenebilir.¹²² Bu organları merkezi idare içine oturtmak da mümkün gözükmez de; 1982 Anayasa'sı Radyo Televizyon Üst Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, Rekabet Kurulu gibi bağımsız idari otoritelerin kaynağı konumundadır.¹²³

Türk hukukunda, kamu tüzel kişiliğine sahip olarak düzenlenen kurullar merkezi idarenin dışında, idari ve mali açıdan özerk kuruluşlardır.¹²⁴ Bunların bu şekilde düzenlenmelerinin nedeni ise, işlem ve kararlarının günlük politikaların ve politikacıların etkisinden korunmak istenmesidir.¹²⁵ Bu amaca rağmen aslında seçilmiş olan politikacıların bağımsız idari otoriteler üzerinde pratik hayatta kontrol amaçlı kullandıkları beş araç mevcuttur:¹²⁶

¹¹⁹ ULUSOY, s. 89.

¹²⁰ GÖZÜBÜYÜK, s. 302.; Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 05.01.1996 tarih ve Y.D. İtiraz No:1996/2 sayılı kararı.

¹²¹ ULUSOY, s. 90.

¹²² İbid., s. 92-93.

¹²³ KABOĞLU, Değerlendirme, s. 194.

¹²⁴ ÖZDAĞ, s. 21.

¹²⁵ GÜNDAĞ, s. 572.

¹²⁶ THATCHER, s. 959.

1. Politize olmuş atamalar ne kadar güçlü ise kurumların bağımsız olma ihtimali o denli zayıf olacak ve dolayısıyla seçilmiş politikacıların bu kurumlar üzerindeki kontrolü de o kadar büyük olacaktır;

2. Bu kurumlarda görev alanların görev sürelerinden önce kendi istekleri ile veya zorla ayrılmaları ve görevden alınmaları süre itibarıyla ne kadar geç olursa bağımsız idari otoritelerin bağımsız olmaları daha muhtemeldir;

3. Bağımsız idari otorite üyelerinin görev süreleri ne kadar uzun olursa seçilmiş politikacılardan bağımsız olma ihtimali o kadar artar; burada önemli olan görev süresinin uzunluğudur, yoksa kurul üyelerinin bakan gibi tek bir kişi tarafından atanması veya herkesi kapsayan bir usulle belirlenmesi, görevden alınıp alınamamaları, atamaların yenilenip yenilenememesi, diğer kamu daireleri ile uyum içinde olup olmaması ve nihayetinde bağımsız olan bu görevliler için belirlenmiş şartların bulunup bulunmaması önemli değildir.¹²⁷

4. Bağımsız idari otoritelerin mali ve insan kaynağı;

5. Seçilmiş politikacıların bağımsız idari otoritelerin kararlarının bozulması konusundaki güç kullanımı.

B. Bağımsız İdari Otoritelerin Olumlu-Olumsuz Yönleri-Eleştiriler

1. Olumlu Yönleri

Teknik bir bilgi birikimini gerektiren ve son zamanlarda kamusal hayat için önemli derecede etkin olan hassas alanlarda, siyasi amaç ve çıkarlardan arındırılmış bir halde bitaraf olarak ve nesnel bir şekilde çalışma özelliğine sahip olmaları bu kurulların en belli başlı olumlu yönlerindedir.¹²⁸ Bu kurumlar hitap ettikleri alandaki her türlü bilgiye sahip olarak bilimsel verilerle değerlendirme sonucunda hareket ettikleri için daha hızlı ve daha etkin müdahale isteyen konularda kararları seri şekilde verebilme kapasitesine sahiptirler. Ayrıca bir alanda düzenleme yapma, kararlarına ve koyduğu standartlara uyanlar ve uymayanlara kural uygulama ve çıkan uyuşmazlıkları çözme gibi birçok işlemi bir elden ve bir başka kurumla çatışmasız şekilde yerine getirme olanağı da vardır.¹²⁹

Bağımsız idari otoriteler, sahip oldukları idari ve mali özerklikleri, faaliyette buldukları alanlara ilişkin düzenleyici ve denetleyici yetkileri, sektörler üstü konumları ve teknik bilgi ve deneyimleri ile etkin ve şeffaf devlet ilkelerinin

¹²⁷ GILARDI, MAGGETTI, s. 204.

¹²⁸ ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 31.

¹²⁹ İbid., s. 32.

*hayata geçirilmesinde önemli rol oynayabilirler.*¹³⁰

2. Olumsuz Yönleri-Eleştiriler

ABD’de düzenleme yetkileri bulunmasına rağmen kurumların karar alma sürecini olumsuz etkileyen unsurlar nedeniyle, çok etkin karar alamadıkları belirtilmektedir. Bu unsurların başında, piyasanın içinde söz sahibi olanların ilgili kuruma, karar alma sürecini etkileyen verileri gerektiği şekilde bildirmemeleri gelmektedir. Karar organlarının bir konuda karar verme süreci esnasında çoğu kez mevcut olan durumu koruma eğiliminin ağır basması başka bir önemli sorun olarak gözükmektedir.¹³¹ Başkan’ın ataması ve Kongre’nin onayı ile belirlenen kurul yöneticisinin kendisine verilen takdir yetkisini Başkan’ın uygun bulması halinde kullanması ve bu kişinin Beyaz Saray çalışanı gibi davranması bu kurumlarla ilgili öne çıkan temel eleştirilerdir.¹³² Düzenlemeye tabi tutulan sektörlerin Kongre komiteleri, mahkemeler ve üst seviye hükümet görevlileri aracılığı ile sürekli şekilde ilgili bağımsız idari otoritelerle işlerini halletmeye, sorunlarını çözmeye çalıştıkları görülmektedir. Bu durumu da halk görmesine rağmen bu iş burada kalmamakta, sektörler sürekli şekilde bireysel olarak kurul çalışanları ile her seviyede etkileşime girmekte, doğrudan saha müfettişleri ile çalışmakta ve düzenleyici kararların yazılması sorumluluğuna dahi izin verilmektedir.¹³³ Yine bunlara ilaveten daha çok düzenleme yetkisine sahip kurulların, ilgili sektördeki çok güçlü, zengin ve etkili şirketlerle mücadele anlamına geldiği için kurul yöneticilerinin bunlarla iyi geçinme yollarına yönelmeleri, kurullardan ayrıldıktan sonra bu şirketlerde iyi bir işe girme beklentisi, siyasetle iç içe olan ve siyasilerin belirlenmesine büyük katkıda bulunan bu güçlü yapıların hedefinde olmama kaygısı da kurulların sağlıklı çalışmamasına neden olan ve eleştirilen hususlar olmaktadır.¹³⁴

Siyasi meşruiyet üzerine kurulu bir yürütme kuvveti içinde yer almakla birlikte bu gücü kullanan iktidarın denetleyememesinden doğan meşruluk sorunu bir eleştiri olarak getirilmektedir.¹³⁵ Bu kurulların bağımsız olma özelliği, halkın temsilcilerinin denetimi altında idarenin işlerinin yürütüldüğü demokrasi ile yönetim ile bağdaşmamakta ancak nedeni siyasi olmaktan ziyade teknik ve mantıklı bir gereklilik olan bazı sektörlerde işin, uzmanlarına bir kısım

¹³⁰ SOBACI, s. 176.

¹³¹ UYSAL, s. 13.

¹³² SANJOUR, William, “Designed to Fail: Why Regulatory Agencies Don’t Work”, www.independentsciencenews.org/health, E.T. 11.05.2015.

¹³³ İbid., E.T. 11.05.2015.

¹³⁴ İbid., E.T. 11.05.2015.

¹³⁵ ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 32.

yetkinin devrinin sağlanması görüşü gelişmiş devletler nezdinde kabul gören bir uygulama olmuştur. İşte bu tercih, gücünü ve dayanağını seçimler yerine bağımsızlık özelliğinden almaktadır. Bunun neticesinde de idare sistemi artık tek merkezi karar mekanizması yerine çoklu bir karar alma sistemine doğru gelişim göstermektedir.¹³⁶ Ayrıca Anayasamızın 123. maddesindeki idarenin bütünlüğü ilkesi ve üniter devlet olmanın gereği merkezi idarenin hiyerarşik denetimi ile idari vesayet denetiminin bu kurullar üzerinde bulunmaması da sorun olarak görülmektedir.¹³⁷ Bu duruma karşı da idari vesayet in idarenin bütünlüğü ilkesini sağlayan tek araç olmadığı savunulmuştur. Bu bağlamda merkezi idare kurumları, kanunla denetimleri altına verilmemiş olan yerinden yönetim kuruluşlarının işlemlerinin hukuksuzluğunu idari yargı mercilerinde dava etmek ve işlemlerini iptal ettirmek olanağına sahiptirler. Bu nedenle tüzel kişiliğe sahip bağımsız idari kurumların işlemler bu kurumların ilişkili olduğu bakanlıklar tarafından hukuka aykırılık iddiasıyla dava edilebilecektir. Bu kuruluşlar için mali denetim mekanizmasının getirilmesi ve Cumhurbaşkanlığına bağlı Devlet Denetleme Kurumu'nun denetimine bağlı olması, idarenin bütünlüğü ilkesini muhafaza etmeye yeterli mekanizmalar olduğu ileri sürülmüştür.¹³⁸ Yine özerk kurullara yapılan atamaların siyasetçiler eliyle yapılması bunların bağımsızlığını ihlal etme potansiyeli taşıdığından eleştirilmektedir.¹³⁹ Örneğin, Finansal Denetleyici Kurullarında çalışanlar diğer kurullarda olduğu gibi kişisel tercihleri olan kişilerdir. Kamu yararına hizmet etmek yerine denetleyici olan bu kişilerin hareketleri, birincil seviyede politik beklentiler, ün veya özel kariyer kaygıları tarafından güdülenebilmektedir. Buna ilaveten bu kişiler kurumdaki gücünü, ününü, prestijini artırmak için kurumsal menfaatleri artırmaya çalışabilmektedirler. Bu tür kişisel menfaat kaygısı odaklı davranışlar da yetersiz denetime ve nihayetinde de denetimin başarısızlığına yol açmaktadır. Finansal denetleyiciler kariyerleri üzerinde güçlü etkileri olan politikacıların baskılarına razı olarak kariyer ve ünlerini korumak isteyebilmektedirler.¹⁴⁰

1990'lı yılların başından bu yana dünyamızın "Globalleşme" adı altında önemli bir ölçüde deregülasyon/kuralsızlaştırma sürecine sokularak, bu dönemde, ulus devletler, uluslararası arenadaki ilişkilerin zorlamasıyla önceden belirlenen kuralsızlaştırma anaforunun içine itilirken bir yandan da ulus devletlerin ekonomik ve sosyal alandaki sorumluluklarından çekilmesi ile orta-

¹³⁶ ATAY, s. 379.

¹³⁷ ÖZDAĞ, s. 25.

¹³⁸ GÜNDAY, s. 576.

¹³⁹ KARACAN, Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler, s. 97.

¹⁴⁰ DIJKSTRA, J. Robert, "Accountability of Financial Supervisory Agencies: An Incentive Approach", Journal of Banking Regulation, C. 11, Y. 2010, s. 119.

ya çıkan boşlukların bu çok uluslu şirketlerin regülasyonları ile doldurulması ve kar maksimizasyonu amacına hizmet etmek için ticaret hacmini artırmak üzere yeni pazarların üretilmesi yolunda Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, OECD, G7 ve IMF gibi uluslararası kuruluşların özellikle yoksul ve hatta gelişmekte olan ülkelere dayattığı programlarını tatbik ederken karşılığında siyasal temsilcilerin oluşturduğu bir iradeden ziyade yerel dar bir çevreden oluşan bürokratik mekanizmayı görmeyi arzulamaları ve bu nedenle de ilgili hükümetlere özerk kurulları oluşturmayı şart koşmaları, bu kurulları direnç ile karşılaşmaksızın çabuk sonuç alabilmenin araçları olarak gördüklerini ortaya koymaktadır.¹⁴¹

Bu tür dünya ölçeğindeki bürokratik kurumlar “paylaşılmış uluslararası standartlar” modeli ile ülkeleri yapılan antlaşmalarla bağlarken, oluşan şartlar karşısında ulusal hükümlerini korumak derdine düşen ulusal yöneticilerin sözleşilen bu standartları yok sayması dış dünya ile uyumlulaştırmayı kabul etmemek olarak sunulmaktadır. İşte burada da bağımsız idari otoritelerin ulusal iradeden bağımsız kılınmak suretiyle uluslararası mekanizmalara kaçınılmaz biçimde bağımlı olması öngörülmüştür.¹⁴²

Devlet eliyle gerçekleştirilen regülasyonları iktisadi açıdan inceleyen iki teoriden birisi olan Özel Menfaat Teorisi’ne (Zapt Teorisi) göre de, regülasyon zamanla toplum menfaati yerine regüle edilen azınlıkların menfaatlerine hizmet etmeye başlar. Yine regülasyonun külfetli ve masraflı olması, endüstriyel rekabeti de azaltmaktadır.¹⁴³

İki bağımsız idari otoritenin aynı alana yönelik verdiği kararlar arasında çıkan çatışmadan dolayı bir uyumsuzluk çıktığında, bunun nasıl çözümlenebileceği meselesi de bir başka sorunsal olarak karşımıza çıkabilmektedir.¹⁴⁴ *Nitekim telekomünikasyon ve enerji gibi sektörlerde oluşturulan bağımsız idari otoritelerle Rekabet Kurumu arasında görev ve yetki uyumsuzluğu çıkabilmektedir.*¹⁴⁵ Bu nedenle çıkması muhtemel yetki çatışmalarını engellemek için bu kurumlar arasında karşılıklı bilgi verme mekanizmaları (danışma) oluşturulması yoluna başvurulmaktadır.¹⁴⁶ Bu duruma örnek olarak Danıştay, davacının telekomünikasyon alanında etkinliklerde bulunan işletmecilerin hâkim durumunun tespiti ve varsa yaptırım uygulama görevinin TK kurumuna ait olduğunun ve Reka-

¹⁴¹ ÖZDAĞ, s. 36-39.

¹⁴² İbid., s. 40.

¹⁴³ ÖZCAN, s. 30.

¹⁴⁴ ŞAHİN, s. 34.

¹⁴⁵ TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 194.

¹⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, s. 313.

bet Kurumu'nun yaptırım uygulamasının yetki gaspı olduğunun ileri sürüldüğü bir davada, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 2. ve 27/a maddeleri uyarınca bu sektörde rekabet ihlalini belirleme yetkisinin bu kuruma ait olacağını ancak bunu yaparken 2813 sayılı Telsiz Kanun'unun değişik 7/son maddesi gereğince RK'nın bu sektörle ilgili vereceği kararlarda öncelikle TK'nın görüşünü ve genel düzenleyici işlemlerini dikkate alması gerekeceğinin zorunlu olduğunu, somut olayda da RK'nın, TK'nın görüşünü sorduğu ve zorunlu şekil şartının yerine getirildiği için ilgilinin hâkim durumda olduğunun bildirilmesiyle verilen yaptırım kararının da geçerli olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁷

III. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN YARGISAL-İDARİ VE MALİ AÇIDAN DENETLENMESİ

Bağımsız idari otoritelerin karar ve işlemlerinin uygunluk ve yerindeliliğinin denetimi, bu kurumların karar ve işlemlerinin yöneldiği kişi ve kurumlar tarafından bağımsız yargı yoluyla yapılacaktır.¹⁴⁸ Kurulların yapısı gereği bir müzakere sonucu adeta yargıya yakın usullere benzer şekilde alınan kararların iptali için açılan davalarda yargı denetimi asgari ölçüde tutulmalıdır; zira karar alanların bilgileri ve uzmanlıklarının esas olduğu ve bu kurumların bu amaç için kurulup çalıştığı kabul edilmektedir.¹⁴⁹

Çoğu ülkede bağımsız idari otoritelerin kararlarına karşı itiraz yolu mahkemeler iken, bazı ülkelerde ara bir aşama olarak, mahkemelerden daha fazla teknik uzmanlığı olabilecek ve hızlı karar verebilecek farklı birimler de devreye sokulmuştur. Örneğin; İngiltere'de lisansların düzenlenmesi konusunda itiraz için rekabet otoritesine gidilmektedir.¹⁵⁰ Yine İtalya'da bağımsız idari otoritelerin tasarruflarına ve kararlarına karşı yapılan itirazları yargı yolundan önce çözmek üzere sektörlere özgü Ombudsman Daireleri kurulmuştur. Buna ilişkin olarak İtalyan Bankacılık Ombudsman'ı ayrı bir kurul olarak çalışmaktadır.¹⁵¹

ABD'de bağımsız idari otoritelerin her türlü kararlarına karşı yargıya başvurma hakkı bulunmaktadır. Bunun yanında 1985 yılında Başkan'a bağlı olarak kurulan İdare ve Bütçe Dairesi (Office of Management and Budget), yürütme adına bu kurumların gözetim ve denetimi konusunda tam yetki ve sorumluluğa sahiptir.¹⁵² *Bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargısal denetimi konu-*

¹⁴⁷ TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 195.

¹⁴⁸ KARACAN, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, s. 83.

¹⁴⁹ YAYLA, s. 268.

¹⁵⁰ EMEK, s. 183.

¹⁵¹ ZENGİNOBUZ, s. 122.

¹⁵² *İbid.*, s. 92.

*sunda Fransa’da yapılan uzun tartışmalar neticesinde varılan aşamada karma bir yol izlenerek, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili otoritelerin kararlarının tamamı idari yargıda, ekonomik yönü ağır basan otoritelerin kararlarının önemli bir kısmı adli yargıda, küçük bir bölümü ise idari yargı tarafından denetlenmektedir.*¹⁵³ Bağımsız idari otoritelerin işlem ve kararları üzerinde esasa ilişkin denetimlerini sınırlı tutan Fransız idari mahkemeleri, ancak açıkça bir değerlendirme veya takdir hatasına binaen iptal yoluna gitmeyi tercih etmektedirler.¹⁵⁴ Buna göre itiraz makamı, kararın yerindeliliğini incelememeli ve bağımsız idari otoritelerin yerine geçerek yeniden karar verememelidir, bu kapsamda sadece kararların hukuka uygunluğunu denetlemelidir.¹⁵⁵

Bir başka ifadeyle, idari işlemlerin bu anlamda bağımsız idari otoritelerin kararlarının hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin etkin bir biçimde yapılabilmesi için, bu işlemlerin bağlı olduğu şekil ve usul kurallarının kanunla açık bir şekilde tespit edilmiş olması gerekir. Zira kişiler için çok önemli olan ve daha çok teknik bilgi ve uzmanlığı gerektiren bir faaliyet alanında zaten düzenleme, denetleme ve yönlendirme gibi büyük bir güce özerk olarak sahip olan bu kurumların kararlarının denetiminin en azından şekil ve usul kurallarının belirlenerek ilgililerin menfaatinin güvenceye alınmasında büyük bir kamu-sal yarar olduğu düşünülmelidir. Konuya ilişkin olarak bir kararında Danıştay İdari Davaları Genel Kurulu verdiği kararda, RK’nın 1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı “ihracat karteli kararını” karşı oy yazısı yazılmadığı gerekçesiyle şekil yönünden bozan Danıştay 10. Dairesi’nin 2001 tarihli 2000/1432 E., 2001/54 K. sayılı kararını temyiz eden RK’nın talebini, “kararın değerlendirilmesinde, çoğunluk oyları kadar, karşı görüşte olanların oylarının bilinmesinin de önemli olduğunu; kararın bütünlüğü bakımından, kanun koyucu tarafından da bu hususa verilen önem dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun’da Kurul kararlarında varsa karşı oy yazılarının bulunmasının gerekli görüldüğünü” belirtip reddederek, Daire’nin kararını yerinde görmüştür.¹⁵⁶

İngiltere’de bağımsız idari otoritelerin denetimi görevi, üç kuruma verilmiştir; “Parlamento”, “Rekabet Kurumu” ve “Mahkemeler”. Bu çerçevede İngiltere’de bütün bağımsız idari otoritelerin parlamentonun genel denetimine tabi oldukları görülmektedir. Bu kapsamdaki tüm kurumlar, parlamentoya ilgili bakan aracılığıyla yıllık faaliyet raporlarını sunmakla yükümlü kılınmışlardır.¹⁵⁷

¹⁵³ ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 47.

¹⁵⁴ ÖZDAĞ, s. 27.

¹⁵⁵ EMEK, s. 184.

¹⁵⁶ İbid., s. 185.

¹⁵⁷ ZENGİNOBUZ, s. 103.

Bu genel denetimin yanı sıra bağımsız idari otoriteler, “National Audit Office (Ulusal Denetleme Kurumu)” ve “Comptroller and General (Sayıştay)” tarafından da yönetsel ve mali açıdan denetlenmektedirler. Tüm bu denetimlere ilaveten bu kurumların ilgili olduğu bakanlar, gerekli gördükleri durumlarda kurumun kararları hakkında Adil Ticaret Kurumu’na (Office of Fair Trade) başvurabilmektedirler.¹⁵⁸ İlgili bakanlar da ülkeyi ilgilendiren acil durumlarda müdahale etme yetkisine sahiptirler.¹⁵⁹ Örneğin İngiltere’de Sanayi Bakanı, Adil Ticaret Kurumu’nun, bir şirket birleşmesinin Rekabet Komisyonu’na gitmesine veya gitmemesi gerektiğine dair tavsiye kararını kabul etme veya reddetme yetkisine sahiptir. Bunun yanında Rekabet Komisyonu’nun tavsiye kararını da reddetme yetkisi vardır.¹⁶⁰ Yine İngiliz hukukundaki tüm bu denetimlere ilaveten bağımsız idari otoritelerin bütün kararlarına karşı temyiz yolu da açıktır.¹⁶¹

Almanya’da kurulu bulunan ve önemli bir bağımsız idari otorite olan Bundeskartellamt’ın (Federal Kartel Dairesi) yetki alanına giren konulardan yalnızca birleşme ve devralmalarla ilgili kararları, milli menfaatlerin olumsuz etkilenmesi gerekçesiyle yasal olarak bağlı bulunduğu Federal Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından veto edilebilmektedir.¹⁶² 1973’teki rekabet kanununda yapılan düzeltme sonrasında Bakanlık en sonuncusu 1989 yılında olmak üzere 1973 ile 2000 yılları arasında Federal Kartel Dairesi’nin yalnızca altı kararını reddetmiştir.¹⁶³ Bu kurulun kararlarına karşı gidilecek iptal mercii, diğer ülkelerden farklı olarak özel hukuk mahkemeleridir.¹⁶⁴

Ülkemizde bağımsız idari otoritelerin, Başbakanlık veya bir bakanlıkla ilişkilendirilmelerinin *bütçe açısından söz konusu olduğu; bunun bir vesayet veya hiyerarşi ilişkisi olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kurumlar hiyerarşi ve idari vesayet sistemi kapsamında denetime tabi tutulmamaktadırlar.*¹⁶⁵ Bu kurumların siyasi denetimleri konusu idarenin şeffaflığı ilkesi ile bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığının çatıştığı bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar siyasi aktörlere karşı bağımsız olsalar da, bağımsız idari otoritelerin faaliyet alanlarındaki konularla ilgili genel siyaseti belirleme konusunda yetkiye sahip olan siyaset mekanizmasının bu kurumların aldığı kararlar sonucundaki reaksiyonlar sonrasında siyasi denetim gibi bir tavır göstermesi gayet doğal

¹⁵⁸ EŞKİ, s. 81.

¹⁵⁹ ZENGİNOBUZ, s. 103.

¹⁶⁰ THATCHER, s. 961.

¹⁶¹ EŞKİ, s. 82.

¹⁶² ZENGİNOBUZ, s. 110.

¹⁶³ THATCHER, s. 961.

¹⁶⁴ ZENGİNOBUZ, s. 111.

¹⁶⁵ KESTANE, s. 12.

olmalıdır. Zira sonuçta kamuoyunda eleştirilen ve sorgulanan siyasiler olmaktadır.¹⁶⁶ Hatta İngiliz hukuk sisteminde ilgili bakanlar, OFCOM'un (The Office of Communications - İletişim Dairesi) performansından parlamentoya karşı sorumludurlar.¹⁶⁷ Bu sorumluluk dolayısıyla ilgili bakana belli konularda düzenleyici kurumları yönlendirme gücü tanınmıştır.¹⁶⁸ Faaliyet alanı dolayısıyla ilişkili olduğu bakanlığın siyasi olarak denetlendiği ve özellikle bütçe görüşmeleri esnasında bağımsız idari otoritelerin değerlendirilmesi ve eleştirilmesi, bunlar üzerinde siyasi olarak gerçekleştirilebilecek bir denetim olmaktadır. Yine bünyesinde ilişkili bakanlığın temsilcisinin bulunması ilgili bağımsız idari otoritenin dolaylı olarak siyaseten denetlenmesi sonucunu doğurur ki demokrasi yönetiminde bunun doğal karşılanması gerekir.¹⁶⁹

Bağımsız idari otoritelerin kanunlarında geçen ilgili veya ilişkili bakanlıkların, kurumların hukuka aykırı işlemleri için idari yargıya başvurmak yetkilerinin yanında mali denetim için de Sayıştay ve Devlet Denetleme Kurulu'nu hareket geçirmek gibi yetkilerinin de bulunduğunu düşünenler de vardır.¹⁷⁰

Türkiye'de bağımsız idari otoritelerin kararlarına karşı itiraz başvurusunun değerlendirilmesi idari yargının görev alanı içerisinde bulunmasına rağmen başvurunun öncelikle nereye yapılacağına yani ilk derece mahkemesinin neresi olacağına dair bir birlik söz konusu değildir.¹⁷¹ 6211 sayılı Kanun'un 47. maddesi uyarınca RTÜK kararları aleyhine açılacak davalarda Ankara İdare Mahkemesi yetkili iken, 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca RK ile 4628 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca EPDK kararları aleyhine açılacak davalarda idare mahkemeleri ve 4389 sayılı Kanun'un 20/5. maddesi uyarınca da Danıştay ilk derece mahkemesi olarak yetkili kılınmıştır. Danıştay İdari Davaları Genel Kurulu'nun 1998 tarihli 355 E. ve 277 K. sayılı örnek bir kararında, tüzel kişiliği haiz bir kamu kuruluşu olan SPK'nın borsa üzerindeki denetim yetkisinin bir sonucu olarak tesis ettiği bir işlemin iptali isteminin dava görümü ve çözüm yerinin idari yargı yeri olduğuna karar verilmiştir.¹⁷² Diğer bağımsız idari otoritelerin kanunlarında ayrıca bir düzenleme yok ise, kararların iptali için idare mahkemeleri yetkili kılınmıştır.¹⁷³

¹⁶⁶ ATAY, s. 391.

¹⁶⁷ EŞKİ, s. 76.

¹⁶⁸ İbid., s. 79.

¹⁶⁹ ATAY, s. 392.

¹⁷⁰ TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 199.

¹⁷¹ SOBACI, s. 173.

¹⁷² EMEK, s. 183.

¹⁷³ SOBACI, s. 173.

Her ne kadar bağımsız idari otoriteler, devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğe ve özerk bir bütçeye kuruluş kanunları gereği sahiplerse de, kamu kaynaklarını kullanan ve kamu adına karar alma yetkisini ve sorumluluğunu taşıyan hiçbir organ idari açıdan mutlak bağımsız olamayacağından ve bu tarz bir bağımsızlık öncelikle Anayasanın 123. maddesindeki “idarenin bütünlüğü” ilkesini zedeleyeceğinden bu tür organlar üzerinde de minimum seviyede de olsa idari bir denetim mekanizmasının bulunması kaçınılmazdır.¹⁷⁴ Burada önemli olan siyasi-idari denetime ilişkin söz konusu belirlemede, bağımsız idari otoritelerin düzenledikleri sektöre ilişkin aldığı karar ve yaptığı işlemler ile kendi iç işleri ve yönetimlerine dair aldığı kararlar şeklinde bir ayrıma gidilmesi gerekliliğidir. Zira, bunların kuruluş felsefelerine uygun olarak bir bağımsız idari otoritenin ilgili olduğu sektöre yönelik olarak verdiği kararlar örneğin, bir birleşme, lisans verme veya para cezası verme kararları vb. idari denetime tabi olmamalıdır. Bağımsız idari otoritelerin bina alım-satımı, kiralaması, mal ve araç-gereç alımları, personel alımları gibi kendi iç yönetim ve iç işlerine yönelik karar ve işlemlerinden ise, hem idari, hem mali hem de yargısal denetime tabi tutulmaları zaten gereklidir.¹⁷⁵

Kamu parası harcayan kim olursa ve hangi kurum olursa olsun denetlenmeli temel ilkesi gereğince bir başka görevli kurum tarafından bağımsız idari otoritelerin denetlenmesi gerekir. Bu kurumların en geniş şekilde özerk olduğu ABD’de dahi böyledir.¹⁷⁶ Fransız bağımsız idari otoritelerinin mali denetimlerinin Maliye Bakanlığı tarafından yapılması esas ise de çoğunlukla bu iş yasayla Fransız Sayıştay’ına verilmiştir. Bu kurumlar mali tablolarını da yıllık raporlar halinde kamuya açıklamak zorunda tutulmuşlardır.¹⁷⁷ Yine İtalyan İletişim Düzenleyici Kurulu da (AGCOM) her yıl Haziran ayı sonuna kadar hesapları ile ilgili bir rapor hazırlayıp mali denetimini yapan Sayıştay’a sunmak zorundadır. İtalyan Rekabet Kurumu da (AGCM) kararlarını haftalık bülten ile yayınladığı gibi her yıl Nisan ayı sonuna kadar Parlamento’ya sunulmak üzere Başbakanlığa bir rapor sunmakla yükümlendirilmiştir. Ayrıca her iki kurumun kararlarına karşı önce Lazio Bölge İdare Mahkemesi’ne ardından Danıştay’a temyiz başvurusunda bulunma yolu bulunmaktadır.¹⁷⁸

Kendine has mali kaynaklar ve bütçe ödenekleriyle desteklenen bağımsız idari otoriteler, harcamalarını açıklamak, giderlerine haklı gerekçeler bulmak

¹⁷⁴ ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 67-68.

¹⁷⁵ SOBACI, s. 173-174.

¹⁷⁶ KARACAN, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, s. 80.

¹⁷⁷ ZENGİNOBUZ, s. 120.

¹⁷⁸ ZENGİNOBUZ, s. 124-126.

zorunda olup, kamu maliyesinin kurallarına uymak zorundadır. Bu konuda en etkili denetim aracı Sayıştay tarafından yapılan mali denetimdir.¹⁷⁹

Türkiye’de bağımsız idari otoriteler için daha önceden farklı mali denetim mekanizması öngörülmekteyken 30.01.2002 tarihli 4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 7. Maddesi ile yeni bir sistem getirmek suretiyle bu kuruluşların yıllık hesapları Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Denetçisi ve Maliye Müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetleneceği hükme bağlanmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmü 25.06.2002 tarihinde iptal etmiştir.¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 160. ve 165. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden hiçbir kamu kurum ve kuruluşunun gelir, gider ve mallarına ilişkin denetimin bu kapsam dışında kalmadığı dolayısıyla parlamentonun denetimi dışında bir yol ve yöntemin kabul edilmediğini yine Devlet Denetleme Kurulu’nun denetimi alanından çıkarıldığı için de 108. maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁸¹

Türk hukukunda bağımsız idari otoritelerin dayanağı kanunlarında genel olarak bunların 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu’na tabi olmadıkları öngörülmüştür. Ancak RK için 4054 sayılı Kanun’un 33. maddesi ve BTİK için 2813 sayılı Kanun’un 4502 sayılı Kanun ile değişik 14. maddesi, Sayıştay denetimini öngörmüşken; EPDK ve Şeker Kurumu ise Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun denetimine tabi kılınmıştır. BDDK’nın denetimi için 5411 sayılı Kanun’un 101. maddesi uyarınca 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

SONUÇ

İnsanlık tarihinde geline nokta ülkeler hiçbir zaman günümüz seviyesindeki kadar bilgi ve iş çeşitliliğine sahip olmamıştır. Bunlar da hemen her alanda ülkeler ve insanlar arasında yoğun bir etkileşim ve iletişim yaşanmasına neden olmuştur. Devletlerin yönetim şekilleri zamandan zamana ve ülkeden ülkeye değişim gösterip evrilmiş ise de bu süreç çok yavaş işlemiştir. Ancak sahip olunan bilgi ve iş çeşitliliği için bunu söylemek neredeyse imkânsız gö-

¹⁷⁹ ATAY, s. 392.

¹⁸⁰ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4743.pdf>, E.T. 16.03.2015.

¹⁸¹ TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 207; Anayasa Mahkemesi, 25.06.2002, E.2002/31-K.2002/58.

zükmetedir. Zira bu bilginin ve iş çeşitliliğinin her geçen gün daha da artması nedeniyle bunların yönetiminin tarihte klasik idari yönetim şekil ve usulleriyle başırlamayacağı anlaşılmıştır.

Bu aşamada bilinen devlet mekanizması içerisinde yer alan idare ve personel yönetimi anlayışı ile ekonomi, ticaret, telekomünikasyon ve enerji gibi özellikle 20. yüzyıl içerisinde yoğun şekilde inkişaf etmiş, konusunda uzmanlık bilgi ve birikimi ile hızlı kararlar alınması gerekli, özellikli alanlarda yol almak sıkıntılara neden olmuştur. Bunun sonucunda da siyaset sonucu iktidara gelen siyasilerle ve dar kalıplar içinde görev yapan bürokratların kontrolünden ve yönetiminden arındırılmış alanlar ve kurumlar ortaya çıkarılmıştır ki; bunlara ülkeye göre değişen farklı isimler verilse de, bunlar Türk Hukukunda genel olarak bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılmaktadırlar.

Yukarda sayılan alanlardan başka, devletin gücünün artması ve hemen her alanda insanları ilgilendiren konularda düzenlemeler yoluyla müdahaleci bir yaklaşım sergilemesi sonucunda doğması muhtemel çeşitli sakıncaların önünün alınması için temel hak ve özgürlükler alanında da bilgi isteme ve hak aramaya yönelik Ombudsmanlık tarzı otoriteler de kurulmuştur. Belki zamanla bilginin artması ve yeni çalışma alanlarının ortaya çıkmaya başlamasıyla da farklı otoriteler oluşturulacaktır.

Bilginin insanlığın ortak mirası olduğu düşünülürse iletişim içinde olmak zorunda kalan ülkelerde bu kurumlara ne ad verilirse verilsin ya da yapılanma şekilleri, çalışma usul ve koşulları, personel rejimleri, denetimleri nasıl olursa olsun bu kuruluşların varlık nedenlerinden en önemlisi adı geçen sektörlerin dünya ölçeğinde bütün ülkeleri içine alacak şekilde etkileşimi ve mümkün olduğunca ortak standartlar belirlemek suretiyle küreselleşmeyi sağlamaktır. Ancak bu durum kimi devletler için istenen bir husus olmasa da, bu argümanlar ortak olunca pek bir tercih hakları da kalmıyor gibi gözükmetedir.

İletişim, enerji, ticaret gibi bilgi yoğunluklu, pahalı, karmaşık, uzmanlık gerektiren ve hatta doğal tekel olma potansiyeli olan sektörlerdeki hizmet üretten ve alan kişileri ilgilendiren kararların alınması sürecinde, şeffaflık ve rasyonellik içinde hiçbir makam veya mercinin etkisi altında kalmadan o alanların gerektiğinde dünya ölçeğinde düzenlenmesi, mümkün olduğu ölçüde standardizasyonun sağlanması, gerekli kararların alınması işlerini günümüz bilgi çağının gerektirdiği hızlılıkta ve doğrulukta yapmak bu kurumların amacıdır. Bu amaca ulaşmada da bu kurumların başarı veya başarısızlıklarını da ülkelerin içinde buldukları idari sistemleri, yönetim şekilleri ve hatta gelenekleri etkilemektedir. Ancak görünen odur ki, bu konuda bu kurumların doğduğu yer

kabul edilen ABD, diğer ülkelere göre daha başarılı gibi gözükmektedir. Bunun sebeplerinden birisi kuşkusuz, bağımsız idari otoritelerin yapılanmalarının federal yapıya daha uygun olması gibi gözükmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

AKINCI Müslüm, Bağımsız idari Otoriteler ve Ombudsman, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 379.

BAYRAMOĞLU Sonay, Yönetişim Zihniyeti Türkiye’de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010.

BIELA Jan, “WhatDeficit? Legitimacy and Accountability of Regulatory Agencies”, Conference 42nd European Consortium for Political Research Joint Sessions of Workshops, Workshop: Administrative Organization and the WelfareState: Wicked Issues and the Challenges of Accountability, Legitimacy and Coordination, Salamanca,2014.

DARICI Haldun, “Kurumlar, Kurullar”, Maliye Dergisi, S.140, 2002.

DIJKSTRA J. Robert, “Accountability of Financial Supervisory Agencies: An IncentiveApproach”, Journal of Banking Regulation, C. 11, Y. 2010.

EMEK Uğur, “Türkiye Uygulaması”, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması içinde, Tüsiad, İstanbul, Aralık 2002.

EŞKİ Hülya, “Düzenleyici Kurumlara İngiltere Örneği Üzerinden Bakmak”, Sayıştay Dergisi, S.72, 2009.

GILARDI Fabrizio, MAGGETT Martino, “The Independence of Regulatory Authorities”, Handbook on the Politics of Regulation İçinde (Ed. David Levi-Faur), 2011.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Türkiye’nin Yönetim Yapısı*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, 2010.

GÜL Cengiz, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2010.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2013.

GÜRAN Sait, “ABD’de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, C. 6, S. 1-3, 1985.

KABOĞLU Ö. İbrahim, “Çağdaş Anayasalarda Özgürlükleri Korumaya Yönelik Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler İçinde, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

KABOĞLU İbrahim Ö., “Değerlendirme”, Bağımsız İdari Otoriteler İçinde, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

KARACAN Ali İhsan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, Rekabet Dergisi, S. 8, Ekim-Kasım-Aralık 2001.

KARACAN Ali İhsan, Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler, Creative Yayıncılık, İstanbul, 2002.

KARAKAŞ Mehmet, “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Maliye Dergisi, S. 154, 2008.

KAVRUK Hikmet, “Türk Kamu Yönetiminde Bağımsız İdari Otoriteler ve Ajanslar”, Küreselleşme Karşısında Kamu Yönetimi Ve Hizmeti İçinde, (Ed. Ahmet Hamdi AYDIN, İ. Ethem TAŞ, Meltem KILIÇ vd.), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, 2010.

KESTANE Doğan, “Kamu Kesiminde İdari Kuruluşların Genel Görünümü ve İdari Yapıda Yeni Organizasyonlar Olarak Bağımsız İdari Otoriteler (Üst Kurullar)”, Maliye Dergisi, S. 139, 2002.

ÖZAY İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004.

ÖZCAN Elvin Evrim, İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve AB, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2010.

ÖZDAĞ Mehmet Savaş, Özerk Kurullar, Avrasya-Bir Vakfı ASAM Yayınları, Ankara, 2002.

PAULIAT Helene, “Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler İçinde, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

SANJOUR, William, “Designed to Fail: Why Regulatory Agencies Don’t Work”, www.independentsciencenews.org/health, E.T. 11.05.2015.

SEZEN Seriyeye, Türk Kamu Yönetiminde Kurullar, TODAİ Yayınları, Ankara, Mart 2003.

SEZER Özcan, ÖNDER Özgür, “Küreselleşme Süreci Ve Siyaset-Yönetim Ayrımında Bir Sorun Alanı: Bağımsız İdari Otoriteler (Üst Kurullar)”, Küreselleşme

Karşısında Kamu Yönetimi Ve Hizmeti içinde, (Ed. Ahmet Hamdi AYDIN, İ. Et-hem TAŞ, Meltem KILIÇ vd.), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, 2010.

SOBACI M. Zahid, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otorite-ler”, AÜHF Dergisi, C. 55, S. 2, 2006.

ŞAHİN Cenk, Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon(ve Türk idare Hu-kukuna Yansımaları), XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010.

TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2010.

TAN Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, Amme İda-resi Dergisi, C. 35, S. 2, Haziran 2002.

THATCHER Mark, “Regulation After Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe”, Journal of European Public Policy, C. 9:6, Y. 2002.

ULUSOY Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

ULUSOY Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanma-sının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, S. 31/2, Haziran 1998.

UYSAL Mehmet, Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Kamu Yönetimine Etkileri, Süleyman Demirel Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2007.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, 1. Bası, İstanbul, 2009, s. 268.

YILDIRIM Ramazan, İdare Hukuku, Mimoza Yayınları, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Konya, Şubat 2012.

WARP George, “Independent Regulatory Commissions and the Seperation of Powers Doctrine” Notre Dame Law Review, C. 16, 1941.

ZENGİNOBUZ E. Ünal, “Uluslararası Karşılaştırmalar”, Bağımsız Düzenleyici Ku-rumlar ve Türkiye Uygulaması içinde, Tüsiad Yayınları, 2002.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4743.pdf>, E.T. 16.03.2015.

HAYVANIN TEHLİKE YARATABİLECEK ŞEKİLDE SERBEST BIRAKILMASI (TCK M. 177)

Freeing of Animals Risking Others' Lives

Uğur BAHADIR*

ÖZET

Bu çalışmamızda TCK m. 177'de, Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması başlıklı, "Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır", şeklinde düzenlenen suçun genel olarak ele alınması ile bu suçun karayolunda veya taşıt yolu üzerinde gerçekleşmesi hali, Yargıtay kararları ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun kabahat teşkil eden, "Hayvanla Çekilen, Elle Sürülen Araçları Sürenler ile Hayvan Sürücülerine Ait Kurallar" başlıklı 69. maddesi ışığında incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tehlike Suçu, Somut Tehlike Suçu, Soyut Tehlike Suçu, Fikri İçtima, Hayvanın Serbest Bırakılması.

ABSTRACT

In this study, The Crimes "freeing of animals risking others' lives" those stated in Article 177 of Turkish Penal Code as "Any person who frees an animal under his/her custody in such a way to risk others' life and health, or fails to take the necessary precautions while the animal is under his/her control, is punished with imprisonment up to six months, or imposed punitive fine" is generally taken into consideration and the situation when this crime is committed on highways or motorways is intended to investigate in the light of; the resolutions of Supreme Court of Appeals and in where described as a minor crime; Highway Traffic Code (code no 2918) Article 69 under the title "The provisions concerning animal riders, vehicles which are pulled by animals or driven with the use of hand.

Keywords: Endangerment, Concrete Endangerment, Abstract Endangerment, Intellectual Congregation, Freeing of Animals

◆◆◆◆

I- Giriş

Bu çalışmamızda TCK m. 177'de, "Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest

* Boyabat Adliyesi, Cumhuriyet Savcısı. bugur4@yahoo.com

birakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır”, şeklinde düzenlenen suçun genel olarak ele alınması ile bu suçun karayolunda veya taşıt yolu üzerinde gerçekleşmesi hali, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun kabahat teşkil eden, “Hayvanla Çekilen, Elle Sürülen Araçları Sürenler ile Hayvan Sürücülerine Ait Kurallar” başlıklı 69. maddesi “Yerleşim birimleri dışındaki karayolunda, taşıt yolu üzerinde zorunlu haller dışında hayvan bulundurmamak, karayollarının yasaklanmamış, kesimlerinde ise hayvanla çekilen veya elle sürülen araçları, hayvanları, hayvan sürülerini ve binek hayvanlarını trafik kurallarına uymadan sürmek ve bunları sürme yeteneğinden yoksun kimselerin yönetimine vermek veya başı boş bırakmak yasaktır. Bu madde hükümlerine uymayanlar 1 800 000 lira para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, başıboş hayvan bırakma yasağına riayet etmeyerek trafik kazasına sebebiyet veren faile üç ay hafif hapis cezası uygulanır. Taşıt yolunu kullanmak zorunda olan hayvan sürü ve kümelerini sevk ve idare edenler yönetmelikte belirtilen usul ve şartlara uymak zorundadırlar” maddesi Yargıtay¹ kararları ışığında incelenmeye çalışılmıştır.

II- Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması

Burada konunun anlaşılabilmesi açısından hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suç ve unsurları incelenecektir.

A- Hukuki Niteliği

765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun 563 ve 564. maddelerinin karşılığı olarak düzenlenmiştir. Suç, insanların hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde hayvanın kontrol altında tutulmaması ile oluşmaktadır². Zarar tehlikesinin oluşmasıyla yetinilen suçlara tehlike suçları denilmektedir³. Tehlike suçlarında suçun gerçekleşmesi için zarar şartı aranmaz, tehlikenin bulunması suçun oluşumu için yeterlidir⁴. Tehlike suçları da kendi aralarında soyut

¹ Eserimizdeki Yargıtay kararları UYAP Yargıtay karar arama bölümünden 01/06/2015 tarihinde temin edilmiştir.

² “Suçun koruduğu hukuki yarar üzerinde filin gösterdiği etkiye göre suçları tehlike suçları ve zarar suçları olarak ayırmak mümkündür.” **Kaymaz, Seydi/ Gökcan, Hasan Tahsin**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006, s. 393.

³ **Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, 2008, s. 254; **Artuk, Mehmet Emin/ Gökcan, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, 2009, s. 305-306; **Aydın, Murat**, 5237 Sayılı TCK’nın 179/2 Maddesi Işığında Trafik Kazalarının Durumu ve Genel Tehlike Suçlarında İçtima Hükümlerinin Uygulanması, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm>.(a.g.m.1)

⁴ **Yiğit, Nuri**, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, <http://209.85.129.132/search?q=ache:9RjM-M27eQD4J:www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/154.doc+genel+tehlike+yaratan+su%C3%A7lar&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr>

tehlike suçu ile somut tehlike suçu olarak ikiye ayrılır.

Soyut tehlike suçlarında suç tanımındaki icrai veya ihmali davranışların yapılması ile tehlikenin olduğu kabul edilir. Burada eylemin korunan hukuki değer açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı araştırılmaz. Suç tanımındaki hareketin yapılması veya yapılmaması ile tehlikenin gerçekleştiği varsayılır. Yani hareket yapıldığı anda zarar doğması ihtimali yaratan bir duruma sebebiyet verilmiş olunur⁵.

Somut tehlike suçlarında ise hareketin korunan hukuki değer bakımından bir zarar tehlikesi ortaya çıkarmış olması şarttır. Böyle bir zarar tehlikesi meydana gelmemiş ise, somut tehlike suçundan bahsedilemez⁶. TCK m. 177'de düzenlenen suç somut tehlike suçu niteliğindedir⁷. Madde gerekçesinde de,

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı: "Ancak 5237 sayılı TCK'nun 177. maddesinin gerekçesinde; "Suç, kişinin gözetimi altında bulunan hayvanın başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakması ile ya da bunların kontrol altına alınmasında ihmal göstermesi ile tamamlanır. Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişinin, bu fiillerinden dolayı bir zarar meydana gelirse; fiilin sebebiyet verdiği netice açısından kast veya taksirine göre cezalandırılacaktır." şeklinde ifade edildiği anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nun 177. maddesinin, 765 sayılı TCK'nundaki karşılığının 563.maddesi olmasına göre, tanımlanan suçun tehlike suçu olduğu belirtilmesi karşısında, ilgili madde de, bu gibi hayvanların bir zarar meydana getirmesi şartı aranmadığı, bu itibarla bir zarar meydana gelmesi durumunda, eylemin vasif değiştireceği..." Y.2.CD. 2007/17307 E. 2008/201 K.

⁵ **Aşçıoğlu, Çetin**, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2008, s. 621; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 256–257; Öztürk, **Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2008, s. 177; "soyut tehlike suçlarında hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratmış olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Tipte belirtilen hareketin yapılması veya yapılmaması ile kanun koyucu korumak istediği suç konusunun tehlikeye maruz kaldığını kabul etmektedir", Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 175.

⁶ **Önder**, s. 175; **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2009, s.142.

⁷ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Cilt 4, 2014, s. 5502; **Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2013, s. 113.

Ancak bazı yazarlara göre bu suç soyut tehlike suçudur. **Koray, Doğan**, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 183 (<http://www.taa.gov.tr/yayin/etiket/somut-tehlike-sucu/>) "...hayvanın tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakılması suçu (m.177), tip içerisinde tehlikeden söz edilmesine rağmen soyut tehlike suçudur. Çünkü eylemin tipe uygun olabilmesi için eylemin potansiyel olarak tehlike neticesini ortaya çıkarabilecek mahiyette olması yeterlidir, somut olarak hayvanın serbest bırakılmasının belirli bir kişinin hayatı veya sağlığını tehlikeye yaratmış olması gerekmez. Buna karşılık kanun koyucunun açıkça "tehlikeli olacak biçimde ifadesini kullandığı suç tipleri somut tehlike suçudur".

“fiil somut tehlike suçu niteliğindedir” denilmektedir, kanaatimizce de suç somut tehlike suçudur.

Suç mahsus suç niteliğinde olup, icrai veya ihmali davranışla da işlenebilir. Bu bakımdan da salt hareket suçudur.

B- Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Bu suçla korunmak istenen hukuksal yarar insan hayatı ve sağlığı açısından somut bir zarar tehlikesinin önlenmesi ve dolayısıyla kamu güvenliğinin sağlanmasıdır⁸.

C- Suçun Faili ve Mağduru

Suç özgü suç niteliğindedir⁹. Suçun faili suça konu olan hayvanı gözetimi altında tutan, hayvanın başkalarına zarar vermesini önlemekle mükellef olan kişidir. Fail burada, kontrol altında bulundurduğu hayvanı başkalarının hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakmakta veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal göstermektedir.

Bu yükümlülüğün ihmali halinde suçun şartları oluşabilmektedir. Gerekli tedbirleri almak yükümlülüğü her olayın niteliğine göre belirlenmelidir¹⁰. Ör-

⁸ Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, 2. Baskı, 2009, s. 505.

⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, 2014, s. 5503.

¹⁰ Hukuk sözlüğünde hayvanlar tarafından verilen zararlardan sorumluluk: “Bir hayvan tarafından verilen zararın, o hayvan kimin yönetiminde ise o kimsenin, durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiği halde, zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını ispat etmedikçe sorumlu tutulması...” şeklinde tanımlanmaktadır. Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 264.

5199 sayılı hayvanları koruma kanunu m. 5, f. 1-2: Bir hayvanı, bakımının gerektirdiği yaygın eğitim programına katılarak sahiplenen veya ona bakan kişi, hayvanı barındırmak, hayvanın türüne ve üreme yöntemine uygun olan etolojik ihtiyaçlarını temin etmek, sağlığına dikkat etmek, insan, hayvan ve çevre sağlığı açısından gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Hayvan sahipleri, sahip oldukları hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğini ve insanlara verilebilecek zarar ve rahatsızlıkları önleyici tedbirleri almakla yükümlü olup; zamanında ve yeterli seviyede tedbir alınmamasından kaynaklanan zararları tazmin etmek zorundadırlar. 18.07.1997 tarihli ve 23053 mükerrer Resmi Gazete sayılı Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 139. maddesi gereğince sorumluluk: Hayvanla çekilen ve elle sürülen araçları sürenler ile hayvan sürücülerini hakkında aşağıdaki kurallar uygulanır. a) Yasaklar; 1) Yerleşim birimleri dışındaki karayollarında taşıt yolu üzerinde mecburi haller dışında hayvan bulundurmamak, 2) Karayollarının bunlara yasaklanmamış olan kesimlerinde hayvanla çekilen ve elle sürülen araçları, hayvanları, hayvan sürücüleri ve binek hayvanlarını trafik kurallarına uymadan sürmek, 3) Bunları sürme yeteneğinden yoksun kimselerin yönetimine vermek veya başıboş bırakmak, 4) Sürü veya kumeleri; gerekli tedbirleri almadan tünellerden geçirmek, 5) İşaretleme ile girmelerinin yasaklandığı açıkça belirtilen yol kesimlerine girmek, yasaktır. b)

neğin hayvanın kedi veya köpek olması ile büyükbaş hayvan olması veya yerleşim biriminde bulunması ile kırsal alanda olması halinde alınacak tedbirler birbirinden farklıdır.

Suçun mağduru zarar tehlikesine maruz kalan toplumun bireyleridir¹¹. Bir başka görüşe göre de tehlike suçlarında suçtan doğrudan doğruya zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalan belli bir kimse, yani suçun belli bir mağduru bulunmamaktadır. Burada, fiilin suç sayılmasının nedeni sadece toplumun, açıkçası devletin çıkarıdır¹². Suç TCK'da üçüncü kısımda, topluma karşı suçlar ana başlığı altında, genel tehlike yaratan suçlar alt başlığı kapsamında düzenlenmiştir.

Kanaatimizce bu suçta devlet kamu düzeninin bozulması nedeniyle suçtan zarar gören konumundadır. Suçun mağduru ise toplumu oluşturan herkeştir. Suçtan somut olarak zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişi ise toplumu oluşturan bireylerden biri olduğu için suçun mağduru konumunda olacaktır. Yani bu durumda suçun mağduru hem toplum hem de somut olarak zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişidir.

D- Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru gözetim altında bulunan hayvandır. Hayvanın evcil veya vahşi olması önemli değildir. Kanun koyucu burada herhangi bir ayırım yapmamıştır. Hayvanın özellikle tehlikeli olması önemli değildir. Bir koyun, at veya kedi bu suçun unsuru olabilir.

E- Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru kasttır. Failin bu suçtaki kastı tehlikeye ilişkin olup, suçun oluşması için zarar şartı aranmaz¹³. Failin somut bir zarar tehlikesi doğ-

Taşıt yolunu kullanmak mecburiyetinde kalan hayvan sürücüsü ve kümelerini sevk ve idare edenler; 1) Sürü veya kümelerin boyunu 30 metreden kısa tutmak, 2) Boyu 30 metreyi aşan sürü veya kümeleri kısımlara ayırmak ve ayrılan kısımlar arasında en az 30 metre uzunlukta açıklıklar bırakmak, 3) Sürü ve kümelerin, tünellerden geçirilmesinde; gece ve gündüz oluşuna göre her iki taraftan 150 metre mesafedeki kırmızı ışık veya kırmızı bezle, bunların olmaması halinde beyaz bezle işaret verilip, tünele yaklaşan araçların durdurulmasını sağlamak ve bu işaretleri geçiş tamamlanıncaya kadar devam ettirmek, 4) Taşıt yolunun en sağ şeridinde bulunmak ve bu şeridin mümkün olan en az genişlikte bir kısmını işgal etmek, zorundadırlar.

¹¹ **Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, 2007, s. 1358.

¹² **Hafizoğulları, Zeki**, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, 2007-2008, s. 309 (www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.pdf)

¹³ **Erol, Haydar**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Cilt 2, s. 1966.

masına rağmen koşulların gerektirdiği tedbirleri almaması, hayvanı kontrol altına almada özensiz davranması, hareketsiz kalması, ihmal göstermesi suçun oluşması için yeterlidir¹⁴. Suç özünde ihmali bir davranışla işlenir. Buna örnek olarak, bir köpeğin bağlanmaması, bulaşıcı hastalık tehlikesine karşılık hayvanın aşılarının ve sağlık kontrollerinin yaptırılmaması, hayvanın sevinde gerekli kurallara riayet edilmemesi gösterilebilir.

F- Teşebbüs

Suç tehlike suçu, sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan bu suça teşebbüs mümkün değildir.

G- İştirak

Suçun faili hayvanın gözetiminde gerekli tedbiri almayan kişi veya kişiler olabileceğinden, bunun dışındaki kişiler ancak bu suça yardım eden veya azmettiren olabilirler¹⁵.

H- İçtima

İçtima bakımından TCK 106/3 veya 212'deki gibi özel bir hüküm bulunmadığından TCK'daki genel hükümler uygulanacaktır. Bu suçta failin kastı TCK m. 177'ye yönelik olsa da, fiilden dolayı bir zarar gelmesi halinde fail, fiilin sebebiyet verdiği netice açısından kast veya taksirine göre cezalandırılacaktır.

Failin gözetiminde ihmal gösterdiği bir hayvan, örneğin bir köpek mağduru ısırarak yaralar veya öldürürse ve failin burada TCK m. 177'ye yönelik bir ihmalden söz etsek de (serbest bırakmada kasıt olmamalı) bir kısım yazarlara göre¹⁶ zarar suçları tehlike suçlarına nazaran asli norm niteliğinde olduğundan, görünüşte içtima kurallarından olan tali/yardımcı normun sonralığı ilkesi uyarınca faile yalnızca asli norm olan madde ile (m. 83 veya 88) ceza verilmelidir ve bu durumda fikri içtima da uygulanmaz.

Doğan burada, ikili bir ayrıma giderek aynı hukuki değeri koruyan, somut tehlike suçuyla – zarar suçu arasında asli tali norm ilişkisi; aynı hukuki değeri korumayan soyut tehlike suçu ile zarar suçu arasında fikri içtima koşullarının değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir¹⁷. Yazara göre TCK m. 177 soyut tehlike suçudur. Alman yazarlardan *Jakobs* somut tehlike suçları bakımından

¹⁴ **Parlar/Hatipoğlu**, (TCK Yorumu), s. 1359.

¹⁵ **Parlar/Hatipoğlu**, 2009, (Sulh Ceza Davaları), s. 506.

¹⁶ Aktaran: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2014, s. 5505.

¹⁷ **Doğan**, 2014, s. 199.

özel-genel norm ilişkisini, soyut tehlike suçları bakımından ise fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadır¹⁸.

Yargıtay kararlarında fikri içtima kurallarının uygulanacağı ve ağır suç şikayet yokluğu gibi bir nedenle ortadan kalkarsa failin şikayete bağlı olmayan TCK 177'den cezalandırılması gerektiği işaret edilmektedir¹⁹.

Hayvanın gözetiminde ihmal gösterilmesi neticesinde ölüm olayı da meydana gelebilir. Örneğin Yargıtay 2. CD'nin 2007/17307 E. 2008/201 K. "*Sanığın kendisine ait danayı ormanda başıboş bırakması sonucunda, hayvanın olay günü müteveffaya vurarak ölümüne neden olduğu, sanığın bu sebeple bakımı ve gözetimi altında bulunan hayvanın muhafazasında ihmal gösterdiği, böylece üzerine atılı suçu sübut bulduğundan 5237 sayılı TCK'nun 177. maddesinden cezalandırılmasına karar verildi. Ancak 5237 sayılı TCK'nun 177. maddesinin gerekçesinde; "Suç, kişinin gözetimi altında bulunan hayvanın başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakması ile ya da bunların kontrol altına alınmasında ihmal göstermesi ile tamamlanır. Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişinin, bu fiillerinden dolayı bir zarar meydana*

¹⁸ Aktaran: Doğan, 2014, s. 190- 191.

¹⁹ Y.12.CD, 2012/15243 E. 2013/6304 K.; "...sanığın, muhafazası ile yükümlü olduğu anlaşılan köpeğin, kontrol altına alınmasında ihmal göstermek suretiyle 9 yaşındaki mağdurun bu hayvan tarafından ısırılması sebebiyle, basit tıbbi müdahale ile giderilemez nitelikte yaralanmasına neden olmaktan ibaret eyleminin, hayvanı tehlike yaratacak şekilde serbest bırakma suçunu ve meydana gelen yaralanma nedeniyle taksirle yaralama suçunda oluşturduğu, müştekinin şikayetinin devam ettiği de nazara alınarak, sanık hakkında, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince, en ağır ceza gerektiren fiilden sorumlu tutulacağı gözetilmeden, mahkemece eylemin hayvanı tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakma suçunu oluşturduğundan bahisle, taksirle yaralama suçundan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...", Y.12.CD, 2012/26639 E. 2013/18428 K.; "Sanığın başıboş bıraktığı köpeğinin mağduru ısırarak yaralaması biçiminde gerçekleşen eyleminin, taksirle yaralama suçunun yanı sıra 5237 sayılı TCK'nın 177. maddesinde tanımlanan hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunu da oluşturduğu ancak zarar suçu olan taksirle yaralama suçundan mağdurun soruşturma aşamasında şikayetçi olmaması nedeniyle sanık hakkında hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçundan dava açıldığı ve taksirle yaralama suçundan sanığa ceza verilemeyeceği hususları dikkate alınarak; hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçu yönünden hukuki durumun tayin ve takdirinde zorunluluk bulunduğu düşünülmeden, yanlış değerlendirme ile taksirle yaralama suçundan, şikayetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesine, hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçundan ise hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi". Benzer kararlar için bkz.: Y.9.CD, T.2010/12/2014, 2009/124 E. 2010/12656 K.; Y.8.CD, 2011/12809 E. 2011/18031 K.

gelirse; fiilin sebebiyet verdiği netice açısından kast veya taksirine göre cezalandırılacaktır.” şeklinde ifade edildiği anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK’nun 177. maddesinin, 765 sayılı TCK’nundaki karşılığının 563. maddesi olmasına göre, tanımlanan suçun tehlike suçu olduğu belirtilmesi karşısında, ilgili madde de, bu gibi hayvanların bir zarar meydana getirmesi şartı aranmadığı, bu itibarla bir zarar meydana gelmesi durumunda, eylemin vasıf değiştireceği, sanığın söz konusu eyleminin, 5237 sayılı TCK’nun 177. maddesinde tanımlanan suçun aşarak, 5237 sayılı TCK’nun 85. maddesinde tanımlanan taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği...” şeklindeki kararından da anlaşılacağı üzere bu durumda fail taksirle öldürme suçundan cezalandırılacaktır²⁰.

Kanaatimizce somut tehlike suçu olarak kabul edilmesi gereken hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunda Yargıtay kararları

²⁰ Y.12.CD, 2013/15196 E. 2014/13508 K.; “85/1 gereğince mahkumiyet, ...Kasabası Ödemiş-kaya mevkinde ahırlarının bulunduğu ve söz konusu yer ile civarında hayvanlarını otlatmakta oldukları, sanığa ait 50 büyükbaş hayvandan oluşan sürü içerisinde boğa cinsi bir hayvanın bulunduğu, olay günü saat 08:00 sıralarında sanığın hayvanlarını sulamak için çeşmeye götürdüğü sırada çeşmeye yaklaşık 1-2 kilometre uzaklıkta kahvaltısını yaptığı, daha sonra saat 10:00 sıralarında hayvanlarını topladığı sırada köpeğinin havlaması üzerine çeşmenin yakınlarında Y’yi ölü olarak bulması sonucu başlatılan soruşturmada olay yerinde büyükbaş hayvana ait ayak izlerinin tespit edildiği, olay sonrası sanık tarafından ahırın yakınlarına götürülen boğanın yaklaşık 100 metre uzağından takibi yapıldığı sırada kolluk görevlilerine saldırdığı, otopsi raporunda ölümün genel beden travmasına bağlı beyin kanaması, boyun, omur ve omurilik, karaciğer ve sağ akciğer yaralanması sonucu meydana geldiği ve tespit edilen lezyonların büyükbaş hayvan saldırısı ile husulünün mümkün olduğunun belirtildiği, katılan R’nin olaydan bir gün önce sanığın sürüsünün kendi sürülerine karıştığını, sanığın sürüsündeki boğanın saldırgan olması nedeni ile sürüleri ayıramadığını ve sanığın sürüsünü hep başıboş gezdiğini belirttiği ve sanığın da kendisine ait boğanın yabancıya saldırmakta olduğunu beyan ettiği ve söz konusu mevkiide sadece ölen ile sanığa ait sürülerin bulunduğu anlaşılmaması karşısında Y’nin ölümünün sanığın boğasının saldırmaması sonucu meydana geldiği anlaşılmakla, mahkemenin sübuta ilişkin kabulünde isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir”. “İlk derece mahkemesi kararı: olay tarihinde sanık ve maktulün aynı bölgede hayvan otlatmaları sanığın hakimiyeti altında bulunan hayvan sürüsünün içinde saldırgan bir boğa olduğu bu boğanın maktule saldırdığı ve parçalayarak ölümüne neden olduğu, olayın sanık tarafından oluş anında görülmediği, hayvan sürüsünün içinde yatan maktulü uzaktan gördüğü anlaşılmış ve kabul edilmiştir. Her ne kadar sanık üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş ise de otopsi raporuna aykırı savunmasına itibar edilmeyerek tüm bu oluş ve kabul karşısında sanığın eylemine uyan gözetim altında bulunan hayvanın kontrol altına alınmasına ihmal göstererek ve başkalarının hayatı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakarak taksirle ölüme neden olmasından bu suç için kanunda öngörülen cezanın alt sınırından, sanığın olayı bittikten sonra görmesinin ve olay anında müdahale edememesinin kendine ait ve içinde saldırgan hayvan bulunan sürüyü başka çobanların bulunduğu mahalde başıboş bırakmaktaki ağır ihmalinin göstergesi olduğu kanaati ile sanığın taksir derecesinin yoğunluğu gözetilerek taktiren uzaklaşarak mahkumiyetine karar verilmiş...”

doğrultusunda fikri içtima kurallarının uygulanması doğru olacaktır.

I- İlliyet Bağı

Failin gerçekleşen neticeden sorumlu olabilmesi için gözetimi altındaki hayvanı kontrol etmekte ihmal göstermesi tek başına yeterli değildir. Bunun için failin eylemi ile meydana gelen sonuç arasında illiyet bağının da bulunması gerekir.

Yargıtay 12 CD. 2013/19806 E. 2014/11859 K. “*Olay günü gece saat 19:15 sularında, bulutlu havada, aydınlatmanın olmadığı meskun mahal dışında, bölünmüş, tek yönlü, 7 metre genişliğindeki yüzeyi kuru, asfalt kaplama, hafif eğimli düz yolda idaresindeki otomobille seyir halinde bulunan katılan M'nin, daha önce meydana gelen kaza sonucu yol üzerine devrilmiş 2 adet büyükbaş hayvana çarpması şeklinde gelişen ve 4 kişinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan olayda; kendisine ait 9 adet büyükbaş hayvanı sabah saatlerinde köyün çobanına teslim eden ve sürüye katan sanığın, alışlagelmiş şekilde, çoban tarafından akşam saat 17:00 sularında köy içerisine gelen sürüden hayvanlarını almadığı ve olay saatine kadar hayvanların akıbetini araştırmadığı, hayvanlarının başıboş kalmasına sebebiyet verdiği, ancak başıboş bırakılan hayvanlara önce tanık M'nin sonrasında tanık X'in, sevk ve idarelerinde bulunan araçlarla çarptıkları, kaza mahallinde herhangi bir tedbir almadıkları, bu nedenle hayvan sahibi sanığın eylemi ile yargılamaya konu kaza arasındaki illiyet bağının, tanıklar M ve X'in kaza mahallinde olası bir kazayı önlemeye yönelik tedbirleri almamaları şeklindeki ihmali davranışlarıyla kesildiği ve katılanların yaralanmaları nedeniyle sanığa kusur atfedilemeyeceği gözetilmeksizin, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” şeklindeki kararı ve 12 CD'nin 2013/10106 E. 2014/5011 K. “*Sanığın çoban olup büyükbaş hayvanları otlatmaktan getirdikten sonra hayvanları bağlaması sırasında 3 düvenin eksik olduğunu farkedip aramaya çıkacağı esnada, sanık S'nin otomobili ile D-100 karayoluna çıkan düveye çarptığı ve kazayı yetkili mercilere bildirmeden ve gerekli tedbirleri almadan olay yerinden ayrıldığı bu olaydan sonra saat 17:45 sularında, alacakaranlık ve aydınlatma olmayan yolda, ölen N'nin sevk ve idaresindeki tankerle yolda yatar haldeki düveye çarparak diğer şeritten gelen F'nin kamyonetiyle çarpışması sonucu meydana gelen, iki kişinin ölümü ile neticelenen olayda, sanık Y'nin bakım ve gözetimindeki düveye sanık S'nin çarpmasından sonra, meydana gelen ve ölümlerin olduğu ikinci kaza ile sanık Y'nin eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığı ilk kaza sonrasında illiyet bağının kesildiğinin kabulü gerektiği gözetilmeksizin, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek, sanığın**

beraatı yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...” şeklindeki kararlarında da bu hususu vurgulamıştır²¹.

Ancak somut tehlike suçlarında hakim, harekete nedensellik bağıyla bağlı tehlike neticesini objektif bir değerlendirmeye mi yoksa sübjektif bir değerlendirmeye mi yapacağı ayrı bir tartışma konusudur. Doğan’a göre tehlikenin hem objektif anlamda elverişli hareketle açığa çıkartılmış olması hem de sübjektif anlamda belirli bir konu veya mağduru etkilemiş olması gerekmektedir²². Biz de yazarın bu görüşüne katılıyoruz.

J- Kovuşturma, Görevli Mahkeme ve Suçun Yaptırımı

Suç şikayete tabi olmadığından soruşturma ve kovuşturması resen yapılacaktır. Davaya bakmakla görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Kanunda bu suç için altı aya kadar hapis veya adlî para cezası şeklinde seçimlik yatırımlar öngörülmüştür.

III. Hayvanın Karayolunda Serbest Bırakılması

A- Hayvanın Yerleşim Yerleri Dışında Serbest Bırakılması

Hayvanın yerleşim yerleri dışında serbest bırakılması hali 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun, Hayvanla Çekilen, Elle Sürülen Araçları Sürenler İle Hayvan Sürücülerine Ait Kurallar Başlıklı “*Yerleşim birimleri dışındaki karayolunda, taşıt yolu*”²³ üzerinde zorunlu haller dışında hayvan bulundurmak, karayollarının yasaklanmamış, kesimlerinde ise hayvanla çekilen veya elle sürülen

²¹ Benzer bir karar Y.12.CD, 2013/28301 E. 2014/18780 K.; “Olay günü gündüz vakti, bölünmüş, tek yönlü yolda idaresindeki otomobille seyir halinde bulunan katılan F’nin refüjden aşağı inen büyükbaş hayvana çarpması şeklinde gelişen ve 2 kişinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan olayda; kendisine ait büyükbaş hayvanı sabah saatlerinde köyün çobanına teslim ederek sürüye katan sanığın, olaydan bir gün önce, köy içerisine gelen sürüden hayvanını alamadığı ve çoban E’ye durumu bildirdiği ve hayvanın çobanın bakım ve gözetimi altında iken kaybolduğu, hayvan sahibi sanığın hayvanı köy içinde aradığını ve bulamadığını ifade etmesi karşısında, katılanların yaralanmaları nedeniyle sanığa kusur atfedilmemesinde bir isabetsizlik görülmemekle...”. Meydana gelen olayla failin fiili arasında illiyet bağının olup olmadığı hususunda açıklama için bakınız YCK. 2014/12-103, 2014/552

²² Doğan, 2014, s. 185, dn. 40.

²³ 18.07.1997 tarihli ve 23053 R.G. sayılı Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 3 gereğince: **Taşıt Yolu** (Kaplama): Karayolunun genel olarak taşıt trafiğince kullanılan kısmıdır. **Karayolu**: Trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlardır. **Yerleşim Yeri** (Birimi): Kendisine ulaşan karayolları üzerinde sınırının başlangıcı ve bitimi bir işaret levhası ile belirlenmiş olan yerleşme, çalışma ve barınma amacı ile insanların yararlandıkları yapı ve tesislerin bir arada bulunduğu ve karayolu trafiğine etkileri tesbit edilmiş ve idari taksimatla belirlenmiş olan il, ilçe, köy veya mezra gibi yerlerdir.

araçları, hayvanları, hayvan sürülerini ve binek hayvanlarını trafik kurallarına uymadan sürmek ve bunları sürme yeteneğinden yoksun kimselerin yönetimine vermek veya başı boş bırakmak yasaktır. Bu madde hükümlerine uymayanlar 1 800 000 lira²⁴ para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, başıboş hayvan bırakma yasağına riayet etmeyerek trafik kazasına sebebiyet veren faile üç ay hafif hapis cezası uygulanır. Taşıt yolunu kullanmak zorunda olan hayvan sürü ve kümelerini sevk ve idare edenler yönetmelikte belirtilen usul ve şartlara uymak zorundadırlar” şeklindeki 69. maddesi ile yaptırım altına alınmış olup, bu durum için idari para cezası öngörülmüş bulunmaktadır.

69. madde herhangi bir trafik kazası olmaması halinde idari makamlarca doğrudan uygulanacaktır²⁵. Ancak bir kaza meydana gelmesi halinde nasıl işlem yapılacaktır? Çünkü eylem aynı zamanda TCK'nın 177. maddesini de ihlal edebilmektedir.

2918 sayılı yasanın 69. maddesi trafik kazası olması halinde fail hakkında hafif hapis cezası öngörmektedir. 5252 sayılı yasanın 7. maddesinde, *“Kanunlarda, “hafif hapis” veya “hafif para” cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüştür... Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye mülki amir yetkilidir”* denilmektedir. Buna göre bahse konu eylemin cezası kabahat olup, ilgili hakkında idari yaptırım kararı verilmesi gerekecektir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15, f. 3 *“Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır”* gereğince eğer eylem suç teşkil ediyorsa öncelikle suç için yaptırım uygulanması gerekmektedir²⁶. Peki eylem TCK'nın 177. maddesine de

²⁴ 2015 yılı için 88 TL.

²⁵ Y.2.CD, 2010/2080 E., 2010/16468 K.; “Sanığın başıboş bıraktığı iki adet büyükbaş hayvanın yerleşim birimleri dışındaki karayolu üzerine çıkması biçiminde gerçekleşen olayda, sanığın eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 69/1. maddesine uyduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek, hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nun 177/1. maddesi gereğince sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi”, karara ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, *“...Türkeli İlçe Jandarma Komutanlığına bağlı ekiplerin devriye görevlerini yaptıkları esnada Türkeli-Ayancık karayolu üzerinde sahipsiz ve başıboş olarak TR57131635 kulak numaralı büyükbaş hayvanın dolaştığını tespit ettikleri, söz konusu hayvanın karayolunda kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest olduğunu görünce tutanak tuttıklarını, daha sonra 09/04/2007 tarihinde tekrar aynı kulak numaralı hayvanın yine Türkeli-Ayancık karayolunda trafiği tehlikeye düşürecek şekilde sahipsiz dolaştığını gördükleri...”* şeklinde olup olayda herhangi bir kaza olmadığı anlaşılmaktadır.

²⁶ Alkollü araç kullanma halinde 2918 sayılı yasanın 48. maddesinin 5. fıkrasında *“Yapılan tespit sonucunda, 0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi*

aykırılık teşkil etmekte ve dolayısıyla suç unsuru da içermekte midir? Bu sorunun cevabı çeşitli olasılıklara göre değişmektedir.

1- Sadece Maddi Hasar Meydana Gelmesi Hali

Hayvanın serbest bırakılması veya kontrol edilmemesi nedeniyle mala yönelik bir zarar oluşmuş olabilir. Bu suç hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlikeyi önlemeyi amaçlamaktadır. Mala yönelik tehlikeler bu suç kapsamında bulunmaz²⁷. Fail saldırgan olan hayvanın mala zarar verebileceğini öngörmesine rağmen hayvanı serbest bırakmışsa doğrudan veya olası kast ile mala zarar verme suçunun oluşabileceği düşünülmelidir. Fail hayvanı saldıracabileceğini öngörmeden serbest bırakmışsa eylemin manevi unsuru taksir olup mala zarar verme suçu taksirle işlenemediğinden suç oluşmayacaktır²⁸.

Yargıtay 2. CD. 2005/13128 E, 2006/11862 K. *“Saniğin idaresindeki bir adet büyük baş hayvanın yerleşim yeri dışında kontrolsüz olarak taşıt yoluna girmesi sonucunda yolda aracıyla seyir halinde olan müşterinin, hayvana çarpma için yolun soluna kaçtığı ancak hayvana çarptığı ve maddi hasarın meydana geldiği olayda saniğin eyleminin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 69. maddesinde düzenlenen eylemi oluşturacağı gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamlı unsurları oluşmayan 765 sayılı TCK'nun 565. maddesi gereğince mahkumiyet hükmü kurulması”* şeklindeki kararında yerleşim birimleri dışında sadece maddi hasarlı trafik kazası meydana gelmesi halinde TCK m. 177'deki suçun oluştuğunu kabul etmemiştir²⁹.

altı ay süreyle geri alınır” şeklinde özel bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre ilgili hakkında koşulları varsa hem suç hem de kabahat dolayısıyla da ceza uygulanacaktır. Yargıtay 2. CD. 24/10/2007 tarih, 15549/13586 “5237 sayılı kanunun 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokmak eylemi ile sanık cezalandırılmış veya cezalandırılmamış olsa bile 2918 sayılı kanunun 48. maddesinde belirtilen alkollü araç kullanma ve aynı kanunun 36. maddesinde düzenlenen ehliyetsiz araç kullanma eylemlerinin 2918 sayılı kanunun hükümleri uyarınca cezalandırılması gerekeceği, keza alkollü araç kullanma ve ehliyetsiz araç kullanma eylemlerinin ayrıca cezalandırılacağına dair, 2918 sayılı kanunda özel bir hükmün bulunduğu gözetilmeden, olayda uygulanma yeri bulunmayan 5326 sayılı kabahatler kanununun 15/3. m. uyarınca saniğe alkollü araç kullanmak nedeni ile verilen idari para cezasının bu cezasından düşürülmesine karar verilemeyeceği gibi alkollü araç kullanma eyleminden dolayı verilen idari para cezasının 5237 sayılı kanunun 179/2. m gereğince verilen adli para cezasından mahsubuna karara verilmesinde isabet görülmediğinden...” şeklindeki kararında da bu duruma işaret etmektedir. **Meran, Necati**, Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar, 3. Baskı, 2008, s. 44-45.

²⁷ Y.8.CD. 2011/16694 E. 2012/36345 K. “..saniğin köpeklerinin müdahilin iki koyununu öldürdüğü bu nedenle atlı suçun kurucu unsuru gerçekleşmediğinden...”

²⁸ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2014, s. 5506.

²⁹ Y.8.CD, 2013/8052 E. 2014/3701 K.; “Gözetiminde bulunan ineği yerleşim birimi dışındaki karayolunda başıboş hayvan bırakma yasağına riayet etmeyerek trafik kazasına sebebiyet

Yine 2 CD'nin 2008/34258 E. 2009/2619 K. 2008/230639 kanun yararına bozma sayılı "1-5237 sayılı Kanun'un 177. maddesinde düzenlenen "hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması" suçu bağımsız bir suç olup, aynı Kanun'un 179. maddesinde düzenlenen "trafik güvenliğini tehlikeye sokmak" suçu ile arasında bir irtibat bulunmadığı gibi, saniğa ait otlamakta olan ineğin aniden yola çıkması suretiyle maddi hasarlı trafik kazasının meydana gelmesi şeklinde belirlenen eylemde kastın bulunmadığı cihetle, saniğin ihmal suretiyle gerçekleştirdiği bu eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 177 ve 179/2. maddelerinde öngörülen suçu oluşturmadığının gözetilmemesinde,

2-Saniğin ihmali bir davranışla karayoluna hayvan sokmak suretiyle trafik kazasına sebebiyet vermek şeklindeki eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 69/2. maddesinde düzenlendiğinin ve idari yaptırımını gerektirdiğinin nazara alınmamasında... isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK.nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur.

Gereği düşünülde: 5237 sayılı TCK'nun 177. maddesinde; gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişinin eylemi yaptırım altına alınmıştır. Bu suçun oluşumu için; insanların hayatı veya sağlığı açısından somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekir. O nedenle maddedeki suç, somut bir tehlike suçudur. Görüldüğü gibi, maddedeki suçun öğeleri arasında malvarlığı açısından tehlikeye sokulma haline yer verilmemiştir.

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile ilgili 5237 sayılı TCK'nun 179. maddesinin 2. fıkrasındaki suçu oluşturan fiil ise; kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarının kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde kullanılmasıdır. Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından bir tehlikenin meydana gelmesi arandığından, bu fıkrafta düzenlenen suç somut bir tehlike suçudur. Saniğa ait bulunan ineğin aniden yola çıkması üzerine maddi hasarlı trafik kazasının meydana geldiği somut olayda yukarıda da açıklandığı gibi her iki suçun da yasal öğeleri oluşmamıştır. Saniğin eylemi 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda düzenlenen ve idari makamlar ta-

vermek şeklindeki saniğin eyleminin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 69/1-2 maddesine uyduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi". Benzer kararlar için bkz: Y.2.CD, 2008/14216 E. 2009/10750 K.; Y.2.CD, 2010/39247 E. 2011/5090 K.; Y.8.CD, 2014/17649 E. 2014/31893 K.; Y.8.CD, 2013/12586 E. 2014/2944 K.; Y.8.CD, 2014/17649 E. 2014/31893 K.; Y.8.CD, 2012/37435 E. 2013/27467 K. (Örnek kararlarda yalnızca maddi hasarlı trafik kazası meydana gelmiştir.)

rafından işlem yapılmasını gerektiren bir kabahattir. Dosya kapsamına göre, sanık hakkında 2918 sayılı yasa gereğince işlem yapılmadığı belirlenmiş ise de, yetkili makamlarca anılan yasa hükümleri uyarınca gerekli işlemlerin yapılması mümkündür. Yukarıdaki nedenlerle; kanun yararına bozma istemindeki düşünceler yerinde görüldüğünden...” şeklindeki kararı da konu hakkında detaylı bilgi vermektedir. Karar gereğince Yargıtay hayvanın yerleşim birimleri dışında gerekli önlemler alınmadan bırakılması nedeniyle sadece maddi hasarlı trafik kazası meydana gelmesi durumunda TCK m. 177’deki suçun oluştuğunu kabul etmemektedir.

Yargıtay 2 ve 8 Ceza Dairelerinin karayolunda hayvan çarpması nedeniyle maddi hasarlı trafik kazası meydana gelmesi halinde, ilgili hakkında sadece 2918 sayılı yasa gereğince idari para cezası verileceğine ilişkin kararları bulunmasına karşılık; artık bu suçlara bakmakla görevli 12. Ceza Dairesinin bu hususta bir içtihadına rastlanmamıştır.

2- Yaralama veya Ölüm Meydana Gelmesi Hali

Hayvanın tehlike yaratacak şekilde serbest bırakılması neticesinde sadece maddi hasar değil de ölüm veya yaralanma meydana gelmesi durumunda ne olacaktır? Yargıtay 12. Ceza Dairesinin bu hususta farklı kararları bulunmaktadır. Daire trafik kazalarında yayalara cezai yönden kusur atfedilemeyeceğini,³⁰ hayvanı başıboş bırakan kişi veya kişilerinde motorlu araç sürücüsü olmadığını³¹ dolayısıyla bu kişi veya kişilerin de taksirli yaralama veya ölümden sorumlu tutulamayacağını öngörmekteydi. Ancak dairenin yayanın sorumlu olmayacağına ilişkin bir kararının Yargıtay Ceza Genel Kurulunca³² bozulmasından sonra daire de görüş değiştirmiş ve artık yayaların da taksirle yaralama ve ölüm olaylarından kusurları nedeniyle sorumlu olduğuna ilişkin “*Suç tarihinde sanığın gözetimi altında bulundurduğu büyükbaş hayvanı kontrol altında tutmada ihmal gösterip, başı boş bırakması sonucu büyükbaş hayvanın yola çıkması üzerine, mağdur sürücü X’in sevk ve idaresindeki otomobil ile yolun karşısına geçmeye çalışan büyükbaş hayvana çarpması olayında 5 kişinin yaralanmasına sebebiyet verdiği katılanların beyanı, doktor raporları sanığın söz konusu hayvanın bahçeden kaçtığına ilişkin beyanı, olay akabinde hayvanın*

³⁰ Y.12.CD, 2012/27861 E. 2013/12220 K.; Y.12.CD, 2011/15963 E. 2011/10055 K.

³¹ Y.12.CD, 2012/30623 E. 2013/11430 K.; “Çoban olan sanığın koyun sürüsünü yolun karşısına geçirmek istediği sırada müşteki x’in içinde bulunduğu ve y’nin sevk ve idaresindeki aracı ile koyun sürüsüne çarpması sonucu müştekinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan olayda, motorlu araç sürücüsü olmayan sanığa ceza yönünden kusur yüklenemeyeceği gözetilmeden beraat yerine mahkumiyet kararı verilmesi...”

³² CGK T.18/02/2014, 2013/12-10 E. 2014/80 K.

takip edilmesi sonucu sahibi olan sanığa ulaşılarak sanığın hayvanın kendisine ait olduğunu beyan ettiğine ilişkin 06.10.2007 tarihli tutanak, kazada sanığın hayvanı yanında kaza mahallinde başka hayvanların da bulunmasına rağmen sadece sanığın hayvanında yaralanmanın olduğuna ve diğer hayvanlara çarpmanın olmadığına ilişkin kaza tespit tutanağı ile sabit olup, zarar suçunun da olduğu gözetilerek, oluşturma ve dosya içeriğine göre sanık hakkında katılanların şikayetçi olması nedeniyle taksirle yaralama suçlarının oluşturulmasının kabulüne gerekirken, oluşturma ve dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde taksirle yaralama suçundan sanığın beraatına karar verilmesi³³ şeklinde içtihat oluşturmaya başlamıştır ki bizce de yayanın trafik kazalarından sorumlu tutulmasına yönelik bu uygulama doğrudur.

B- Hayvanın Yerleşim Yerleri İçerisinde Serbest Bırakılması

Maddi hasarlı trafik kazalarında ilgili hakkında 2918 sayılı yasa gereğince idari para cezası verilebilmesi için yasanın 69. maddesi, “...Yerleşim birimleri dışındaki karayolunda” gereğince hayvanın yerleşim yerleri dışındaki karayolunda bulunması gerekmektedir.

Buna göre yerleşim yerleri içerisinde gerçekleşen maddi hasarlı trafik kazalarında 2918 sayılı yasadaki belirtilen idari yaptırım uygulanamayacak olup,³⁴ maddi hasar dışında yaralama veya ölüm olayı olması halinde fikri içtima gereğince taksirle ölüme sebebiyet vermek veya taksirle yaralama suçundan ceza verilecek ve taksirle yaralama suçunda şikayet şartı gerçekleşmez ise şikayete tabi olmayan hayvanın tehlike yaratacak şekilde serbest bırakılması suçundan ceza vermek gerekecektir³⁵.

³³ Y.12.CD, 2012/1901 E. 2012/20890 K. Benzer kararlar için bkz. Y.12.CD, 2013/17596 E. 2014/9367 K.; Y.12.CD, 2011/22143 E. 2012/14257 K.

³⁴ Y.2.CD, 2007/8693 E. 2007/14666 K.; “Tehlikeli hayvan sevk etmek suçundan kurulan hükümün temyiz itirazının incelenmesinde; Olayın yerleşim yeri içerisinde meydana gelmesi karşısında 2918 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesine yönelik tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır.”

³⁵ Y.12.CD, 2013/17686 E. 2014/8214 K.; “Taksirle yaralama suçundan sanık hakkındaki davanın şikayetten vazgeçme nedeniyle CMK'nın 223/8. maddesi gereğince düşmesine ilişkin hüküm, mahalli Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Müştekinin otosu ile meskun mahal içi, bölünmüş, tek yönlü yolda seyir halindeyken, yolun sol tarafından orta refüjden karşı tarafa geçmeye çalışan büyükbaş hayvanını sevkeden sanığın, yoldan geçen aracın geçişini beklemeden hayvanın yola giriş yapmasına engel olmayarak, aracın hayvana ön kısmıyla çarpmasına ve müşteki araç sürücüsünün basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasına neden olduğu, bu sebeple bakımı ve gözetimi altında bulunan hayvanın muhafazasında ihmal gösterdiği, mağdurun şikayetten vazgeçmesi ve TCK'nın fikri içtimaya ilişkin 44. maddesi hükmü de nazara alındığında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 177. maddesinde düzenlenen suça dönüşeceği ve hukuki durumunun buna göre

IV- Sonuç

Tehlike suçları somut ve soyut tehlike suçu olarak ikiye ayrılmıştır³⁶. Yargıtay bir kararında konuyu şöyle açıklamıştır: *“Tehlike, soyut ve somut tehlike olarak ikiye ayrılır. Somut tehlike; araya engel bir sebep girmediği takdirde, istenmeyen ve hakkı ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan bir neticenin gerçekleşeceğinin, makul ve orta zekalı insanlar tarafından kabul edilebileceği hallerde var sayılan tehlikedir. Buna karşılık soyut tehlike ise; genel ve soyut olarak tarif edilebilen bir durumu ifade eder. Demokratik bir hukuk devletinde soyut tehlike idareye ancak genel düzenlemeler yapma yetkisi verirken, kolluğun kişiler üzerinde bireysel işlem niteliğinde somut tedbirler alabilmesi için tehlikenin de somut olması gerekmektedir”³⁷.*

Soyut tehlike suçlarında hareketin yapılması yeterli olup, ayrıca somut bir tehlikenin gerçekten de meydana gelmiş olmasına gerek yoktur³⁸. Soyut tehlike suçunda suç tipinde tarif edilen hareketin yapılması yeterli olup, suç konusu üzerinde gerçekten bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılıp tespit edilmesine gerek yoktur. Başka bir deyişle kanun koyucu soyut tehlike suçlarında kanuni tarifteki hareketin yapılmasıyla suç konusu bakımından yeterli bir tehlikenin ortaya çıktığını kabul etmektedir.

Somut tehlike suçlarında, icra edilen fiilin suçun konusu açısından bir tehlike meydana getirmesi, bu suçlar açısından bir unsur değil, bir cezalandırılabilme şartı olarak anlaşılmalıdır. Bu tür suçlarda kanuni tarife uygun fiilin yapılması ile aslında haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak kanun koyucu tehlikeli hareketlerin tümünü suç sayması durumunda ortaya çıkacak geniş etkiyi gidermek amacıyla somut tehlike suçlarında tehlikeli hareketin yapılmasından sonra ortaya tehlikeli bir durumun çıkmasını istemekte ve ancak bu durumda faile ceza verilebileceğini hükme bağlamaktadır³⁹.

Hayvanı tehlike yaratacak şekilde serbest bırakma suçu Yargıtay kararlarında somut tehlike suçu olarak görülmektedir. Somut tehlike suçlarında; failin

takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, şikayet yokluğu nedeniyle taksirle yaralama suçundan açılan davanın düşürülmesine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup...”

³⁶ Doğan, 2014, s. 180. “Kanun bir zararın ortaya çıkma tehlikesine neden olmayı (somut tehlike suçu) ya da tehlike potansiyeline sahip olmayı (soyut tehlike suçu) cezalandırmaktadır”.

³⁷ CGK. 2013/9-841 E. 2014/513 K.

³⁸ Hakeri, Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2013, s. 151-152; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, 2006, s. 188.

³⁹ Aydın, Murat, Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 6, Şubat 2007, s. 5 (www.murataydin.name.tr/kurusiki_tabanca_ile_ates_etmek.doc)

tehlikeli sayılan hareketinin varlığı tek başına yeterli olmayıp, bu fiili neticesinde somut olaya konu tehlikenin oluşması hususunda kuvvetli bir ihtimal bulunmalıdır. Tehlike, zarar doğma ihtimali demektir. Tehlikeli hareket var olmasına rağmen somut olayda bir tehlike meydana gelmemiş ise somut tehlike suçu bakımından suçun unsurları oluşmamıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ve Yargıtay kararları doğrultusunda kanaatimizce de hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçu somut tehlike suçudur. Nitekim madde metninde “tehlikeli olacak şekilde” ibaresi kullanılmış ve madde gerekçesinde de açıkça “fiil somut tehlike suçu niteliğindedir” denilmiştir ki bu da kanun koyucunun bilinçli şekilde suçu somut tehlike suçu olarak nitelendirdiğini göstermektedir.

Kanun koyucunun bu tercihiinde suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi halinde kapsamının çok genişletilmiş olacağı, suçun hangi hallerde ve hangi andan itibaren oluşacağı hususunda öngörülebilirlik olanağının zayıflayacağı; bu durumda benzer olaylarda farklı kararların ortaya çıkabileceği gibi tereddütlerle bu suçu somut tehlike suçu olarak düzenlediğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce de bu gerekçeler doğrudur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2012/12-1566, 2014/32 sayılı somut tehlike suçu olan TCK 179 trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu hakkındaki “*Ancak her kural ihlalinin mutlaka kişiler bakımından tehlikeye neden olacağını söylemek de mümkün değildir. Bu durumda tehlikeye neden olma halinin somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma, somut tehlike suçudur. Bu suçun oluşabilmesi için suç tanımında yer alan eylemin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, tehlikelilik halinin gerçekleşmesi yada gerçekleşmesinin mümkün bulunması zorunludur. Bu nedenle her somut olay bakımından tehlikeye neden olma ögesinin varlığı aranmalıdır*” kararı da yukarıdaki açıklamalara uygun düşmektedir.

Yargıtay 2 Ceza Dairesi yukarıda değinilen kararında⁴⁰ konuyu açıklarken, maddi hasarlı trafik kazalarında hayvanın tehlike yaratacak şekilde serbest bırakılması suçunun oluşmayacağını, çünkü bu suçun mal aleyhine işlenemeyeceğini, ancak başkalarının hayat ve sağlığına karşı işlenebileceğini işaret etmiştir.

Ancak bazı maddi hasarlı kazalarda araç içerisinde bulunan kişilerin hayat veya sağlığına yönelik tehlike de meydana gelmiş olabilir. Örneğin şehirler arası yolda gece vakti 90 km gibi bir hızla giden bir aracın önüne hiçbir önlem alınmaksızın büyükbaş bir hayvanın çıkması ile otomobilin hayvana çarparak

⁴⁰ Y.2.CD'nin 2008/34258 E. 2009/2619 K. 2008/230639 kanun yararına bozma sayılı karar.

yoldan çıkması sonucu aracın pert olmasına rağmen araçta bulunanların yaralanmaması ve yalnızca maddi hasar meydana gelmesi halinde kanaatimizce artık kanun koyucunun aradığı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından somut bir tehlike ortaya çıkmış sayılmalıdır. Bu durumda bile sadece maddi hasarın oluştuğunu kabul etmek kanaatimizce doğru değildir. Ancak örneğin hız sınırınının 30 km. olduğu bir yolda ağır vasıta kullanan bir şahsın önüne küçük bir köpeğin çıkması ile aracın farının kırılması olayında, sahipli köpeğin başıboş bırakılması ile insanların hayat veya sağlığı bakımından somut bir tehlikenin ortaya çıktığı da artık kabul edilmemelidir⁴¹.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında hayvanın başıboş bırakılması neticesinde meydana gelen maddi hasarlı trafik kazalarında kanaatimizce hakim her olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapmalı ve meydana gelen netice ile kişilerin hayatı ve sağlığı açısından somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğini değerlendirmek suretiyle bir karara varmalıdır. Bu durumda aracın tipi, büyüklüğü, hızı, hayvanın cinsi gibi özellikler göz önünde bulundurulmalıdır.

Yerleşim yerlerinin dışında meydana gelen maddi hasarlı kazalarda TCK m. 177'de yer alan hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunun oluşmayacağı kabul edilirse, şartlarının oluşması halinde 2918 sayılı yasa 69. maddesi hükümlerine göre ilgili hakkında idari para cezası tanzim edilmelidir. Ancak yerleşim yerleri içerisinde TCK m. 177'nin oluşmaması halinde 2918 sayılı yasanın 69. maddesi de uygulanamayacak ve ilgilinin yalnızca tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

Kaza neticesinde yaralanma veya ölüm meydana gelmesi halinde ise bizce fikri içtima gereğince sonuca göre taksirle yaralama veya taksirle öldürmekten hüküm kurulmalı ve taksirle yaralama suçunda şikayet şartı gerçekleşmemesi gibi bir nedenle suç oluşmaması halinde şikayete tabi olmayan hayvanın tehlike yaratacak şekilde serbest bırakılması suçundan hüküm kurulmalıdır. Buna rağmen Yargıtay 8 Ceza Dairesi'nin başıboş bırakılan hayvan nedeniyle oluşan

⁴¹ Y.8.CD. 2013/1998 E. 2014/7828 K.; "Saniğin serbest şekilde yanında gezdirdiği köpeğinin cadde üzerinde yola çıkması ve şikayetçinin aracıyla köpeğe çarpması sonucu aracın farı kırılarak hafif maddi hasarlı trafik kazasının meydana geldiği olayda, araç sürücüsünün hayatı veya sağlığı yönünden somut bir tehlike meydana gelmediği cihetle, TCK.nun 177 maddesinde düzenlenen başkalarının hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde hayvanı serbest bırakma suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı..."; Y.8.CD. 2014/11316 E. 2014/14141 K., "aracıyla şehir içinde seyir halinde bulunduğu yola çıkması üzerine şikayetçinin köpeğe çarpması ve aracında hafif maddi hasar meydana gelmesi şeklinde gerçekleşen olayda; başkalarının hayatı veya sağlığı yönünden somut bir tehlike meydana gelmediği cihetle, TCK.nun 177. maddesinde düzenlenen başkalarının hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde hayvanı serbest bırakma suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı"...

yaralamalı trafik kazasında dahi şikayet yokluğu nedeniyle TCK m. 177 değil de 2918 sayılı yasanın 69. maddesinin uygulanması gerektiğine işaret eden bir kararı bulunmaktadır⁴². Kanaatimizce daire bu kararda yanlış bir değerlendirme yapmıştır. Yaralanmanın gerçekleşmesi halinde artık somut tehlike suçu için aranan şartların da ötesine geçilmiş ve zarar oluşmuştur. Bu durumda somut tehlike öncelikle oluşmuştur. Maddi hasar ve yaralanma olmasına rağmen hayvanın tehlike yaratacak şekilde serbest bırakılması suçunun koşullarının oluştuğunu kabul etmeyen daire onayladığı bir kararında⁴³ ise sadece köpeklerin salınmış olmasını suçun oluşumu için yeterli saymıştır. Bu kararda sanık herhangi bir zarar oluşmamasına rağmen sırf hayvanları kontrol altına almakta ihmal gösterdiği için TCK m. 177 gereğince cezalandırılmıştır. Hayvanın tehlike

⁴² Y.8.CD, 2012/12876 E. 2013/23850 K.; “Yerleşim birimi dışındaki karayolunda idaresindeki hayvan sürüsünü gece vakti gerekli tedbirleri almadan karşıdan karşıya geçirmeye çalışırken trafik kazasına sebebiyet veren sanığın eyleminin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 69/1. maddesine uyduğu gözetilmeden, suç nitelendirmesinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde 5237 sayılı TCK.nun 177. maddesi uyarınca hüküm kurulması”; ilk derece mahkemesi kararı: Kovancılar C. Başsavcılığının 17/04/2007 tarih ve 2007/81 Esas nolu iddianamesi ile: “Mağdurun arkadaşı olan K'nın sevk ve idaresi altında bulunan ... plaka sayılı araç ile Elazığ-Bingöl Karayolunun Bingöl istikametine doğru seyir halinde olduğu, havanın karanlık olduğu, şüphelinin ise yol üzerinde otlatmış olduğu hayvanları yolun gidişe göre sağ kısmından sola karşıya geçirmeye çalıştığı, ancak gerekli tedbirleri almadan tek başına hayvanları karayolundan karşıya geçirmeye çalıştığı, aracı ile olay yerine gelen K'nın hayvanları geç fark ettiği, frene basmasına rağmen küçükbaş hayvanlara çarptığı, çarpmanın etkisi ile araç içinde bulunan mağdurun başını cama çarparak yaralandığı, bir kısım hayvanın telef olduğu, mağdurun alınan kesin doktor raporuna göre yaşamsal tehlikeye maruz kalmadığı, yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilebilir bir yaralanma olduğu, mağdurun olay sebebi ile şikayetçi olmadığı, şüphelinin alınan savunmasında gerekli tedbiri aldığını, gerekli ve yeterli şekilde uyarıcı işlemleri yaptığını, araç sürücüsünün aşırı süratli olması nedeni ile eylemin gerçekleştiğini savunduğu, araç içinde bulunan tanıkların beyanlarına göre hayvan sürüsünün aniden yola çıktığının, şüphelinin gerekli tedbirleri almadan gözetimi altındaki hayvanı başkalarının hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olacak şekilde bıraktığı, şüphelinin üzerine atılı eylemin yasal unsurlarını... Keşif sonrası trafik bilirkişisi sunmuş olduğu raporunda özetle; “Hayvan sürü sorumlusu H'nin Karayolları Trafik Kanununun 69. maddesini ihlal ettiğinden asli kusurlu olduğu, sürücü K'nın tali kusurlu olduğu” kanaatinde olduğunu bildirmiştir. Bingöl Devlet hastanesinin 15/01/2007 tarih ve 223 sayılı kati raporunun incelenmesinde; mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralanmasının olduğunun bildirildiği görülmüştür.

⁴³ Y.8.CD, 2014/19046 E. 2014/31880 K. İlk derece mahkemesi kararı: “X'in mandırada bakım sorumlusu olarak görev yaptığı, mandıranın korunması amacıyla 4 adet kangal cinsi köpek beslediği, ancak köpeklerin zaman zaman mandıranın dışına çıkarak müşteki A ve tanık olarak dinlenenler Y, X ve M'de korku ve panik uyandırdığı; kolluk kuvvetlerince olay yerine gidildiğinde şüpheliye ait kangal cinsi bir köpeğin dışarıda başıboş şekilde dolaştığının tespit edildiği, her ne kadar hayvanların başıboş bırakmalarından dolayı bir zarar meydana gelmemiş ise de; atılı suçun tehlike suçu niteliğinde olduğu ve oluşması için hayvanların başkalarının hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olacak şekilde serbest bırakılmasının yeterli olduğu anlaşılmakla...”

yaratacak şekilde serbest bırakılması neticesinde yaralama veya hayat yada sağlık açısından tehlike meydana gelecek şekilde maddi hasarlı kaza oluşması halinde TCK m. 177'nin öncelikle oluştuğunu kabul etmek gerekeceği görülmüştür.

Somut olayda hayvan çarpması neticesinde meydana gelen maddi hasarlı trafik kazalarında meydana gelen kazanın kişilerin hayat veya sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmadığını ilk etapta Cumhuriyet Savcısı taktir edecektir. Bu husus olayda TCK m. 177'nin de uygulanma ihtimali bulunduğundan kolluğun taktirine bırakılamaz. Cumhuriyet Savcısı olayın özelliğine göre kolluğa gerekli talimatı verecek; evrakın incelenmesi, ifade alınma, keşif gibi işlemlerin yapılması gerekiyorsa gerekli soruşturma işlemlerinden sonra TCK m. 177 gereğince dava açacak veya eylemin kabahat teşkil ettiğinin anlaşılması karşısında ise 5326 sayılı yasanın 23/2 maddesi "*Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir*" gereğince durumu ilgili kuruluşlara bildirebileceği gibi bahse konu yaptırıma kendisi de karar verebilecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, 2009.

Aşçıoğlu, Çetin, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2008.

Aydın Murat, Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, Terazı Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 6, Şubat 2007.

Aydın, Murat, 5237 Sayılı TCK'nın 179/2 Maddesi Işığında Trafik Kazalarının Durumu ve Genel Tehlike Suçlarında İçtima Hükümlerinin Uygulanması, [http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm.\(a.g.m.1\)](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm.(a.g.m.1)).

Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, 2008.

Doğan, Koray, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 180-208.

Erol, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Cilt 2.

Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, 2007-2008.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2013.

Kaymaz, Seydi/ Gökcan, Hasan Tahsin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Tak-
sirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006.

Koca Mahmut/ Üzülmöz İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2013.

Koray, Doğan, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimarı Sorunu,
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 16, Ocak 2014.

Meran, Necati, Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar, 3. Baskı, 2008.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, 2006.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik
Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2008.

Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler
Açısından Sulh Ceza Davaları, 2. Baskı, 2009.

Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt
2, 2007.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı
Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Cilt 4, 2014.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Ankara 2003.

Yiğit, Nuri, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, <http://209.85.129.132/search?q=ache:9RjMM27eQD4J:www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/154.doc+genel+tehlike+yaratan+su%C3%A7lar&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr>

DENEME SÜRELİ İŞ İLİŞKİSİ

Employment Relations With a Trial Term

Salim Yunus LOKMANOĞLU*

ÖZET

Tarafların birbirlerini denemeleri için iş sözleşmesinde belirli bir süre öngörmeleri durumunda deneme sürelİ iş ilişkİsinden bahsedilir. Bu sürede taraflar iş sözleşmesi ile kendilerini bağlı tutup tutmama konusundaki kararlarını saklı tutarlar. Deneme süresinde işveren, işçinin bilgisi, yetenekleri, çalışkanlığı ve kişiliği konusunda bilgi sahibi olmak, işçi de işyerinin ve çalışma koşullarının kendisine uygun düşüp düşmeyeceğini anlamak isteyebilir.¹

Deneme süresi bitiminde taraflar iş ilişkisini feshetmezlerse yaptıkları iş sözleşmesi ile bağlı kalacaklardır. Eğer bu iş sözleşmesini uzatmak istemiyorlarsa taraflar tazminatsız ve bildirimssiz sözleşmeyi sona erdirebileceklerdir.

Çalışmamız içerisinde; deneme sürelİ iş sözleşmesi kavramı, mevzuattaki düzenlemeler, şekil ve ispat yükü ile hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İş ilişkisi, Sözleşme, Deneme, Deneme Sürelİ İş Sözleşmesi.

ABSTRACT

In case employment contract has a certain period of time to test each other, then, it is mentioned of a trail lasting business relationship. During this time, the parties put in their hands whether to remain connected to the work contract. The employer, in this trail period, can want to have information about workers knowlegde, abilities, industriousness or personality, likewise, the worker may want to understand whether the workplace and it is working conditions is suitable to him/her or not.

The parties, at the end of the trial period, if not to termiate/finish business relationship, they will remain connected with the contract they did. if they do no work want to extend the contract, the parties will be able to end up the contract without compensation and notice.

In our studies; it will be focused on the consept of trial periodic employment contract, preparations on the subjects under discussion, liability of form shape and proof and their legal consequenceus.

Keywords: Labor Relations, Contract, Trial, Trail Term Employment Contract.



* Bala Hakimi, yunuslokmanoglu@hotmail.com

¹ SÜZEK, Sarper. İş Hukuku, 3. Bası. Beta Basım A.Ş. İstanbul 2006, Yargıtay Kararları, s.211.

1. GİRİŞ

İş sözleşmesinin taraflarının iş ve sözleşme ilişkisini kurarken genel olarak birbirlerini tanımak istemeleri gayet mümkün ve doğaldır. İş sözleşmelerinin taraflar arasında kişisel ve sürekli ilişkiler kuran özelliği, tarafların bu yönde bir ihtiyaç duymalarının haklı gerekçesini oluşturmaktadır. İş sözleşmesi taraflar arasında karşılıklı güvene dayalı sürekli borç ilişkisi kurduğu için, işçinin mesleki bilgi ve becerisini, çalışma şekli ile işyerine uyumu ve davranışlarını öğrenme bakımından belli bir süre denenmesinde işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır.²

İş sözleşmesinde tarafların kişisel uygunluğunun, karşılıklı olarak denenmeksizin öğrenilmesi pek düşünülemez.³ Deneme süresi içerisinde işveren ve işçi uzun süreli ve devamlı bir işbirliğine yönelik olmak üzere, sözleşmenin karşı tarafını, işyerini ve çalışma koşullarını deneme imkanı bulur.

Kısaca, deneme süreli iş ilişkisi, hem işverene hem de işçiye sürekli ve uzun süreli bir işbirliğine yönelik olarak sözleşmenin karşı tarafını, çalışma durumu- nu ve işyerini deneme olanağı sağlayan bir iş ilişkisini ifade eder.⁴

2. KAVRAM

Tarafların birbirlerini denemek için, iş sözleşmesinde belirli bir süre tespit etmeleri durumunda, deneme süreli bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.⁵ Bu deneme süresi, belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin başlangıç süresidir ve taraflar bu süre içinde iş sözleşmesiyle kesin olarak bağlanıp bağlanmama konusundaki kararlarını saklı tutmaktadırlar.⁶

Öğretide, deneme süresine ihtiyaç duyulmasının nedeni olarak, sürekli bir iş sözleşmesi ile işe giren işçinin, işi, işvereni ve işyerindeki işçileri tanıyıp yeni çalışma koşullarına alışmak ve alışmaması halinde işi bırakmak isteyebilmesi, aynı şekilde, işvereninde işçinin çalışkanlığını, çalışma temposunu, becerikliğini ve mesleki bilgisini anladıktan sonra iş sözleşmesiyle kesin olarak bağlanmayı, aksi halde işçinin işine hemen son vermeyi düşünebilmesi, işverenin, işçinin istenilen işi yapabilecek niteliklere sahip olup olmadığını genellekle

² Yarg. 9. HD. 25.11.2008 gün ve E. 2008/6168 Esas, K. 2008/32048 sayılı ilamı.

³ CENTEL, Tankut (1994), İş Hukuku, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul. (Bireysel İş Hukuku), s.96; ŞİMŞEK, Ayşe Fırak (2009), Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri, TİSK Akademik, 2009/1, s.14.

⁴ LAÇİNER, Vedat, Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Sorunlar, s.5 (erişim adresi:http://ceko.comu.edu.tr/images/form/dosya/dosya_530798.pdf, erişim tarihi:26.09.2015)

⁵ ÇELİK, Nuri (2006), İş Hukuku Dersleri, 19.Bası İstanbul, Ağustos, s.93

⁶ Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut (2003), İş Hukukunun Esasları, Kasım, İstanbul, s.71

onun ancak çalışmasını izleyerek anlayabilmesi durumunda olması şeklinde belirtilmiştir.⁷

Deneme süresi kaydı içeren iş sözleşmesinde, aslında iş sözleşmesi kurulmuştur; ancak taraflar, belli bir süre içinde, iş sözleşmesini bozma yetkisini saklı tutmuşlardır. Bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğini taşıyan bu yetki, deneme süresi içinde işçi veya işveren tarafından kullanıldığı takdirde, iş sözleşmesi bozulmuş olur. Kullanılmadığı takdirde iş ilişkisi devam eder,⁸ yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olmaz.⁹

Deneme döneminin iki şekilde uygulanması mümkündür. Bunların ilki, iş sözleşmesine bir deneme maddesi konulması, diğeri ise sözleşmenin, deneme amacıyla sınırlı bir süreye bağlanmasıdır. Birinci durumda “deneme süreli” iş sözleşmesinden; ikinci durumda ise, “deneme amacıyla sınırlı olan süreli bir iş sözleşmesinden yani deneme amaçlı iş sözleşmesinden” söz edilir. İki durum arasındaki temel fark, bunlardan birincisinde, ister süreli ister süresiz bir iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olsun, deneme süresi içinde kolaylaştırılmış bir fesih hakkının tanınmış olmasına karşılık, ikincisinde, deneme amacıyla sınırlandırılmış süreli bir iş sözleşmesinin söz konusu olması ve süreli iş sözleşmeleriyle ilgili rejime tabi bulunması nedeniyle de bu sözleşmenin kural olarak ihbarlı veya haklı bir sebep olmadıkça ihbarsız fesih yolu ile sona erdirilmesinin mümkün olmamasıdır. Mevzuatımızda sadece deneme süreli iş sözleşmesi ile ilgili hükümlere yer verilmiş, deneme amaçlı iş sözleşmeleri herhangi bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır.¹⁰

3. DENEME SÜRESİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

3.1. İş Kanununda Bulunan Düzenlemeler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrasında taraflarca deneme süreli sözleşme öngörülebileceği, aynı kanunun 15. maddesinde ise Deneme Süreli İş Sözleşmesi düzenlenmiştir.

4857 sayılı Yasanın 9. maddesinin 2. fıkrasına göre; “İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir.”

⁷ NURİ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Beta, 25. Bası, Eylül 2012, İstanbul, s. 108

⁸ ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi. Seçkin Kitabevi, 6. Bası. Ankara 1986, s.278

⁹ Çenberci, s.275

¹⁰ SOYER, Polat, Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1., s.28

Aynı sayılı kanunun 15. maddesine göre ise; *“Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır.”*

Kanunun 10 uncu maddesinde tanımlandığı üzere; nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir (bkz. 4857 md.10. f.1). 4857 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde, Kanunun deneme süreli iş sözleşmesini düzenleyen 15 inci maddesinin süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (bkz. 4857 md.10. f. 2). Dolayısıyla, süreksiz işlerdeki sözleşmelere deneme kaydı konulamamakta olup, deneme koşulu ancak sürekli işe ilişkin iş sözleşmesinde getirilebilir. Yani, otuz işgününden fazla süren belirli süreli işler için yapılan iş sözleşmeleri ve süresi belirsiz süreli iş sözleşmelerine deneme süresi kaydı konulabilir.¹¹

3.2. Türk Borçlar Kanununda Bulunan Düzenlemeler

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 433. maddesinde hizmet sözleşmesinin sona ermesi başlığı altında, belirsiz süreli sözleşmede fesih bildirim süresi konusu içerisinde, 433. maddede deneme süreli iş ilişkisi düzenlenmiştir. Anılan kanun hükmüne göre; *“Taraflar, hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilirler. Deneme süresi konulmuşsa taraflar, bu süre içinde fesih süresine uymak zorunda olmaksızın, hizmet sözleşmesini tazminatsız feshedebilirler. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır.”*

Türk Borçlar Kanunu hükümleri, İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilere uygulanmaktadır. Yukarıda belirtilen düzenlemenin yanı sıra Borçlar Kanunu'nun *“İşçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır.”* şeklinde düzenlenen 468. maddesi ile kanun koyucu aynı kanunun 461 ve devamı maddelerinde düzenleme alanı bulan evde hizmet sözleşmesinin deneme amacıyla kurulabilmesine cevaz vermiş ancak süresinin ne kadar olabileceği konusunda bir süre öngörülmemiştir. Kanımızca, Her ne kadar süre belirtilmemiş olursa da Borçlar Kanunu'nun 433/1. maddesi gereği sürenin iki aylık yasal denetim süresinin aşmaması gerektiği düşünülmelidir.

¹¹ GÜNAY, İ.C. (2009). İş Kanunu Şerhi, Ankara: Yetkin Yayınları, s.457.

Son olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 454/3. maddesinde “Deneme süresi için ödenecek ücret, serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak, deneme süresi iki ayı geçemez.” denilmesi neticesi pazarlamacılık sözleşmesinin de deneme süreli olarak yapılabilmesine kanun cevaz vermiştir.

3.3. Basın İş Kanununda Bulunan Düzenlemeler

5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda da deneme süresine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu kanunda bulunan 10. maddenin 1. fıkrasına göre; “Mesleğe ilk intisap eden gazeteci için tecrübe müddeti en çok üç aydır. Bu müddet içinde taraflar iş aktini ihbar müddetine ve tazminat mükellefiyetine tabi olmaksızın feshedebilirler.”

Yüksek Yargıtay bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında, “Mesleğe ilk intisap eden gazeteci için deneme süresi en çok üç aydır. Bu üç aylık süreden sonraki çalışmalar deneme olarak nitelendirilemez. üç aylık deneme süresinin bitiminde çalışma devam eder ve iş akdi bozulmaz ise, mesleğe ilk intisap eden gazeteci Basın İş K. m. 1 tanımına giren gazeteci niteliğini kazanır.” demiştir.¹² Buna göre, Yüksek Yargıtay sadece mesleğe yeni başlayanlar için deneme süreli iş sözleşmesi yapılabileceğini belirtmektedir.¹³

Basın İş Kanunu'nun 10. maddesi düzenlemesi ile ilke olarak iş sözleşmelerinin deneme süresine bağlı tutulamayacağı, ancak istisnai olarak mesleğe ilk kez giren bir fikir işçisi için deneme süreli sözleşme yapılacağı söylenebilir.¹⁴ Ancak öğretilde, bu görüşün aksine yasa koyucunun deneyimli bir gazetecinin başka bir işveren tarafından işe alınımında deneme süresini yasaklanmadığı, bu durumda deneme süresine genel hükümler olan Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵ Bu doğrultuda, deneyimli gazeteci ile deneme süreli iş sözleşmesi yapılırken fikri bir edim söz konusu olduğu için, sözleşmenin deneme amacıyla süreye bağlanmasını -gazeteci açısından dahi- haklı gösteren bir durumun mevcut bulunduğu söylenebilecektir.¹⁶ Neticeten, kanun metninde ilk kez işe girenler için

¹² Yarg. 9. HD. 11.07.1969 gün, 1969/5050 E. ve 1969/8083 K. Sayılı ilamı.(www.kazancı.com)

¹³ Yarg. 9 HD. 22.04.1965 gün, 1965/1141 E, ve 1965/3469 K; 04.11.1963 gün, 1965/13761 1965/9654 K. Sayılı ilamları (www.kazancı.com)

¹⁴ Bkz. görüş için ŞAKAR, Müjdat: Basın İş Hukuku, Gazetecilerin Çalışma İlişkisi, İstanbul 2002, s. 59

¹⁵ OĞUZMAN, M. Kemal, Türk Borçlar ve İş Mevzuatına göre Hizmet İş Akdinin Feshi, İstanbul, s.19

¹⁶ SOYER, Polat (2008), Deneme Süreli Ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma Ve Toplum, 2008/1, s.33

deneme süresinin kararlaştırılabileceği belirtilmiş olup, öğretide ise durum tartışmalıdır.

3.4. Deniz İş Kanununda Bulunan Düzenlemeler

845 Sayılı Deniz İş Kanunu'nun 10 .maddesinde deneme süreli iş sözleşmesi düzenlenmiştir. Kanun hükmüne göre; *“Süresi belli olmayan hizmet akitlerinde deneme süresi en çok bir aydır. Bu süre içinde taraflar hizmet aktini bildirimsiz ve tazminatsız bozabilirler. Ancak gemi adamının çalıştığı günler için ücret hakkı saklıdır.”* Buna göre, 4857 sayılı Kanundan farklı olarak Deniz İş Kanunu bakımından belirsiz süreli iş sözleşmelerinde deneme süresi sözkonusu olabilecek¹⁷, deneme süresi ise bir ay ile sınırı olacaktır.

3.5. Mesleki Eğitim Kanununda Bulunan Düzenlemeler

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununun *“çıraklığa başlama ve çıraklık süresi”* başlıklı 14.maddesinin 1.fıkrasına göre; *“Çıraklığa bir deneme dönemi ile başlanır. Bu dönem mesleğine göre bir aydan az, üç aydan fazla olamaz. Bu süre bakanlıkça tespit edilir. Deneme döneminden sonra taraflar 10 gün içinde ilgili Mesleki Eğitim Merkezi Müdürlüğüne başvurmadığı takdirde çıraklık sözleşmesi kesinleşir ve bu dönem çıraklık süresinden sayılır. Deneme döneminde ücret ödenir. Aday çıraklıktan çıraklığa geçenler deneme dönemini yapmış sayılırlar”.*

Madde metninden anlaşılacağı üzere bu kanuna tabi kimseler hakkında iş ilişkisi kurulurken deneme süresinin belirlenmesi zaruridir. Borçlar Kanunu'nun 393. maddesi¹⁸ dikkate alındığında özel kanun hükmünde olan bu yasa uygulama alanı bulacaktır. Mesleki Eğitim Kanununun 14.maddesi hükümlerine göre, tarafların deneme dönemi içerisinde herhangi bir neden göstermeksizin ve tazminatsız olarak çıraklık sözleşmesini feshedebilmeleri mümkündür.¹⁹

3.6. Özel Öğretim Kurumları Kanununda Bulunan Düzenlemeler

5580 sayılı kanunun 9. maddesinde özel öğretim kanunu kapsamında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici, usta öğretici ile kurucu veya kurucu temsilcileri arasında yapılacak iş sözleşmesinin en az bir takvim yılı süreli ol-

¹⁷ APAYDIN, Orhan, Karar İncelemesi, Bas. İşK., 10 (No.1). s.3

¹⁸ TBK, md. 393 f. 3 *“Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır”*

¹⁹ UŞAN, Fatih, (1994), Çıraklık Sözleşmesi, Konya, s.58

mak üzere, yönetmelikle belirlenen esaslara göre yazılı olarak yapılacağı aynı kanunda hükme bağlanmıştır. Madde metni itibarı ile belirli asgari süreli bir sözleşme olduğu izlenimi uyandırsa da özellikle eğitim ve öğretim alanında işçi ve işverenin deneme kaydına gereksinim duymalarının önemli olması nazara alındığında, 5580 sayılı yasa kapsamında olan çalışanlarla deneme süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi ²⁰ mümkün olacaktır.

4. DENEME SÜRELİ İŞ İLİŞKİSİNİN ÖZELLİKLERİ

Deneme süreli iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden farklı kılan birkaç özellik bulunmaktadır. Bunları sıralayacak olursak;

4.1. Tarafların İşveren ile Yeni İşe Başlayan İşçinin Olması

İşveren tarafından ancak yeni işe başlayan işçi arasında deneme süreli iş ilişkisi kurulabilir. Nitekim Yüksek Yargıtay bir kararında, daha önce bir işyerinde çalışmış olan işçinin, tekrar aynı işyerinde yeniden işe alınması halinde bir denemeye tabi tutulmasını dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. ²¹

Aralıklı çalışma ile zincirleme olarak yenilenen ve devam eden iş sözleşmelerinin kapsadıkları deneme kaydı, ilk sözleşme ayırık tutulmak şartıyla, bir hüküm ifade etmez. Zira denenmiş bir işçinin, yeni bir durumun bunu gerekli kılması dışında, tekrar ve tekrar denenmesini haklı kılacak bir neden bulunmadığından, sonraki sözleşmelerde deneme kaydının bulunması sonuca etkili değildir. ²² Öğretide, işyerinde çalışma sisteminin değişmesi gibi nedenlerin objektif haklı neden olduğu ve bu gibi durumlarda zincirleme yapılan sözleşmelerde deneme kaydının öngörülebileceği belirtilmektedir. ²³

Denenmiş bir işçi için yeni deneme süresi öngörmek, amacın deneme değil de deneme süresi içinde sahip olunan fesih kolaylığından yararlanma olduğunu gösterir ki, bu da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir durumdur. Benzer durum, ayrıldığı işine tekrar dönmek isteyen işçi için de söz konusudur. Ancak, işyeri devredilmiş ise, yeni işverenin, önceden işyerinde çalışmış işçiyle

²⁰ KAR, Bektaş (2010), Deneme Süreli İş Sözleşmesi, s.3 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC2.pdf>, erişim:26.09.2015)

²¹ Bkz. Yargıtay 9. HD. 25.11.2008 gün ve E. 2008/6168 Esas, K. 2008/32048 sayılı ilamı. "İşyerinde geçici iş ilişkisi kapsamında olsa dahi çalışmakta olan bir işçi ile fiilen ifa ettiği görevde çalışması için deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasında hukuki bir menfaat bulunmamaktadır. Davacı işçi deneme süresini içeren sözleşmenin yapıldığı sırada, yaklaşık 5 ay süreyle işyerinde genel servisler müdürü olarak çalışmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinde yazılı olan deneme kaydı geçersizdir".

²² Bkz. Yargıtay 9 HD. 13.10.2008 gün ve E. 2008/36062 Esas, K. 2008/26704 sayılı ilamı

²³ Kılıçoğlu/Şenocak, (2008), İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, İstanbul, s.343

deneme süreli iş sözleşmesi yapması, dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilmemelidir.²⁴

4.2. Sürekli İş Özelliği

Yukarıda da bahsedildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 10. maddesinde açıklandığı şekilde nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlerde, kısaca süresiz işlerdeki sözleşmelere deneme koşulu konulamaz.

4.3. Sözleşme ile Deneme Süresi Kararlaştırılması

Deneme süresi ancak sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olacak ve uygulanacaktır. Taraflar kanunun müsaade ettiği süreler ölçüsünde deneme süresini belirleyebilirler. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 15.maddesinde, “...deneme süresi toplu iş sözleşmesiyle dört aya kadar uzatılabilir” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla kanunda geçen sürenin altında deneme süresi belirlenebilir ancak üstünde bir sürenin belirlenmesi mümkün değildir.

Deneme süresi, sadece 4857 sayılı İş Kanununda yer alan bir düzenleme değildir. Çalışmamızda yukarıda da bahsedildiği üzere 854 sayılı Deniz İş Kanununun 10 uncu maddesinde, süresi belirli olmayan iş sözleşmelerinde deneme süresinin en çok bir ay olabileceği; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinde, mesleğe ilk başlayan gazeteciler için deneme süresinin en çok üç ay olabileceği; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 433 üncü maddesinde ise tarafların, hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Kanunun deneme için azami bir süre öngörmüş olması, tarafların karşılıklı anlaşmak suretiyle bu sürenin altında bir süre tayin etmelerine engel olmayıp, belirlenecek süre işçi ve işveren tarafları için ayrı ayrı olarak da belirlenebilir. Örneğin, işçi için iki ay olarak belirlenebilecek deneme süresi, işveren için bir ay olarak kararlaştırılabilir. Bu durum, işçi yararına yorum ilkesi ve nispi emredicilik kuralına uygun düşeceğinden geçerli kabul edilmelidir. Ancak, tersi durum işveren lehine eşitlik ilkesini bozacağından geçerli kabul edilmemelidir.²⁵

Kanunun deneme süresinin azami süresine ilişkin koyduğu süre emredicidir. Sözleşmede bulunan ve azami süreyi geçen bu kısma ilişkin hükümler ise

²⁴ SÜZEK, Sarper. (2008). İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku). İstanbul: Beta Yayınevi, s.208, 239

²⁵ Kar, s.6

geçersiz olacaktır. Sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulması ilkesi gereğince yasal düzenlemede belirtilen süre sınırlamasının üzerinde bir kararlaştırma yapıldığı takdirde, kanundaki azami sürenin üzerindeki kararlartırmalara kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır.(bkz. TBK md. 27. f.2)²⁶

Toplu sözleşme veya taraflar arasındaki iş sözleşmesinde deneme süresine dair bir hüküm yoksa bu durumda deneme süreli iş ilişkisinin kurulamayacağı kuşkusuzdur. Buna karşılık, iş sözleşmesinde deneme süresine ilişkin bir hüküm konulmuş ancak toplu iş sözleşmesine böyle bir hüküm konulmamışsa kanunda belirtilen azami süre dikkate alınarak kararlaştırılan süre kadar işçinin iş sözleşmesi deneme süreli kabul edilecektir. Diğer taraftan, iş sözleşmesinde ve de toplu iş sözleşmesinde farklı uzunlukta deneme süreleri kararlaştırılması durumunda Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 6/2 maddesi gereğince²⁷, hangisi işçinin daha lehine ise ona itibar edilmesi gerekecektir.²⁸

4.4. Tazminatsız ve Bildirimsiz Fesih Hakkının Bulunması

4857 sayılı Kanun 17. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirim için belirli süreler öngörülmüştür.²⁹ Aynı şekilde, yeni Borçlar Kanununun 433.maddesi hükmü de deneme süresi içinde bildirim süresine gerek olmaksızın iş ilişkisinin sona erdirilebilmesine izin vermektedir. Ancak taraflar sözleşmede önel belirlemişlerse bildirim sürelerine uymak durumundadırlar.

5. ŞEKİL VE İSPAT YÜKÜ

4857 sayılı Kanunun 15. maddesinde “...taraflarca iş sözleşmesine bir de-

²⁶ Kılıçoğlu/ Şenocak, s.344; Süzek, İş Hukuku 2006, s.212; Mollamahmutoğlu, Hamdi (2008): İş Hukuku, 3.Bası, Ankara, s.306

²⁷ Bkz. TSGLK. md. 6. f.2; “Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümler bulunması halinde hizmet aktinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir”

²⁸ Şimşek, s.17

²⁹ Bkz. 4857 sayılı İşK. md. 17;

“İş sözleşmeleri;

a) İşçi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b) İşçi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c) İşçi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

d) İşçi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, Feshedilmiş sayılır.”

neme kaydı konulduğunda...” ibaresi yer almaktadır.³⁰ Sözleşmeye deneme süresi konulabilmesi için, bunun belirli veya belirsiz süreli olmasının bir önemi yoktur. Ancak bir iş sözleşmesinin deneme süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için bu durumun taraflarca açıkça kararlaştırılmış olması gerekir.³¹

Yüksek Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında “Asıl olan iş sözleşmesinin deneme süresi söz konusu olmaksızın yapılmasıdır. İş sözleşmesinin deneme süresi kaydıyla yapılmış olması, istisnai bir durumdur. İşçinin işe yeni girmiş olması ise, tek başına, deneme süresinin taraflarca öngörülmüş olduğunun delili sayılmaz.”³² demek suretiyle deneme süresinin açıkça kararlaştırılmış olmasının zorunluluğundan bahsetmiştir. Bu durumun tek istisnasını yukarıda Mesleki Eğitim Kanununda yer bulduğunu belirttiğimiz çıraklarla yapılan sözleşmelerde deneme süresinin zorunlu olması oluşturur. (bkz. MEK. md. 14. f.1)

İş sözleşmesinin deneme süreli olarak yapılması istisnai durumu oluşturur. Asıl olan iş sözleşmesinin deneme süreli olmaksızın yapılmasıdır. İşçinin işe girdiği tarihten başlayarak iki ay geçmeden iş sözleşmesini, kendisinin veya işverenin ihbar öneli vermeden feshetmesi, deneme süresi kaydını göstermez.³³ Dolayısıyla, deneme süresinin varlığını ispat eden taraf, istisnai olanı ileri sürdüğünden bu iddiasını ispatla mükelleftir.³⁴ Deneme süresi yazılı olarak yapılmamışsa, başka bir yazılı belge ile de ispat olunabilir.³⁵

³⁰ Çelik, s.93

³¹ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 3. Baskı, 2009, s. 46

³² Yarg. 9.HD., 11.05.2009 tarih , E.2009/15921, K.2009/13019 sayılı ilamı (www.kazancı.com)

³³ Günay, s.307

³⁴ Çenberci, s.278; Yargıtay 9. HD. 11.05.2009 gün ve 2009/15921 Esas, 2009/13019 Karar sayılı ilamı.

“Deneme süreli kayıt içeren iş sözleşmesini diğer iş sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur, deneme süresi öngörmesidir. Asıl olan iş sözleşmesinin deneme süresi söz konusu olmaksızın yapılmasıdır. İş sözleşmesinin deneme süresi kaydıyla yapılmış olması, istisnai bir durumdur. İşçinin işe yeni girmiş olması ise, tek başına, deneme süresinin taraflarca öngörülmüş olduğunun delili sayılmaz. İşçinin işe girdiği tarihten başlayarak iki ay geçmeden iş sözleşmesini, kendisinin veya işverenin ihbar öneli vermeden feshetmesi, deneme süresi kaydını göstermez. Bunun içindir ki, başkaca delil ve belirtiyile kanıtlanmış olmadıkça, deneme süresinin varlığını iddia eden taraf, istisnai durumu ileri sürmüş olduğundan, bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmalıdır. Zira, kurala aykırı bir durumu iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür. Deneme süreli iş sözleşmesinin şekli konusunda yasada acık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özellikle ispat yükü açısından yazılı yapılması gerekir. Yazılı yapılması geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır. Dosya içinde davacı ile davalı arasında deneme kaydı iş sözleşmesi yapıldığına dair yazılı bir belgeye rastlanmamıştır. İş sözleşmesinin deneme süreli kayıt içerdiğini, davalı işveren yazılı belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda kayıt sunulmadığına göre iş sözleşmesinin deneme süreli olmadığı kabulü ve dolayısı ile davacının ihbar tazminatı ve sendikal tazminat isteklerinin incelenmesi gerekir”. Kar, s. 9, dn.22

³⁵ Çelik, s.1

Deneme süreli iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak ispat yükü açısından yazılı yapılmasında fayda bulunmaktadır. Yazılı olması geçerlilik değil, ispat koşulu olarak önem tutar. Yargıtay verdiği kararlarda açıkça bu durumu ortaya koymaktadır.³⁶

6. DENEME SÜRESİNİN BAŞLANGICI VE UZUNLUĞU

6.1. Deneme Süresinin Başlangıcı

Deneme süresinin başlangıcı olarak, işçinin işe fiilen başladığı tarih esas alınır. Nitekim, tarafların birbirlerini denemeleri, fiilen işe başlamalarıyla mümkün olur.³⁷ Öğretide, hastalık, kaza, grev, lokavt gibi nedenlerin deneme süresini kesip kesmeyeceği, bu devamsızlık sürelerinin deneme süresini uzatıp uzatmayacağı konusunda bu sürelerin deneme süresini kesmeyeceği, süreyi uzatmayacağı baskın olarak taraftar bulmuştur.³⁸ Diğer görüşe göre ise, bu sürelerden kaynaklı olarak deneme süresinden beklenen faydanın sağlanmayacağı düşünülmesi durumunda sözleşmenin deneme süresi içinde feshedilerek, yeni bir deneme süresi içeren iş sözleşmesi yapılabileceği belirtilmektedir.³⁹

6.2. Deneme Süresinin Uzunluğu

İş Kanununda deneme süresi azami bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bu süre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 15/1 maddesinde 2 ay olarak öngörülmüş, ancak bu sürenin Toplu İş Sözleşmesi ile 4 aya kadar uzatılabileceği belirtilmiştir. Bu süre mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nda 3 ay olarak düzenlenmişti. Taraflar yapacakları iş sözleşmesi ile aralarında deneme süresinin belirleyebilirler ancak kanunda belirtilen azami süreyi geçen deneme süreli sözleşmeler yapılamaz.

7. HUKUKİ SONUÇLARI

7.1. Genel Olarak

Deneme, taraflarca başarılı kabul edilsin ya da edilmesin, deneme süresi içinde fesih hakkı kullanılmadığı takdirde iş sözleşmesi, geçmişi de (deneme süresini de) kapsayacak bir şekilde, nihai ve kesin bir sözleşme niteliği kazanır.⁴⁰ Taraflarca bir deneme süresi kararlaştırılması durumunda, ortada biri

³⁶ Bkz. dn. 28

³⁷ Çenberci, s. 275

³⁸ Şimşek, s.23; Tunçomağ/Centel, s.71; Günay, İş Hukuku, s.307

³⁹ Narmanlıoğlu, s. 185; Ekonomi, *İş Hukuku I*, s. 80

⁴⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu-Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 5.Bası, Ankara,

bağlayıcılığı olmayan deneme süreli iş sözleşmesi, diğeri deneme süresi geçtikten sonra taraflar arasında kesinleşmiş iş sözleşmesi olmak üzere iki ayrı sözleşme söz konusu olmayıp, işçi ve işveren, başlangıçtan itibaren deneme süresini de içeren belirli veya belirsiz süreli bir sözleşme yapmışlardır.⁴¹ Taraflar, denemeden memnun kalıp kalmalarına bakılmaksızın, deneme süresinin sonuna kadar fesih beyanında bulunmazlarsa, yapılan iş sözleşmesi ile kesin olarak bağlanmış olacaklardır.⁴² Deneme süresi geçirildikten sonra ise sözleşmenin bildirimsiz ve tazminatsız feshi yoluna gidilemez.⁴³

Sözleşme devam ederken deneme süresinin bitiminde fesih yetkisinin sona erdirileceğinin karşı tarafa bildirilmesine gerek bulunmamaktadır. Deneme süresi içinde sözleşmeyi fesheden işçi veya işverenin herhangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur. Bu süre içinde fesheden taraf ihbar tazminatı ödemek ile yükümlü değildir.

Deneme süresi bittikten sonra, işine devam eden işçi İş Kanununun sağladığı bütün haklardan yararlanır ve kanunun yüklediği bütün borçlardan da sorumlu tutulur. Diğer taraftan deneme süresi, işçinin ileride gerçekleştirecek tüm kıdeme bağlı haklarının hesaplanmasında göz önünde tutulur. Kıdem tazminatının, keza iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartlarında biri olan altı aylık kıdemin ve yıllık ücretli izin süresinin hesabında “işçinin işe başladığı tarih” esas alınacak, dolayısı ile deneme süresi dahil edilecektir.⁴⁴ Diğer taraftan, Yüksek Yargıtay’ın birden çok kararında belirttiği üzere, işçinin çıraklık ilişkisinde geçirdiği süreler de kıdem tazminatına esas alınmayacak, buna karşın deneme süresi kıdemine eklenecektir.⁴⁵

2012, s. 459

⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, Beta, İstanbul, Eylül 2012, 8. Baskı, s. 271

⁴² Şimşek, s.25

⁴³ Bkz. Yarg. 9. H.D. 1981/15195 E, 1981/3149 K. Sayılı ilamı

“Davacının ferdi sözleşmesinde deneme süresi 1 ay olup toplu iş sözleşmesinde Grev ve Lokavt Kanununun 3. maddesi hükmü uyarınca toplu iş sözleşmesindekine göre işçi yararına olduğundan davacı 1 aylık deneme süresinden yararlanır. Olayda bu süre geçirilmiş bulunduğu göre, davacı daimi işçi niteliğini kazanmıştır. Davacının hizmet süresi 1 yıl olup, süresinden önce feshedilmiş bulunması itibarıyla toplu iş sözleşmesi süresi sonuna kadar değil ancak 1 yıldan geriye kalan süre için gerçekleştirilecek haklarını isteyebilir. O halde, mahkemece bu süreye ilişkin alacak tutarı Borçlar Kanununun 325. maddesinin ikinci fıkrası hükmü açısından da istekle bağlı kalınarak inceleme yapılarak tespit olunup, istekle bağlı kalınmak suretiyle hüküm tesisi gerekirken yukarıdaki esaslarla ters düşecek nitelikte karar verilmiş olması isabetsizdir.”

⁴⁴ Süzek, s.211 vd.

⁴⁵ Bkz. Yarg. HGK. 25.11.2009 gün ve E. 2009/9-469 K. 2009/570; Yarg. 7. HD. 01.07.2013 gün ve E. 2013/5280, K. 2013/12356 sayılı ilamları

Deneme süresi içinde işçinin yetiştirilmesi için eğitim verilmesi ve bu eğitim karşılığı giderin sözleşme ile ödeneceğinin kararlaştırılması halinde, işverenin bu eğitim giderini işçiden talep etme hakkı vardır.⁴⁶ Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde, sözleşmenin feshi nedeni ile karşılıklı olarak cezai şart ve buna bağlı olarak tazminat öngörülmüş ise, deneme süresi içinde fesih halinde bu tazminatın istenemeyeceğine karar verilmiştir.⁴⁷

Deneme süresi içerisinde işçi ile işveren arasında başlangıçtan itibaren geçerli bir iş sözleşmesi hukuki ilişkisi kurulmaktadır. Dolayısıyla tarafların üzerine düşen borçlarını ifa etmekle yükümlüdürler. Buna göre, işverenin ücret ödeme, işçiyi gözetme, eşit davranma yükümlülüklerinin yanında, işçinin de çalışma özen, sadakat gibi iş sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirme yükümlülüklerinin olağan şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir.⁴⁸

Deneme süresi içerisinde işçi isterse bir sendikaya kurucu, üye veya yönetici olabilir. Bu doğrultuda, işçinin iş yerinde sendika temsilcisi veya yöneticisi olduğu hallerde, işveren tarafından sözleşmenin deneme süresi içerisinde feshi halinde ilke olarak temsilci ve yöneticilik güvencesinin işletilemeyeceği düşünülmelidir.⁴⁹ Deneme süresinde işçi, toplu iş sözleşmesinden faydalanabilir ve grev hakkını kullanabilir.⁵⁰

Deneme süresi içinde işyerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devri halinde, iş sözleşmesi ilişkisi yeni devralan işverene geçeceğinden, devralan işverenin de bu süre içinde iş sözleşmesini tazminatsız ve bildirimsiz feshetme hakkı bulunmaktadır. Devir nedeni ile deneme süresi yeniden işlemeyeceği gibi, yeni bir deneme süresinin kararlaştırılmasını da gerekli kılmamalıdır. Ancak deneme süresinin yasada belirtilen sürenin altında belirlendiği hallerde, devralan işveren ve işçinin, yasal sınırlar içinde kalmak kaydı ile ikinci bir deneme süresi kararlaştırmaları olanaklı olmalıdır. Her ne kadar yasada ikinci bir deneme süresi verilebileceği açıkça öngörülmemiş ise de, deneme süresi gerektiren nedenlerin varlığı halinde yasal süre aşılmamak koşulu ile tarafların ikinci bir deneme süresi kararlaştırmalarına imkan tanınmalıdır.⁵¹

Deneme süresinden, gerek 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda ve gerekse de ikincil mevzuatında bahsedilmemiştir. An-

⁴⁶ Bkz. Yarg. 9. H.D. 26.05.2005 gün, 2004/29438 E, 2005/19387 K. Sayılı ilamı

⁴⁷ Bkz. Yarg. 9. H.D. 25.02.2004 gün, 2003/13060 E. 2004/3239 K. Sayılı ilamı

⁴⁸ Şimşek, s.25

⁴⁹ AKYİĞİT, Ercan. İş Hukuku, Seçkin, 9. Basım, Mart 2013, s. 128

⁵⁰ SÜZEK, İş Hukuku, Beta, İstanbul, Eylül 2012, 8. Baskı, s.271

⁵¹ Kar, s.11

cak, işçi deneme süresinde de olsa sigortalılığı çalışmaya başladığı an doğar ve kural olarak bu kişi için en geç işe başlamadan bir gün öncesinden sigortalı işe giriş bildirgesi verilmesi zorunludur. Bu açıdan deneme süresine tabi bir çalışan ile tabi olmayan bir çalışan arasında hiçbir farklı uygulama söz konusu olmayacaktır.

7.2. Sözleşmenin Bildirimsiz ve Tazminatsız Feshinin Sınırı

Öğretide ve uygulamada fesih hakkının kötüye kullanılmasının nasıl yorumlanması gerektiğine dair tartışmalar bulunmaktadır. Uygulamada bazen tarafların deneme süreli sözleşme içinde feshe dair bir neden gösterdikleri görülmekte; bazen de deneme süresi içinde yapılan feshin kötü niyetli yapıldığına dair itirazlar gündeme gelmektedir. İlk görüşe göre; İş Kanunu'nun 15. maddesi mutlak bir hakkı ifade etmektedir. Kanun metnine göre, *“Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir.”* Kanun metni incelendiğinde, feshe bağlı tüm tazminatları kapsadığı ve ihbar tazminatı yanında kötüniyet ve sendikal tazminat ile sözleşmelerle getirilen tüm tazminatlarının istenemeyeceği anlaşılmaktadır. Nitekim, Yüksek Yargıtay'ın daha önce vermiş olduğu karar bu yöndedir.⁵²

Diğer bir görüşe göre ise; deneme süresi içinde tazminatsız ve bildirimsiz feshin, ihbar tazminatı dışındaki tazminatların istenebilmesine engel teşkil etmemesi gerektiğini, koşulların bulunması halinde sendikal veya kötüniyet tazminatının istenebileceğini ileri sürmektedirler. Deneme süresi içinde dahi olsa, eğer fesihte sebep belirtilmişse bunun haksız eylem teşkil etmemesi gerekir. Bu bağlamda, deneme süresi içinde yapılan feshin haksız eylem teşkil ettiği tespit edilmişse, ihbar tazminatı talep edilmese de, sendikal tazminat veya kötü niyet tazminatı istenebilmelidir.⁵³ Çenberci ve Günay, “bozma yetkisini kullanan tarafın, bunun nedenini göstermek zorunda olmadığını, ama bir neden göstermişse, bunun haksız eylem teşkil etmemesine dikkat etmekle ödevli olduğunu, zira, her hak gibi bu yetkinin de Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanılması gerektiğini, bu bakımdan, deneme süresi içinde deneme hakkından vazgeçtiğini gösterecek şekilde davranışlarda bulunan, örneğin, işçinin yaptığı isten hoşnut kaldığını belirten, övücü sözler söyleyen işverenin, artık bu fesih yetkisini kullanamayacağını” ifade etmişlerdir.⁵⁴

⁵² Bkz. Yarg. 9.HD., 17.01.2005 gün., E. 2004/21240, K.2005/2941; Yarg. 9.HD., 20.06.2006 gün., E.2006/15239, K.2006/18198 sayılı ilamları (Kar, s. 29)

⁵³ Narmanlıoğlu, s. 187-188; Centel, s. 97, Soyer: s. 37.

⁵⁴ Çenberci, s. 275 vd., Günay, s. 308

Kanaatimce, deneme süresi içerisinde fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda Medeni Kanun'un 2. maddesi delaletiyle hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17/6. maddesine göre, "18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında alan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir." Dolayısıyla, deneme süresi içerisinde bildirimsiz ve tazminatsız fesih nedeniyle ihbar tazminatı hakkı doğmasa da, ilgilinin yukarıda izah olunduğu üzere kanunda yerini bulan kötüniyet tazminatı hakkı bulunacaktır.

Deneme objektif olarak başarılı görülse dahi, taraflar kendi görüşleri itibarıyla memnun kalmadıkları takdirde fesih hakkını kullanabilirler. Yeter ki, akit, işçinin sendikaya üye olması veya şikayette bulunması gibi nedenlerle kötüye kullanılmak suretiyle feshedilmemiş olsun.⁵⁵ Yargıtay, deneme süresi içinde yapılan fesihlerde sendikal tazminat istenemeyeceğine ilişkin görüşünü⁵⁶ isabetli olarak değiştirmiştir. Yüksek mahkemeye göre: "Anayasamızın 51. maddesinin incelenmesinden sendika özgürlüğünün klasik bir temel hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Uluslararası sözleşmelerden 87, 98, 151 sayılı sözleşmeler, sendikal özgürlükleri koruyucu hükümler getirmiştir. Her ne kadar 4857 sayılı Kanunun 15. maddesiyle, Anayasanın 51. maddesi çatışmakta ise de, bu halin varlığı halinde dahi üst norm olan Anayasaya üstünlük tanınacağı açıktır. İş sözleşmesinde deneme süreli kayıt olduğu, kabul edilse bile, tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisi sendikal haklar ortadan kaldırılamayacağından sendikal tazminat isteğinin kabulüne karar verilmelidir."⁵⁷

SONUÇ

Deneme süresi, Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Mesleki Eğitim Kanunu gibi pek çok kanunda ayrı ve esasen de birbirinden farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu sayılan kanunlarda belirtilen düzenlemeler tarafların uyacakları deneme sürelerinin belirlenmesi bakımından büyük önem taşır.

Deneme süresi, hizmet sözleşmesine konulacak bir hükümlerle; işçinin çalışma şartlarını görmesi, sözleşme ile üstlenilen işin somut duruma uygunluğu ve işi yapabilme becerisini anlaması, işverenin ise işçinin sözleşme ile üstlendiği

⁵⁵ Soyer, s.36-37

⁵⁶ Bkz. Yarg. 9. H.D., 20.06.2006 gün, E. 2006/15239, K. 2006/18198 Sayılı ilamı

⁵⁷ Bkz. Yarg. 9. H.D., 11.05.2009 gün, E. 2009/15921, K. 2009/13019 Sayılı ilamı

iş yapabilme yeteneğini verimini, ölçen bir süredir. Yine bu tanımda yer alan birçok faktör; örneğin işçinin ve işverenin şahsına bağlı özellikler bu süre içinde test edilir. İş sözleşmelerinin taraflar arasında kişisel ve sürekli ilişkiler kuran özelliği, tarafların bu yönde bir ihtiyaç duymalarının haklı gerekçesini oluşturur. İş sözleşmesi taraflar arasında karşılıklı güvene dayalı sürekli borç ilişkisi kurduğu için, işçinin meslekî bilgi ve becerisini, çalışma şekli ile işyerine uyumu ve davranışlarını öğrenme bakımından belli bir süre denenmesinde işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır. Bu süre içinde beklentilere ulaşılamaması halinde işveren bildirim süresi tanıma ve tazminat ödeme yükümü olmaksızın iş sözleşmesinden kurtulabilecektir.⁵⁸

Deneme süreli iş sözleşmesinin en önemli özelliği, tarafların deneme süresi içinde bildirim öneline uymaksızın ve tazminatsız olarak iş sözleşmesini feshedebilmeleridir. Bunun dışında iş sözleşmesinin türünün, deneme süresi içinde deneme süreli iş sözleşmesi, süresinin bitiminde ise kesinleşmiş iş sözleşmesi olarak ayrılması mümkün değildir. Deneme süresi kaydını içeren başlangıçtan itibaren tek bir iş sözleşmesi söz konusudur. İlerde hesaplanacak olan kıdem süresi bakımından deneme süresi de dikkate alınacaktır. Deneme süresinin başlangıcı işçinin fiilen işe başladığı tarihtir. İşçi, iş sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonraki bir tarihte işe başlamışsa, deneme süresinin başlangıcı sözleşme tarihi değil, işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarih olmalıdır.

Taraflar arasında bu ilişki kurulurken amaç tarafların birbirlerini tanımlarındır. Deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda, deneme süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Deneme süresi, işçi ve işverene sözleşmeden daha kolay bir şekilde dönme imkânı sağlamaktadır. Ancak salt işçinin haklarını ortadan kaldırmak için bu yola gidilmesi halinde, kanuni bir hakkın kötüye kullanımından söz edilir. İşverenin işyerinde yıllarca çalışmış bir işçisiyle aynı işte çalışması için deneme süresi öngören yeni bir sözleşme yapması buna örnek olarak verilebilir.

Deneme amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılması da mümkündür. Bir sözleşmede öngörülen deneme kaydının, deneme süreli bir iş sözleşmesi mi yoksa deneme amacıyla belirli süreli bir iş sözleşmesi mi meydana getirdiği tam olarak anlaşılamiyorsa böyle bir durumda deneme süreli bir iş sözleşmesinin varlığını kabul etmek yerinde olacaktır.

Neticeten, deneme süreli iş sözleşmesinde sürenin bitmesi neticesi taraflara bildirim yapmaksızın ve tazminat ödemeksizin iş akdini feshetme kolaylığı

⁵⁸ Bkz. Yarg. 22. HD., 10.12.2013 gün, E. 2013/9215 K. 2013/28777 Sayılı ilamı

sağlanmıştır. Bu sürede işçinin çalışması karşılığı ücret ve diğer hakları kanun tarafından koruma altına alınmıştır. Deneme süresi içerisinde bu yola gidilmediği takdirde işine devam eden işçi, kanunun sağladığı tüm haklardan yararlandığı gibi yüklediği sorumluluklardan da sorumlu tutulacaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan:** İş Hukuku, Seçkin, 9. Basım, Mart 2013,
- APAYDIN, Orhan:** Karar İncelemesi, Bas. İşK., 10 (No.1),
- CENDEL, Tankut:** İş Hukuku, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul. (Bireysel İş Hukuku), (1994),
- ÇENBERCİ, Mustafa:** İş Kanunu Şerhi. Seçkin Kitabevi, 6.Bası. Ankara (1986),
- ÇELİK, Nuri:** İş Hukuku Dersleri, 19.Bası İstanbul, Ağustos, (2006),
- ÇELİK, Nuri:** İş Hukuku Dersleri, Beta, 25. Bası, Eylül 2012, İstanbul,
- EKONOMİ, Münir:** *İş Hukuku I, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul, (1984),*
- KAR, Bektaş:** Deneme Süreli İş Sözleşmesi, (2010), (erişim adresi: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC2.pdf>, erişim tarihi:26.09.2015)
- LAÇİNER, Vedat:** Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Sorunlar, (erişim adresi: http://ceko.comu.edu.tr/images/form/dosya/dosya_530798.pdf, erişim tarihi: 26.09.2015)
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ Şenocak:** İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, İstanbul, (2008)
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi:** İş Hukuku, 3.Bası, Ankara, (2008)
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin:** İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 5.Bası, Ankara, (2012),
- NARMANLIOĞLU, Ünal:** İş Hukuku, İş İlişkileri I, 3. Baskı, İzmir, (1998),
- TUNÇOMAĞ, KENAN/CENDEL, TANKUT:** İş Hukukunun Esasları, Kasım, İstanbul, (2003),
- SOYER, Polat:** Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, (2008)
- ŞİMŞEK, Ayşe Fırak:** Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri, TİSK Akademi, 2009/1, (2009),
- SÜMER, Haluk Hadi:** İş Hukuku Uygulamaları, 3. Baskı, (2009),

GÜNAY, İ.C: İş Kanunu Şerhi, Ankara: Yetkin Yayınları, (2009),

OĞUZMAN, M. Kemal: Türk Borçlar ve İş Mevzuatına göre Hizmet İş Akdinin Feshi, İstanbul,

UŞAN, Fatih: Çıracılık Sözleşmesi, Konya, (1994),

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası. Beta Basım A.Ş., İstanbul, Yargıtay Kararları, (2006)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku). İstanbul: Beta Yayınevi, (2008).

ŞAKAR, Müjdat: Basın İş Hukuku, Gazetecilerin Çalışma İlişkisi, İstanbul, (2002),

Yargıtay Kararları ve Mevzuat Metni için www.kazancı.com.tr.

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Bası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
f.	: Fıkra
İşK.	: İş Kanunu
MEK.	: Mesleki Eğitim Kanunu
md.	: Madde
S.	: Sayılı
s.	: Sayfa
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TSGLK.	: Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanunu
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İSLAM-OSMANLI AİLE HUKUKUNDA GAYRİMÜSLİMLER

Non-Muslims In Islam-Ottoman Family Law

Hüseyin ERDEM*

ÖZET

Klasik dönemden nizamnameler dönemine geçişte İslam-Osmanlı hukuk sisteminde gayrimüslimler, Müslüman vatandaşlar gibi devletin önemli unsurlarından biri olarak, hukuki metin ve uygulamalarda yer almışlardır. Bu alanlardan birisi de şüphesiz aile hukukudur. Gerek İslam hukukunda gerek Osmanlı hukukunda gayrimüslimlerin, zimmet anlaşması uyarınca, can, mal, namus güvencesi ile din ve vicdan hürriyeti devletin garantisi altındadır. Buna göre İslam hukukunun egemen olduğu Osmanlı aile hukukunda da gayrimüslimler, aile konusu dini temelli görüldüğünden, önceki uygulamalarla da örtüşür bir şekilde kendi dini ve hukuki unsurlarına bizzat devlet eliyle tabi kılınmışlardır. Ayrıca aile hukuku alanında, her dönemin kendine özgü toplumsal, ekonomik ve siyasi yapısı gereği zaman zaman hem idareciler hem de devlet uygulamaları çerçevesinde değişik yaklaşımların bulunduğu da görülmektedir. Bu perspektiften hareketle çalışmamızda evlenme, boşanma, velayet, vekalet, veraset, hidane, nafaka, mehir gibi konular İslam ve Osmanlı hukuku bağlamında gayrimüslimler özelinde ele alınmıştır. Günümüzde de her toplumda egemen unsurlar yanında yer yer azınlık yer yer vatandaş olarak bulunan bu tür grupların, tarihi, hukuki ve dini durumunun ve onlara bakış açısının ortaya konulması, bu kesimlerin anlaşılmasına ışık tutacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Zimmet Hukuku, Gayrimüslimler, Hukuk Tarihi, Dinler Tarihi.

ABSTRACT

From the classical period to the era of regulations, as an important part of state system like muslim citizens, non-muslims took part in legal texts and applications. Doubtlessly, family law is among these subjects. According to zimmet agreement, right of life, property, and honour and religious freedoms are under the protection of state in both Ottoman law and Islamic law. In the Ottoman law, which is under the influence of İslam because the conception of family is handled in religious context, non-muslim are subject to their own religious and civil rules in parallel with previous practices. It can also be seen different approaches in the field of family law within the scope of its distinctive economic and political structure both by governors and in the framework of state practises. In this regard, this study discusses such as marriage, divorce, guardianship, heirship and mehir issues spesific to non- muslims within the

* Danıştay Tetkik Hâkimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi; erdem_huseyin@adalet.gov.tr

context of Islamic law and Ottoman law. This study will shed light on historical, judicial and religious situation and presents perspective towards the groups which includes minority and citizens alike in every society beside sovereign elements of todays world.

Keywords: Islam-Ottoman Family Law, Zimmet Law, Non-Muslims, History of Law, History of Religions.



Giriş

Bu çalışmada öncelikle İslam aile hukukunda gayrimüslimlerin durumu ele alınacak daha sonra İslam hukukuna dayanan Osmanlı aile hukuku, klasik dönem ve Tanzimat dönemleri olmak üzere karşılaştırmalı bir yöntemle özgün eserler, belgeler ve mevzuat ışığında incelenecektir. İslam hukukunda “ahval-i şahsiyye” olarak nitelendirilen aile hukukuna ilişkin çalışmalarda ana eksen Müslümanlar teşkil ettiğinden ve gayrimüslimlere yaklaşım biraz daha detaylarda yer aldığından, gerek temel eserlerin gerek günümüz eserlerinin titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede başlangıçta, İslam hukukunun değindiğimiz konulara ilişkin yaklaşımları mezhepsel tartışmalara girilmeden yalın bir şekilde ortaya konulacak ve anlaşılabilirliği sağlama noktasında yer yer bu aşamada doğrudan Osmanlı uygulamasına değinilecek, daha sonra da Osmanlının konuyu değerlendirme biçimi dönemsel olarak irdelenecektir. Dolayısıyla amacımız İslam hukuk sistemine sahip Osmanlı Devletinin aile hukuku özelinde gayrimüslimlere bakış açısını görmek ve okuduğumuz belgelerdeki durumun dini ve hukuki temellerini anlayabilmektir.

Devletin sınırları içindeki yerleşik veya geçici olarak yaşayan Müslüman ya da gayrimüslim herkesin can ve mal güvenliğini sağlması, İslam hukukunun temel prensiplerinden birisidir. Müminlerin kardeş oldukları yolundaki Kuran düsturu gereği İslam devletinin tüm vatandaşlık haklarına sahip olan Müslümanlara ilaveten devlete karşı cizye gibi bir takım yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle önemli ölçüde ayrıcalıklara sahip olan ve kendi dinlerini yaşayıp kendi dini ve hukuki otoritelerine tabi bulunan gayrimüslimler de İslam devletinin himayesinden yararlanan toplumsal birimlerdir. Bu bağlamda Osmanlı Devletinde gayrimüslimler, dönemsel veya kişisel bir takım uygulama farklılıkları dışında genel olarak İslam hukuku odaklı din ve vicdan hürriyetine dayanan bir sistem içerisinde değerlendirilmişlerdir.

Osmanlı Devleti, İslam hukukundaki ümmet anlayışının yansıması olarak ortaya çıkan millet sistemi sayesinde, bünyesinde yaşayan çeşitli dinlere, mezheplere ve ırklara mensup insanlara din ve vicdan hürriyeti tanımış; evlenme,

boşanma, nafaka, velayet, vesayet, miras gibi kendi dini ayınlarına göre belirlenecek hususlarda dini ve hukuki sistemlerine karışmamış, bu şekilde asırlarca çeşitli din, dil, ırk ve mezhepten insanı bir arada yöneterek hâkimiyetini devam ettirmeyi başarmıştır.

1. İslam Aile Hukukunda Gayrimüslimlere Genel Bakış

Özel hukukta önemli bir yere sahip olan aile hukuku, Osmanlı Devletinin şer'î ve örfî hukuktan oluşan hukuk sisteminde şer'î hukukta yer almakta olup İslam hukukunun hükümleri doğrultusunda inşa edilmiştir.¹ Bu nedenle öncelikle İslam aile hukukunun gayrimüslimlere yaklaşımının anlaşılması gerekmektedir.

İslam hukukuna göre her şeyden önce din ayrılığının geçici veya nispi evlenme engeli olduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda Müslüman kadının veya erkeğin putperestle evlenmesi batıl (mutlak butlan)'dır. Müslüman kadının ehl-i kitap bir gayrimüslim erkekle evlenmesi ise yasaktır.² Müslüman erkeklerin ise, ailenin reisinin erkek olması ve kadın üzerinde tesirinin bulunması, çocukların babanın dini üzere olmaları ve İslamiyet'in ehl-i kitap bir kadın aracılığı ile yayılmasının sağlanması gibi sebeplerle ehl-i kitap gayrimüslim bir kadınla evliliğinde İslam hukukuna göre sakınca bulunmamaktadır.³ Bura-

¹ M. Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İstanbul, 1985, s. 65-66.

² Bkz. Bakara, 221; Mümtehin 10.

³ Bkz. Maide, 5; Her ne kadar İslam'da Müslüman erkeklerin ehl-i kitap kadınlarla evlenmelerine bir engel bulunmasa da Hz. Ömer'in bu uygulamaya müsaade etmediği de aktarılmaktadır. Hz. Ömer'in buna karşı çıkma sebebi ise annelerin farklı din mensubu olması ile İslam aile yapısının değişme ihtimali ve önceleri az olan Müslüman kadın sayısının artmasıyla artık gayrimüslim kadınlara ihtiyaç kalmamasıdır. Bkz. Hayri Erten, "Hz. Ömer Döneminde Toplumsal Değişme", Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.6, 1996, s. 307; Ayrıca çok hadis rivayet eden sahabelerden Abdullah bin Ömer, Emeviler döneminde yaşamış Zühri ve günümüze yakın bir dönemde yaşamış Mısırlı müfessir Seyyid Kutup gibi İslam hadis ve hukuk âlimleri, Müslüman erkeklerin gayrimüslim kadınla evliliğini uygun görmezken, Maliki mezhebinin kurucusu İmam Malik mekruh olarak değerlendirmiştir. İbn Ömer'in Yahudi ve Hıristiyanlar ile evlilik konusunda fikri sorulduğunda, "Allah'ın müşrik kadınlarla evliliği haram kıldığı, bir kadının da İsa'yı rab olarak kabul etmesinden daha büyük şirk olmadığı" yolundaki ifadesine göre ehl-i kitap ile evlenmenin yasak olduğunu savunduğu görülmektedir. Bkz. Abdülkerim Zeydan, Ahkamu'z Zimmiyyin ve'l Müste'minin fi Dar'İ İslam, Müessesetü'r Risale, II. Baskı, Şam, 2014, s.282; Hüseyin Yılmaz, Kuran'ın Işığında Müslim-Gayrimüslim Münasebetleri, Kayıhan Yay., İstanbul, 1997, s.111-114; Şafililerin ise kendisiyle evlenilecek Müslüman kadının bulunması halinde ehl-i kitap ile evliliğin mekruh olduğunu savunduğu, İbn Abbas ile Katade'nin ehl-i kitap olmanın yanında gayrimüslim vatanında olmayı da aradığı belirtilmektedir. Bkz. Ali Aslan Topçuoğlu, "Yahudilik-Hıristiyanlık ve İslam Hukuku'na Göre Nikâh Akdine Etkisi Bakımından Din Farklılığı", Dinbilimleri Akade-

da ehl-i kitap olan kadının zimmî, müste'men veya harbi olmasında bir ayırım gözetilmemiş, her üçüyle de evlenilebileceği belirtilmiştir. İslam hukuku, sayılan durumlarda evliliğe izin vermekle birlikte Müslüman veya ehl-i kitap eşler arasında herhangi bir ayırım gözetmemiş, kadınların haklarının, erkeğin ise Müslüman ve ehl-i kitap kadına karşı sorumluluklarının eşit olduğunu vurgulamıştır. Din ayrılığının evlenme engellerinden geçici evlenme engeli olarak sayılma sebebi ise bu engelin dini ayrı olan tarafın İslamiyeti kabul etmesi ile ortadan kalkmasındandır.⁴

İslam hukuk sistemi açısından teminat sahibi zimmîlerden farklı niteliklere sahip oldukları için aile hukuku bağlamında harbi ve müste'men denilen gayrimüslimlere de değinmekte fayda vardır. İslam hukukuna göre sürekli olarak dar'ul harpta oturan gayrimüslimlere "harbi", belli bir süreliğine İslam ülkesine gelen ve "eman (izin)" alarak burada yaşayan gayrimüslimlere ise "müste'men" denilmiştir. Günümüzdeki vize uygulamasına benzeyen bir usulle tıpkı zimmîler gibi İslam devletlerinde din, inanç, ibadet, serbest dolaşım ve ikamet gibi temel hak ve özgürlüklere sahip olan müste'menler birçok uyumsuzlukta olduğu gibi ailevi uyumsuzluklarını da istemeleri halinde İslam hukuku hükümlerine göre çözüme kavuşturma özgürlüğüne sahip olmuşlardır.⁵ Evlilikte ise, müste'men erkekler ancak zimmî veya müste'men kadınla evlenebilmektedir. Bu durum onlara zimmî statüsü vermemektedir. Oysa müste'men kadın hem Müslüman hem de zimmî bir erkekle evlenebilir ve bu şekilde zimmî statüsü kazanır. Yani İslam devletinin bir vatandaşı haline gelir.⁶

mik Araştırma Dergisi, C.10, S.2, 2010, s.96-97; Mevdudi'ye göre gayrimüslimler dinlerinde, kültürlerinde ve düşünce yapılarında Müslümanlardan farklı olduklarından gayrimüslim ile Müslüman arasındaki evlilikte eşler arasında gerçek manada sevgi ve şefkat oluşmaz. Bu da ailenin sağladığı toplumsal katkısı ortadan kaldırır. Ayrıca Mevdudi, Kab ibn Malik'in ehl-i kitap bir kadınla evliliğine Hz. Muhammed'in "O seni koruyamaz." diyerek karşı çıktığını aktarmaktadır. Bununla birlikte Hz. Ali ile Abdullah bin Ömer'in de ehl-i kitap ile evliliği mekruh saydıklarını belirtmektedir. Bkz. Mevdudi, İslam'da Aile Hukuku (Karı-Koca Hakları), Ter. Memiş Tekin, Esra Yay., Konya, 1990, s.25-26, Ayrıca Bakara/221 ve Maide/5'inci ayetlerin tefsiri için bkz. Mevdudi, Tefhimu'l Kuran, İnsan Yay.; Genel olarak ise bu mevzudaki görüş, ehl-i kitap bir kadınla evlilik caiz ise de Müslüman bir kadınla evlenmenin daha efdal olduğu yolundadır. Bkz. Abdulkerim Zeydan, Ahkamu'z Zimmiyyin ve'l Müste'minin, s.282; Ömer Ferruh, İslam Aile Hukuku, Ter. Yusuf Ziya Kavakçı, Sebil Yay., İstanbul, 1994, s.81-82.

⁴ Bkz. Abdulkerim Zeydan, Ahkamu'z Zimmiyyin ve'l Müste'minin, s. 281-292; Halil Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Konya, 1988, s.111-114.

⁵ Ancak Osmanlı Devletinde kadı ve imamların zimmî ve müste'menlerin kendi aralarındaki uyumalıklarına müdahil olmamaları gerektiği yolundaki emirlere ilişkin çok sayıda belge bulunmaktadır. Bkz. Başbakanlık Osmanlı Arşivleri (BOA), Cevdet Adliye, 21.S.1248 (H.), No.85/5135.

⁶ Gül Akyılmaz, "Osmanlı Hukukundaki Düzenlemeler Çerçevesinde Yabancı Ülke Vatandaşlı-

Öte yandan, din ayrılığıyla ortaya çıkan önemli bir sonuç da “veraset” açısından kendini göstermektedir. İslam hukukunda Müslüman bir erkek ehl-i kitap bir kadınla evlenebilir ancak bu karı koca birbirine varis-mirasçı olamazlar. Çünkü kadına ait miras Müslüman olan kocayı, çocukları ve diğer akrabaları saf dışı bırakarak kadının dindaşı olan akrabalarına, yani kadının baba, anne ve kardeşlerine gidecektir. Dolayısıyla din ayrılığı eşler arasında miras hükümlerinin uygulanmasına mani olmaktadır. Bununla birlikte, vasiyet yoluyla bırakılan miras, yasal amaçlar için başka dine mensup olanlara ve ülkelere geçebilmektedir.⁷

Nafaka konusunda ise doğumdan kaynaklanan akrabalıkta din farkı göz önüne alınmadığından, zimmî bir çocuğun nafakası Müslüman anne, baba veya dedeye (usul-füru), Müslüman çocuğun nafakası ise zimmî ebeveyne düşer. Bunun tersi de anne-babanın nafakası için geçerlidir. Akrabalık bağıyla gelen nafakada din farkının gözetilmemesinin sebebi ise din farkı olsa da akrabalık bağının devam edeceğinden ve onlarla iyi geçinmek⁸ durumunda olunmasındandır. Ancak doğumdan kaynaklanmayan akrabalıklarda kardeş de dâhil nafakanın hak edilmesi için aynı dinden olmak gerekir.⁹

Evlenilecek ehl-i kitap kadında İslam, Maide Suresi'nin 5'inci ayeti doğrultusunda birtakım özellikler de aramaktadır. Buna göre, ehl-i kitap kadının namuslu, zina etmemiş, gizli dostlar tutmamış, hür ve iffetli¹⁰ kimselerden olması gerekmektedir. Ayrıca erkeğin, Müslüman kadınlarda olduğu gibi mehri ödemesi şart koşulmuştur.

İslam hukukuna göre din değiştirme durumlarında da bir takım özellik arz eden hususlar ortaya çıkar. Gayrimüslim erkek ve kadından, kadının sonradan Müslüman olması halinde, erkek Müslüman olmaya davet edilir ve erkek Müslüman olursa evlilik devam eder. Ancak erkek bu teklifi reddederse kadın evliliği fesheder ve boşanır.¹¹ Bunun tersi durumda evlilik devam eder. Ancak kadın ehl-i kitap değilse İslama davet edilir, kabul etmezse evlilik hakim kara-

ğına geçen Ermenilerin Gayrimenkullerinin Hukuki Statüsü”, Yeni Türkiye, 60/2014, s.14.

⁷ Bkz. Halil Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, s. 111 vd.; Muhammed Hamidullah, İslam'da Devlet İdaresi, Çev. Hamdi Aktaş, Beyan Yay., İstanbul, 2012, s. 404-405.

⁸ Lokman, 15.

⁹ Abdulaziz Amir, Alternatif Aile Hukuku, Mektup Yay., İstanbul, 1997, s.531-534.

¹⁰ Osmanlı dönemi uygulamalarında iffetsiz bir kadınla evlendiği için cezalandırılan Osmanlı Müslüman vatandaşlarının olduğu görülmektedir. Bkz. BOA, Bab-ı Ali Evrak Odası, 28 L 1333 (H.), No:4373/327920.

¹¹ Bir Hıristiyan kadının, bir zimmînin nikâhı altında iken, kocasından bir müddet önce Müslüman olması halinde, artık kocasına haram olacağı İbn Abbas tarafından rivayet edilmiştir. Bkz. Buhari, Talak, 20.

ryla feshedilir. Gayrimüslim eşlerin her ikisinin de birlikte Müslüman olması halinde evlilik, İslamiyetin kabulünden sonra diğer evlilik engelleri ortaya çıkmadıkça devam eder. Aksi halde hakim evliliği fesheder.¹² Örneğin kendi kız kardeşi veya kızlarıyla evlenen Mecusiler, dörtten fazla kadınla ve mehirsiz evlenebilen Animistler, birden fazla koca ile evlenebilen Nairler gibilerin İslamiyeti seçmeleri halinde nikâhlarının geçerli olarak devam etmesi, söz konusu evlilikler İslama uygun hale getirilmedikçe mümkün değildir.¹³

Zeydan, sonradan İslamiyetin seçilmesi halinde diğer eşe ilişkin olarak yukarıda belirtilen durumun İmam Şafii açısından geçerli olmadığını, bunun sebebinin ise İslam'daki geniş inanç hürriyetinden kaynaklandığını aktarmaktadır. İslama göre dinde zorlama olmayacağından ve zimmî kimselerin zimmet sözleşmesi ile kendilerine dini hususlarda zorlama yapılmayacağı garanti altına alındığından, zorlama mahiyetindeki böyle bir teklifin yapılmaması gerekir.¹⁴

Din değişikliğinde çocuğun durumu hususunda ise, kadının ehl-i kitap olması halinde çocuklar dinleri bakımından babaya tabi olurlar. Erkeğin din değiştirmesinde yeni dini durumunun bir etkisi bulunmamakta olup kadının doğrudan boşanmış olmasından dolayı çocuklar anneleriyle kalır. Ancak anne Müslüman olmayan bir beldede ise çocukların dinlerinin değişmesinden korkuluyorsa çocuklar babaları ile birlikte Müslüman beldede kalabilir.¹⁵ Buna göre İslam, din değiştirme durumlarında çocukların İslam üzere kalmalarını sağlayacak durumun tercih edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Çocukların bakım, koruma, terbiye etme ve yetiştirilmesinde (hidane) de İslam, önceliği anneye, sonra ise anneanneye, babaanneye ve kız kardeşlere (teyze) vermektedir. Ancak annenin zimmî olması durumunda çocukların ergenlik çağına girmesine veya İslam'dan başka bir dine yönelme ihtimali başlayana kadar bu bakımın annede olduğu, ergenlikten sonra ise çocuğun anne veya babayı tercih edeceği, ahlaken bozuk olması halinde de babaya

¹² Bkz. Halil Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, s. 114-115; Kitap verilen dinlerin dışında bir dini benimseyen kadının eşinin zulmünden kaçmak için bu yolu seçmesi ihtimalinden dolayı evliliğine hiçbir tesirinin olmadığı yolundaki görüşlere Mevdudi karşı çıkarak zahire bakılması gerektiğini savunmuş ve evliliğin sona erdiğini belirtmiştir. Bkz. Mevdudi, İslam'da Aile Hukuku, s.113-115; Din değişikliği konusundaki çeşitli durumlara ilişkin hadisler için bkz. Ebu Davut, Talak, 23-2238, 2239; Tirmizi, Nikah, 43-1144; İbn Mace, Nikah, 60-2008; Muvatta, Nikah, 44-2,543,544.

¹³ Bkz. Muhammed Hamidullah, İslam'da Devlet İdaresi, s.410-411.

¹⁴ Abdülkerim Zeydan (Hz.Ali-Ebu Yusuf), İslam'da Ferd ve Devlet Münasebetleri, Kayıhan Yay., İstanbul, 1995, s. 127-128.

¹⁵ Ömer Ferruh, İslam Aile Hukuku, s.86-87.

tabi olacağı belirtilmektedir. İslam hukukunda hidaneden farklı olduğundan velayet hususunda öncelik babaya aittir. Anne hidaneye sahip olurken baba veli konumundadır. Ancak din ayrılığı velayete ve vesayete engel teşkil eder. Veli ile velayeti üstlenilenin aynı dine mensup olması gerekir. Gayrimüslimin Müslüman üzerinde velayet hakkı –devletin velayeti hariç- İslam hukukuna göre bulunmamaktadır.¹⁶

İslam aile hukukunun evlilikte erkeğe bağladığı hususların vatandaşlık (tabiiyet) hukukunda da geçerli olduğu görülmektedir. İslam hukukuna göre kadın, kocasının yaşadığı ülke vatandaşlığını doğrudan kazandığından,¹⁷ gayrimüslim bir kadın Müslüman bir erkekle evlendiğinde İslam devletinin bir vatandaşı haline gelir. Ancak bunun tersi durumda yani gayrimüslim bir erkeğin Müslüman bir kadınla evliliği, erkeğin doğrudan vatandaşlık elde etmesini sağlamadığı gibi kadının İslam ülkesinden ayrılması durumunda vatandaşlık hakkını kaybetmesine de yol açar.¹⁸ Çocuğun milliyet veya vatandaşlığını belirlemede ise İslam hukukunda, çocuğun çıkarına daha uygun olan uyrukluğa tabi olacağı yolunda genel bir kural bulunmakla birlikte, İslam topraklarında terk edilmiş bir bebek ile Müslüman babadan olmuş çocuğun Müslüman sayılacağı belirtilmektedir. Ancak ana babadan birinin İslam devletinin gayrimüslim bir vatandaşı (zimmî) ve yekdiğerinin de yabancı (gayrimüslim olup vatandaş olmayan eman sahibi kimseler) olduğu hallerde ise çocuk İslam devletinin gayrimüslim bir vatandaşı olarak kabul edilmektedir.¹⁹

İslam aile hukukunda din farkının etki etmediği nadir konulardan birisi, ev-

¹⁶ Ömer Ferruh, İslam Aile Hukuku, s.102-103,111-114; Abdulaziz Amir, Alternatif Aile Hukuku, s. 58.

¹⁷ Günümüz uluslararası hukuk sisteminin de kabul ettiği bu usulün Osmanlı hukukunda da geçerli olduğu arşiv belgelerinden görülmektedir. Tebea-i Devlet-i Aliyye'den olan bir kadının ecnebi birisiyle evlenmesi durumunda kocasının mensup olduğu devlet tebaasından sayıldığına ilişkin belge için bkz. BOA, Dahiliye Mektubi Kalemi, 15.N.1304 (H.), No:1424/75.

¹⁸ 1869 yılında kabul edilen ve seküler vatandaşlık kanunları ile örtüşecek şekilde hazırlanan dokuz maddelik Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinin 7'nci maddesine göre Osmanlı Devletine tabi iken yabancı birisiyle evlenen Osmanlı kadını, eşinin vefat tarihinden itibaren isteği halinde üç sene içinde asli tabiiyeti olan Osmanlı tabiiyetine dönebilmektedir. Yani yabancı ile evlenen bir Osmanlı kadını asli tabiiyetini kaybederek kocasının tabiiyetine geçmektedir. Kanunnamenin Osmanlı tabiiyetindeki erkeklerle yabancı kadınların evliliği hakkında herhangi bir düzenleme yapmadığı da görülmektedir. Ancak bu boşluk "Saltanatı Seniyye Şehbenderlerine Dair Nizamname-i Dahili"nin 59'uncu bendiyle doldurulmuş ve Osmanlı erkekleriyle evlenen yabancı kadınların da Osmanlı tabiiyetine girecekleri hükmü getirilmiştir. Bkz. Düstur, I. Tertip, I. Kısım, s.17; Ayrıca bkz. Osman Fazıl Berki, "Türk Hukukunda Evlenmenin Tabiiyet Tesiri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-4, 1946, s.48-49.

¹⁹ Muhammed Hamidullah, İslam'da Devlet İdaresi, s.149,401.

liliği sona eren kadının başka bir evlilik yapmadan önce beklemesi gereken süre olan iddet hususundadır. İslam, iddeti tabiatı gereği dine göre değişecek bir olgu olarak görmediğinden bu alanda Müslüman gayrimüslim ayrımı yapmamış, gayrimüslim kadınların da iddet süreleri ile bağlı olduklarını kabul etmiştir.²⁰

Zimmî kimselerin şahitliğinde zimmî bir kadınla evlenen Müslüman bir erkeğin bu evliliğinin sıhhati hususunda da İslam hukukçuları arasında fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Buna göre İmam Şafi ve Ahmed ibn Hanbel gibi İslam hukukçuları zimmîlerin şahitliğinde yapılan evliliğin geçerli olmadığını düşünürken Ebu Hanife ve takipçileri evliliğin geçerli olduğunu savunmaktadır.²¹

2. Klasik Dönem Osmanlı Aile Hukukunda Gayrimüslimler

Osmanlı ülkesinde yaşayan gayrimüslimler cizye ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmek suretiyle devletin himayesinden yararlanmış, yaşam tarzlarına, süregelen dini ve örfi geleneklerine, mabetlerine, mallarına, canlarına, kölelerine, çocuk, kadın ve cariyelerine dokunulmayacağı, serbest dolaşım özgürlüklerinin bulunduğu, angaryadan başışık oldukları ve din hürriyeti; kanunname, ahitname, adaletname, berat, nişan, tevki ve ferman gibi hukuki metinler ve yargı kararlarıyla güvence altına alınmıştır.²² Ayrıca borçlanma,

²⁰ Bkz. Abdulkerim Zeydan, Ahkamu'z Zimmiyyin ve'l Müste'minin, s. 354-355; Ahmet Yaman, İslam Aile Hukuku, Post Yay., Konya, 1998, s.116. (https://www.mehir.org/kitaplar/islam_Aile_Hukuku_1998.pdf; E.T:27.9.2015)

²¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, Ahkamu Ehlü'z-Zimme, Darü'l-Kütüb el-İlmiyye, I. Bölüm, II. Baskı, Beyrut, 2002, s. 299.

²² Galata'daki gayrimüslimlere Fatih Sultan Mehmet tarafından hicri 857 yılının cemaziyel-evvel ayının sonlarında verilen Galata Ahidnamesi için bkz. Murat Bebiroğlu, Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Nizamnameleri, Akademi Matbaası, İstanbul, 2008, s. 14-15; Balkanlarda Ortodoks ve Katolik mezhepleri arasında kalan Bosna Hersek bölgesinin 1463 yılında Fatih Sultan Mehmet tarafından fethedilmesi üzerine bölge halkına dini serbestinin tanınmasına ilişkin Fatih Sultan Mehmet'in Latin papazlarına; "Ben ki Sultân Mehmed Hanım. Cümleavâm ve havâssa ma'lûm ola ki, işbu dârendegân-ı fermân-ı hümayûn Bosna ruhbânların amezîd-i inâyetim zuhûra gelüp buyurdum ki, mezbûrlara ve kiliselerine kimse mâni' ve müzâhim olmayıp ihtiyâtsiz memleketimde duralar. Ve kaçup gidenler dahi emn ü emânda olalar..." şeklindeki fermanı, Osmanlı Devletinin hem Müslüman olmayanlara tanıdığı din hürriyetini hem de adil ve hoşgörülü bir yönetim anlayışına sahip olduğunu göstermiştir. Bkz. Bosna-Hersek ile İlgili Arşiv Belgeleri (1516-1919), T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın Nu:7, Ankara, 1992, s.7-9; Fatih Sultan Mehmet tarafından Sırbistan'ın fethine çıkıldığında aynı zamanda Macaristan'ın da tehdidi altında bulunan Sırp Kral George Brankoviç Katolik Macar Kralına, Sırbistan'ı ele geçirmesi durumunda Sırp'ların mezhebi olan Ortodoksluk hakkında ne yapacağını sormuş ve Sırbistan'ın her yerindeki Ortodoks kiliselerin yıkılacağı yerlerine ise Katolik kiliseler inşa edileceği

kefil olma, vaseset, vesayet, vekâlet, evlenme (nikâh) ve boşanma (talak) gibi özel hukuka dair işlemlerini, belgelerde geçen ifade şekliyle “ayin-i batıla”ları yani kendi dini ve örfi kuralları üzere gerçekleştirmiş, hatta zaman zaman da aralarında Müslümanların da bulunduğu şahitler huzurunda ve şer’i mahkemelerde çözüme kavuşturmuşlardır.²³

cevabını almıştır. Sırp Kralı tarafından aynı soru Fatih Sultan Mehmet’e de sorulmuş ancak her caminin yanına bir kilise inşa edileceği cevabı alınması üzerine Sırp Osmanlı Devletine itaat etmiştir. Bkz. Ahmed Akgündüz, Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Yönetimi, Timaş Yay., İstanbul, 2008, s. 25-16; Ermeni patriği III. Serkis ile birlikte diğer rahiplerin Yavuz Sultan Selim’i karşılamaya geldikleri ve Yavuz Sultan Selim’in de onlara eskiden beri var olan ibadethanelerinin ve kutsalalarının devam ettiği, Hz. Ömer ve Selahattin Eyyübi tarafından verilen ahitnamenin kendisi tarafından da yenilediği, ayinlerine ilişkin işlerde patriklerin yetkili olduğu ve bunlara kimsenin müdahale etmemesi gerektiği yolunda Yavuz Sultan Selim tarafından ferman verilmiştir. Hicri 923 senesinde verilen ferman, Sarkis Karakoç’un Külliyyat-ı Kavanin adlı eserinde 2599 sıra numarasındadır. Bkz. Sarkis Karakoç, Külliyyat-ı Kavanin: Kavanin ve nizam ve feramin ve berevat ve iradat-ı seniyye ile muahedat ve umuma ait mukavelatı muhtevidir, yazma eser, Y/1038, I. Cilt, Türk Tarih Kurumu, Ankara (Türk Tarih Kurumu bünyesindeki 40 ciltlik bu eserde Karakoç tarafından çok sayıda matbu, suret veya asıl belge derlenmiş ve yer yer de kopan bu belgeler yapııştırılmıştır. Yazar belgeleri tarihi bir kronoloji yerine kendi numaralandırması ile sıralamıştır. Belgelerin bulunduğu cildin ve tarihlerinin dışında orijinal olarak hangi sayfada olduğu çoğu yerde belirgin değildir.); Ayrıca bkz. Yavuz Ercan, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluşun Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.109; M. Macit Kenanoğlu, Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, Klasik Yay., İstanbul, 2012, s.112-113; İspanya’dan Anadolu’ya İspanya Kralının zulmünden kaçarak göç eden Yahudilere Osmanlı padişahı Sultan II. Bayezid merhametle yaklaşmış, vilayetlere yazdığı mektupla (adaletname) yüksek memurlardan hiçbirinin Yahudileri kovmaya kalkışmamasını ve onları güler yüzle ve iyi kabulle karşılamalarını ve aykırı hareket edenlerin ölümle cezalandırılacağını emretmiştir. Fatih Sultan Mehmet de İstanbul’u fethettikten sonra Yahudilerin önceden var olan halleri üzere yaşamaya devam edecekleri, kimsenin onların yapa geldikleri ibadetlerine dokunmayacağı yolunda çıkardığı fermanla Yahudilere din ve vicdan hürriyeti sağlamıştır. Bkz. Avram Galanti, Türkler ve Yahudiler, Gözlem Yay., İstanbul, 1995, s.41-43; Hicri 1077 yılının Şaban ayında Kudüs Ermeni Patrikliğine Martaros isimli rahibin tayin beratında, Martaros’un Kudüs’teki Ermeni taifesine olagelen adet ve kanun üzere patrik ve nazır olduğu, eskiden Ermeni patrikliğine bağlı kilise, manastır, mabed ve sair ziyaretgahlara, panayırlara dokunulmayacağı, patrikliğe bağlı kiliselere vakfedilen bağların, bahçelerin, değirmenlerin, çayırıların, çiftliklerin, manastırların, ayazmaların (kutsal su kaynakları ve pınarlar) ve diğer eşyaların önceden nasıl kullanılıyorsa o minval üzere kullanılmaya devam olunacağı ve dokunulmayacağı ferman edilmiştir. Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3, Hüküm No:1080, C.17, s.828; II. Mahmut döneminde 1230 yılında ise Zeytun Kazası’ndaki Penali Eksene Manastırı rahiplerine yapılan zulmün önlenmesine ilişkin ferman çıkarılmıştır. Bkz. BOA, Müzehheb Fermanlar, No:586/2.

²³ Örneğin İstavroz Köyü’nden Kosta b. Helvacı ismindeki zimmî, Süleyman b. Ebrî’ye olan yüz akçe borcunu Üsküdar Mahkemesi huzurunda beyan etmiş ve Mahkemece söz konusu tutar mübaşir tarafından havale edilmiştir. Üsküdar Mahkemesi kararı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 14, Hüküm No:106, C.5, s.108; Hicri 925 yılının Ramazan ayının başlarında, zimmî olan İrina bt. Todoroz’un Luka’daki alacağı için Murad Bey’i vekil tayin et-

İslam hukukunda olduğu gibi Osmanlı aile hukukunda da Müslüman reayadan olan kadınların gayrimüslim erkeklerle evlenmeleri yasaklanmış ve bu şekildeki nikâhlar derhal feshedilmiştir. Bu nikâhları kıyan gayrimüslim din adamları ise görevden el çektirilerek hapis ve sürgün gibi cezalara çarptırılmıştır.²⁴ Ayrıca sonradan Müslüman olan mühtediye kadınların İslama davet edilmelerine rağmen Müslüman olmayan kocalarından boşandıkları ve kimi durumlarda da çocuklarının bakım ve görümünü de (hidane) mahkeme kararıyla üstlendikleri şer'iye sicillerinden görülmektedir.²⁵ Bu boşanmalarda, devletin, Müslüman olduğu için gayrimüslim eşinden boşanan mühtediyelere sahip çıktığı, kalacak yer ve iâşesini temin ettiği belgelerden anlaşılmaktadır.²⁶ Öte yandan İslam hukukuna göre herhangi bir engel teşkil etmeyen Müslüman bir erkeğin zimmî bir kadınla evlenmesi hususu, Osmanlı aile hukukuna göre de geçerlidir. Ancak bu uygulama her dönemde ve devletin her yerinde sıklıkla rastlanan bir uygulama olmamıştır. Bu pratik, ya olağanüstü dönem-

mesine ilişkin Üsküdar Mahkemesi sicili için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2, Hüküm No:309, C.2, s.172; Eyüp Kadılığı yetkisindeki Cebeci Köyü sakinlerinden Nikola v. Yorgi isimli zimminin ölmesi üzerine mirasının oğulları ve kızı arasında paylaşılmasına ilişkin karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 74, 5 Zilhicce 1072 H., Hüküm No:442, C.28, s.417; Hicri 925 yılının Cemaziyel-ahir ayında Mihâl isimli kişiye, zimmi Dimitri v. Manol'un kefil olduğuna ilişkin Üsküdar Mahkemesi sicili için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 1, Hüküm No:622, C.1, s.348; Yorgi v. Pavel isimli zimminin, ölen Todora'nın kızı Erine'ye vasi olarak tayin edilen Yorgi v. Korma'nın yapacağı tasarruflara nezarete bulunmak üzere nazır olarak atanmasına ve vasinin, nazırın izni olmaksızın vesayetle ilgili tasarruflarda bulunmamasına ilişkin hicri 1029 yılının Safer ayının son günü verilen karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 19, Hüküm No:62, C.24, s.101. Günümüz hukuk sisteminde vesayet makamı olan sulh hukuk hâkiminin küçükler, kısıtlılar gibi kimselere vasi atamasına ve asliye hukuk mahkemesinin de denetim makamı olarak vasinin faaliyetlerini denetlemesine benzer şekilde, Osmanlı Devletinde de Müslüman gayrimüslim ayrımı yapılmaksızın vesayet altına alınması gerekenlere kadı tarafından vasi ataması yapıldığı ve vasinin de faaliyetlerinin denetim altında tutulduğu görülmektedir.

Her ne kadar Tanzimat'ın ilanından sonra 1850 yılında alınmış bir karar olsa da zimmîlerin evlenme ve boşanma işlemlerinin kiliselerde yapılmasına mani olunmaması hakkında bkz. BOA, Sadaret Divan (Beylikçi) Kalemî Evrakı, 10.M.1267 (H.), Dosya No:65, Gömlek No:23; Zimmîlerin boşanma işlemlerinin şer'i mahkemelerde yapılmasına ilişkin İstanbul Abdi Su-başı mahallesinde ikamet eden Trandafilo v. Yani'nin karısı Afendire bt. Vasil'den 7 Cemaziyel-ahir 1077 (H.) tarihinde talak-ı bayinle boşanması hakkındaki örnek için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Bâb Mahkemesi 3, Hüküm No:243, C.17, s.249; Paroş v. Niko adlı zimminin karısı Kabaneht. Dimo'yu talak-ı selâse ile boşadığına ilişkin sicil için bkz. Eyüp Mahkemesi 19, Hüküm No:175, C.24, s.181.

²⁴ Bkz. BOA, Hattı Hümayun, 29.Z.1250 (H.), No:779/36501; Sonradan müslüman olan Ayşe bt. Abdullah'ın, Mihâl b. Todora ile nikâhının fesh olduğuna ilişkin sicil için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 26, 20 Şaban 971 (H.), Hüküm No:848, C. 7, s.376.

²⁵ İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 61, 13 Zilhicce 1066 (H.), Hüküm No:298, C.27, s. 264; Bab Mahkemesi 3, 11 Cemaziy-el evvel 1077 (H.), Hüküm No:114, C.17, s. 160.

²⁶ BOA, Dahiliye Mektubi Kalemî, 16.M.1308 (H.), No:1756/85.

lerde dul gayrimüslim kadınların gazilerle evlenmelerinin sağlanması veya fet-hedilen yerlerde Müslüman nüfusunun artırılması amacıyla devlet teşvikiyle yapılmış ya Müslümanlarla gayrimüslimlerin yoğun olarak birlikte yaşadığı bölgelerde buna izin verilmiş ya da İslamı sonradan kabul eden erkeklerin din değiştirmeden önce var olan evliliklerini sürdürmeleri şeklinde ortaya çıkmıştır.²⁷ Ancak şeriye sicillerine göre Müslümanlığı seçen mühtedi erkeklerin Müslüman olmayan nişanlılarından veya eşlerinden ayrıldıkları da görülmektedir. Örneğin hicri 1048 yılının muharrem ayının sonlarında, mühtedi Mustafa b. Abdullah'ın Müslüman olduğu için nişanlısı Yakob v. Murad'ın kızıdan ayrıldığı mahkeme kayıtlarına geçmiştir.²⁸ Oysa İslam dinine göre Müslüman olan bir erkek ile ehl-i kitap bir kadının evliliğinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla Ercan'a göre bu tip boşanmalar samimi olabileceği gibi özellikle boşanmanın çok zor olduğu Katoliklik gibi mezheplerde bu uygulamanın suistimale açık olduğu ve karısından boşanmak isteyen gayrimüslim erkeklerin boşanmak için bahane olarak bu durumu kullanabilecekleri de göz önünde bulundurulmalıdır.²⁹

Ayrıca İslam'da müste'men erkeklerin zimmî kadınlarla evlenmesi halinde zimmî statüsüne sahip olamadıkları görülürken, Osmanlı Devletinde bazı dönemlerde çıkarılan fermanlarla bu türden evliliklerin erkeklere zimmî statüsü vereceği ve padişahın tebaası halini alacakları belirtilmiştir.³⁰ Bu haliyle uygulama, günümüz hukuk sisteminde kadın erkek ayrımı olmaksızın evlilik yoluyla elde edilen vatandaşlık statüsünün, Osmanlı Devletinde de zaman zaman tanındığını göstermesi açısından önemlidir.

Yukarıda örneklerine yer verildiği üzere mühtedi kadın veya erkeklerin gayrimüslim eşleri veya nişanlıları ile olan aile uyumsuzlarının şeriye mahkemelerinde çözülmesinin yanı sıra bazı durumlarda zimmî erkeklerin yine zimmî olan eşleriyle İslam dini üzere şahitler huzurunda nikâh kıydıkları ve bu bağlamda mehr-i mücceli verdikleri veya İslam dini esaslarına göre şer'i mahkemelerde talak-ı bayin ve selase ile boşandıkları da kararlarda mevcuttur. Örneğin Preşkova bt. Kino isimli gayrimüslim kadın Kirko v. Duka ile Eyüb

²⁷ Nevin Ünal Özkorkut, "2014 Tarihli Meryem Yahya İbrahim İshak Davası'ndan Hareketle İslam Hukukunda Bir Evlenme Engeli Olarak 'Din Farkı' ve Osmanlı Uygulamasına Yansımaları", OTAM, 37/Bahar, 2015, s. 294-295.

²⁸ İstanbul Kadı Sicilleri, Hasköy Mahkemesi 5, Hüküm No:198, C.23, s. 177.

²⁹ Yavuz Ercan, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, s. 205; Mühtediler hakkındaki kanundan yararlanarak askerlikten kurtulmak üzere İslamiyeti seçen gayrimüslimlerin bulunduğu da belgelerden görülmektedir. Bkz. BOA, Bab-ı Ali Evrak Odası, 15 R 1328 (H.), No:3739/280412.

³⁰ Gül Akylmaz, "Osmanlı Hukukundaki Düzenlemeler Çerçevesinde Yabancı Ülke Vatandaşlığına geçen Ermenilerin Gayrimenkullerinin Hukuki Statüsü", s.13-14.

Mahkemesinde kadı huzurunda üç bin beş yüz akçe mehr-i mueccel ile evlenmiş, Lanirebni bt. Nikola isimli bir zimmi, Andon v. Kin ile İslâm dini üzere nikâhlanmaya Yorgi'yi vekil tayin etmiş, Todori v. Yani isimli zimmi ise karısı Kirana'yı kadı huzurunda İslami usullere göre talak-ı bayin ile boşamıştır.³¹ Ancak kural olarak Osmanlı hukukunda Tanzimat öncesi klasik dönemde gayrimüslimlerin evlenme, boşanma, arabulma (ıslah), drahoma, nafaka³² gibi aile hukukuna ilişkin konularında, bu tür meseleler dini olarak değerlendirildiğinden, yetkinin ilgili cemaatin ruhani liderine verildiği ferman ve beratlar çerçevesinde görülmektedir.³³ Hatta zaman zaman –ki bu hususta çok sayıda ferman, emir, mahkeme kararı, berat, dilekçe v.b. belge mevcuttur- zimmîlerin evlenme ve boşanma gibi işlemlerini imam ve mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirdiğinden dolayı kadı ve naiplerin bu gibi işlere karışmamaları, iki zimmî arasındaki nikâh akdi veya feshinin beratla ruhani lidere verildiğinin hatırlatıldığı sabittir.³⁴ Osmanlı Devletinde gayrimüslimlerin aile hukukuna iliş-

³¹ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 84, Hüküm No:731, C.10, s. 406; Eyüp Mahkemesi 19, Hüküm No:444, c.24, s.355; Eyüp Mahkemesi 19, Hüküm No:331, C.24, s.283.

³² Örneğin ölen zimmî Yani'nin karısının talebiyle, Üsküdar Mahkemesi tarafından, oğulları Kosdandin ve Dimo'ya babalarının mirasından nafaka tayin edilmiştir. Buna benzer İstanbul mahkemeleri tarafından Tanzimat öncesinde verilmiş çok sayıda karar bulunmaktadır. 1913 yılında ise gayrimüslimler arasında oluşan süt ve çocukluk nafakası davalarının şerhiye mahkemelerinde görülmesi gerektiğine ilişkin uygulamalar bulunmaktadır. Ayrıca bu uygulamadan beş gün öncesine ilişkin başka bir kayıta ise gayrimüslimler arasında ortaya çıkan hıdane (bakım) ve nafakayı-sıgar davalarının eskiden olduğu gibi şerhiye mahkemelerinde görülmesi hakkındaki önceden verilmiş Şura-yı Devlet kararının ilgili vilayete gönderildiği görülmektedir. Ancak başka bir belgede ise çeşitli Hıristiyan cemaatleri arasındaki nikah ve nafaka davalarının metropolidhanelerde görülmesi sırasında tarafların polis zoruyla getirilmesinin caiz olmadığı ve bu gibi olaylara müdahale edilmemesi gerektiği valiliğe bildirilmiştir. Buna göre bu türden davaların çözümünde uygulamada birliğin sağlanmadığı anlaşılmaktadır. Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51, 18 Zilhicce 987, Hüküm No:214, C.8, s.147; BOA, Dahiliye Müteferrik, 20 Za 1331 (H.), No:9/2; BOA, Dahiliye İdare, 15 Za 1331 (H.), No:192/10; BOA, Teftişat-ı Rumeli Evrakı, 21 R 1324 (H.), No:130/12906.

³³ Bkz. BOA, Cevdet Adliye, 8.Ş.1123 (H.), No:51/3102; 1077 yılının Şaban ayında Kudüs Ermeni Patrikliğine tayin edilen Martaros'a verilen tayin beratı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Bâb Mahkemesi 3, Hüküm No:1080, C.17, s.828; Haslar Kazasına bağlı yerlerdeki Hıristiyanlara metropolit olarak tayin edilen Atanasios'a verilen berat için bkz. Eyüp Mahkemesi 61, Hüküm No:336, C.27, s.289.

³⁴ Bkz. BOA, Cevdet Adliye, 21.S.1248 (H.), No:85/5135; BOA, Cevdet Adliye, 12.L.1122(H.), No:67/4047; BOA, Cevdet Adliye, 28.Ş.1155 (H.), No:89/5374; BOA, Hattı Hümayün, No:386/20667; Külliyyat-ı Kavanin'deki çok sayıda belgede gayrimüslimlerin nikâh işlerine imamların müdahale etmemesi gerektiğinin emir veya fermanlarla bildirildiği görülmektedir. Örneğin I. Abdulhamid, 11 Receb 1191 (H.) tarihinde Ermenilerin nikâhları için bu yönde bir ferman vermiştir. Sonra gelen padişahların da aynı hususu tekrarladıkları anlaşılmaktadır. Ayrıca kronolojik olarak incelendiğinde sonradan verilen emir ve fermanlarda önceki emir ve fermanlara atf yapılarak mevzuat arasında uyum gözetilmiştir. Bkz. Sarkis Karakoç, Külliyyat-ı Kavanin, II. Cilt-No:3991 ve III. Cilt-No:3992; Zimmîlerin evlenme ve bo-

kin iş ve işlemlerinde yetkinin bütünüyle cemaatlerin ruhani reislerine verilmesinin sebebi ise, gayrimüslimlerce imam veya mahkemelere başvurularak evlenme veya boşanmaların, eşi olmasına rağmen tekrar evlenmek isteme, mensubu olduğu din gereği evlendikten sonra boşanamama gibi durumlarla istismar edilmesi ve dolayısıyla ailelerin özellikle de kadın ve çocukların mağdur olmalarıdır.³⁵ Bu yetki ruhani liderlere verilmekle birlikte Osmanlı Devletinin de kadılar aracılığı ile bir takım hususları denetim altında tuttuğu verilen emirlerden görülmektedir. Örneğin, II. Mahmud döneminde ruhani liderlere, Ermeni kadınları nikâh düşmeyen erkeklerle evlendirmeleri yönünde baskı yapılamayacağı hususu bizzat kadınlara bildirilmiştir.³⁶

Osmanlı Devleti'nde ruhani liderlerin, millet sistemindeki farklı cemaatlere tabi kadın ve erkeklerin karşılıklı evlenmelerinin dini ayınlerine aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklanması istemli dilekçelerle idareye başvurdukları, dolayısıyla bu tip evliliklere müsaade etmek istemedikleri de anlaşılmaktadır. Nitekim Erzurum ve çevresi metropoliti Kilarkos'a bağlı Rum ve Ermeni erkek ve kadınların karşılıklı evlenmekte olduklarından ve bu durumun ayınlerine aykırı bulunduğundan bahisle yasaklanması hakkında Antalya Patriği İntemyus imzası ile bir dilekçe verildiği belgelerden görülmektedir.³⁷ Yine II. Mahmud döneminde 12 Zilkade 1234 (H.) tarihinde verilen bir emirde Bağdat'ta bulunan Ermenilerin nikâh, vefat ve sair durumlarda mahalli Katolik rahiplerine müracaat etmelerinin yasaklanması istenmiştir.³⁸ Ancak cemaatler veya mezhepler arasındaki geçişler sonucu yapılan evliliklerde herhangi bir sakıncanın bulunmadığı da kayıtlara geçmiştir.³⁹

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği vekâletle evlilik yapılmasına müsaade etmese de İslam hukuk sistemi vekâletle evliliği kabul etmektedir. Buna göre bizzat nikâh akdi yapma ehliyetine sahip olanlar tarafından tayin edilen vekil ile de evlilik akdi gerçekleştirilebilir. Osmanlı aile hukuk sisteminin de bu düzenlemeye uyumlu bir şekilde vekilin yaptığı

şanma işlemlerinin şeri mahkemelerde yapılmasına örnek olarak İstanbul Mahkeme kararları için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Bâb Mahkemesi 3,7 Cemaziyelahir 1077 (H.) Hüküm No:243, C.17, s.249; İstanbul Mahkemesi 3, Hüküm No:96, C.13, s. 112; Eyüp Mahkemesi 19, Hüküm No:175, C.24, s.181; Eyüp Mahkemesi 37, 13 Zilkade 1047 (H.), Hüküm No:478, C.25, s.372. (Söz konusu kararda nikahın, dini engellerden riayet edilmesi gereken hususlar gözetilerek kıyıldığına ilişkin not düşülmüştür.)

³⁵ Bkz. BOA, Cevdet Adliye, 21.C.1230 (H.), No:68/4077; BOA, Sadaret, Mühimme Evrakı, 10.M.1265 (H.), No:6/89.

³⁶ Bkz. Sarkis Karakoç, Külliyyat-ı Kavanin, 8 Z. 1233 (H.), III. Cilt-No:3993.

³⁷ Bkz. BOA, Cevdet Adliye, 10.R.1214 (H.), No:11/723.

³⁸ Bkz. Sarkis Karakoç, Külliyyat-ı Kavanin, 12 Z. 1234 (H.), III. Cilt.

³⁹ Bkz. BOA, Hariciye Nezareti, Mektubi Kalemî, 14.Ş.1272 (H.), No:143/7.

nikâh akdini tıpkı tarafların yapması gibi kabul ettiği görülmektedir. Bu hususun zimmîler için de geçerli olduğu belgelerden anlaşılmaktadır. Nitekim hicri 1054 yılında Amersine bt. Yorgaki isimli zimmî bir kadın, zimmî şahitler huzurunda vekil olarak tayin ettiği annesi tarafından altı bin cedit akçe mehr-i müeccel ile Dimo v. Armağan ile nikâhlanmıştır. Hatta Vartazot bt. Sanyek adlı zimmî kadının, Müslüman olan Mahmud b. Abdullah isimli erkek kardeşini nikâh yapmaya vekil tayin ettiğine ve onun da vekâleti kabul ederek nikâh akdini yaptığına rastlanmaktadır.⁴⁰

Evlilikte velayet konusunda ise İslam hukukunda Hanefi mezhebi dışındaki üç mezhep, buluğa ermiş yetişkin kızların da ancak velileri vasıtasıyla evlenebileceğini savunmaktadır. Ancak Hanefiler, yetişkinlerin veliye danışmadan evlenmelerine cevaz verir. Osmanlı hukuku aile kararnamesi ise mezhepler arası bir yol izleyerek hâkimin kızlar için durumu velisine bildirip itirazının bulunup bulunmamasına göre işlem yapmasını öngörmüştür. Gayrimüslimler noktasında ise velilerin kızlarını nikâhladığı kadı sicillerinden anlaşılmaktadır. Galata Mahkemesinin 19 Recep 1073 (H.) tarihli bir sicilinde Nikola v. Kostantin'in velisi ve babası olduğu kızı Maryora'yı Yanaki v. Panayot'a on iki bin akçe mehr-i müeccel üzere nikâhladığı görülmektedir.⁴¹

Osmanlı Devletinin, ruhani reisler aracılığıyla gayrimüslimlerden nikâh ve talak gibi işlemler için bir takım vergi, resim ve harç tahsil ettiği veya gayrimüslimlerin evlilik işlemleri için günümüzde de olduğu gibi çeşitli mercilerden izin alırken harç ve resim (arusiye resmi) ödedikleri de görülmektedir.⁴² Ancak Ömer bin Abdulaziz'in valilerinden Abdulhamid bin Abdurrahman'a yazdığı mektupta, nikâh akçesi namıyla fazla hiçbir akçe almamasını emrettiği aktarılmaktadır.⁴³

Osmanlı Devletinin şer'i mahkemelerinde hâkimlerin çok sayıda nafaka uyuşmazlıkları hakkında karar verdikleri de belgelerden anlaşılmaktadır. Bu kararlar arasında genellikle zimmî kadınların ölen kocalarından kalan miras-

⁴⁰ Bkz. Ahmet Yaman, İslam Aile Hukuku, s. 45; İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüb Mahkemesi 49, 15 CE 1054 (H.), Hüküm No:249, C.26, s.226; İstanbul Mahkemesi 3, Hüküm No:96, C.13, s.112.

⁴¹ Bkz. Ahmet Yaman, İslam Aile Hukuku, s. 44; İstanbul Kadı Sicilleri, Galata Mahkemesi 90, Hüküm No:7, C.40, s.53.

⁴² Bkz. BOA, Yabancı Arşivler, 29.Z.1080 (H.), No:2/93; BOA, Cevdet Adliye, 8.Ş.1123 (H.), No:51/3102; BOA, Cevdet Adliye, 22.Ca.1207 (H.), No:69/4142; Örneğin Ermenilerden düğün yapacakların saraçbaşından alacakları izin için yirmi altı kuruş otuz paradan fazla meblağ alınmamasına dair belge için bkz. BOA, Cevdet Adliye, 29.R.1226 (H.), No:44/2700.

⁴³ Ebu Yusuf, Kitabu'l Haraç, Terc. Muhammed Ataullah Efendi, Akçağ Yay., Ankara, 1982, s.222.

tan, hidaneleri altındaki çocuklarına nafaka verildiği yolundaki örnekler yer almaktadır. Zaman zaman da zimmî bir kimsenin zimmî olan torununun kendisi tarafından üstlenilen bakımı için babasından istediği nafakaya ilişkin uyuşmazlıklar bulunmaktadır. Rum milletinden Ermeni ve Ermeni milletinden Rum mezhebine geçme gibi değişiklikler sonucu nikâhların feshi üzerine eş ve çocuklarına nafaka tahsis edildiği de belgelere yansımaktadır. Ayrıca Müslüman olan bir kadının eşine teklif edilmesine rağmen Müslüman olmaması üzerine nikâhın fesh olunması üzerine kadına “iddet-i nafaka” tayin edilmiştir. Aynı nafakanın boşanan zimmî kadınlar için de mahkemelerce tayin edildiği görülmektedir.⁴⁴

3. Tanzimat Dönemi Osmanlı Aile Hukukunda Gayrimüslimler

Klasik dönemde gayrimüslimler açısından bu şekilde olan aile hukuku, Tanzimat ile başlayan kanunlaştırma sürecinde ise ilk etapta kanunlaştırma faaliyetinin dışında kalmıştır. Fransız Medeni Kanununun alınması yerine özgün Osmanlı medeni kanununun amaçlanması sonucu ortaya çıkan Mecellede (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye/1869-1876) aile hukukunun –aynı şekilde miras hukukunun da- yer almadığı görülmektedir. Bunda, Mecellenin hazırlandığı dönemde acil ihtiyaç duyulan borçlar, ticaret, hukuk usulü gibi alanlara öncelik verilmesi ve Osmanlı Devletinde çeşitli din ve mezheplerden insanların yaşaması ve bu dini çeşitlilikten dolayı hepsini kapsar şekilde aile hukukunun hazırlanmasının zorluğu rol oynamıştır. Zira aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, aile hukukunu düzenleyen normların ilahi kaynaklı olması ön kabulünün etkisiyle, gayrimüslim tebaanın -istemeleri halinde- mensubu oldukları cemaat mahkemelerine, Müslüman Osmanlı tebaasının ise şeriyeye mahkemelerine başvurmaları nedeniyle, bu alanda diğer alanlarda olduğu kadar karışıklık görülmemiştir.⁴⁵

Mecelleden sonraki süreçte ise aile hukuku alanında, 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnameğine kadar çeşitli tarihlerde birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, konumuz gereği gayrimüslimler özelinde kısaca incelenecek olur ise; 2 Eylül 1881 tarihli Sicil-i Nüfus Nizamnamesinin 23’üncü maddesinde, gayrimüslim nikâhlarının ruhani cemaat reisleri

⁴⁴ Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51, 12 R.A 988 (H.), Hüküm No:711, C.8, s.336; Eyüb Mahkemesi 19, 7 R.A 1019 (H.), Hüküm No:129, C.24, s.149; Üsküdar Mahkemesi 26, 20 Ş 971 (H.), Hüküm No:848, C.7, s.376; Hasköy Mahkemesi 10, C.E sonu 1090 (H.), Hüküm No:156, C.30, s.134 vb.; BOA, Hariciye Nezareti Mektubi Kalemi, 10 R 1275 (H.), No:265/22; BOA, Dahiliye Mektubi Kalemi, 4 Ra 1304 (H.), No:1381/116.

⁴⁵ Bkz. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, OTAM, S.29, 2011, s.105-107.

tarafından verilen izinnamele üzerine icra olunacağı ve nikâhı kıyan papaz, haham gibi ruhani kişinin bunu sicil-i nüfus müdürüne sekiz gün içerisinde ilmühaberle bildirmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Bu uygulama ile eski uygulamadan farklı olarak sicil-i nüfus müdürüne bildirim şartı getirilerek evlilik kayıtlarında düzen sağlanmaya çalışılmıştır. Söz konusu nizamnameden kısa bir süre sonra 19 Aralık 1881 tarihinde çıkarılan bir kararname ile izinnamelelerin bir de belediyelerce onaylanması aksi halde nikâhların geçersiz olacağı kuralı getirilmiştir. Ayrıca nikâh için getirilen düzenlemelerin boşanma (talak) için de geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hukuk-ı Aile Kararnamesine kadar bildirim süresinin on beş güne çıkarılması veya nikâhı kıyan tarafından tasdik edilmek suretiyle nikâhı bildirim sorumluluğunun kocaya yüklenmesi gibi değişiklikler olsa da genel anlamda uygulama bu şekilde devam etmiştir.⁴⁶

İlk etapta kanunlaştırma hareketi içerisinde yer almayan aile hukuku, İslam hukukunun egemenliğini koruduğu ülkeler bağlamında aile hukuku alanında ilk kanun olarak nitelendirilen, ayrıca 19 Haziran 1919 tarihinde ilga edilmesine rağmen Medeni Kanununun kabulüne kadar kanuni boşluğu yürürlüğe konulamayan bir takım çalışmalara kaynaklık ederek doldurmayı başaran Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile hem dağınık yapıdan sıyrılarak toplu bir hal almış hem de gayrimüslimlere ilişkin esaslar tespit edilerek müstakil cemaat mahkemelerinin yargılama yetkisine son verilmiştir. Buna göre devletin genel görevli mahkemeleri olan ve Müslümanların ve başvurmaları halinde gayrimüslimlerin aile, miras ve kişiler hukukuna ilişkin davalarına bakan şeriyeye mahkemeleri, gayrimüslimlerin kendi cemaat mahkemeleri ve tebaaların medeni ve cezai davalarına bakan konsolosluk mahkemelerinden oluşan Osmanlı klasik yargı sistemi, 1914 yılında kapitülasyonların kaldırılması ile son bulan konsolosluk mahkemelerine ilaveten Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile cemaat mahkemelerinin de kaldırılması ile teke indirilmiş ve gayrimüslimlerin aile hukuku davalarının görüş yeri olarak şeriyeye mahkemeleri görevli kılınmıştır.⁴⁷

Kararnamenin hazırlanması aşamasında oluşturulan Hukuk-ı Aile Komisyonu tarafından öncelikle Müslümanlar, Hıristiyanlar ve Yahudiler için ayrı ayrı hükümler tespit edilmiş, sonra bunlar bir araya getirilerek esas olarak Müslümanlara ait hükümler ortaya konulmuş, bunlarla bağdaşmayan Hıristiyan ve Musevi aile hukuku esasları ayrıca kurala bağlanmıştır. Kararnamenin genel olarak göze çarpan yönü gayrimüslimler için ayrı hükümlerin getirilmiş olmasıdır.⁴⁸

⁴⁶ Bkz. M. Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s.136-139, 142.

⁴⁷ Bkz. M. Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s. 206-212, 221.

⁴⁸ Bkz. M. Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s.156, 163, 182.

Hukuk-ı Aile Kararnamesinde⁴⁹ gayrimüslimlere ilişkin hükümler henüz kararnamenin ilk faslında başlamakta ve 3'üncü madde ile Müslüman tarafların nişanlanma sürecinde mehre mahsuben veya hediye olarak verdiklerine ait düzenlemelerin gayrimüslimlerdeki buna karşılık gelen drahomada da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Nikâh ehliyeti bakımından da 12'nci maddede Hıristiyanlar için bir ayırım getirilmiş ve yirmi iki yaşını tamamlamayan erkekle yirmi yaşını tamamlamayan kadının nikâhında velinin rızası aranmıştır.

Kararnamenin ikinci babında yer alan "evlenme yasağı olanlara" ilişkin kısımda, din farkı, evlenmeye engel bir durum olarak değerlendirilmeyip 58'inci maddede "nikahın fesad ve butlanı"⁵⁰ bölümünde, klasik dönemde olduğu gibi batıl olarak nitelendirilmiştir. Buna göre bir gayrimüslimin Müslüman bir kadınla evliliği, evlenme akdinin esas unsurlarının yokluğu olarak değerlendirilerek batıl kabul edilmiş ve hukuki olarak herhangi bir sonuç doğurmaması ön görülmüştür. 77'nci maddede de batıl nikâhın yaptırımına değinilerek bu evliliğin yasak olduğu ve tarafların ayrılmamaları halinde mahkeme kararıyla ayrılmalarının sağlanacağı hükme bağlanmıştır. Hıristiyanlarda ise fasid bir nikâhın feshi için dava şart koşulmuş ve dava hakkının fesadın öğrenilmesinden itibaren bir yıl olduğu belirtilmiştir. Nikâhın butlanı bilinmeyerek yapılan nikâh sonucu doğan çocuk da Kararnamenin Hıristiyanlara ait hükümlerine göre meşru kabul edilmiştir.

Klasik dönemde nikâhların kıyılmasını cemaatlerin ruhani liderlerini muhatap alarak devlet kontrolünde tutmaya çalışan ve aile hukukuna ilişkin iş ve işlemlerin dini karakterini ön plana çıkararak bu alanı gayrimüslimlerin ruhani liderlerine bırakan Osmanlı Devletinin, Hukuk-ı Aile Kararnamesinde daha sıkı devlet gözetimini esas aldığı görülmektedir. Yahudilerle Müslümanların aynı koşullara sahip olduğu, Hıristiyanların nikâh akdinin ise ayrı bir başlık altında düzenlendiği Kararnamenin üçüncü bölümündeki nikâh akdinde, nikâhtan önce durumun ilan edilmesi koşulu getirilmiş ve evlenecek erkek veya kadının ikametgâhının bulunduğu yer hâkimi veya naibi tarafından düzenlenecek akidname ile evliliğin tescil edilmesi kurala bağlanmıştır. Ancak Kararnamenin 40 ve devamı maddelerinde Hıristiyanların nikâh akdinin özel olarak düzen-

⁴⁹ Bkz. Düstur II. Tertip, C.9, s. 762-781.

⁵⁰ Hanefilere göre hukukî işlemdeki eksikliğin esasa ilişkin olmasıyla olmaması arasında fark vardır. Eksiklik esasla ilgili olduğunda hukukî işlem hiç doğmamış kabul edilir ve butlanla malul addedilir. Hanefiler rükün ve şartları tamam olan, ancak harici vasıflarında herhangi bir eksiklik bulunan hukukî işlemi bütünüyle yok saymamakta, "fasit" dedikleri bu işleme butlandan ayrı bazı sonuçlar bağlamaktadırlar.(Hukuk-ı Aile Kararnamesi de şekli olarak bu ayrımı esas almıştır.) Bkz. Ali Bardakoğlu, "Butlan", TDV İslam Ansiklopedisi, C.6, 1992, s.476-478.

lendiği görülmektedir. Buna göre Hıristiyanların nikâhları ruhani memurlar tarafından kendi dini ayinleri çerçevesinde icra olunacak, ancak ruhani memurlar keyfiyeti yirmi dört saat öncesinden yerel mahkemeye bildireceklerdir. Hâkim de nikâh sırasında göndereceği bir memurla nikâhi kayıtlara alacak ve tescil edecektir.

Kararnamenin boşanmaya ilişkin kısmında Hıristiyanlara ait düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Buna göre taraflardan birinin zinası, üç yıl devam eden cinnet hali, beş yıldan fazla mahkûmiyeti, beş yıl süren gaipliği, beş yıldan fazla terki ve hayatı tehlikeye sokacak fiillerde bulunulması gibi hallerde hâkime başvurularak boşanma istenebilecektir. Ayrıca Müslümanlarda olduğu gibi Mahkemece, boşanma davasına başlamadan önce tarafların ailelerinden veya din adamlarından seçilecek hakem ile tarafların barışmaları sağlanmaya çalışılacak, bu mümkün olmadığı takdirde dava aşamasına geçilecektir.

Boşama kararı verilmiş olsa bile evliliğin devamı adına bir takım hükümler getirildiği de görülmektedir. Buna göre, boşama kararından itibaren üç ay içinde ruhani reise başvurularak nikâhin feshi için dini tören istenebileceği, bu halde boşama kararının bu süre içinde uygulamaya girmeyeceği, sürenin dolması üzerine yirmi gün içinde lehine karar verilen tarafından boşama kararının uygulanmasının istenmemesi halinde Mahkeme kararının yok hükmünde sayılacağı kurala bağlanmıştır. Erkek tarafından yapılan başvuru üzerine hâkimin boşama kararı vermesi durumunun Yahudiler için de geçerli olacağı belirtilmiştir.

Kararnamenin son hükümlerden oluşan kısmında, kararnamenin gayrimüslimler açısından yürürlüğü hususunda önemli maddelerin ihdas edildiği görülmektedir. Buna göre gayrimüslimler için özel olarak getirilen yukarıda değinilen hükümlere aykırı olmayan kararname maddelerinin, ayrı bir açıklama olmadıkça, gayrimüslimler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak kararnameye bakıldığında hemen hemen her maddede Yahudi ve Hıristiyanlar için istisnai hükümlerin düzenlendiği görülmektedir. Osmanlı Devletinde Müslüman olmayan grupların Sabiler dışında Yahudi veya Hıristiyan olduğu ve istisnai hükümlere aykırılık teşkil etmeme kıstasının varlığı da göz önüne alındığında sözü edilen maddenin işlevselliğinin bulunmadığı açıktır. Ayrıca son hükümlerle, gayrimüslim ruhani reislerin aile hukukuna ilişkin geleneksel kazai yetkileri ellerinden alınıp Osmanlı Devletinin şeriyeye mahkemelerine verilerek çok başlı yargı sisteminin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Günümüzde laik perspektifle oluşturulan medeni kanunların aile hukukuna ilişkin hükümleri de dikkate alındığında, Tanzimat sonrası gayrimüslimlere tanınan ayrıca-

lıkların bir şekilde hukuki metinlere yansıtılması yönündeki tutum göz önünde bulundurularak hazırlanan Kararnamenin, dönemin ihtiyaçlarına hem Müslümanları hem de gayrimüslimleri gözeterek getirdiği hukuki çözümler noktasında önemli bir metin olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

Sonuç

Osmanlı hukuk sistemi İslam hukuk sistemi ile örtüştüğünden, Osmanlı aile hukukunun ve Osmanlı Devletinin içtimai hayata dair uygulamalarının anlaşılması İslam aile hukukuna ilişkin prensiplerin irdelenmesine bağlıdır. Bu bağlamda öncelikle İslam hukukun gayrimüslimlere yaklaşımındaki hoşgörünün ve onlara tanıdığı din ve vicdan hürriyetinin, ilk dönem İslam Devletinde olduğu gibi sonraki asırlarda hüküm süren devletler ile Osmanlı Devletinde de tatbik edildiğini belirtmek gerekir.

Gayrimüslim vatandaşların kendi aralarındaki evlenme, boşanma, nafaka, vekâlet, velayet gibi aile uyumsuzlarının görünümü bizzat kendi cemaat veya ruhani reislerine bırakılmasına rağmen sözü edilen hususların şeriyye mahkemelerinde veya imamlar aracılığıyla zaman zaman bizzat İslam hukukunun esasları üzere –mehir, talak-ı bayin gibi- çözüldüğüne dair çok sayıda örnek mevcuttur. Ancak klasik dönemde genel kaide ahval-i şahsiyyenin dini temelli olması hasebiyle bu husustaki uyumsuzlıkların cemaat reislerince çözüme kavuşturulmasıdır. Hatta buna aykırı davranılmasının da sık sık yasaklandığı görülmektedir. Yetkinin bütünüyle cemaatlerin ruhani reislerine verilmesinin sebebi ise, evlenme ve boşanmaların istismar edilebilmesi ve dolayısıyla ailelerin özellikle de kadın ve çocukların mağdur olmalarıdır. Tanzimat sürecinde ise ilk etapta ruhani reislerin evlilik işlemlerini idareye bildirmeleri benimsenmiştir. Daha sonraki süreçte ise çeşitli mercilerin meydana getirdiği karışıklığın giderilmesi açısından yargı sisteminde birlik sağlanmış ve gayrimüslimlerin aile hukuku davalarının görünüm yeri olarak şeriyye mahkemeleri görevli kılınmıştır.

İslam aile hukukunda ehl-i kitap ile evlenme meselesindeki genel görüş ehl-i kitap bir kadınla evliliğin caiz olduğu noktasında ise de Müslüman bir kadınla evlenmenin daha efdal olduğu vurgulanmaktadır. Bunun tersi durumun da evlenme engeli olduğu hususunda görüş farklılığı bulunmamaktadır. Aynı uygulamanın Osmanlı Devletinin gerek klasik döneminde gerek Tanzimat döneminde yürürlükte olduğu görülmektedir. Ayrıca İslam hukukunun kadında aradığı iffet gibi kriterlerin Osmanlı Devleti tarafından bizzat dikkate alındığı ve muhalif davrananların cezalandırıldığı sabittir.

Akrabalık bağıyla gelen nafakada akrabalık bağı ve akrabalarla iyi geçinme

ilkesi gereği din farkı gözetilmediğinden, ister gayrimüslim olsun ister Müslüman olsun anne, baba veya çocuğa nafaka düşmektedir. Osmanlı Devletinde de hem klasik dönemde hem de Tanzimat döneminde hâkimler tarafından herhangi bir usul ve din ayrımı gözetilmeksizin gerek hısımlık gerek evlilik gerek iddet nafakasına hükmedilmesine ilişkin çok sayıda örnek vardır. Hukuk-u Aile Kararnamesinin 92 ila 101'inci maddeleri arasında evlilik nafakasına dair hükümler belirlenmiş ve bu hükümlerin gayrimüslimler açısından da geçerli olduğu kurala bağlanmıştır. Aynı yaklaşımın mehir bakımından da uygulandığını belirtmek gerekir.

İslam'da müste'men erkeklerin zimmî kadınlarla evlenmesi halinde zimmî statüsüne sahip olamadıkları görülürken, Osmanlı Devletinde, günümüz vatandaşlık hukukundaki uygulamalara benzer şekilde, bazı dönemlerde çıkarılan fermanlarla bu türden evliliklerin erkeklere zimmî statüsü vereceği belirtilmiştir.

İslam hukuk sisteminde kabul gören vekâletle nikâh akdi yapılması hususunun Osmanlı aile hukuk sisteminde de uygulandığı ve bu hususun gayrimüslimler için de geçerli olduğu görülmektedir. İslam hukukçuları arasında fikir birliğinin bulunmadığı velayet hususunda ise Osmanlı klasik dönemde velilerin kızlarını nikâhladığına dair belgelere rastlanmaktadır. Osmanlı hukuk-u aile kararnamesi ise mezhepler arası bir yol izleyerek hâkimin kızlar için durumu velisine bildirmesini öngörmüştür. Ayrıca Hıristiyan vatandaşların kızlarının evliliğinde velayete ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir.

İslam hukuku, din değiştirme durumlarında çocukların İslam dini üzere kalmalarını sağlayacak durumun tercih edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Yani Müslüman olan tarafın önceliği bulunmaktadır. Aynı şekilde Osmanlı uygulamalarında da sonradan Müslüman olan mühtediye kadınların İslama davet edilmelerine rağmen Müslüman olmayan kocalarından boşandıkları ve kimi durumlarda da çocuklarının bakım ve görümünü de (hidane) üstlendikleri şeriyeye sicillerinden görülmektedir.

Zimmî kimselerin şahitliğinde zimmî bir kadınla evlenen Müslüman bir erkeğin bu evliliğin geçerliliği hususunda İslam hukukçuları arasında fikir birliği bulunmamasına karşın Osmanlı Devletinde gayrimüslim vatandaşların Müslümanların şahitliğinde şeriyeye mahkemelerinde evlendikleri görülmektedir.



KAYNAKÇA

Kitaplar

AKGÜNDÜZ, Ahmed, Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Yönetimi, Timaş Yay., İstanbul, 2008.

AMİR, Abdulaziz, Alternatif Aile Hukuku, Mektup Yay., İstanbul, 1997.

AYDIN, M. Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İstanbul, 1985.

BEBİROĞLU, Murat, Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Nizamnameleri, Akademi Matbaası, İstanbul, 2008.

CİN, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Konya, 1988.

EBU YUSUF, Kitabü'l Haraç, Terc. Muhammed Atullah Efendi, Akçağ Yay., Ankara, 1982.

EL-CEVZİYYE, İbn Kayyim, Ahkamu Ehlü'z-Zimme, Darü'l-Kütüb el-İlmiyye, I. Bölüm, II. Baskı, Beyrut, 2002.

ERCAN, Yavuz, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

FERRUH, Ömer, İslam Aile Hukuku, Ter. Yusuf Ziya Kavakçı, Sebül Yay., İstanbul, 1994.

GALANTİ, Avram, Türkler ve Yahudiler, Gözlem Yay., İstanbul, 1995.

HAMİDULLAH, Muhammed, İslam'da Devlet İdaresi, Çev. Hamdi Aktaş, Beyan Yay., İstanbul, 2012.

KARAKOÇ, Sarkis, Külliyyat-ı Kavanin: Kavanin ve nizamat ve feramin ve berevat ve iradat-ı seniyye ile muahedat ve umuma ait mukavelatı muhtevidir, yazma eser, Y/1038, I, II ve III. Ciltler, Türk Tarih Kurumu, Ankara.

_____, Sarkis, Külliyyat-ı Kavanin Fihrist-i Tarihi, Haz. M. Akif Aydın...(ve başk.), C.1, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2006.

KENANOĞLU, M. Macit, Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, Klasik Yay., İstanbul, 2012.

MEVDUDİ, İslam'da Aile Hukuku (Karı-Koca Hakları), Ter. Memiş Tekin, Esra Yay., Konya, 1990.

_____, Tefhimü'l Kuran, İnsan Yayınları.

YAMAN, Ahmet, İslam Aile Hukuku, Post Yay., Konya, 1998.

YILMAZ, Hüseyin, Kuran'ın Işığında Müslim-Gayrimüslim Münasebetleri, Kayıhan Yay., İstanbul, 1997.

ZEYDAN, Abdulkerim, Ahkamu'z Zimmiyyin ve'l Müste'minin fi Dari'l İslam, Müessesetü'r Risale, II. Baskı, Şam, 2014.

_____, Abdülkerim (Hz.Ali-Ebu Yusuf), İslam'da Ferd ve Devlet Münasebetleri, Kayıhan Yay., İstanbul, 1995.

Makaleler

AKYILMAZ, Gül, "Osmanlı Hukukundaki Düzenlemeler Çerçevesinde Yabancı Ülke Vatandaşlığına geçen Ermenilerin Gayrimenkullerinin Hukuki Statüsü", Yeni Türkiye, 60/2014.

BARDAKOĞLU, Ali, "Butlan", TDV İslam Ansiklopedisi, C.6, 1992.

BERKİ, Osman Fazıl, "Türk Hukukunda Evlenmenin Tabiiyete Tesiri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-4, 1946.

ERTEN, Hayri, "Hz. Ömer Döneminde Toplumsal Değişme", Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.6, 1996.

KARAHASANOĞLU, Cihan Osmanağaoğlu, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", OTAM, S.29, 2011.

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, "2014 Tarihli Meryem Yahya İbrahim İshak Davası'ndan Hareketle İslam Hukukunda Bir Evlenme Engeli Olarak 'Din Farkı' ve Osmanlı Uygulamasına Yansımaları", OTAM, 37/Bahar, 2015.

TOPÇUOĞLU, Ali Aslan, "Yahudilik-Hıristiyanlık ve İslam Hukuku'na Göre Nikâh Akdine Etkisi Bakımından Din Farklılığı", Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C.10, S.2, 2010.

Belgeler

Başbakanlık Osmanlı Arşivleri (BOA), Cevdet Adliye

BOA, Bab-ı Ali Evrak Odası

BOA, Dahiliye İdare

BOA, Dahiliye Mektubi Kalemî

BOA, Dahiliye Müteferrik

BOA, Hariciye Nezareti, Mektubi Kalemî

BOA, Hattı Hümayun

BOA, Müzehheb Fermanlar

BOA, Sadaret

BOA, Sadaret Divan (Beylikçi) Kalemî Evrakı,

BOA, Teftişat-ı Rumeli Evrakı

BOA, Yabancı Arşivler

Bosna-Hersek ile İlgili Arşiv Belgeleri (1516-1919), T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın Nu:7, Ankara, 1992.

Düstur, I. Tertip, I. Kısım.

Düstur, II. Tertip, C.9.

İstanbul Kadı Sicilleri, Mahkeme Kararları.

TÜRK HUKUKUNDA GERİ VERME KURUMU VE USULÜ

The Procedure of Extradition in Turkish Law

Berat DUMAN*

ÖZET

Geri verme –suçluların iadesi– günümüz dünyasında gitgide önemini arttıran, uluslararası ve ulusal hukuk mevzuu olarak karşımıza çıkmaya başlamış ve güncelliğini her daim korumuş bir kurum olarak göze çarpmaktadır. Özellikle sınır aşan suçların artması nedeniyle şüpheli, sanık, hükümlü gibi kimselerin olayın vuku bulduğu devletten başka bir devlete kolaylıkla geçtikleri bilinmektedir.

Çalışmamızda genel olarak, suçluların geri verilmesi kurumunun kavramsal tanımı, bazı kurumlarla ilişkisi, kaynakları ve tarihçesine, bunlara ek olarak geri verme usulü, özellikle Türk hukukunda talepname ve sonuçlarına, buna bağlı olarak yapılan işlemlere ve ilgili yargı kararlarına değinilecektir.

Anahtar Kelime: Suçluların İadesi, Geri Verme Usulü, Adli Yardımlaşma.

ABSTRACT

Extradition is the judicial concept, which gradually has been ascending its importance and come out as the international and national matter and kept its actuality. Especially, due to the increment of cross border offences, it has been known that suspect, defendant and convict could across easily to the other state that they do not commit the crime.

In the article, in general, it will be touched upon the conceptual definition of extradition, relations with the other concepts, history, sources and procedure of it. In particular, in respect to extradition, requisition and outcomes of it in Turkish Law System and relevant transactions and dijjudications will be addressed in this article.

Keywords: Extradition, Process of Extradition, Judicial Cooperation.



I. GİRİŞ

Geri Verme Kurumu -suçluların iadesi- gerek uluslararası hukuk gerekse ulusal hukuk ve özellikle ceza hukuku bakımından önem arz etmektedir. Öte yandan, geri verme kurumu uluslararası ceza hukukunda, adli yardımlaşma alanında en çok kullanılan yardımlaşma türlerinin başında gelmektedir. Esasen bir ceza hukuku kurumu olarak düzenlenen suçluların iadesi kurumunun

* Hakim, Türkiye Adalet Akademisi, beratdmn@gmail.com

-geri verme kurumu-, günümüzde hızla gelişen teknoloji, ulaşımın kolaylaşması ve suçların bu oranda artarak profesyonel, örgütlü hale gelmesi ve suçluların rahat bir şekilde bir ülkeden diğerine geçmeleri dikkate alındığında öneminin gitgide arttığı görülmektedir. Şüpheli, sanık veya hükümlünün suçu işlediği veya işlediği iddia olunan devletin ülkesinden başka bir devletin ülkesine kaçma, saklanma imkânı bulması ve buna uygulamada sıklıkla rastlanması neticesinde geri verme kurumunun ceza hukuku alanında olduğu kadar uluslararası hukuk alanında önemi artmakla beraber uluslararası anlaşmalara konu olduğu görülmektedir. Bunun temelinde yatan neden ise, bir suç şüphesi altında bulunan kimsenin soruşturulması ve kovuşturulması zorunluluğunun kamu düzeni, toplumsal hayatın devamlılığı hususları bakımından bir gereklilik olmasıdır.

Geri verme işlemi uygulanırken kişilerin temel hak ve özgürlükleri ihlal edilebilmekte bu nedenle hukuki bağlamda bu işin ne derece hukuka ve insan haklarına bağlı kalınarak yapıldığı gelecek yıllarda geri verme kurumunun en tartışmalı alanlarını oluşturacaktır. Bu nedenle AİHM'in bu konuya nasıl yaklaştığı, iç hukukumuzda bu hususların nasıl düzenlendiği ayrıca önem arz etmektedir.

II. GENEL OLARAK GERİ VERME KAVRAMI VE TANIMI

A. Geri Verme-Suçluların İadesi Kavramı

Geri Verme kavramı, “*Extradition*” kelimesinin dilimize çevrilmesiyle ortaya çıkmıştır. “*Extradition*”, “*extrade*” sözcüğünden gelmekte ve kişinin kendisine egemen olana zorla geri getirilmesi anlamını taşımaktadır¹. Ayrıca bileşik kelimeyi oluşturan “*Extradition*” anlamına bakıldığında; suç şüphesi altında olan birini, suçun işlendiği-meydana geldiği ülkeye yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre yargılanmak üzere geri gönderme süreci anlamını taşır².

İlk kez 19 Şubat 1791 tarihli bir Fransız Emirnamesinde “*Extradition*” ifadesine yer verilmiştir³. Bu ifadenin bir uluslararası anlaşmada yer alması ise,

¹ Abdullah P. Gözübüyük, Devletlerarası Ceza Hukuku, Ankara, 1958, s.90.; Latince *ex* dışarı, *tradito* verme, teslim etme anlamına gelir.

² <http://www.idoconline.com/dictionary/extradite>, Longman sözlük; “to use a legal process to send someone who may be guilty of a crime back to the country where the crime happened in order to judge them in a court of law”

³ Hasan Mutlu Altun, Suçluların Geri Verilmesi Hukuku, Marmara Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001, s.15 naklen; Esat Adil Müstecaplıoğlu, Millî ve Beynelmillel Ceza Hukuku Bakımından Siyasi Suçlular II, SİM, İstanbul, Yıl VII, No:82 (ikinci Kanun 1938), S.613.

1828 yılında Fransa'nın taraf olduğu bir geri verme anlaşması dolayısıyladır⁴.

Osmanlı döneminde ise "*iade-i mucrimin*"⁵ olarak adlandırılan bu kurum, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile "*suçluların iadesi*" olarak anılmış ve günümüzde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile "*geri verme*" olarak ifade edilmiştir. Geri Verme ve İade kavramlarının Türkçe karşılıklarına değinecek olursak "*iade Kavramı: alınmış bir şeyi geri verme, kabul etmeme, geri verme*"⁶ olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, kavramsal olarak iki terim arasında bir anlam kayması olduğundan söz edilemez. Bu nedenle, biz de bundan sonra kanuni müessese olarak kabul edilen ismi yani "*Geri Verme*" terimini çalışmamızda kullanacağız.

B. Geri Verme Tanımı

Kavram mülga olan 765 sayılı TCK'nın 9. m. ve 5237 sayılı TCK'nın 18. m. yer almakla birlikte, ilgili kanunlarda kavramla alakalı bir tanıma yer verilmiştir. Aşağıda Adalet Bakanlığı ve doktrin tarafından verilen bazı tanımlara yer verilmiştir.

Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğü (UHDGM)'nün 16.11.2011 tarihli ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/7-4 sayılı genelgesine göre⁷; "*Geri Verme (iade), bir devletin (talep edilen devlet) ülkesinde bulunan bir bireyi, yargılanması ya da cezasının infazı için diğer bir devlete (talep eden devlet) teslim etmesine imkan veren hukuki bir süreçtir*".

Soyaslan'a göre⁸; "*Devletlerin insanlara karşı suç işleyenleri mükâfatlandırmamak ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadele etmek için suçluyu suçun işlendiği ülkeye iade ederek karşılıklı adli yardımlaşmalara suçluların iadesi adı verilir*".

İçel'e göre⁹; "*Suçluların geri verilmesi, suç işlendikten sonra, başka bir devlet ülkesine kaçan suçlu şahsın o devlet tarafından, o kimseyi takip ve muhake-*

⁴ Eralp Özgen, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, 1962, s. 20, Timuçin Köprülü, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001, s.1.

⁵ 765 sayılı TCK'nın 6. Maddesinin 3. Fıkrasının 2 nolu bendinde de Osmanlı döneminde kullanılan "iadeyi mucrimin" ifadesi yer almaktadır. 1874 yılında A.B.D. ile yapılan anlaşmada ise, kuruma "İstirdati mucrimin" denilmiştir. İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, Üçüncü Bası, İstanbul, 1999, s. 204

⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.566ec0568e3919.4286354

⁷ Bkz.: (çevrimiçi), <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/cezag.html>.

⁸ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 133.

⁹ Kayıhan İçel, "Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir inceleme" UHFİM, C.XXX, Sayı:3-4, İstanbul, 1965, s.693.

meye yahut hakkındaki cezayı tenfize yetkili olan devlete, resmi talep üzerine ve gerekli şartların mevcudiyeti halinde teslim edilmesidir”.

Donay ise yaptığı tanımda¹⁰; *Çok geniş bir ifadeyle suçluların iadesi dediğimiz vakit, bir devletin ülkesinde bulunan veya oraya kaçmış bir sanık veya hükümlünün, yargılanmak veya cezasını infaz ettirmek üzere yargılama veya infaza yetkili devlete geri verilmesini anlarız”* demiştir.

Tezcan ise¹¹; *“Suçluların geri verilmesi, ceza adaletine ve devletlerin menfaatlerine uygun olarak, sanığı yurtdışında bulunan bir suçu etkin bir şekilde kovuşturmak ve tecziye etmek amacı güden uluslar arası bir adli yardımlaşma türüdür”*

Dönmezer-Erman’a göre¹²; *“İade işlendiği suç belirli bir devletin yarığı yetkisi içinde olan kişinin, ülkesinde bulunduğu devlet tarafından yargı yetkisini haiz olan devlete teslim edilmesi demektir”.*

Huet’e göre¹³; *“İade ya da geri verme, bir devletin (talep edilen devlet) ülkesine sığınan bir bireyi yargılanması amacıyla (hüküm amaçlı iade) ya da cezasını çekmesi (infaz amaçlı iade) için bir diğer bir devlete (talep eden devlet) teslim etmesine imkân veren hukuki bir işlemdir”.*

Güncel ve doktrin tarafından benimsenen aynı zamanda uygulamayı da kapsayan bir tanım getirmek gerekirse, geri verme *“Bir devlet ülkesinde bulunan kişinin, başka bir devlet ülkesinde işlemiş bulunduğu bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık olması halinde, hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılması amacıyla, hükümlü olması halinde ise, hakkında hükmolunan cezanın infazı amacıyla, yetkili bir diğer devlete, talebi üzerine teslim edilmesinden ibaret olan adli ve siyasi bir işlem”* şeklinde tanımlanabilir¹⁴. Bu tanıma kabul edecek olursak tanımın içeriğinde esasen *“Hükümlünün Nakli”* kurumunu da barındırdığı görülmektedir.¹⁵

¹⁰ Süheyl Donay, “Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler”, İUHFM, C:50, S. 1-4, İstanbul, 1984, s. 239

¹¹ Durmuş Tezcan, “Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu”, AU.SBFD, Ankara, 1983, Cilt:38, Sayı:1-4, s. 159.

¹² Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt 3, İstanbul, 1985, s. 501-502.;Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 3, İstanbul 1997, s. 50.

¹³ Ergin Ergül, Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, Ankara, Yetkin yayınevi, 2003, s. 21

¹⁴ Ahmet Ulutaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ekim 2012, Ankara, s.25

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bu çalışmanın. “Hükümlünün Nakli ile ilişkisi” (III, A)başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

C. Kavramın Adlandırılması Üzerine Bir Tartışma

Kavrama ilişkin tanımlar tahlil edildiğinde, geri verme işlemi, hükümlülerle birlikte sanıkları ve hatta şüphelileri de kapsamaktadır. Dolayısıyla evrensel hukukta suçlunun bir mahkeme kararı ile suçu sabit olan kişi olduğu düşünüldüğünde, bu kavramın hukuki terim olarak yetersiz kaldığı düşünülebilir. Ancak geniş anlamda suçlu deyiminden Türkçe’de anlaşılan “Suç işlemiş, suçlu olan (kimse), kabahatli, mücrim”¹⁶ sıfatlarıdır. Buradan hareketle, esasen kavramın Türkçe bakımından pek karmaşaya yol açmadığını söyleyebiliriz. Fakat dar anlamda, özellikle hukuki terim olarak ele alındığında, şüpheli ve sanık sıfatları bakımından bir ayrıma gitmek gerekir. Çünkü şüpheli ve sanık¹⁷ bir suç şüphesi altında bulunan kimseleri ifade eden sıfatlardır ki bu sığata haiz kişiler masumiyet karinesinden (*presumption of innocence*) yararlanır¹⁸. Bu nedenle “suçluların iadesi” yerine doktrinde bazı yazarlar “devletlerarasında geri verme” ifadesini kullanmaktadır¹⁹.

III. GERİ VERME İLE BAZI KURUMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Hükümlünün Nakli ile İlişkisi

Hükümlünün nakli kavramı; hükümlünün, hakkında hüküm kurulan devlette çekmekte olduğu hürriyeti bağlayıcı cezayı veya cezanın bir kısmını bir başka devlette infazı için nakli olarak tanımlanabilir. Bu husus uluslararası hukukta kabul görmektedir. Bunun temel nedeni ise, hükümlünün kendisini daha iyi hissedebileceği, aile ve sosyal bağlarının bulunduğu bir ortamda cezasını infaz etmesinin hükümlünün ıslahına faydalı olacağı kanaatidir²⁰.

Hükümlünün naklinde, Avrupa Konseyi (A.K.) tarafından hazırlanan 21.03.1983 tarihli “Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi” esas alınırken, 28.05.1970 tarihli “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi” de uygulamada dikkate alınan diğer bir metindir²¹.

Hükümlünün naklinde hükümlünün rızası varken, geri vermede rızası hıfına hareket edilir. Yine hükümlünün naklinde, hükümlünün yargılanması

¹⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50e576ba4a3c33.07861215

¹⁷ 5271 s. CMK 2. Madde, şüpheli ve sanık tanımları.

¹⁸ Atilla Yılmaz, Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 61.

¹⁹ İçel/Donay, Karılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, 199, s. 204.; Mustafa Cin, Suçluların Geri Verilmesi ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Y.L. Tezi, İstanbul, 1996, s. 4.

²⁰ Ulutaş, a.g.e., s.47

²¹ Ergin Ergül, a.g.e., s.107.

ve infazı kabil hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olması gerekirken, geri verme kurumunda, suçlamalara ilişkin soruşturma ve kovuşturma aşamasının bulunması yeterlidir. Bunların yanı sıra hükümlünün nakli insani gerekçelere dayansa da geri verme daha çok kamu düzeni gibi gerekçelere dayanır²². Bu bahsedilenlerden hareketle söyleyebiliriz ki; hükümlünün nakli daha çok sübjektif nedenlere dayanırken, geri verme objektif nedenlere dayanmaktadır.

B. Sınır Dışı Etme ile İlişkisi

Sınır dışı etme ile geri verme kurumlarının her ikisinin de ortak yanı yabancılar için söz konusu olmasıdır²³. Sınır dışı etme işlemi bir yabancıyı zorla sınır dışına çıkarılmasıdır. Sınır dışı etme vatandaşlar gibi kişi dokunulmazlığına sahip yabancıların, kişi dokunulmazlıklarının istisnası²⁴ olan bir kurumdur²⁵. Kişi dokunulmazlığını hukuka uygun olarak sınırlandıran kurumlardan birisi geri verme, diğeri ise sınır dışı etmedir²⁶. Her iki kurum bakımından ortak özellik, ancak yabancıların hakkında uygulama alanı bulmasıdır. Türk Hukuku bakımından, 2004 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle²⁷ yumuşatılmış olmakla birlikte, vatandaşın geri verilmezliği kuralı varlığını sürdürmektedir.

Devletler gerekli gördükleri hallerde yabancıların oturmalarına son verme yetkisine haizlerdir ki bu yetkiye sınır dışı etme yetkisi²⁸ denir. “*Avupa İnsan Hakları Sözleşmesi*”(A.İ.H.S)’nin 4 nolu Ek Protokolü 3. Maddesi, 5683 sayılı Yabancıların ikamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un 19, 20 ve 21, 22. maddelerine, 11 Şubat 1964 tarihli ve 403 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanununun 33. Maddesi ve 5682 Pasaport Kanunu 34. Maddesinde sınır dışı etme kuralından bahsedilmektedir. Bu anlatılan ortak özelliklere rağmen iki kurum arasındaki en belirgin fark sınır dışı etme işleminin bir idari tedbir olarak uygulanmasıdır. Belirtilen düzenlemelerin ortak yönü idareye geniş ölçüde takdir hakkı tanımasıdır, bu nedenle bir idari işlem olarak kullanılan sınır dışı etme işleminde idari işlemin iptali idari yargıdan istenebilir²⁹. Esasen 5237 s. TCK’nın 59. Maddesinde “*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu*

²² Ulutaş, a.g.e., s.49

²³ Ulutaş, a.g.e., s.42.

²⁴ T.C. Anayasası m. 16 “Temel hak ve hürriyetler, Yabancılar için Milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir.”

²⁵ Gülören Tekinalp, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1989, s. 83; Yılmaz Altuğ,, Yabancılar Hukuku Durumu, İstanbul, 1971, s.83.

²⁶ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2008, s. 781.

²⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 781.

²⁸ Rona Aybay, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2007, s.252.

²⁹ Aybay, a.g.e, s.253.

saliverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir” hükmü mevcuttur. Bu hüküm değerlendirildiğinde İçişleri Bakanlığının yani yürütmenin bu hususla ilgili olarak takdir hakkının bulunduğu anlaşılabilir.

İki kurumun farklılıkları ise benzerliklerine göre daha fazladır. Sınır dışı etme ve geri verme kurumları işlem olarak birbirinden farklıdır. Sınır dışı etme bir devletin tek taraflı kararı ile hüküm ifade ettiği halde, geri verme kurumunda iki devletin uyuşmasına, bunun için de bir talebe ve bu talebin kabulüne ihtiyaç vardır³⁰. Ayrıca geri vermede, sınır dışı etmeden farklı olarak bir adli yardım söz konusudur. Sınır dışı etmede ise, sınır dışı eden ülke daha çok kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etmektedir³¹. Yani sınır dışı etme işlemi tek taraflı iken, geri verme en az iki taraflı bir işlem olarak karşımıza çıkar. İki kurum arasında amaçsal farklılık da bulunmaktadır. Sınır dışı etme kurumunda, kamu düzeninin bozulmasını engelleme; geri verme kurumunda ise, düzeni ihlal edilen devlete suçlunun iadesi ile adaletin gerçekleşmesi amaçlanır³².

İki kurumdan herhangi birinin diğerine üstünlüğü veyahut öncelikli olarak uygulanmasına ilişkin bir hukuk normu bulunmamaktadır. Fakat bazı devletler birine öncelik verebilirler. Mesela, Alman Yabancılar Kanununa göre geri verme işlemi sınır dışı etme işlemine göre bir öncelikli olarak uygulama alanı bulur³³.

C. Sığınma ile ilişkisi

Sığınma; siyasi, dini, felsefi düşünceleri, faaliyetleri, bunlarla bağlantılı olarak işledikleri suçlar nedeniyle takibe uğrayan ya da uğrama tehlikesi olan kişilerin yabancı bir devlete veya bulunduğu ülkedeki yabancı ülke temsilciliğine koruma talebinde bulunması olarak tanımlanabilir³⁴.

Sığınmanın hukuksal dayanağı, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası korunması prensibidir³⁵. 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 14.m. ülkesine sığınan devlete ait bir yetki olmaktan çıkarılıp, sığınan kişi için

³⁰ Özgen, a.g.e., s. 32.

³¹ Ergül, a.g.e., s. 22.

³² Ulutaş, a.g.e., s. 42-43.

³³ Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan Erdem/Rifat Murat ÖNOK, Uluslar Arası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.229

³⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.800

³⁵ İzzet Özgenç,, “Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmalar Açısından Türk İade Hukukunun Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1984, s.14

bir hak olarak kabul edilmiştir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında, adi bir suç için sığınma hakkının kabul edilemeyeceği belirtilmektedir³⁶.

Sığınma, ülkesel sığınma ve ülke dışı diplomatik sığınma olarak ikiye ayrılır. Nitelik olarak bu iki sığınma türü arasında fark olmamasına rağmen geri verme kurallarının uygulanması bakımından farklılık vardır. Şöyle ki; ülkesel sığınmada geri verme süreci işletilirken diğerinde zaten isteyen ülkede olacağı için geri verme sürecin uygulanması mümkün değildir³⁷.

Sığınma, geri vermeye engel olduğu gibi sığındığı ülke tarafından da yargılanamamasının gerektiği kabul edilir³⁸.

Sığınma, sınır dışı etme, geri verme kurumları değerlendirildiğinde; bu kurumların birbirlerine karşı üstünlükleri olmamakla beraber, sığınmanın geri vermeyi engelleyebileceği görüşü ağırlıkta olduğundan, sığınan kişi bakımından bir nevi sığınılan ülkenin diplomatik dokunulmazlığı altına alınmış gibi görülebileceği kanısındayız. Özellikle son yıllarda gündemi meşgul eden ve uluslararası alanda “**Snowden Olayı**”³⁹ olarak bilinen vaka’da görüldüğü üzere, sığınma ve geri verme arasında, o anki dünyadaki politik durum ve devletlerin izlediği siyasete göre hukuki manada kurumsal rekabet bulunduğu söylenebilir.

IV. GERİ VERME KURUMUNUN KAYNAKLARI

A. Ulusal Kaynaklar

Geri verme kurumunun ulusal kaynakları anayasalar, ceza yasaları, geri vermeye ilişkin özel yasalar, doktrin ve yargı kararlarıdır

Anayasalarda genel prensiplere yer verilirken, ceza kanunlarında geri vermenin esasları düzenlenir⁴⁰. Bu anlamda, anayasa ve kanunlar, geri verme ku-

³⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin m.14 http://www.unicef.org/Türkey/udhr/_gil7.html

³⁷ Ulutaş, a.g.e, s.41

³⁸ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 3, Beta, İstanbul, 11. Bası, 1994, s.386

³⁹ Fatih SEZGİN, “Edward Snowden Olayı’nın ABD-Rusya İlişkileri Üzerindeki Etkileri” Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi ,ISSN:2148-1415, 2015, “bir CIA ajanıyken, gördüklerini ve yaşadıklarını halka anlatmaya ve ABD’nin izlediği istihbarat yöntemlerini kamuoyunun gözleri önüne sermeye karar veren Snowden, bu kararını uygulamaya geçirmiş ve gecikmeli de olsa 2013 yılı itibarıyla medyaya bilgi sızdırmaya başlamıştır. The Guardian muhabiri Glenn Greenwald’a ABD’nin istihbarat yöntemleri hakkında bilgi vermiştir. Hong Kong’a giderek ABD’yi terk etmiştir. Tam da bu noktada diplomatik hareketlilik başlamıştır Gelinen nokta itibarıyla şuan Snowden Rusya’dan sığınma almış ve Rusya’da yaşamaktadır.”

⁴⁰ Özgen, a.g.e., s. 13.

rumunun en önemli kaynaklarından. Geri verme sonucu hükmedilen ceza kişisel özgürlükleri sınırladığından, devletler ulusal hukuk metinlerinde geri verme kurumunu yasalarda düzenlemeyi tercih etmektedir⁴¹.

765 s. TCK'da olduğu gibi, 5237 s. TCK'da da sadece Türkiye'den geri verme talebinde bulunulmasına ilişkin uluslararası anlaşmalarla uyumlu hükümler yer almaktadır. Buna karşılık Türkiye'nin başka bir devletten geri verme talebine ilişkin olarak 5237 s. TCK'da hüküm bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, 5237 s.TCK'nın geri vermeye ilişkin hükümleri genel ve tamamlayıcı niteliktedir. Burada amaçlanan, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda çatışma yaşanmamasıdır. Çünkü uluslararası anlaşmalarda geri verme kurumuna ilişkin olarak ayrıntılı hükümler yer almaktadır⁴². Ayrıca ulusal kaynaklar arasında, diğer yasalarda geriverme ile ilgili doğrudan veya dolaylı bir takım düzenlemeler mevcuttur⁴³.

B. Uluslararası Kaynaklar

Kurumun uluslararası kaynakları ise, uluslararası anlaşmalar, örf ve adet kuralları ile karşılıklılık⁴⁴ ilkesidir. Türkiye bakımından suçluların geri verilmesine dair kaynaklar; devletlerle yapılmış ikili anlaşmalar, SİDAS (Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi), SİDAS'a Ek 2 nolu Protokol ve Uyuşturucu Maddeler, Kara Para Aklama, Sınır Aşan Örgütlü Suçlar, Yolsuzluk ve Terörizmle Mücadele bağlamında uluslararası kuruluşlar bünyesinde hazırlanan çok taraflı bazı sözleşmelerdeki geri vermeye dair hükümler olarak anılabilir. Bunların yanı sıra "*İade et ya da yargıla*"⁴⁵ (Aut dedere Aut Judicare) prensibi uluslararası kaynaklar arasında gösterilebilir. Eğer bir suçla itham edilen kişi iadesi istenen devlet tarafından yeterli koşul olmadığından verilmek istenmediği takdirde, bu devlet iadesini reddettiği şahsı kendisi yargılamalıdır⁴⁶.

Geri vermenin uluslararası anlaşmalarda düzenlenmesi insan hakları se-

⁴¹ İçel, Donay, a.g.e., s. 225.

⁴² Özgenç, Genel Hükümler, s. 795.

⁴³ Sedat Bakıcı/ Nazif Kaçak, Ceza ve Yargılama Usulüne ilişkin Temel Kanunlar, Ankara, 1997 s.277.

⁴⁴ Doktrinde mütekabiliyet terimi de kullanılmaktadır

⁴⁵ Bu prensibine göre, bir suçla itham edilen kişi başka bir ülkede yargılandığında, o kişiyi geri verme sözleşmesine göre talepte bulunulan devlet yeterli koşul olmadığından vermek istemediği takdirde, bu devlet o şahsı mutlaka kendi yargılamalıdır.

⁴⁶ Mehmet Kömürcü/ Yusuf Çalışkan, "Suçluların İadesinin Uluslararası Hukukta Düzenlenişi ve Siyasi Suç İstisnasının Terörizmle Mücadeledeki Rolü", Ankara Barosu dergisi, 1999-1, Cilt:6, s. 80.

viyesini yükselten, uygulamada birliği sağlayan bir durumdur⁴⁷. Öte yandan uygulamada ikili uluslararası anlaşmalar olmaksızın suçluların iadesinin yapılabildiği görülmektedir. Bu şekilde Türkiye'den Fransa'ya bir iade yapıldığı gibi, Tunus'ta bulunan bir şahsın Türkiye ile Tunus arasında herhangi bir anlaşma olmamasına rağmen karşılıklılık ve uluslararası nezaket gereği iade yoluna gidildiği görülmüştür⁴⁸. Yine bu konuya ilişkin AİHM'nin Almanya/AlMoayad⁴⁹ kararında iki ülke arasında anlaşma olmadan işbirliğine dayalı olarak geri verme amacı ile tutuklama yapılması işlemini AİHS'nin 5. Maddesine aykırı saymadığı bilinmektedir.

C. Kaynakların Birbiri ile İlişkisi

Geri verme bir yandan uluslararası nitelik arz ederken diğer yandan talepte bulunulan devlet bakımından iç hukuk meselesine dönüşür. Zira talep edilen şahsın hürriyet ve güvenliğini almak için bir takım hukuki düzenlemelere, tedbirlere ihtiyaç duyulur⁵⁰. Bu durum uluslararası kaynaklar ile iç kaynakların birbirlerini etkilemesine sebep olur.

Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrası uyarınca, “*usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa mahkemesine başvurulamaz*”. Bu düzenlemedeki amaç, anlaşmaların yürürlüğe girmesinden sonra, anayasaya aykırılık sebebiyle iptali halinde devletin uluslararası yükümlülüklerine uymaması tehlikesinin bertaraf edilmesidir⁵¹.

Karşımıza onaylanan uluslararası anlaşma ve ulusal hukuk arasında çıkan anlaşma-kanun çatışması, anlaşma veya kanunda yapılan değişiklik sonrası hangi maddenin geçerli olacağı durumu, anlaşmanın taraf devletin iç hukukuna yaptığı atıf sonucu ortaya çıkan çatışma gibi sorunlar çıkmaktadır.

Devletlerin imzaladıkları sözleşmeler ile ulusal hukuka aykırı olsa dahi, bir taahhütte bulduklarından ve devletler hukukunda ahde vefa ilkesi önemli rol oynadığından, öte yandan ülkemiz açısından ise Anayasa m.90/son f. gereğince⁵² devletler bu sözleşmelere uygun hareket etmelidir.

⁴⁷ Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, 1953 ., s. 234.

⁴⁸ Ulutaş, a.g.e., s.55

⁴⁹ Bu noktadan hareketle AİHM kararlarının uluslar arası kaynaklar arasında sayılması gerekebilir ancak çalışma sırasında taranan kaynaklarda AİHM kararlarının kaynak olarak gösterilmediği dikkate alındığında biz de sadece değinmekle yetineceğiz., Ulutaş s.53.

⁵⁰ Ulutaş., a.g.e., s. 57

⁵¹ İçel/ Donay, a.g.e., s. 209,

⁵² Anayasa m. 90,son fıkra (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.): “Usulüne göre yürürlüğe

Anlaşma ile bir anayasa hükmü çatıştığı takdirde, normlar hiyerarşisinde anlaşma anayasanın altında bulunduğundan, anayasa uygulanacaktır. Zaten mahkemelerin anayasaya aykırı bir kanunu uygulaması söz konusu olamaz⁵³.

Diğer taraftan SİDAS madde 2/3-4-5 fıkralarında bulunan hükümlere göre iç hukuk kurallarına üstünlük tanınacağı anlamı çıkmaktadır. Bir devlet ile yapılan iade anlaşması buna ek olarak SİDAS, her halükarda, 5237 s. TCK'nın 18. Maddesine göre özel düzenlemeler statüsündedir. Esas itibarıyla TCK'nın 18. maddesi Türkiye ile arasında iade anlaşması bulunmayan devletlerarasında uygulama sahası bulacaktır.⁵⁴

V. GERİ VERME KURUMUNUN TARİHÇESİ

Günümüzdeki manasıyla geri verme kurumu, yeni bir kurum olmasına rağmen, buna ters orantılı olarak kurumun geçmişi köklüdür. Günümüz geri verme hukukunun temelleri, Fransız İhtilali ile atılmış ve günümüz itibarıyla insan hakları temelinde gelişmeye devam etmektedir.

A. İlk Dönem

Asurlular ile Etiler arasında M.Ö. 1294'te yapılan Kadeş Savaşı sonrası Kadeş anlaşması olarak bilinen tarihin en eski yazılı anlaşması yapılmıştır. Bu yazılı anlaşmada geri vermeye ilişkin hükümler⁵⁵ bulunmaktadır. Bu anlaşma ilk örnek olarak gösterilmektedir.

Ortaçağda yönetenin veya yönetici kesimin Tanrı'nın otoritesinin yeryüzündeki temsilcisi olarak kabulü, siyasi dini otorite kaynaşması suçların şiddetle cezalandırılmasına ve failerin geri verilmelerine yol açmıştır⁵⁶.

konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve Özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”.

⁵³ İçel/Donay, a.g.e., s. 209.; Özgen, a.g.e., s. 16.

⁵⁴ Doktrinde bu durumun iç hukuk kurallarının SİDAS'tan üstün olabileceği fikrini oluşturmuştur., Ulutaş, a.g.e., s.59

⁵⁵ Kadeş anlaşmasındaki ilgili hüküm şu şekildedir; “Eger siyasi suç nedeniyle Mısır ülkesinden Haiti ülkesine ve Haiti Ülkesinden Mısır ülkesine kaçan siyasi suçlular olursa birbirlerine geri verilecektir. Bunlar şiddetli cezalandırılmayacaklar, çocuklarının gözlerinden yaş akıtılmayacaktır”

⁵⁶ Özgen, a.g.e., s. 19

B. 19. Yüzyılda Durum

Geri verme kurumu esas şeklini ve kurallarını 19. yy.da bulmuştur⁵⁷. İlk dönemlerde adi suçluların geri verilmesi önemsenmez ve gerçekleşmezdi. Çünkü adi suçlar devletin işleyişine, siyasal yapısına zarar vermemekte, sadece kişisel mağduriyet söz konusu olmaktaydı. 18. yy. sonlarına kadar politik düzene karşı çıkanların geri verilmesi üzerine bir geri verme kurumu inşa edilmiş ve 18. yy. ile başlayan halk hareketleri sonucu bu akım tersine dönmeye başlamıştır⁵⁸.

Tam manasıyla geri verme anlaşmaları 19. yy. itibariyle görünmeye başlamıştır. Devlet kavramının ortaya çıkışı, barış ortamının getirdiği ülke sınırları arasında rahat geçiş imkânı, motorun icadı ve organize suçluluk gibi hususlar⁵⁹ suç şüphesi altında bulunan kişilerin kaçışını kolaylaştırmış ve kurumun çıkışını hızlandırmıştır.

Batı Avrupa'da ilk anlaşma İngiltere ile Fransa arasındadır. Çok taraflı anlaşmaya ilk örnek ise "Treaty of Amiens" adı ile 1802 yılında belli suçlar için (adam öldürme - dolandırıcılık - hileli iflas) İngiltere-Fransa-İspanya-Hollanda arasında kabul edilen, savaşlar nedeniyle pek uygulanamayan ve tarafları az sayıda olan bir genel anlaşma örneğidir⁶⁰.

Siyasi suçluların geri verilmesiyle ilgili 1793 tarihli ilk metin Amerika'dadır⁶¹. Bu konuyu 1833 yılında ilk kez bir kanun kapsamında düzenleyen devlet Belçika'dır. 20. yy. da ise geri verme SİDAS ve daha sonra 1981'de "Amerikan Uluslararası Geri Verme Sözleşmesi" gibi sözleşmelerin ortaya çıkmasıyla devletler açısından bir yükümlülük haline gelmiştir.

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü 1880 tarihinde Oxford'da suçluların geri verilmesine dair genel ilkeleri içeren bir projeyi kabul etti⁶². 1880'lerden itibaren 1. Dünya savaşına kadar Alman Hukukçuları, Milletlerarası Hukuk Enstitüsü, Milletlerarası Ceza Hukuku Birliği geri verme kurumunun genel bir anlaşma kapsamında var olması için çeşitli kongre ve konferanslar düzenledi. 1. Dünya savaşı sonrası dağılan bu birliklerden sonra 1924 yılında Paris'te Milletlerarası Ceza Hukuku Cemiyeti kurulmuş ve kongrelerle bu amaca ulaşmaya çalıştı. 19. yüzyıl sonlarına doğru ikili anlaşmalar yetersiz kaldı ve uluslararası top-

⁵⁷ Dönmezer/ Erman, a.g.e. 1997, cilt:3, s. 503.

⁵⁸ Altun, a.g.e., s. 14.

⁵⁹ İçel, a.g.m., "Suçluların Geri Verilmesi...", s.698.

⁶⁰ Özgen, a.g.e., s. 25.

⁶¹ Altun, a.g.e., s. 15.

⁶² Altun, a.g.e., s. 17. Altun, a.g.e., s. 115'ten Sadri Maksudi Arsal: Türk Tarihi ve Hukuk, C. I., İstanbul, 1947,s..218.

lantılarda genel bir anlaşma ihtiyacı dile getirildi. 1866'da Billiot tarafından yargılama ve af konusunda da hükümlere yer verilmiştir⁶³. Bunların akabinde SİDAS imzalanış ve Ek 2 nolu Protokol'ün 8.5.1991 gün ve 3732 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş olup, metni 25.9.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak geri verme kurumunda sıklıkla başvuru bir metin oluşturulmuştur.

C. Türk Hukukunda Durum

1. Genel Olarak

Türk hukuk tarihinde geri verme ile ilgili Osmanlı öncesi kaynaklara ulaşma olanağı mümkün görünmemektedir⁶⁴. Gerçi eski dönemlerde M.Ö. 47 yılında Hunlularla Çinliler arasında yapılan anlaşmanın 1. maddesinde, her iki devletin de karşılıklı olarak, karşı devlet uyruklarınca gerçekleştirilen hukuk dışı eylemleri birbirine bildireceği, bu eylemleri gerçekleştirenlerin cezalandırılacağı ve zararında karşılanacağı kural altına alınmakta⁶⁵ fakat örnek bulunmamaktadır. Bu sebeple bu bölümde Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyeti konu başlıklarını inceleyeceğiz.

2. Osmanlı'daki Durum

İslam hukuku kuralları bütün Müslümanlar⁶⁶ için geçerlidir ve Müslümanlar ülke dışında⁶⁷ olsalar dahi bu hükümlere tabidirler⁶⁸. Osmanlı Devleti'nde de İslam hukuku geçerliydi⁶⁹. Osmanlılar genelde iyi ilişkiler içinde olduğu devletlerin geri verme taleplerini kabul etmişlerdir⁷⁰. Osmanlı tarihindeki en önemli geri verme örneği⁷¹ Cem Sultan'ın Papa ve Rodos yönetiminden geri istenmesidir⁷². Osmanlılar dostluk ilişkilerini kıstas almış gibi gözükseler de, genelde geri verme işlemlerini bir anlaşmaya tabi tutmaya çalışmışlardır ve

⁶³ Ergül, a.g.e., s. 29.

⁶⁴ Özgen, a.g.e., s. 21

⁶⁵ Altun, a.g.e., s. 115; Sadri Maksudi Arsal, a.g.m.,s.218.

⁶⁶ Ali Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Selim Kitapevi, s.539

⁶⁷ Ayrıca İslam Ceza hukuku "hakimiyet" prensibine dayanır. Hakimiyet ilkesi: "Ülke dâhilinde bir suç işleyen yabancı hakkında yerel hukukun uygulanmasıdır."Bkz. a.e s.162

⁶⁸ İçel, a.g.m., s. 700.

⁶⁹ Özgen, a.g.e., s. 21.

⁷⁰ İçel, a.g.m., s. 700.

⁷¹ "Osmanlıda iyi ilişkilerin varlığı durumunda, suç işleyip Osmanlıya kaçanlar, geri verme talep eden devlete iade edilirdi. Siyasi suçluların iade edilmemesi ise Osmanlılarda prensiptir."ilgili bölüm için bkz.;İçel, "Suçluların Geri Verilmesi...", s. 701.

⁷² Macit Günay,Tebaanın İadesi Meselesi, İzmir Barosu Dergisi, Haziran 1956, s.13,

bu daha çok barış anlaşmalarında uygulama alanı bulmuştur⁷³. Osmanlıların son dönemlerinde kapitülasyonlar nedeniyle Türk yargısının yetkileri yabancılar tarafından sınırlandırılmış ve böylece geri verme kurumu işletilememiştir. Çünkü kapitülasyonların verdiği ayrıcalıklarla yabancı devletler Osmanlı üzerinde kendi devleti üzerindeki gibi yargılama yapabilmekte ve yabancı kişilere verilen cezaları kendi cezaevlerinde yerine getirebilmekteydiler⁷⁴.

Yabancı devletlere tanınan kapitülasyonlarla Türk mahkemelerinin yetkisi geniş ölçüde sınırlandırılmıştı. Kapitülasyonlardan yararlanan devletler, olay bir Türk ile ilgili değil ise, fiil Osmanlı veyahut yabancı devlet topraklarında işlense dahi yargılama hakkına sahipti. Bundan dolayı suçluların geri verilmesinde herhangi bir zorlukla karşılaşılmıyordu.

3. Türkiye Cumhuriyetinde Durum

Hem mülga 765 sayılı TCK'nın 9. Maddesi, 5237 sayılı TCK'nın 18. Maddesi ve hem de imzalanan uluslararası anlaşmalarla geri verme kurumu Türkiye'de düzenlenmiştir. Ayrıca SİDAS ve ek protokollerine Türkiye taraftır.

VI. GERİ VERME USULU

A. Geri Verme Talep Eden Devletçe Yapılacak İşlemler

1. Genel Olarak

Geri verme kurumunun, ceza hukuku, ceza yargılama hukuku, anayasa hukuku ve uluslararası hukuk ile bağlantısı vardır. Geri verme yargılamasında, ceza yargılaması anlamında bir soruşturma ve kovuşturma yapılmamakta; suç şüphesi ile ilgili bir soruşturma yürütülmemektedir. Geri verme yargılamasında yapılan değerlendirme gerek iç hukukta ve gerekse uluslararası hukukta geri verme için öngörülen şekli ve maddi koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinden ibarettir⁷⁵. Geri verme usulünün amacı, ceza hukuku alanındaki uluslararası işbirliğinde yasal işlemleri basit hale getirmek, süratli ve etkin bir şekilde sonuca ulaşmayı sağlamaktır. Bu amaca ulaşmak için geri verme konusunda takip edilecek usul ise, geri vermeyi isteyen devletle, kendisinden geri verme talep edilen devlet tarafından yapılacak işlemler bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

⁷³ Özgen, a.g.e., s. 22.

⁷⁴ "Bir yabancı ile bir Türkün davası ise muhakkak tercüman huzurunda görülürdü.". Bkz.:İçel, a.g.m., s. 700.

⁷⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 279

2. Geri Verme Talepnamesi Düzenlenmesi

a. Genel Olarak

Geri verme isteminde bulunan devlet tarafından yapılacak işlemlerden ilki bir talepname hazırlanmasıdır. İstemde bulunulan devlete gönderilen *“talep-name”*; *“sanık veya mahkûm şahsı takip veya cezasını infaz edecek devlet tarafından, bu şahsın ülkesinde bulunduğu devlete verilen ve söz konusu şahsın kendisine teslimi istemini kapsayan yazılı bir belgedir”*⁷⁶.

Talepnamede genellikle, istenilen şahsın kimliği ve fiziksel görünümü, atılı olunan suçun türü ve niteliği, suça uygulanacak olan kanun ve maddesi, bu kanun maddesine göre suçun ne kadar cezayı gerektirdiği, delillerin özeti yer aldığı gibi, kişi hakkında çıkarılmış tutuklama müzekkeresi örneği, kişi mahkûm ise mahkûmiyet ilamı, hükmün dayandığı kanun maddeleri ve hükmün infazı gereğini gösteren belgeler talepnameye eklenir. Mümkün ise fotoğraf da talepnameye ilave edilir⁷⁷.

b. Geri Verme Talebinde Bulunulması

Geri verme talebinde bulunacak devlet, suç işlediğini iddia ettiği kişinin kendi ülkesinde yargılanmasını gerekli gören devlettir. Bu talebin sanık veya mahkûmun o sırada bulunduğu devlete yapılması gerekir. Talepname hazırlandığı sırada geri verilecek kişinin ya hakkında bir kovuşturma ya da yerine getirilmesi gereken bir ceza bulunması zorunludur. Hakkında henüz kolluk kuvvetleri (adli kolluk) tarafından araştırma yapılan kişilerle ilgili ya da işlenen suçun ceza yasalarında ihlal ettiği kurallar belirsiz iken talepname hazırlanması olanaksızdır. Hatta bir düşünceye göre, talepname hazırlandığı sırada kişi hakkında en azından kamu davası açılmış ve ceza muhakemesi kanununa göre sanık hakkında bir tutuklama müzekkeresi kesilmiş olmalıdır⁷⁸. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira savcılık makamınca 5271 sayılı CMK uyarınca basit şüphe ile soruşturmaya başlanılsa bile her soruşturmanın basit şüphe ile başlamadığı bilinmektedir. Bu nedenle, en azından talep edilen devletin takdir hakkını etkileyecek olan yeterli veya kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların, tutuklama müzekkeresi gibi, talepnameye eklenerek geri verme kurumu işletilebilir, kaldı ki buna engel bir düzenleme, sözleşme mevcut değildir. Fakat uygulamada vicahi veya

⁷⁶ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara, 2007, s. 359.

⁷⁷ Taner, a.g.e., s.244.

⁷⁸ Altun, a.g.e., s. 86.

en azından CMK 248/5 uyarınca gıyabi bir tutuklama müzekkeresi gerektiği görülmektedir.⁷⁹

c. Talepnameye Eklenecek Belgeler

Türk hukukunda talepten içeriği ve buna eklenecek belgeler hakkında ne ceza kanunları ne de ceza muhakemesi kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık SİDAS m. 12/2'ye göre talepnameye;

A) Geri verme talebinde bulunan devletin kanunlarına uygun bir biçimde verilmiş ve infaz kabiliyetine sahip bir mahkûmiyet hükmünün, tutuklama kararının veya yakalama emrinin ya da aynı güce sahip diğer bir kararın aslı veya onaylı örneği,

B) Geri verme talebinin sebebini oluşturan fiilleri açıklayan bir belge; bu belgede fiillerin işleme yer ve zamanını, hukuki nitelendirmesi ve uygulanacak kanuni hükümler açık bir şekilde gösterilecektir.

C) Uygulanabilecek kanun metinlerinin bir örneği ve ayrıca geri verilmesi istenen kişinin mümkün olduğu kadar açık fiziki kimliği ile vatandaşlığını ve kimliğini belirlemeye yarayacak diğer bilgiler eklenecektir.

Talepnamede yer alan bilgi ve belgeler talepte bulunulan devletin karar verebilmesi için yeterli görülmezse, talep eden devletten ek bilgi ve açıklamalar istenebilir. SİDAS m.13'te "Eğer talep edilen devlet talepnamedeki bilgileri ve ekli belgeleri karar vermek için yetersiz bulursa, talep eden devletten gerektiğinde uygun bir süre vererek ek bilgi isteyebilecektir" denilmektedir. Bu bilgilerin ne kadar süre zarfında tamamlanması gerektiğini, tamamlayıcı bilgi isteyen devlet isteminde belirleyecektir⁸⁰.

d. Talepname Evrakının Dili

Genellikle talepten hangi dilde düzenleneceği konusunda anlaşmalara hüküm konulmaktadır. SİDAS m.23'e göre, talepname ve ona eklenecek diğer bilgiler, talepte bulunan veya talepte bulunulan devletin diline göre hazırlanacaktır. Ancak, geri verme talep edilen devlet, bu belgelerle ilgili olarak,

⁷⁹ **Madde 248 - (1)** Kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Elkoyma ve kayyım atama kararı müdafine bildirilir. (5) Kaçak hakkında 100 üncü ve sonraki Maddeler gereğince, sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilir. Ayrıca bkz s.21, Paragraf 2

⁸⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenedünya, a.g.e. s . 359.; Ergül, a.g.e., s. 68.; Bu husus SİDAS m. 12 f. 2 ve m. 13'de belirtilmiştir.

“Avrupa konseyinin resmi dillerinden (İngilizce ve Fransızca) seçeceği birisine yapılmış bir tercüme talep edebilir⁸¹”.

Uygulamada talep eden devlet talepnameyi ve ekli belgeleri kendi dilinde ve Türkçe tercümesiyle birlikte göndermekte, bazen de kendi dilinde ya da İngilizce veya Fransızca tercümesiyle göndermektedir⁸².

3. Geri Verme Talepnamesinin Gönderilme Usulü

Geri verme, niteliği itibarıyla iki devletin birbirleriyle temasa geçmesini gerektiren diplomatik bir işlemdir. Belli bir suçtan şüpheli olan birini soruşturmak, sanık olan kimseyi kovuşturmak ya da cezasını infaz etmek yetkisinde bulunan devlet, suçlunun ülkesinde bulunduğu devletten yazılı bir istemde bulunacaktır. Bu istem kural olarak, diplomatik yoldan yapılır⁸³. Nitekim SİDAS m. 12/1’de geri verme talebinin yazılı ve diplomatik yoldan yapılacağı belirtildikten sonra *“iki veya daha fazla taraflar arasında doğrudan doğruya anlaşma suretiyle diğer bir talep şekli tespit edilebilir”* denmektedir. Böylece sözleşme geri verme konusunda taraf devletlere diplomatik yollar dışında başka imkânlar tanıdığı bulunmaktadır. Ancak 1978 tarihli SİDAS’a Ek 1 Nolu Protokol m.5, m. 12/1’i değiştirerek⁸⁴; *“geri verme talebi, talebeden taraf Adalet Bakanlığınca yazılı olarak talep edilen taraf Adalet Bakanlığına hitaben yapılacaktır”* demiştir. Böylece Adalet Bakanlıkları arasında müracaat usulü⁸⁵ kabul olunmuş olup, Avrupa Konseyine dâhil devletler arasında geri vermenin kural olarak bir diplomasi işlemi olmadığı vurgulanmıştır⁸⁶. Ancak Türkiye, SİDAS’a Ek 1 nolu protokol m. 5 bakımından çekince koymuş bulunduğu için, koymuş olduğu çekinceye göre geri verme işlemi diplomasi çerçevesinde cereyan edecektir⁸⁷.

Yukarıda da belirtildiği gibi talepnamenin teslimi usulünde kural diplomasi yoludur. Söz konusu talepname ilgili ülkelere diplomatik kanal olan Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla ya da polisiye kanal olan Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı (*International Criminal Police Organization-Interpol*)⁸⁸ kanalıyla gönderil-

⁸¹ Artuk/ Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 359.

⁸² Ergül, a.g.e., s. 68.

⁸³ İçel/Donay, a.g.e., s. 240.; İzzet Özgenç, Türkiye’nin Taraf Olduğu Anlaşmalar Açısından Türk İade Hukukunun Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1984, s. 118.; Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s. 358.

⁸⁴ Ergül, a.g.e., s. 97.

⁸⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 824.

⁸⁶ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 358.

⁸⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 824; Ergül, a.g.e., s. 67.

⁸⁸ “Interpol-Europol-Sirene (IES) Department, with its motto “For fighting against international crime and criminals; co-ordination at home, co-operation in the world”, has been actively

mektedir. Talepte bulunulan devlet, Dışişleri Bakanlığı yoluyla, şüpheli, sanık veya mahkûmun ülkesinde bulunduğu devletin Dışişleri Bakanlığına talepname-
mesini teslim eder. Bu işi diploması memurları yapar, yani istem, talepte bulun-
nan devletin elçiliği tarafından talepname istenilen devletin Dışişleri Bakanlı-
ğına tevdi edilir. Genellikle diploması memurunun bulunmaması durumunda
konsolos vasıtasıyla da teslimin yapılabileceği kabul edilmektedir⁸⁹. Geri ver-
me evrakının diplomatik yoldan önce Dışişleri Bakanlığına sonra da ilgili Bü-
yükelçiliğimize oradan da ilgili ülke Dışişleri Bakanlığına ve daha sonra yetkili
Adalet Bakanlığına ya da Başsavcılığına iletilmesi durumunda, posta yoluyla
evrakın iletilmesinde büyük zaman kaybına, bazen de evrakın yetkili yabancı
ülke makamına geç ulaşmasına yol açtığı bilinmektedir⁹⁰. Kanımızca SİDAS'a Ek
1 Nolu Protokolün m.5'e konan çekince kaldırılarak bu kırtasyeden kurtulmak
mümkündür.

Genellikle kabul edilen usul diploması yolu olmakla beraber bu kuralın bazı
istisnalarına da rastlanılmaktadır. Bazı sözleşmelerde, adli makamların doğru-
dan doğruya ilişkiye geçerek geri vermeyi gerçekleştirebileceklerine dair hü-
kümler bulunmaktadır⁹¹.

4. Geri Verme Talebinin Geri Alınması

Geri verme isteminde bulunan devlet, bu istemini her zaman geri almak
yetki ve imkânına sahiptir⁹². İstemde bulunulan devlet talepname hakkında bir
karar vermeden önce, hukuki sebeplerle, örneğin suçun genel affa uğradığının
anlaşılması halinde, talepname geri alınabilir. Buna karşılık, geri verme iste-
minin kabulünden sonra talepten vazgeçilmesi mümkün olmamakla beraber
isteyen devlet bu kişiyi teslim almakla yükümlü olur⁹³.

SİDAS'ta konuyla ilgili düzenleme yer almamakla birlikte, doktrinde; talep-
te bulunulan devlet konuyla ilgili bir karar vermeden önce talepnamenin geri
alınabileceği, buna karşılık geri verme isteminin kabulü halinde ise artık iste-
mden vazgeçmenin değil, geri verilen kişi hakkında ceza kovuşturmasından
vazgeçmenin söz konusu olduğu belirtilmiştir⁹⁴. Doktrinde belirtilen nokta;

and closely working with international police cooperation organizations and other countries
since its membership to the International Criminal Police Commission-INTERPOL in 1930.”
www.egm.gov.tr/icerik_detay.aspx?id=164

⁸⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 360; Özgen, a.g.e., s. 123.

⁹⁰ Ergül, a.g.e. s. 67.

⁹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 824.

⁹² Özgen, a.g.e. s. 126.;

⁹³ Özgen a.g.e. s. 125

⁹⁴ Özgen, a.g.a s. 125.; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 361.; Oktay Erdoğan, infaz Hukuku,

“talepnamenin tevdiinden sonra, her ne sebeple olursa olsun, şahsi takipten vazgeçmiş bir devleti, takip etmeyeceği kimseyi teslim almaya icbar etmenin bir faydası olmadığı gibi bunun talebe konu olan kişi bakımından da doğuracağı mahzurlar ortadadır”⁹⁵. denilmektedir.

5. Geri Verme Teklifi

Geri verme süreci sadece geri verme talebinde bulunan devlet tarafından harekete geçirilmez. Suç işleyen şahsın ülkesine kaçtığı devlet tarafından da, onu kovuşturup cezalandırmaya yetkili devlete başvurularak, şahsın talepname yollanarak kendisinden istenmesi teklif olunabilir⁹⁶. Başka bir deyişle, suçlunun kendi toprağında bulunduğundan haberdar olan devlet süreci harekete geçirebilir.

5237 sayılı TCK m.18’de bu konuda düzenleme bulunmadığı gibi, geri verme işlemlerinin başlaması, yabancı ülkenin talebine bağlı tutulmuştur. Ancak 5237 s. TCK m.12/3’e göre, bir yabancının yurt dışında yine bir yabancıya karşı işlemiş bulunduğu suçtan dolayı Türkiye’de yargılanabilmesi için aranan şartlardan birisini *“geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin hükümeti tarafından kabul edilmemiş olması”* oluşturmaktadır. Bu düzenleme ile Türkiye’nin suçun işlendiği ülke devletine geri verme talebinde bulunmasını teklif edebileceği kabul edilmiştir⁹⁷. Yani TCK’nın bu usule cevaz verdiği anlaşılmaktadır. Bazı yazarlara göre ise⁹⁸ burada geri verme isteminde bulunan devlet ile istenilen devlet birleşmiştir.

B. Geri Verme Talep Eden Devletin Türkiye Olması (Aktif Geri Verme)

1. Genel Olarak

Ülkemizde yargılanan veya mahkûm edilmiş bulunan bir kişinin yurt dışında belli bir ülkeye kaçtığı tespit edilirse, geri verme evrakı düzenlenip doğrudan bulunduğu ülkeden geri verilmesi istenebilir. Şöyle ki; suçun işlendiği yer cumhuriyet savcılığı talepnamele yer alacak bilgileri içeren bir dosya düzenleyerek Adalet Bakanlığı’na yollayacaktır. Yetkili savcılığının ilettiği geri verme evrakı ve tercümesi Adalet Bakanlığı *“Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü”*nde görevli tetkik hakimleri tarafından ilgili sözleşmeye uygunluk

İstanbul, 2008, s. 302.

⁹⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenedünya, a.g.e., s. 361.

⁹⁶ İçel/ Donay, a.g.e. s. 244-245.; Artuk/ Gökçen/ Yenedünya, a.g.e., s. 360.

⁹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 829

⁹⁸ İçel/Donay, a.g.e., s, 231.

yönünden incelenir. Geri verme talepnamesinde eksiklik varsa iade edilerek eksikliklerin tamamlanması yoluna gidilir. Eksiklik bulunmaz ise veya tamamlandıktan sonra Dışişleri Bakanlığı (Konsolosluk Genel Müdürlüğü) ve İçişleri Bakanlığı (Emniyet Genel Müdürlüğü) dağıtımlı bir yazıyla, geri verme evrakı ve ekleri iletilerek şüpheli/sanık ya da hükümlünün bulunduğu ülke ile Türkiye arasında yürürlükte bulunan çok taraflı ya da iki taraflı sözleşmenin hükümlerine göre, kişinin Türkiye'ye geri verilmesi konusunda gereğinin yapılması ve işlemlerin sonucundan bilgi verilmesi talep edilir⁹⁹. Burada herhangi bir gecikmeye mahal vermemek amacıyla İçişleri Bakanlığı evrakın aslının diplomatik yoldan iletileceğini bildirmek suretiyle, kırmızı bülten çıkıncaya kadar difüzyon mesajı yayımlanmasını sağlar. Bu sayede Interpol kanalıyla ilgili ülke makamlarından kişinin arattırılmasına başlanmış olur.

Geri verme evrakı gönderilmeden önce Dışişleri Bakanlığı'nca bir de siyasi açıdan incelenir. Bu incelemeden sonra, talepname ilgili sözleşmelerde öngörülen kanaldan ilgili yabancı devlet adli makamına ulaştırılacaktır¹⁰⁰. Geri verme evrakını alan yabancı ülke adli makama kendi mevzuatına göre gerekli kararı verir. Tüm bu aşamalardaki gelişmeler ve olabilecek ek bilgi ve belge talepleri hem Interpol kanalıyla İçişleri Bakanlığınca, hem de diplomatik kanaldan Dışişleri Bakanlığınca, Adalet Bakanlığına iletilir¹⁰¹.

2. Aktif Geri Vermede Geçici Tutuklama Talebi

SİDAS m. 16'ya göre, Interpol aracılığıyla¹⁰², kişinin geri verilmesinin isteneceği belirtilerek, açık kimliği, isnad olunan suçun ne zaman, nerede ve hangi surette işlendiği, hakkında çıkarılan tutuklamam müzekkeresinin tarihi, sayısı ve çıkarılan adli makam ve davanın zamanaşımın uğrayacağı tarih, kişi hükümlü ise mahkûmiyet kararını veren mahkeme, kararın tarihi ve sayısı, hükmedilen ceza, şahsın tutuklu veya hükümlü olarak cezaevinde kaldığı süre, bakiye infazı gereken ceza miktarı, cezanın zamanaşımına uğrayacağı tarih eksiksiz olarak bildirilerek mevcutsa fotoğraf ve parmak izi fişi ile birlikte gönderilmek suretiyle geri verme amacıyla geçici tutuklanması istenebilir.

Aynı zamanda SİDAS m.12/2'de yukarıda bahsedilen talepnameye eklenecek belgeler tek tek belirtilmiştir. Ancak burada uygulamada dikkat edilmesi

⁹⁹ Ergül, a.g.e., s. 71.

¹⁰⁰ Cin, a.g.e., s. 134.; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e. s. 360.; Özgen, a.g.e., s. 122.

¹⁰¹ Ergül, a.g.e., s.72.

¹⁰² Aynı maddenin 3. fıkrasında muvakkat tevkif talebinin diplomatik yoldan yapılabileceği gibi doğrudan doğruya posta veya telgraf yoluyla veya Milletlerarası cinai polis teşkilatı (INTERPOL) veya diğer bir yolla yapılabileceği hükme bağlanmıştır

gereken bir husus vardır. Geri verilmesi talep edilen kişi hakkında yakalama emri ya da tutuklama kararı çıkarılmış olması şartı bulunmaktadır. Buna göre, geri verilmesi talep edilen kişi hakkında yakalama emri veya tutuklama kararı çıkarılmamış ise geri verme mümkün olmayacaktır. Ayrıca burada kastedilen CMK m.100 ve CMK m. 248/5 uyarınca verilmiş bir tutuklama kararıdır. CMK m.98 gereğince savunmanın tespiti amacıyla düzenlenmiş olan yakalama emri, SİDAS m.12'ye göre, geri vermeyi sağlamak için yeterli bulunmamaktadır¹⁰³. Bu şekilde aranan kişilerin geri verilmeleri talep edilemez, bunun yerine buldukları ülke makamlarınca savunmalarının istinabe yoluyla alınması talep edilebilir¹⁰⁴.

Geçici tutuklama istenen hallerde, geri verme evrakının derhal düzenlenip, sözleşmelerde öngörülen geçici tutuklama süresi içerisinde ilgili devletin yetkili makamlarına ulaştırılması gerekir. Evrak, süresi içinde iletilmezse suçlu serbest bırakılır¹⁰⁵. SİDAS m. 16/4'e göre, geri verme amaçlı geçici tutuklamanın "tutuklamayı takip eden 18 günlük süre zarfında talep eden tarafa, geri verme talebinin ve 12. maddede belirtilen belgelerin gönderilmemesi halinde sona erecektir. Dikkat edilmelidir ki, uygulamada İçişleri Bakanlığı evrakın aslının diplomatik yoldan iletileceğini bildirmek suretiyle, Interpol kanalıyla, iletilen ülke makamlarından geçici tutuklama talebinde bulunur. Ancak burada sözleşmelere göre asıl olan evrakın diplomatik yoldan gönderilmesi olduğundan Interpol aracılığı ile iletilmiş olması, geri verme evrakının öngörülen sürede gönderildiği anlamına gelmemekte, sadece geri verme evrakının iletildiği hususunda talep edilen devlete bilgi verme amacı olarak görülmektedir¹⁰⁶.

Hakkında kırmızı bülten çıkartılmış bir suçlunun yabancı ülkede yakalandığına ya da geçici olarak tutuklandığına dair bilgi İçişleri Bakanlığınca Adalet Bakanlığına iletildiğinde, Bakanlık ilgili savcılıktan geri verme evrakının gönderilmesini ister¹⁰⁷. Bunun akabinde ilgili ülkenin kabul ettiği sisteme, ikili ve çok taraflı sözleşmelere göre geri verme işlemi gerçekleşir.

C. Geri Verme Talep Edilen Devletçe Yapılacak İşlemler

1. Genel Olarak

Geri verme talep edilen devlet, şüpheli, sanık veya mahkûmun ülkesinde

¹⁰³ Bkz.,: Adalet Bakanlığı 69 nolu genelgesi s. 10-14.

¹⁰⁴ Ülkü Güler, "5237 sayılı TCK'ya göre Suçluların Geri Verilmesi", Uluslararası Hukuk Bülteni, sayı: 28, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 43.

¹⁰⁵ Ergül, a.g.e., s. 85.

¹⁰⁶ Güler, a.g.m., s. 44.

¹⁰⁷ Ergül, a.g.e., s. 69

bulunduğu devlettir. Kendisinden geri verme talep edilen devletin bu istemi ne şekilde inceleyeceği ve sonuca bağlayacağı, her devletin iç hukukuna göre değişir. Ayrıca uluslararası anlaşmalarda bu konuda hüküm konulabilir. Buna göre, her devlet kendi iç hukuk kuralları ve imzalamış olduğu anlaşmaları göz önünde bulundurarak bu talep hakkında bir karar verecektir.

2. Geri Verme Konusunda Karar Verecek Yetkili Makamın Belirlenmesi

Geri verme talebi, kural olarak diplomasi yolu ile istenen Devletin Dışişleri Bakanlığına, oradan da Adalet Bakanlığına yollanır. Adalet Bakanlığı da talepnameyi geri verme konusunda yetkili kılınan organa gönderir. Bu organın hangisi olduğu her devletin iç hukukunda belirlenmiştir. Devletlerin uygulamalarına bakıldığında bu konuda bazı sistemlerin bulunduğu görülmektedir.

a. Adli Sistem

Bu sistemde geri verme talebi sadece yargısal bir incelemeye tabi tutulur. Geri vermenin mümkün olup olmadığına mahkeme karar verir. Mahkemenin verdiği karar hükümeti bağlar¹⁰⁸. Mahkeme şahsın geri verilmesine karar verebileceği gibi geri verilmemesine de karar verebilir. Bu karar aleyhine kanun yoluna başvurabilir¹⁰⁹. Mahkemenin kararı hükümeti bağlar. Anglo Amerikan sisteminde yargı organı kişisel özgürlüklerin korunmasında temel işlevi görmektedir¹¹⁰. İngiltere ve ABD bu sistemi uygulamaktadır. Geri verme kararı onaylanınca Dışişleri Bakanlığı, kişinin geri verilmesini isteyen devlete teslim edilmesini bildirir. Bu suretle teslimine karar verilen kişinin prensip olarak sözleşmede belirtilen süre içerisinde geri verilmesi gerekir. Aksi takdirde mahkemece serbest bırakılır. Kişi ister geri verilsin ister geri verilmesin karar hükümeti bağlamaktadır.

b. İdari Sistem

Bu sistem, geri verme işlemini sırf idari bir işlem olarak kabul eder. Geri verme talebi idari makamlar tarafından incelendikten sonra talepten kabul veya reddi hakkında karar yetkisi tamamen hükümete bırakılmıştır. Sistemi kabul eden ülkelerin çoğunluğunda talepname ve dosya önce savcılığa yollanır ve onun görüşü alınır¹¹¹. Savcılık adli bir makam olmasına rağmen yargı yetkisine sahip değildir. Bu bakımdan geri vermeye ait işlemin savcılık tarafından

¹⁰⁸ Taner a.g.e. s. 246.; Özgen, a.g.e., s. 128.

¹⁰⁹ İçel/Donay, a.g.e., s. 234.

¹¹⁰ Artuk/ Gökçen/Yenidünya, a.g.e. s. 362, Özgen, a.g.e., s. 128.

¹¹¹ Taner, a.g.e., s. 247.

incelenmesi, mahkemenin incelemesi olmadığından sistemin idari niteliğini değiştirmez. Savcılık gereken incelemeleri yaparak geri verilmesi istenilen şahsın geri verilmesinin uygun olup olmadığı hakkındaki görüşünü bildirir¹¹². Hükümet savcılığın görüşüyle bağlı olmayıp istenilen şahsı geri verip vermemekte serbesttir. Böylece savcılığın görüşü tavsiye niteliğinde sayılmaktadır.

Sistemin en belirgin özelliği idareye çok geniş bir tasarruf yetkisi vermesidir. İdareye geniş yetkiler vermesiyle idarenin diğer devletlerle arasındaki anlaşma ve siyasi ilişkilere göre hareket ederek münasebetlerini iyi bir şekilde devam ettirme imkânını sağlamış olmaktadır¹¹³. Kanımızca idareye bu derece geniş takdir ve icra hakkının verilmesi geri verilmesi istenen kişinin hukuki bir korumadan ziyade idari bir korumaya ihtiyaç duymasını sağlayacaktır. Bu nedenle, bu ilkenin hukuk devleti ilkesinin geniş anlamda ihlali anlamına gelebilir.

c. Karma Sistem

Geri vermeyi hem siyasi ve idari hem de adli mahiyette bir kurum olarak kabul eden bu sistem; idari ve adli sistemlerin faydalarını sağlamak, buna karşılık eksikliklerini kaldırmak isteyen bir sistemdir. Bu sistemde talepname iki safhada incelenir¹¹⁴.

Birinci aşamada geri verme talepnameyi dosyası ile beraber Dışişleri Bakanlığında Adalet Bakanlığına oradan da mahkemeye gönderilir¹¹⁵. Mahkeme gerekli incelemelerde bulunduktan sonra kararını verir. Karar geri verme talebinin reddine ilişkin ise nihaidir. Bu red kararı hükümeti bağladığından, hükümet talepnameyi reddetmekle yükümlüdür. Böylece hükümet artık şahsı geri veremez. Buna karşılık mahkemenin verdiği karar, talepten kabulüne ilişkinse ikinci aşama başlar. Bu aşamada idare incelemesini yapar, yapılan bu incelemeler sonunda mahkeme kişinin geri verilmesine karar verirse mahkeme bu kararı öncelikle Adalet Bakanlığına gönderir. Adalet Bakanlığı bu kararı Dışişleri Bakanlığında gönderir. Dışişleri Bakanlığı konu hakkında bir inceleme yapar ve son kararı vermesi için dosyayı hükümete yollar. Hükümet şahsı geri verip vermemekte serbesttir. Ancak, hükümet bu konuyla ilgili olarak kararını verirken rastgele ve keyfi olarak hareket edemez. Eğer taraf oldukları uluslar arası anlaşmalar varsa, bu anlaşmaların yükümlülüklerine uygun davranma-

¹¹² Taner, a.g.e., s. 247

¹¹³ Özgen, a.g.e., s. 127.

¹¹⁴ Özgen, a.g.e., s.129.

¹¹⁵ Taner, a.g.e., s. 247.

Lıdırlar¹¹⁶. Bu sistem Fransa, İtalya ve Türkiye tarafından uygulanmaktadır¹¹⁷.

D. Türkiye’den Geri Verme Talebinde Bulunduğunda Yapılması Gereken İşlemler (Pasif Geri Verme)

Yukarıda belirtildiği üzere Türk hukukunda karma sistem kabul edilmiştir. Dolayısıyla geri verme Türkiye’den talep edildiğinde bu sistem doğrudan doğruya işlemler yerine getirilir.

1. Geri Verme Talebinin Alınması ve Adalet Bakanlığı İncelemesi

Yabancı devlet yetkili adli makamınca, Adalet Bakanlığına iletilen geri verme talepnameşi ve eki evrak, Adalet Bakanlığında ilgili sözleşmeye uygunluk denetimi yapıldıktan sonra, 5237 sayılı TCK’nın 18.m. 4. fıkrasına göre kanuni gereğinin takdiri yönünden geri verilmesi talep edilen kişinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmektedir. “*Pasif geri verme usulü*” bu şekilde Adalet Bakanlığının uygun görüş verdiği bir yabancıyı yakalanması halinde başlayabileceği gibi¹¹⁸, buna ilaveten, interpol genel sekreterliğince ülkemiz interpolüne iletilen kırmızı bültenlerin veya yabancı ülke interpolü tarafından doğrudan Türk interpol’üne iletilen talep ya da difüzyonların¹¹⁹ Adalet Bakanlığında iletilmesiyle¹²⁰ ve Adalet Bakanlığının söz konusu belgeleri ve gerektiğinde talep olunacak ek belgeleri ilgili sözleşmeler ışığında inceleyerek söz konusu şüpheli, sanık ya da hükümlülerin Türkiye’de yakalanmalarının uygun olup olmayacağı konusunda İçişleri Bakanlığı’na olumlu görüş bildirilmesiyle de başlayabilir. Burada Adalet Bakanlığında gelen dokümanlar “*iadeye elverişlilik testi*” olarak adlandırılan bir incelemeden geçirilmektedir. Yani kişinin geri verilmesine hukuken bir engel olup olmadığı ilgili sözleşmeler, uluslararası hukuk ve Türk mevzuatı ışığında incelenir. Bu inceleme¹²¹;

a) *Suçun niteliği,*

b) *Geri verilmesi istenen kişinin vatandaşlığı,*

c) *Öngörülen veya hükmedilen cezanın niteliği ve süresi,*

¹¹⁶ İçel/ Donay, a.g.e., 242.

¹¹⁷ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e. s. 362.;Özgen, a.g.e, s.129.

¹¹⁸ Ergül, a.g.e., s. 81.

¹¹⁹ Firari sanıklar ve hükümlüler Interpol tarafından uluslararası düzeyde kırmızı bülten, difüzyon veya doğrudan talep yoluyla aranmakta ve iadeleri talep edilmektedir. Bkz.; (çevrimiçi), <http://www.egm.gov.tr/interpol/turkce/bulten.htm>

¹²⁰ Güler, a.g.m., s. 45.

¹²¹ Ergül, a.g.e. s.81

d) Suçun işlendiği yer,

e) Geri verme talebine konu edilen suç veya suçlar nedeniyle daha önce Türkiye’de soruşturma yapıp yapılmadığı,

f) Geri verme istemine dayanak oluşturan sözleşme çok taraflı ise, geri verme talebinde bulunan devletin çekince yoluyla bu sözleşmenin uygulanmasını kısıtlayıcı hükümler koyup koymadığı,

g) Uygulamada geri verme talebinde bulunan devletin, Türkiye Cumhuriyeti makamlarının geri verme taleplerini hangi oranda yerine getirip getirmediği,

h) Var olan suçlamaların Türk hukukuna göre suç teşkil edip etmediği dikkate alınarak yapılır.

Yapılan ön incelemeden sonra talebin genel olarak uygunluğu konusunda kanaat edinilince evrak kişinin yakalandığı/bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına görevli mahkemeden gerekli işlem yapılmasını talep etmek üzere iletilir.

2. Yetkili Mahkeme ve İnceleme Usulü

Adalet Bakanlığı talepnameyi şüpheli, sanık veya hükümlünün bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine sunulmak üzere o yer Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Türk hukuku bakımından, geri verme talebi üzerine inceleme yapmaya yetkili mahkeme, 5237 sayılı TCK m. 18/4’e göre, istenilen şahsın Türkiye’de bulunduğu yer Ağır Ceza Mahkemesidir.

Mahkemenin ne gibi bir usul izleyeceği konusunda kanunda açıklık bulunmamaktadır. Özel hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı kuralından hareketle, bu hususta CMK’daki genel muhakeme kuralına göre işlem yapılır. Cumhuriyet Savcılığının talebini alan mahkeme Türkiye’de işlenen suçlar hakkında açılan davalarda izlenen yöntem uygulayarak, bu talebi esas defterine kaydedip tensip tutanağı düzenleyecek ve duruşma tarihi verecektir¹²². Duruşma yapılmaksızın, dosya üzerinden karar verilmeyecektir. Geri verme talebini esasa kaydeden mahkeme 5271 s. CMK 175 vd. maddelerinde düzenlenen hükümleri uygulayarak yargılama yapacak, geri verilmesi talep edilen kişinin savunmasını mutlaka alacaktır. Bu sırada TCK m.18/6’ya göre, yetkili Ağır Ceza Mahkemesi geri verilmesi istenen kişi hakkında, Türkiye’nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesin-

¹²² Güler, a.g.m., s. 50,

de koruma tedbirlerine başvurulabilir. Daha sonra mahkeme TCK m. 18 ve ilgili mevzuat ve uluslar arası sözleşmeler ışığında karar verecektir.

3. Mahkemenin Yapacağı İncelemenin Kapsamı

Doktrinde bazı yazarlara göre 5237 s. TCK'nın 18/4. m. Geniş yorumlamak gerekmede bu nedenle ağır ceza mahkemesinin inceleme alanı geniş tutulmalıdır¹²³. Şöyle ki, kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında TCK m.18 ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Buradaki "*ilgili sözleşmeler*" ifadesi Türkiye'nin taraf olduğu tüm sözleşmeleri kapsamı dolayısıyla (Örneğin, insan Hakları Evrensel Beyannamesinin, AİHS'in) inceleme alanını genişletmiştir. Genel olarak ağır ceza mahkemesinin yapacağı inceleme:

- a) *Geri verilmesi istenilen kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı,*
 - b) *Fiilin siyasi, askeri veya düşünce suçu olup olmadığı*
 - c) *SİDAS veya kişiyi isteyen devletle Türkiye arasında imzalanmış olan sözleşmelere göre fiilin geri vermeye uygun olmayan suçlardan olup olmadığı,*
 - d) *Türkiye Devleti'nin güvenliğine karşı, Türkiye Devleti'nin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenip işlenmediği,*
 - e) *Türkiye'nin yargılama yetkisine girip girmediği,*
 - f) *Zaman aşımı veya affa uğrayıp uğramadığı,*
 - g) *Kişinin talep eden devlete geri verilmesi halinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleyle maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe bulunup bulunmadığına,*
- ilişkindir.

Türk mahkemesi işin esasına giremez yani ceza sorumluluğu ve kusur yönlerini inceleyemez. Kısaca mahkeme yerindelik denetimi yapamaz. Konuyu sadece TCK'nın 18'inci maddesinde ve ilgili sözleşmelerde yer alan şartların varlığını tespiti yönünden inceler ve geri verilmesi istenen kişinin savunmasını da bu hususlara dayandırması gerekir¹²⁴.

Ağır ceza mahkemesi suç vasfının tespitinde kişinin Türk vatandaşı olup ol-

¹²³ Özgenc, Genel Hükümler, s. 825.

¹²⁴ Ergül, a.g.e., s. 88.

madığını incelemesi safhasından daha geniş bir yetkiye sahiptir. Fakat Ağır Ceza Mahkemesi, suçun niteliğine bakarken işin esasına giremez. Yargıtay 11.C.D., Esas: 2008/9700, Karar:2008/7949 sayılı içtihadında bu hususa şu şekilde değinmiştir¹²⁵: “Arnavutluk Cumhuriyeti Durres Temyiz Mahkemesinin 21.12.2001 gün ve 289 sayılı kararı ile Arnavutluk Ceza Kanunu... Yapılan yargılama sonunda; 5237 sayılı TCK’nın 18/8 maddesi gereğince hükümlü bulunduğu kişiyi hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakmak, belgeler, mühür, form kâğıtları ve medeni halleriyle ilgili belgelerde sahtecilik suçları ile tutuklu bulunduğu örgüt kurmak suçlarından geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna ve tutukluluk halinin devamına... suçlarına ilişkin tutuklama kararı nedeniyle geri verilmesi talep edilenin Türk vatandaşı olmadığı, hakkında yabancı ülke mahkemesince verilmiş tutuklama kararı ile kesinleşmiş hüküm bulunduğu, geri vermeye konu suçların Türk Ceza Kanunu uyarınca da suç kabul edildiği, zamanaşımına ve affa uğramadıkları, düşünce suçu veya siyasi ya da askeri suç niteliğinde olmadıkları; suçun Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin ya da bir Türk vatandaşına ya da suçun Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmediği, suç yerleri itibarıyla Türkiye’nin yargılama yetkisine giren suçlardan olmadıkları ve geri verme isteminin kabul edilemez olduğuna ilişkin iddianın kuvvetli şüphe taşıdığına doğrulanmamış olduğunun dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, tüm yasal gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle Ankara 10. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 04.04.2007 gün ve 2007/86 Esas, 2007/85 Karar sayılı hükmün istem gibi ONANMASINA 21.07.2008 gününde oy-birliğiyle karar verildi”.

4. Mahkemenin Kararına Karşı Kanun Yolları

5237 s. TCK’nın 18. m. uyarınca ağır ceza mahkemesinin vereceği kararlar temyizi kabil kararlardır. Bahsedildiği üzere, mahkeme ya geri verme “*talebinin reddine*” karar verir ya da “*talebin kabul edilebilir*” olduğunda dair karar verir. Birincisi hükümeti bağlarken ikincisinde hükümetin takdir hakkı vardır. Doğal olarak bu kararlar temyiz denetiminden geçebileceği gibi, Türkiye’nin taraf olduğu AİHS ve ek protokolleri çerçevesinde AİHM’e müracaatta bulunulabilir. Bu durum Türkiye’nin bu sözleşmeye taraf olmasının getirdiği uluslararası yükümlülük gereğidir.

İadesi istenen kişi, AİHM’e müracaatta bulunarak geçici önlem kararı alırsa

¹²⁵ Yargıtay 11.CD, 21.07.2008, 2008/9700 E, 2008/7949 K. Uluslararası Hukuk Bülteni, Yıl:2, Sayı:4, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2009, s.11.

veya nihai olarak AİHM kişinin iade edilmemesine karar verirse kişi iade edilemeyecektir. Kaldı ki Anayasanın 90. Maddesi uyarınca da bu sonuca varılmaktadır.

Geri verme talebinin reddine kararı verilirse, karar kesinleştikten sonra idari aşamaya geçilmesine gerek yoktur. Fakat geri verme kabul edilebilir bulunur ise ve bu karar kesinleşirse artık idari aşamaya geçilecektir. Bu durumda Adalet Bakanlığı UHDİGM tarafından bu karar, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'ne iletilir. Buradan da Bakanlar Kuruluna sunulur¹²⁶. 5237 s. TCK m.18/5 hükmü uyarınca Bakanlar Kurulunun takdir hakkı bulunmaktadır. Ancak bu karara karşı anayasanın 125. m. uyarınca idari yargıya yani Danıştay'a başvurma imkânı bulunmaktadır¹²⁷. Nitekim Danıştay bir kararında Fransa'da düşmanlarının devlet aleyhine teşebbüslerini kolaylaştırmak ve düşmanla kasten işbirliği yapmakla suçlanan ve 1951 yılında Türkiye'ye gelen Chauvel-Bize'nin Fransa tarafından geri verilmesinin talep edilmesi üzerine yapılan yargılama sonucunda *"...suçlarının adi mahiyette bulunduğu ve Türk tebaasından bulunmadığına"* karar vermiş, bu karar kendisine bildirilen Adalet Bakanlığı, resen düzenlediği bir kararla Bize'nin Fransa'ya geri verilmesi yoluna gitmiştir. Geri verilmesi talep olunan kişi ise kendisinin Fransa'da siyasi hükümlü olduğunu ve suçunun mülga 765 sayılı TCK m.9/2 kapsamında kaldığını bu nedenle geri verme kararının hukuka aykırı olduğunu ve siyasi suç nedeniyle de Fransız vatandaşlığından çıkarılmış bulunduğunu ileri sürerek geri verme işleminin iptalini istemiştir. Danıştay kararında, geri vermenin adli ve idari yönlerine değinerek ve mülga 765 sayılı TCK m.9 uyarınca geri verme talebinin hükümetin takdirine bağlı olduğunu belirterek talebi reddetmiştir¹²⁸. Böylece Bakanlar Kurulunun kararı, Danıştay tarafından işin esasına girilerek denetlenmiştir. Kanaatimizce Anayasa m.125 doğrultusunda Bakanlar Kurulunun idari işlemine karşı yargı yoluna gidilebilmeli ve idarenin işlemi denetlenmelidir fakat bu denetim hiçbir zaman için keyfilığe dönüşmemeli ve yerinde lik denetimi olmamalıdır.

Ayrıca geri vermeye ilişkin kararlara karşı AİHS kapsamında AİHM'e başvurmak da mümkündür.

E. Alınması Gerekli Tedbirler

Geri verme işlemi, devletlerarası bazı belli başlı işlemlerin yapılmasına bağ-

¹²⁶ Ulutaş, a.g.e., s.227

¹²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.225

¹²⁸ Güler, a.g.m., s. 51.

lı olduğundan, uzun incelemeleri gerektirir. Diğer taraftan günümüzde süratli nakil vasıtaları sayesinde hakkında geri verme işleminin başlatıldığını duyan şüpheli, sanık veya mahkûmun yerini değiştirmesi ve izini kaybettirmesi mümkündür¹²⁹. İşte bu sakıncalı durumu ortadan kaldırmak için, SİDAS'ta ve Türkiye'nin taraf olduğu diğer ikili geri verme anlaşmalarda talepname, diplomasi yoluyla henüz diğer devlete gönderilmeden önce, talepte bulunacak devletin adli makamları tarafından diğer devlet ilgili makamlarına doğrudan doğruya başvurularak, ilgili kişinin özellikle yakalanmasının, tutuklanmasının ve diğer tedbirlerin istenebilmesine imkân tanıyan hükümlere yer verilmiştir¹³⁰.

Geri verme hukuku bakımından başlıca koruma tedbirleri; yakalama, tutuklama, yurtdışına çıkma yasağı, belirli bir yerde oturmaya zorlama ve eşyalara el koyma olarak sıralanabilir¹³¹. Uluslararası sözleşmelerde genelde gerivermede uygulanacak tedbirler konusu ulusal hukuk normlarına bırakılmıştır.

1. Tutuklama

Geri verme talebine konu suçlar belirli ağırlıkta olduğundan, uygulamada çoğunlukla tutuklama kararı verilmektedir. Özellikle acele hallerde geri vermeyi isteyen devlet, daha talepnameyi vermeden önce kişinin tutuklanmasını isteyebilir¹³². İşte bu durumdan dolayı geriverme işleminde, önce geçici tutuklama ve ardından geriverme tutuklaması uygulamasına rastlanır.

a) Talepname Gönderilmeden Önceki Durum (Geçici Tutukluluk)

Geçici tutuklamanın koşulları SİDAS m. 16/1-2-3'te gösterilmiştir. Bu aşama önleyici geçici tutuklama aşaması¹³³ olarak kabul edilebilir. Bunun için öncelikle acele bir durum olması gerekir. Ayrıca talep eden devlet tarafından şu üç koşulu sağlayan bir talep yapılması zorunludur¹³⁴:

- Geri vermeye imkân veren belgelerden biri belirtilmeli,
- Geri verme talebinde bulunma niyeti belirtilmeli,
- Geri verme istenecek suç belirtilmelidir.

Bu aşamada yetkili makam kişinin bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğidir.

¹²⁹ Taner, a.g.e. s. 245.; Özgen, a.g.e. s. 139.; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 365.

¹³⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 826.

¹³¹ Altun, a.g.e. s. 97.

¹³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 365.

¹³³ Ergül, a.g.e., s. 69.

¹³⁴ Ergül, a.g.e. s. 81.

Hâkim önleyici geçici tutuklama talebiyle karşılaştığında kararını TCK m. 18/7 zorlaması ve m.18/6 yollamasıyla SİDAS m. 16/1-2-3; 22; 12/2'ye göre verecektir. Yani sulh ceza hâkimi ilk olarak geri verme talep eden devlet ile Türkiye arasında geri verme taleplerinde tutuklama mecburiyeti öngören bir anlaşma olup olmadığına bakacak, böyle bir anlaşma varsa kişiyi doğrudan tutuklayacaktır. Artık bu durumda söz konusu anlaşmaların tarafların arasındaki geçici tutuklama talepleri bağlamında sulh ceza hâkiminin takdirinden söz edilmeyecektir¹³⁵.

Sulh ceza hâkimi tutuklama mecburiyeti öngören bir anlaşma ve SİDAS m. 16/2-3'teki şartlar gerçekleşmişse, 5271 s. CMK m.100'deki şartları aramaksızın tutuklama kararı verebilir. Hâkim suçun delillerini ve kuvvetli suç şüphesinin varlığını inceleyemez. Ayrıca geçici tutuklama taleplerinde, daha sonra yapılacak geri verme talebinin sebebini oluşturan fiil, bu fiilin işlendiği yer ve zaman, söz konusu kişinin fiziki kimliği mümkün olduğunca anlatılacaktır. Kanaatimizce geçici tutuklama taleplerinde ile talepte bulunulan devlette bir geri verme talebinin yapılacağına dair kanaatin oluşmasının sağlanması gerekir.

Geçici tutuklama talebi SİDAS madde 16/3'e göre, diğer devlet yargı organlarına diploması yoluyla ya da doğrudan doğruya posta, telgraf veya Interpol aracılığı¹³⁶ ile iletebilir. Geri isteyen devletin geçici tutuklama talebinde bulunması işleminde diplomatik yolların kullanılması söz konusu değildir. Talep her türlü yazılı iletişim aracıyla yapılabilir. Kanımızca bunun tersini, yani geçici tutuklama için diploması yolunun uygulanmasını kabul etmek, bu işlemin amacıyla çelişir. İlgili maddeden de anlaşılacağı üzere, böyle bir talep durumunun oluşması için ilk önce acele bir durum” müstaceliyet”¹³⁷ söz konusu olmalıdır. Yani suçlunun kolayca yer değiştirebilmesi, sahte kimlik ve belgelerle izini kaybettirebilmesi, işlediği suçun ağırlığı vs. gibi durumlar müstaceliyet durumuna girmektedir. Müstaceliyet talep eden taraf tarafından değerlendirilmelidir. Çünkü SİDAS 16/1 ve 22.m. talep edilen tarafın kendi mevzuatına göre karar vermesini öngörmektedir.

Tutuklama kararı veren sulh ceza hâkimi, kararında tutukluluk halinin devam edeceği süreyi gösterecektir. Geçici tutukluluk hali SİDAS m. 16/4'e göre hiçbir şekilde 40 günü geçemez. Esasen SİDAS 16/4 uyarınca geçici tutuklama 18 günden uzun süremez. Bu 18 günlük süre zarfında talepten ilgilili

¹³⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 827.

¹³⁶ Özgen, a.g.e., s. 140.

¹³⁷ Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre ivedilik, çabukluk manasına gelmektedir. Bkz.:(çevirimiçi), <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verüst&ayn=bas&kelime=mustaceüyet>

devlete belgeleri ile beraber gönderilmesi gerekmektedir. Ancak SİDAS'ın yine aynı maddesinde bu süre yeterli gelmezse azami olarak 40 güne bu sürenin çıkabileceği öngörülmüştür. Hiçbir şekilde bu azami süre aşılamaz¹³⁸.

b. Talepname Gönderildikten Sonraki Durum (Muhafaza Amaçlı Geçici Tutukluluk)

Talepnamenin, geri verme talebinde bulunan devlet tarafından, geri verme talebinde bulunulan devletin yetkili makamlarına iletilmesiyle ikinci aşama başlar. Burada yetkili makam kavramı açısından gerek SİDAS gerek TCK'da açıklık yoktur. Kanaatimizce yetkili makamdaki anlaşılması gereken; suçun işlendiği yer veya kişinin yakalandığı yer savcılığıdır. Çünkü geri verme evrakı, Adalet Bakanlığına geldikten sonra talep burada bir ön incelemeye¹³⁹ tabi olacak ve ön incelemeyi geçen talep gereğinin yapılması için iletilecektir. Burada Adalet Bakanlığı tutuklama talebinde bulunamayacağı veya tutuklama kararı veremeyeceği için, yetkili makamdaki tutuklama talebinde bulunma yetkisine sahip suçun işlendiği veya kişinin yakalandığı yer savcılığını anlamak gerekir. Geri verme evrakını alan savcılık, geri verme davasını kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine açacaktır. Evrakın ağır ceza mahkemesine gelmesine kadar geçen sürede de kişi hakkındaki tutuklama kararını sulh ceza hâkimi verecektir. Sulh ceza hâkimi, bu aşamada da CMK m. 100'deki şartları araştıramayacak, SİDAS m. 16 ve m. 12/2'deki şartların varlığı halinde tutuklama kararı veya diğer bir koruma tedbiri kararı verebilecektir.

Evrak kendisine gelen ağır ceza mahkemesi, kişi hakkındaki talebin incelenmesi için Yargıtay 6. CD'nin 10.06.1993 ve 1993/4374-5482 sayılı kararı doğrultusunda duruşma açacaktır¹⁴⁰. Duruşma öncesi düzenlenecek tensip zaptında mahkeme kişi tutuklu ise tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği, tutuklu değilse tutuklanıp tutuklanmayacağı konusunda TCK m. 18/7 zorlaması ve m. 18/6 yollamasıyla SİDAS m. 16/1-2-3; 22; 12/2'ye göre bir karar vermek zorundadır.

c. Geri Verme Amacıyla Tutuklama

Geçici tutuklama ancak geri verme talebiyle ilgili olarak karar verilinceye kadar uygulanabilen bir koruma tedbiridir. Bu hususta 5237 sayılı TCK'nın 18.Maddesi 7. fıkrasında özel bir hükme yer verilmiştir; "*Geriverme talebinin*

¹³⁸ Ulutaş, a.g.e., s.232

¹³⁹ Bkz.; İlgili bölüm başlığı, "Geri Verme Talebinin Alınması ve Adalet Bakanlığı İncelemesi"

¹⁴⁰ Ergül, a.g.e., s. 87.

kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde ayrıca Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir.”.

Ağır ceza mahkemesi TCK m. 18 ve ilgili uluslararası anlaşma hükümlerine göre kişinin geri verilebilir olduğuna karar verirse kişi hakkındaki koruma tedbirlerine TCK m. 18/7 ve SİDAS m. 22 gereği 5271 s. CMK hükümlerine göre karar verecektir. Zira bu aşamaya kadar SİDAS m. 22'nin ilgili devletin kanunlarına göre tutuklama kararı verilebileceği hükmüne karşın TCK m.18'in zorlamasıyla sadece SİDAS m. 16 ve 12/2'deki şartların varlığı tutuklama kararı verilmesi için yeterliydi. Fakat bu aşamadan sonra CMK hükümlerinin uygulanması şarttır. Bu da ortaya tuhaf bir durumun çıkmasına neden olmaktadır; çünkü CMK m. 100 tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramaktadır. Oysa ki geri verme talebini inceleyen mahkeme delillerin takdiri ve kuvvetli suç şüphesinin varlığını takdir yetkisine sahip değildir. Mahkeme sadece TCK m.18'deki şartları ve SİDAS'ın geçerliliğini kabul ettiği belgelerin geri verme talebine eklenip eklenmediğini takdir edecektir.

Geri verme talebinin kabulü kararının verilmesinden itibaren kişinin verilememesi gerekir. Bu durum da kişinin kaçması tehlikesini doğuracaktır. Bu durum da kişinin kaçması tehlikesi dışında, bir kişinin geri verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilmiş olmakla birlikte bu kişi daha önce tutuklanmamış ise, geri isteyen devlete tesliminin sağlanması için tutuklaması gerekecektir. Böyle durumlarda ise kanaatimizce tutuklama kararı Sulh Ceza hâkimi tarafından verilmelidir. Bakanlar Kurulunca verilen *“geri verme kararı”* Adalet Bakanlığına gönderilecektir. Adalet Bakanlığı gereğinin yapılması üzere bu kararı kişinin bulunduğu yer savcılığına yollayacaktır. Görevli Cumhuriyet Savcısı da o kişinin tutuklanması için görevli sulh ceza hâkiminden CMK'ya göre talepte bulunacaktır¹⁴¹. Doktrinde kimi yazarlara göre TCK'nın düzenlemesi yerinde olmamıştır¹⁴²; Geri verme tutuklaması, kovuşturulan kişinin geri verme sürecinde kaçmasını önleme amacına yöneliktir. Kişi özgürlüğüyle yakından ilgili olan bu konuda TCK m. 18'de *“geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde, ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir”* denilmektedir. Burada Ceza Muhakemesi anlamında bir soruşturma ve kovuşturma yapılmadığına göre, doğrudan CMK'ya gönderme yapılması yerinde olmamıştır.

¹⁴¹ Dönmezer/ Erman, a.g.e., 1985, s. 558.

¹⁴² “Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 281.

F. Mahkemenin Geri Verme Kararından Sonra Yapılacak İşlemler

Ağır ceza mahkemesi tarafından geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verildikten sonra bu kararın kesinleşmesinin akabinde Bakanlar Kurulu kararnamesi ile kişinin tesliminin kabulüne ve hangi devlete teslim edileceğine karar verilir. Bakanlar Kurulu kararının ardından Adalet Bakanlığı hem diplomatik kanaldan hem de Interpol kanalından talep eden devlete teslim için uygun tarihi ve teslim tarihi önerilerini bildirmesini ister.

1. Kişinin Teslim Edileceği Devletin Belirlenmesi

Aynı suçtan birden fazla devletin talebinin bulunması veyahut ayrı ayrı suçlardan birden fazla devletin talebinin bulunması halinde, hangi devletin talebinin kabul edileceği meselesinin belirlenmesi gerekir. Bu konuda SİDAS 17. m. uyarınca taleplerin yarışması halinde hangi devlete iade edileceği hususunda talep edilen devletin takdir hakkı bulunmaktadır. Bu takdir hakkını kullanırken anılan maddeye göre suçun ağırlığı, işlendiği yer, talep tarihi gibi hususları nazarı itibara alarak karar verecektir¹⁴³.

TCK ve CMK'da ise konuyla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Türkiye'nin yapmış olduğu iki taraflı anlaşmalarda da birlik yoktur. Mesela, *Türkiye Cumhuriyeti ile Yugoslavya Sosyalist Federatif Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi*'nin 16. maddesinde, talep edilen tarafın bütün şartları ve özellikle geri verilmesi istenen kimsenin vatandaşlığını, suçun işlendiği yeri ve ağırlığını ve geri verme taleplerinin tarih sıralarını göz önüne tutarak serbestçe karar vereceği yazılmışken, *Türkiye ve Çekoslovakya Arasında İadeyi Mükrimin ve Ceza İşlerinde Adli Muzaheret Muahedenamesi*'nin¹⁴⁴ 11. maddesinde; "akitlerden birinin iadesini talep ettiği şahsın, aynı suç sebebiyle bir veya müteaddit devlet tarafından dahi talep edilmekte ise, tebaasından olduğu devlete teslim edilir." hükmüne rastlanmaktadır.

2. Geri Verilmesine Karar Verilen Kişinin Teslimi

Geri verilmesi kararlaştırılan kimse, talep eden devlete teslim edilecektir. Teslim işlemini yürütme organı yapar¹⁴⁵. Teslimde uygulanacak bazı kurallar vardır. SİDAS'ın ilgili 18.maddesinde; geri verme talebinde bulunulan devlet, bu talep dolayısıyla verdiği kararı istemde bulunan devlete bildirecektir. Verilen karar talebin kabulü şeklinde ise, istemde bulunulan devlet geri verilmesi

¹⁴³ SİDAS, 17. Madde.

¹⁴⁴ Bkz; 2.7.1932 tarih ve 2055 sayılı kanun, R.G. 9.7.1932.

¹⁴⁵ Özgen, a.g.e, s. 142.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e. s.367.

kabul olunan kişinin teslim edileceği yer, tarih ve tutuklu kaldığı süre¹⁴⁶ hakkında diğer devlete bilgi verecektir. Geri verme talebi üzerine verilen kararın diğer tarafa bildirilmesi, kural olarak diplomasi yolu ile yapılacaktır¹⁴⁷. SİDAS m. 18/4.f. göre talep edilen kimsenin, saptanan tarihte teslim alınmadığı takdirde, bu tarihten itibaren 15 günlük bir sürenin sonunda serbest bırakılabileceği gibi, 30 günlük süre sonunda mutlaka serbest kalacağını hükme bağlamıştır. Kendisinden geri verme talep edilen taraf artık bu şahsı aynı suçtan dolayı geri vermeyi reddedebilir. SİDAS'ın 18/5'e göre ise mücbir sebep nedeniyle şahsın teslim alınamaması veya teslim edilememesi durumunda, bir tarafın diğer tarafı haberdar etmesini ve iki tarafın yeni bir teslim tarihi üzerinde anlaşmalarını öngörmüştür¹⁴⁸. Uygulamada teslim işlemi, en süratli ve basit yöntem olması nedeniyle Interpol aracılığıyla yapılmaktadır. Teslim Doğrudan doğruya veya transit olarak yapılır.

a. Doğrudan Teslim

Doğrudan teslimde, işlemi iki devletin sınırları bitişik ise, sınırın belirlenmiş yerlerinde, belirlenen görevliler tarafından yapılır¹⁴⁹. Bitişik değil fakat arada deniz var ise teslim işlemi iki devletin birisinin limanında yapılır.

b. Transit Teslim

Devletler arasında sınır bitişikliği veya sadece deniz yolu yoksa teslim üçüncü veya dördüncü bir devlet toprağından geçilerek yapılır. Bu şekilde yapılan teslimde "*transit teslim*" denir¹⁵⁰. Transit teslimin gerçekleşebilmesi için geri vermeyi isteyen devletin istenilen devlete gönderdiği gibi arada bulunan devlet veya devletlere, geri verme talepnameşi göndermiş olması ve onların da geri verme konusunda onaylarını almış olması gerekir. Bunun nedeni, şahsın transit olarak geçeceği topraklar üzerinde ne talep eden, ne de edilen devletin hâkimiyetinin bulunmasıdır. Böylece aradaki devlet veya devletlerin memurlarının yardımına ihtiyaç vardır¹⁵¹.

Gerek SİDAS'da gerek Türkiye'nin taraf olduğu ikili geri verme anlaşmalarının çoğunda taraf devletler birbirlerine, taraflardan birinin bir üçüncü dev-

¹⁴⁶ Ayrıca, AK Bakanlar Komitesinin (75) 12 sayılı kararına göre, "iade amacıyla tutuklu kalınan süre kişinin iade edileceği devlette çekeceği cezadan düşülmelidir.

¹⁴⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 829, Artuk/Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 368.

¹⁴⁸ Ergül, a.g.e., s. 93.

¹⁴⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s.368.

¹⁵⁰ Artuk/Gökçen/ Yenidünya a.g.e., s. 368

¹⁵¹ Özgenç, a.g.e. s. 148.

letten geri verme talebinde bulunması durumunda geri verilmesine karar verilen kişiyi kendi ülkesinde geçirmeyi taahhüt etmektedirler. SİDAS'ın 21/1. m. konuyla ilgili detaylı bir hüküm getirmektedir. Maddeye göre, yazılı bir talepten önce verilmesi ve diplomatik yolla transite izin istenmesi halinde, izin istenen devletçe yapılan inceleme neticesi suçun siyasi veya sırf askeri nitelikte olmaması üzerine transit geçişe izin verilecektir. Fıkra 2'ye göre ise, eğer kişi, transit geçilen devletin vatandaşı ise, talep kabul edilmeyebilecektir. Eğer geçiş hava yolu¹⁵² ile olacak ve transit devlet toprağına inilmeyecek ise, talepten önce bulunmamaktadır. Sadece talep eden taraf, ülkesi üzerinden vasıtanın geçeceği tarafı haberdar edecek ve kişi hakkındaki mahkûmiyet hükmü veya tutuklama müzakeresinin mevcut olduğunu tebliğ edecektir. SİDAS m. 21/4 a bendine göre; beklenmedik bir iniş halinde, bu tebligat geçici tutuklama talebinin tesirlerini doğuracak ve bundan sonra talep eden taraf geçerli bir transit talebinde bulunacaktır. SİDAS m. 2/4-b bendine göre ise; transit yolunda, uçağın söz konusu ülkeye inmesi gerekirse bu takdirde tam manasıyla bir geri verme isteminde bulunulması gerekir. SİDAS madde 21/ 6'ya göre; geri verilen kişi ırkı, dini, milliyeti veya siyasi kanaatlerinden dolayı hayatının veya hürriyetinin tehlide maruz kalacağına ihtimal verilebilecek bir ülkeden transit olarak geçirilmeyecektir. Bu anlamda SİDAS'ın 21/6 maddesine göre geri vermeye konu olan suç ölüm cezasını gerektiriyorsa anlaşmaya taraf devletler transit geçiş kabul etmeyeceklerdir¹⁵³. Bu konuda, 1910 yılında ABD Bulgaristan'dan kasten öldürme suçu şüphelisinin iadesini talep etmiş ve talep kabul olunmuştu. Fakat Romanya, ABD'de bu suçun ölüm cezasını gerektirdiğinden ölüm cezasının infaz olunmaması şartı ile transit geçişe izin vereceğini bildirmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

3. Teslimin Ertelenmesi

a. Geri Verilmesi istenen Kişi Hakkında Geri Verme İstenen Devlette Kovuşturmada Bulunulması veya Kesinleşmiş Bir Cezanın İnfaz Edilmekte Olması Durumu

Kişi, kaçmış olduğu ülkede talebe konu olan fiilden değil de başka bir suçtan kovuşturma geçiriyor ve kovuşturma henüz neticelenmemiş ise, talep edilen ülke soruşturmayı bitirmeden kişiyi geri vermeyecek, talep eden ülke

¹⁵² "Türkiye'nin taraf olduğu ikili iade anlaşmalarından ABD (1980) ile yapılan anlaşmanın 18.maddesinde ve Tunus ile Yapılan anlaşmanın 41. maddesinde SİDAS'ın hava yolu ile transit geçişe ilişkin düzenlemesi aynen kabul edilmiştir". Bkz.; Özgenç, Genel Hükümler, 830.

¹⁵³ Özgenç, a.g.e., s. 148.

kovuşturmanın son bulmasını beklemek durumunda kalacaktır. SİDAS'ın ilgili 19. m. göre; *“Kendisinden geri verme talep edilen taraf, geri verme talebi hakkında kararını verdikten sonra, kişi aleyhinde takibatta bulunabilmek ve ya esasen mahkûm olmuşsa geri verme talebine sebep olandan gayri bir fiilden dolayı uğradığı cezayı kendi ülkesinde çekebilmesi için talep edilen şahsın teslimini tehir edebilecektir”* denilerek, geri vermenin ertelenmesinin ayrıca kişinin hakkında kesinleşmiş bir cezasının infaz edilmekte olduğu durumlarda da gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir.

Kişi cezası infaz edilirken koşullu olarak salıverilse dahi infazı devam etmiş sayılacağından erteleme süresi içinde olduğunun kabulü gerekir¹⁵⁴.

b. Geçici Geri Verme

SİDAS 19/2'de bu husus ele alınmıştır. Bu durumda kişinin geri vermesinin ertelenmesi yerine taraf devletlerin belirleyeceği şartlar altında geçici olarak kişi isteyen devlete teslim edilebilecektir. Türk hukukunda bu hususla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu konuda en çok verilen örnek zamanaşımı örneğidir. Mesela, talep eden devletin kanunlarına göre iadesi istenen kişinin işlediği suç zamanaşımına uğramak üzere ise geçici teslimi sağlanarak kişi hakkında dava açılması sağlanabilir¹⁵⁵.

G. Eşyanın Teslimi

Geri verme kurumunda şüpheli, sanık veya hükümlü ile birlikte delil olabilecek eşyanın nakledilmesi genel olarak kabul edilen bir prensiptir. Geri verilme kararının sebebini oluşturan suçla ilgili olan ve talepte bulunulan devletin ülkesinde bulunan eşya ve değerlere el konularak ilgili kişi ile beraber veya daha sonra talepte bulunulan devlete teslim edilecektir¹⁵⁶. TCK'da bu konuda bir açıklık olmamakla beraber gerek SİDAS'ın 20. m. ve gerekse Türkiye'nin taraf olduğu ikili geri verme anlaşmalarında eşya ve değerlerin teslimi konusunda ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre teslim konu eşyalar¹⁵⁷;

- a) suçun işlenmesinde kullanılan veya delil teşkil edebilecek eşya,
- b) işlenen suçun sonucunda elde edilmiş olup geri verilmesi istenen kişinin

¹⁵⁴ Ulutaş, a.g.e., s. 245.

¹⁵⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.851

¹⁵⁶ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e. s. 370.

¹⁵⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 831.

tutuklandığı anda elinde bulunan veya daha sonra ortaya çıkan eşya ve değerler,

c) işlenen suçtan elde edilen eşya ve karşılığında sağlanan değerlerdir.

Bu eşya ve değerlere, talepte bulunulan devletin kanunlarına göre el konularak talepte bulunan devlete teslim edileceklerdir. Bu elkoyma ve teslim SİDAS madde 20/1'e göre ve diğer geri verme anlaşmalarına göre ancak talepte bulunan devletin isteği üzerine yapılabilecektir¹⁵⁸.

Ayrıca kişinin, geri verilmemesi durumunda dahi, eşyaya el koyulması ve teslim edilmesi mümkün olup, SİDAS'ın ilgili 20/2. m. *"herhangi bir nedenle kişinin geri verilmemesi durumlarında, suça konu eşyaya el konulabilir ve bu eşya geri isteyen devlete teslim edilebilir."* denmektedir.

H. Geri Verme Masrafları

Geri verme iki veya daha fazla devlet arasında yazışmayı, geri verilmesine karar verilen kişinin teslimini ve geri vermeye neden olan suçla ilgili eşya ve değerlerin teslimini gerekli kılmaktadır. Bu işlemler doğal olarak bir takım harcamaları zorunlu kılmaktadır. Bu harcamaların hangi devlet tarafından karşılanacağı konusunda farklı sistemler mevcuttur, Gerek SİDAS madde 24'e göre ve gerekse ikili geri verme anlaşmalarının tümünde kabul edilen sisteme göre, her devlet kendi ülkesinde yapılan harcamaları karşılayacaktır. Ancak transit geçiş için yapılan harcamaları geri verme talebinde bulunan devlet karşılayacaktır¹⁵⁹. Bazı anlaşmalarda farklı hükümlere de yer verilmiştir. Örneğin, ABD ile olan anlaşmada bütün masrafları talep eden devletin ödeyeceği kabul edilmiştir¹⁶⁰.

VII. SONUÇ

Geri verme kurumu bir yandan uluslararası hukuk bir yandan ulusal hukuk ile iç içedir. Bu nedenle uygulama bakımından devletlerin hem kendi iç işleyişlerinde hem de diğer devletler ile olan işlemlerinde sıkça gündeme gelmektedir. Dolayısıyla devletler iç hukuklarını uluslararası hukuk ile uygun hale getirmelidirler.

Suçluların iadesi kurumu –geri verme kurumu- çok eski tarihlere dayanan bir kurum olmasına rağmen halen gelişmekte olan bir kurumdur. Ancak günü-

¹⁵⁸ Ergül, a.g.e. s. 94;Özgenç, Genel Hükümler, s. 831.

¹⁵⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 831.; Dönmezer/ Erman, a.g.e., 1985, s. 584.

¹⁶⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 370.

müzde dahi Birleşmiş Milletler düzeyinde bir geri verme sözleşmesi yapılması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Zira AK üyesi olmayan devletlerin taraf olmasına bir engel bulunmamasına rağmen SİDAS evrensel bir nitelik arz etmemektedir.

Geri verme kurumunun günümüzdeki uygulamaları çoğunlukla iki taraflı anlaşmalar ve SİDAS çerçevesinde yapılmaktadır. Ancak uygulamadan anlaşılacağı üzere bu uygulamalara dayanak teşkil eden uluslararası anlaşmalar ve sözleşmeler eski tarihli olmakla beraber günümüzde ihtiyaçları karşılamakta zorlanmaktadır. Bu nedenle çok taraflı uluslararası sözleşmeye ihtiyaç duyulmaktadır. Geri verme kurumunun bazı diğer hukuki kurumlarla karışmasını engellemek için geri vermenin sınırları açık ve kesin bir şekilde uluslararası alanda belirtilmelidir.

Çağımızda önemini gitgide arttıran insan hakları, temel hak ve hürriyetler geri verme kurumunda hak ettiği yeri bulmalı ve geri verme kurumunun tanımı, istisnaları bu kapsamda değerlendirilmelidir. Geri verme kurumunun istisnaları bakımından da insan hakları temelinde değerlendirme yapılarak kurumunun istisnalarının kaldırılması gerekmektedir.

Suçluların geri verilmesinde devletlerin günümüzün gelişen teknolojilerini değerlendirerek diplomatik kanal yerine daha hızlı ve etkin olabilecek alternatif yollardan –interpolün etkin kullanımı gibi- geri verme işlemlerini yapmaları kaçınılmaz bir hal almıştır. Nitekim gelişen teknoloji ile suçluların diplomatik kanal işletilene kadar geçecek olan süre zarfında kaçabilme tehlikesi mevcuttur. Avrupa Birliği ülkeleri bu kapsamda Avrupa Birliği tutuklama müzakkeresini yürürlüğe koymuşlardır. Bu uygulamanın bir benzerinin Birleşmiş Milletler nezdinde yürürlüğe konulması gerekmektedir.

Diğer taraftan, Türk hukukunda geri verme kurumunun açık bir şekilde düzenlendiğini söylemek zordur. Zira böylesine kapsamlı bir kurum sadece 5237 s. TCK'nın 18. m. düzenlemesi ile yetinilmiştir. Bunun yerine müstakilen ve münhasıran bu kuruma hasredilen ve temelinde uluslararası hukuk, hukukun evrensel ilkeleri, insan hakları bulunan bir yasanın çıkarılması zorunludur. Böylesine bir yasa hukuka ve uygulamalara açık bir şekilde ışık tutacaktır.



KAYNAKÇA

- Altun, Hasan Mutlu, Suçluların Geri Verilmesi Hukuku, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.L. Tezi, İstanbul, 2001
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2007
- Arsal, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, C. I., İstanbul, 1947.
- Aybay, Rona, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2007
- Bakıcı, Sedat/ Kaçak, Nazif, Ceza ve Yargılama Usulüne ilişkin Temel Kanunlar, Ankara, 1997
- Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2008
- Cin, Mustafa, Suçluların Geri Verilmesi ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Y.L. Tezi, İstanbul, 1996
- Donay, Süheyl "Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler", İHFM, C:50, S. 1-4, İstanbul, 1984
- Donay, İçel, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt 3, İstanbul, 1985
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 3, Beta, İstanbul, 11. Bası, 1994
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 3, İstanbul 1997
- Ergül, Ergin, Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, Ankara, Yetkin yayınevi, 2003
- Güler, Ülkü, 5237 sayılı TCK'ya göre Suçluların Geri Verilmesi,
- Günay, Macit, Tebaanın iadesi Meselesi, İzmir Barosu Dergisi, Haziran 1956
- Gözü büyük, Abdullah P. Devletlerarası Ceza Hukuku, Ankara, 1958
- İçel, Kayhan, "Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir inceleme, İUHFM, C.XXX, Sayı:3-4, İstanbul, 1965
- Kömürcü, Mehmet / Çalışkan, Yusuf, Suçluların İadesinin Uluslararası Hukukta Düzenlenişi ve Siyasi Suç İstisnasının Terörizmle Mücadeledeki Rolü, Ankara Barosu Dergisi, 1999-1, Cilt:6

Müstecaplıoğlu, Esat Adil, Milli ve Beynelmillel Ceza Hukuku Bakımından Siyasi Suçlular II, SİM, İstanbul, Yıl VII, No:82 (ikinci Kanun 1938)

Özgen, Eralp, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, 1962

Özgenç, İzzet Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2008

Özgenç, İzzet, Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmalar Açısından Türk İade Hukukunun Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1984

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998

Sezgin, Fatih, Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, ISSN:2148-1415, 2015

Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Selim Kitapevi

Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, 1953

Tezcan, Durmuş "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu", AUSBFD, Ankara, 1983, Cilt:38, Sayı:I-4

Tezcan, Durmuş /Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Rifat Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009

Ulutaş, Ahmet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ekim 2012, Ankara

Yılmaz, Atilla, Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2001

DİĞER KAYNAKLAR

Uluslararası Hukuk Bülteni, Yıl:2, Sayı:4, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2009

[http://www.ldoceonline.com/dictionary/extradite\(longman\)](http://www.ldoceonline.com/dictionary/extradite(longman))

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/cezag.html>.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50e576ba4a3c33.07861215

<http://www.egm.gov.tr/interpol/turkce/bulten.htm>

<http://www.legal-tools.org/en/what-are-the-icc-legal-tools/>

ASKERİ PERSONELİN SORUŞTURMA VE YARGILAMA USULÜ

The Investigation and Jurisdiction Procedure That Applies for Military Personnel

Rasim TÜTÜNCÜ*

ÖZET

Kamu hizmetlerini yürüten memurlar ve diğer kamu görevlileri, görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı yargılanmak durumunda kalabilirler. Bu takdirde, kamu hizmetlerinin sürekliliği aksamamalıdır. İşte bu nedenle, memurlar ve diğer kamu görevlileri görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı herkesin tabi olduğu soruşturma ve yargılama usulünden ayrı ve özel bir soruşturma ve yargılama usulüne tabi tutularak korunmaktadır. Aslında burada korunan kamu görevlisinin kişiliği değil, kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı olmaktadır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri ve izlenecek usulü düzenlemektedir. Ancak bazı kamu görevlileri ve suçlar söz konusu Kanun'un kapsamı dışında bırakılarak ayrı ve özel bir soruşturma ve yargılama usulüne tabi tutulmuşlardır. Bu çerçevede, millî savunma hizmetlerinde istihdam edilmekle Devletin asli görevlerinden birini yerine getiren ve bu nedenle kamu görevlisi oldukları kabul edilen askerî personelin soruşturma ve yargılama usulü, askerî hizmetin gerekleri nedeniyle ayrı ve özel bir kanunla düzenlenmiştir.

Son yıllarda, başta Anayasa olmak üzere, askerî yargı ile ilgili mevzuatta birçok önemli değişiklik gerçekleştirilmiştir. Önceki düzenlemelerde askerî yargının görev alanının oldukça geniş düzenlenmiş olmasının uluslararası belgelerde sürekli eleştiri konusu yapılması, askerî mahkemelerin görev alanının demokratik hukuk devletlerinde olması gereken ölçüler çerçevesinde yeniden tanımlanmasını zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda, askerî mahkemelerin görev alanı asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalarla sınırlandırılmış ve asker olmayan kişilerin savaş hali haricinde askerî mahkemelerde yargılanamayacağı anayasal teminat altına alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Askerî Personel, Askerî Suç, Askerî Mahkeme, Soruşturma, Yargılama

ABSTRACT

All civil servants and other public officials carrying out public services may be put on trial due to any crimes they are alleged to have committed by virtue of their

* Genel Kurmay Başkanlığı, rasim_tutuncu@hotmail.com

positions. In this regard, continuity of public services should not be hindered. In this regard, continuity of public services should not be hindered. Thus, for any crimes they are alleged to have committed by virtue of their positions, civil servants and other public officials are protected by being subject to a specific investigation and jurisdiction procedure differing from the investigation and jurisdiction procedure that apply for everybody.

Law No. 4483 on Prosecution of Civil Servants and Other Public Officials governs the competent authorities that have jurisdiction to allow prosecution of civil servants and other public officials due to any crimes they are alleged to have committed by virtue of their positions as well as the procedure to be followed. However, some public officials and crimes are excluded from the scope of this Law and are subject to a particular investigation and jurisdiction procedure. In this context, the investigation and jurisdiction procedure that applies for military personnel employed in national defence services who perform one of the fundamental duties of State and are, therefore, considered as public officer, are regulated by a particular law due to the requirements of military service.

In recent years, many significant changes have taken place in the legislation concerning military justice notably in the Constitution. Since the military criminal justice's extensive scope of jurisdiction defined by the previous regulations were constantly criticized in the international documents, this extensive scope of jurisdiction of the military justice have been compulsorily redefined within framework of those in the democratic constitutional states. In this regard, military courts' scope of jurisdiction has been limited to offenses committed by military personnel and criminal cases concerning the crimes committed by them against military personnel or regarding the military services and duties and it has been guaranteed constitutionally that those who are not military personnel cannot be put on trial before military courts except in war.

Keywords: Military Personnel, Military Offense, Military Court, Investigation, Jurisdiction



GİRİŞ

Hukukumuzda genel soruşturma usulüne ilişkin kurallar, 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Suçu işleyen kişinin sıfatı ve görevi dikkate alınarak özel soruşturma usulleri ise çeşitli kanunlarda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda, memurlar ve diğer kamu görevlileri görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle özel soruşturma usulüne tabidirler.

Bilindiği zere, Anayasa'nın 129. maddesinin altıncı fıkrasına göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü

ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin belirlediği günümüzün demokratik hukuk devleti anlayışında memurların ve diğer kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerinin yargı denetimi dışında tutulması elbette düşünülemez. Ancak tarihsel gelişimin de etkisiyle memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, genel yargılama usulünden ayrı, istisnai soruşturma ve yargılama usulleri söz konusu olabilmektedir.

Hukuk sistemimizde, Osmanlı İmparatorluğu döneminde Memurin Muhekamatı Hakkında Kanun-u Muvakkat'ın kabul edildiği 1913 yılına kadar memurlar, soruşturmayla birlikte yargılamanın da idari makamlar tarafından yapıldığı, idari güvence sisteminin en ilkel uygulaması kabul edilen "yargılama sistemi"ne tabi olmuş; ancak anılan Kanun'un kabulünden sonra yalnızca soruşturmanın idare tarafından yapıldığı fakat yargılama aşamasının adliye mahkemelerine bırakıldığı "soruşturma sistemi"ne geçilmiştir. Cumhuriyet dönemi de dâhil 86 yıl boyunca uygulanan soruşturma sistemi, 1999 yılında kabul edilen 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Kanun ile yerini, soruşturma aşamasının da adliye mahkemelerine terk edildiği "izin sistemi"ne bırakmıřtır¹.

4483 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde; bu Kanun'un, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işleyecekleri suçlarda uygulanacağı ancak görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olanlara ilişkin kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Türk Silahlı Kuvvetleri personeli, memurlardan ayrı ve farklı bir personel rejimine tabi olsa da, yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmak için harp sanatını öğrenmek ve uygulamakla² kamusal faaliyete katıldıklarından, Anayasa'nın 128 ve 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesi anlamında kamu grevlisidirler.

Türk Silahlı Kuvvetleri personelinin askerî yargıya tabi suçlarında 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'na³ (AsMKYUK) göre

¹ ULAş Bülent, TEKELİOğLU Murat, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması", Askerî Adalet Dergisi, Yıl: 38, Sayı: 131, Ocak 2010, s. 13.

² 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İ Hizmet Kanunu'nun 13.07.2013 tarih ve 6496 sayılı Kanun'la değişik 35'inci maddesi.

³ Bundan sonra kısaca "AsMKYUK" şeklinde ifade edilecektir.

işlem yapılarak söz konusu personel hakkında 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu⁴ (AsCK) ve/veya Türk Ceza Kanunu⁵ (TCK) hükümleri uygulanmaktadır. AsMK-YUK nedeniyle özel soruşturma ve yargılama usulüne tabi olan asker kişiler (mülki / idari görevleri nedeniyle suç işledikleri iddia edilen jandarma ve sahil güvenlik personeli hariç) 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un kapsamı dışında bulunmaktadır.

Bu çalışmada; asker kişilerin askerî yargının görev alanına giren ve girmeyen suçlarına ilişkin soruşturma ve yargılama usulü, mevzuatta yapılan son değişiklikler ile yargı kararları da dikkate alınarak inceleme konusu yapılmıştır. Asker kişilerin tabi olduğu soruşturma ve yargılama usulü, aslında bu makalenin sınırlarını aşan bir içeriğe sahiptir. Bu yüzden çalışmada, bütünlüğü bozmadan konunun özetlenmesi tercih edilmiş, özellikle konuyla ilk defa ilgilenenlere genel bir fikir vermek amaçlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ASKERİ YARGI VE ASKERİ YARGIYA İLİŞKİN BAZI TEMEL KAVRAMLAR

I. GENEL OLARAK ASKERİ YARGI

Millî savunma faaliyetinin yerine getirebilmesi güçlü orduların oluşturulmasına bağlıdır. Güçlü bir orduyu ayakta tutan en önemli unsurlardan biri ise disiplindir. Askerî disiplinin sağlanması sivil yaşama kıyasla daha katı tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda disiplinin korunması ve sürekliliği için özel kanunlar ile ceza hukukuna özgü önlemlerin alınması zorunlu hale gelmektedir. Bu nedenle genel ceza kanunlarının yanı sıra, askerî ceza kanununun da bulunması devletlerin karşına bir mecburiyet olarak çıkmaktadır. Bugün modern ordulara sahip devletlerin neredeyse tamamında ayrı bir askerî ceza kanunu ve askerî ceza yargısı bulunmaktadır⁶. Bizde de bu çerçevede 22.05.1930 tarihinde 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu kabul edilmiştir.

Askerî suçların unsurları itibarıyla bazı özellikler göstermesi ve savaş zamanında askerî mahkemelere ihtiyaç duyulması, barış zamanında genel yargının yanında "*askerî yargı*"nın oluşturulması gereğini ortaya çıkarmıştır. Bir başka ifadeyle, genel yargının yanında ayrı bir askerî yargıya ihtiyaç duyulmasının

⁴ Bundan sonra kısaca "AsCK" şeklinde ifade edilecektir.

⁵ Bundan sonra kısaca "TCK" şeklinde ifade edilecektir.

⁶ Çeşitli ülkelerdeki askerî ceza kanunu uygulaması için bkz. NOLTE Georg, European Military Systems: General Comparative Report (Edited Georg NOLTE), Berlin 2003, s. 156 vd.

sebebi, Silhl Kuvvetlerin varlığı ile aıklanmaktadır⁷.

Askerî yargı, Anayasa'nın 145'inci maddesine göre, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemelerinden oluşmaktadır. Ayrıca askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak görev yapmak ve asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmakla görevli anayasal statüde bir yüksek mahkeme olan Askerî Yargıtay mevcuttur (Any. m. 156).

Genel ceza yargısından farklı birtakım özelliklere sahip olan askerî ceza yargısı, anayasal dayanağı olan ve savaş hali dışında yalnızca asker kiřileri⁸ yargılama yetkisi bulunan bir yargı koludur. Genel mahkemelerin yanında askerî mahkemelerin kurulması, bu mahkemelerde ayrı usul kurallarının oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Bu nedenle 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu benimsenerek Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan ayrı bir kanun yapılması yoluna gidilmiştir. AsMK-YUK'un Ek 1/1'inci maddesi, bu Kanun'da aksine bir hüküm bulunmayan halde CMK hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. Bu nedenle, AsMK-YUK'da aıca düzenlenmeyen usul müesseseleri bakımından, istisnalar hariç olmak üzere, CMK hükümleri uygulanmaktadır.

Türk milleti adına yargı yetkisini kullanacak olan askerî mahkemeler; kordulu, ordu (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı nezdinde Millî Savunma Bakanlığı'nca kurulmaktadır. 12.09.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 145'inci maddesinde yapılan değişlikle, askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri ve askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkilerinin düzenlenmesi ltlerinden biri olan "askerlik hizmetinin gerekleri" kavramı Anayasa'dan çıkarılmıştır. Söz konusu değişlikten sonra askerî mahkemelerin kuruluş ve işleyişinin yeniden ele alınması ihtiyaı ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda Millî Savunma Bakanlığı'nca hazırlanan ve 19.12.2014 tarihinde TBMM'ye sunulan "Askerî Hâkimler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişlik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"⁹ ile AsMKYUK'ta geniş çaplı değişlikler yapılması öngörülmektedir. Söz konusu Tasarıya göre; askerî mahkemeler askerî birlik ve kurum-

⁷ DEMİRĞ Fahrettin, "Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi" Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu-Bildiriler, Birinci Gün, 18.06.2008, s. 88.

⁸ Sivil kişiler Anayasa'nın 145'inci maddesinin açık hükmü karşısında askerî mahkemelerde yargılanamaları da, bazı durumlarda askerî suç işleyebilmeleri mümkündür.

⁹ Bundan sonra kısaca "AsMKYUK Tasarısı" Şeklinde ifade edilecektir.

ların teşkilatından çıkarılmakta, bunun yerine askerî mahkemelerin askerî birliklerin teşkilat yapıları ve buldukları yerlerin coğrafi durumu ile mahkemelerin iş yoğunluğu göz önünde tutulmak suretiyle Genelkurmay Başkanlığının ve Askerî Hâkimler Kurulu'nun görüşü alınarak Millî Savunma Bakanlığınca kurulması esası getirilmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması hükmü dikkate alındığında yapılması düşünülen değişikliklerin yerinde ve yararlı değişiklikler olduğunu değerlendirmekteyiz. Tasarı ile ayrıca, askerî mahkemelerin adli yargıda olduğu gibi buldukları yerin adıyla anılmaları düzenlenmekte, kurulmasına karar verilen il veya ilçede en az bir askerî ağır ceza mahkemesi ve bir askerî ceza mahkemesinin kurulacağı öngörülmektedir.

AsMKYUK'a göre askerî mahkemeler, sanığın sıfatına ve yüklenen suçun yaptırımına¹⁰ göre tek hâkimle veya kurul halinde kurulur. Tüm askerî mahkemelerin kuruluşu bu şekildedir ve aralarında bir derecelendirme söz konusu değildir. Ancak bu konuda da AsMKYUK Tasarısı'nda önemli değişiklikler söz konusudur. Tasarıya göre, askerî mahkemeler adli yargıya benzer şekilde askerî ağır ceza mahkemesi ve askerî ceza mahkemesi şeklinde ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Tek askerî hâkimle görev yapacak olan askerî ceza mahkemesi asıl askerî mahkeme olarak kabul edilmekte, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, askerî ağır ceza mahkemesinin görevi dışında kalan dava ve işlere bu mahkemede bakılacağı belirtilmektedir. Askerî ağır ceza mahkemeleri ise, subay ve astsubayların işledikleri suçlara ait davalar ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ait dava ve işlere bakmakla görevli kılınmaktadır.

Anayasa'ya göre askerî yargıyı oluşturan mahkemelerden bir diğeri disiplin mahkemeleridir. Disiplin mahkemeleri, 477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yetkileri, Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da yazılı disiplin suçlarına ait davalara bakmakla görevli olan mahkemelerdir. Ancak bu mahkemeler, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 16.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte yalnızca savaş zamanında görev yapacak konuma dönüştürülmüşlerdir. Askerî kişilerin disiplin suçlarına ilişkin soruşturma ve yargılama usulü doğrudan çalışmamızla ilgili bulunmadığından bu konuya değinilmeyecektir.

¹⁰ Subay ve astsubayların işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin davalar ile sanığın sıfatı ne olursa olsun, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ilişkin davalara kurul halinde bakılmaktadır (AsMKYUK m. 19).

II. ASKERÎ YARGIYA İLİŞKİN BAZI TEMEL KAVRAMLAR

Konunun daha iyi kavranmasını sağlamak bakımından öncelikle askerî yargıya ilişkin bazı temel kavramlara açıklık getirmek yararlı olacaktır.

A. Askerî Suç

AsCK'da askerî suçun tanımı yapılmamıştır. Ancak AsMKYUK Tasarısı'nda AsCK'nın 1'inci maddesi yeniden düzenlenmekte, madde metninde "askerî suç" ve "sırf askerî suç" tanımlarına yer verilmektedir¹¹. Erman'ın tanımından hareketle¹² askerî suçu Şu Şekilde tanımlayabiliriz; *"yalnızca asker kişi sıfatını taşıyan kişiler tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlâl edilmesi suretiyle işlenen suçlarla, unsurları kısmen veya tamamen genel ceza kanunlarında öngörülen ve askerî ceza kanunları tarafından ayrıca düzenlenen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanına dâhil edilmiş bulunan, asker kişi sıfatını taşımayan kişiler tarafından da işlenebilen askerî bir yararı korumaya yönelik suçlar askerî suçlardır."*

Askerî suçlar, sırf askerî suçlar ve askerî suç benzerleri olarak da tasnif edilmektedir¹³. Sırf askerî suçlar, yalnızca asker kişi sıfatını taşıyan kişiler tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlâl edilmesi suretiyle işlenebilen ve tüm unsurları ve cezaları sadece AsCK'da yer alan suçlardır¹⁴. Örneğin, firar, izin tecavüzü, amir veya üste saygısızlık, emre itaatsizlikte ısrar suçları; unsurları, kısmen de olsa, hiçbir genel kanunda yer almadığından sırf askerî suçlardır. Askerî Yargıtay 20.06.1975 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bir suçun sırf askerî suç sayılabilmesi için genel ceza kanunlarında tamamen veya kısmen düzenlenmemiş olması koŐulunu geniş yorumlamıŐtır. Yüksek Mahkemeye göre, AsCK'nın 3. Babının 5. Faslında düzenlenen askerî itaat ve inkiyadı bozan suçlar sırf askerî suç niteliğindedir. Askerî Yargıtay, söz konusu suçlarda askerî menfaat ve gereklerin özellikle ve doğrudan doğruya korunması amacının bulunduğunu buna gerekçe olarak göstermiŐtir¹⁵. Bu kapsam-

¹¹ Tasarıya göre AsCK'nın 1'inci maddesinin ikinci fıkrası, "Bu Kanunun uygulanmasında; A) Askerî suç: Bu kanun kapsamında yer alan suçları, B) Sırf Askerî Suç: Bu Kanunda tanımlanan ve ancak askerî şahıŐlar tarafından fail sıfatıyla işlenebilen suçları, ifade eder." Şeklinde tanımlanmaktadır.

¹² ERMAN Sahir, **Askerî Ceza Hukuku**, 7. Bası, İstanbul 1983, s. 151.

¹³ KARDAŐ Ümit, ÇINGİ Mehmet, **Askerî Ceza ve Ceza Yargısı**, İstanbul 2001, s. 2.

¹⁴ AsCK'nın 65, 66, 68, 69, 70, 82, 84, 85, 87-89, 90, 91, 93-102, 122, 124-127, 136 ve 153'üncü maddeleri uygulamada bugün sırf askerî suç olarak kabul edilmektedir. (YAMAN Derya, YAMAN Murat, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askerî Yargıtay Kararları IŞığında Askerî Yargı ve Adlı Yargı Arasındaki Görev Sorunları, Ankara 2001, s. 90 vd.)

¹⁵ Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 20.06.1975 tarih ve 6-4 sayılı İçtihadı

da; söz konusu fasılda yer alan amir veya üstü tehdit suçu (AsCK m. 82), TCK m. 106'da düzenlenen tehdit suçunda; yalan yere şikâyet suçu (AsCK m. 84), TCK m. 267'de düzenlenen iftira suçunda; amire veya üste hakaret suçu (AsCK m. 85), TCK m. 125'te düzenlenen hakaret suçunda; amire veya üste mukave-met suçu (AsCK m. 90), TCK m. 265/1'de düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunda; amire veya üste fiilen taarruz suçu (AsCK m. 91), TCK m. 86 ve 87'de düzenlenen kasten yaralama suçunda; askerlikten soğutma suçu (AsCK m. 96), TCK m. 318'de düzenlenen halkı askerlikten soğutma suçunda unsurları tamamen veya kısmen düzenlenmiş olmasına rağmen sırf askerî suç olarak kabul edilmiştir¹⁶.

Askerî suç benzerleri ise, asker kişi sıfatını taşımayan kimseler tarafından da işlenebilen, askerî bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmeyen ve genel nitelikteki kanunlarda unsurları kısmen veya tamamen öngörülmüş olan suçlardır. Bununla birlikte, askerî suç benzerlerinde de korunan hukuksal yarar askerî bir yarardır¹⁷. Bu suçlar ya AsCK tarafından ayrıca düzenlenerek ya da genel nitelikteki ceza kanunlarına yapılan atıfla AsCK'nın uygulama alanına dâhil edilmişlerdir. Örneğin, AsCK'nın 132. maddesinde düzenlenen üstünün, astının veya arkadaşının bir şeyini çalma suçu, bütün unsurları itibarıyla hırsızlık suçuna ilişkin TCK m. 141'de öngörüldüğünden sırf askerî suç değil, bir askerî suç benzeridir.

Sırf askerî suç ve askerî suç benzerleri ayırımının bazı pratik sonuçları vardır. AsCK Ek Madde 8/2'ye göre; sırf askerî suçlar hakkında, TCK'nın 75. maddesinde düzenlenen ön ödeme hükümleri uygulanmaz. Sırf askerî suçlara ilişkin mahkûmiyet hükümleri, 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu'nun 5. maddesi gereği adlî sicile kaydedilmez. Öte yandan TCK'nın 58/4. maddesine göre de sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz¹⁸. Suçluların iadesi ile ilgili hükümlere göre sırf askerî suç işleyen failler iade edilmezler (TCK m. 18/1-b). Bunun gibi önceki suçu sırf askerî suç olan failin, daha sonraki başka bir suçunda tecil mümkündür.

Birleştirme Kararı, Askerî Yargıtay Kararları Dergisi, S. 11, Y. 1997, s. 280.

¹⁶ KANGAL, Zeynel, **Askerî Ceza Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı**, Ankara, 2012, s. 87.

¹⁷ ERMAN, s. 157.

¹⁸ KOÇ Cihan, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, TSK Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Ankara 2011,, s. 332-333.

B. Asker Kişi Kavramı

AsMKYUK'un 10. maddesinde asker kişi tanımlanmıştır. Buna göre; muvazaf askerler¹⁹, askerî hizmette buldukları sürece yedek askerler²⁰ ile rızası ile TSK'ya katılanlar²¹ bu Kanun'un uygulanması bakımından asker kişi sayılmaktadırlar.

TSK ve MSB'liğı kadro ve kuruluşlarında görev yapan devlet memurları ile askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanunu'na tabi bulunan işçiler de yakın bir tarihe kadar AsMKYUK kapsamında asker kişi sayılmaktaydılar. Ancak Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla önüne gelen davalar üzerine 2012 yılında verdiği kararlarla, AsMKYUK'un söz konusu personeli asker kişi sayan ve bu nedenle askerî mahkemelerde yargılanmalarına olanak tanıyan hükümlerini, *“savaş hali dışında asker olmayan kişilerin işledikleri suçlar nedeniyle askeri mahkemelerde yargılanamayacağı(nın) anayasal olarak teminat altına alın(dığı)”* gerekçesiyle, Anayasa'nın 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la değişik 145. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu nedenle söz konusu personelin bundan sonra askerî mahkemelerde yargılanmaları mümkün değildir. Ancak anılan personel AsCK'nın 3. maddesine göre hâlen asker kişi sayıldıklarından, bu Kanun kapsamında bazı suçları işlemeleri ve adliye mahkemelerinde yargılanmaları sırasında kendilerine askerî ceza mevzuatının uygulanması pekâlâ mümkündür.

C. Teşkilatında Askerî Mahkeme Kurulu Kıta Komutanı veya Askerî Kurum Amiri

AsMKYUK, teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirine önemli yetkiler tanımıştır. Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirine bazı yetkiler tanınmasının nedeni; onun talebi olmadan emrinde görev yapan asker kişi hakkında soruşturma başlatılması, tutuklama, arama vb. tedbirlere başvurulması, ifadesinin alınması veya hakkında iddianame düzenlenerek kamu davası açılmasının bir-

¹⁹ AsMKYUK'un 10'uncu maddesine göre muvazaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erlerden oluşmaktadır.

²⁰ Yedeklik döneminde bulunan kimse yeniden silâh altına çağrılırsa, bu süre ile sınırlı kalmak üzere asker kişi sayılır.

²¹ Bu kişilerin katılması karşılıksız olabileceğı gibi, ücret karşılığında da olabilir. Örneğın, 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre; barışta, sıkıyönetim, olağanüstü hal veya seferberlik hallerinde veya savaşta, askerliğini henüz yapmadan, Genelkurmay Başkanlığının göstereceğı lüzum üzerine Bakanlar Kurulu'nun gerekli gördüğü sahalarda özel olarak görevlendirilen gönüllüler bu kapsama girmektedir.

lik içerisinde düzen ve disiplini bozabileceği düşüncesine dayanmaktadır²².

Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirine tanınan yetkilerden bazılarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

1) Bir suçun işlendiğini öğrendiğinde refakatindeki askerî savcıya soruşturma açtırmak ve yapılmakta olan soruşturma hakkında askerî savcıdan her zaman bilgi istemek,

2) Askerî savcı aracılığı ile şüpheli hakkında tutuklama isteminde bulunmak,

3) Tutuklama isteminin reddine, tutuklamaya, tutuklama halinin devamına ve kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara itiraz etmek,

4) Askerî savcının talebi üzerine şüphelinin geçici olarak işten el çektirilmesine karar vermek,

5) AsMKYUK'da belirtilen sebeplerden biri veya birkaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca olan hallerde, 24 saat içinde yetkili askerî mahkemenin onayına sunulmak üzere arama yapmak veya arama yapılması için yazılı emir vermek,

6) Kanun yollarına başvurmak.

Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirlerinin refakatlerinde adlî müşavirler bulunur. Adlî müşavirler kanun yollarına başvurmada teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirlerine bu sıfatla tanınan yetkilerin kullanılmasında yardımcı olur. Adlî müşavirler, kanun yollarına başvurmada, teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirleri adına ilgili soruşturma ve dava dosyalarını incelemeye yetkilidirler (AsMKYUK m. 8/2). Adlî müşavirler aynı zamanda, refakatlerinde buldukları teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirlerinin hukuk işlerinde de yardımcıdırlar (AsMKYUK m. 8/3). Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri, subay ve astsubaylar haricindeki kişilerin işledikleri iddia edilen suçlara ait suç evrakını soruşturma yapılması istemiyle askerî savcılığa göndermek konusunda adlî müşavire yazılı yetki verebilir.

Ç. Askerî Hâkim ve Askerî Savcılar

Askerî ceza yargılamasının en önemli sùjelerinin başında şüphesiz askerî

²² ERMAN, s. 355.

hâkim ve askerî savcılar gelmektedir. Aynı zamanda subay statüsünde olan askerî hâkimlerin mesleğe alınmaları, atama usulleri, terfileri ve özlük işleri 26.10.1963 tarih ve 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu tarafından düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı; 139. maddesinin birinci fıkrasında, hâkim ve savcıların azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacakları, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, denek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağı; 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hâkim ve savcıların fıkrada sayılan ve diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın "Askeri Yargı"yı düzenleyen 145. maddesinin son fıkrasında ise askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri ve askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Buna göre, Anayasa'nın yukarıda belirtilen kurallarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yapan askerî hâkim ve savcılar yönünden de geçerli olduğu açıktır.

Hâkimin bağımsızlığı salt Anayasa'da yer almakla geręekleřmeyeceęinden, bunun yasama, yürütme, yargılama organına ve diğer gçlere karşı fiilen geręekleřtirecek güvenceler gereklidir. Bağımsızlık açısından, hâkimin özellikle yürütme organına karşı korunması önemlidir. Türk hukukunda askerî hâkimler, yürütme organından bağımsızlık konusunda bazı açılardan sivil hâkimlerden farklı konumdadırlar. Sivil hâkimlerin atama ve yer değiştirmeleri, meslekten gelen hâkim ve savcılarının da bulunduğu anayasal bir kurum olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından yapılırken, ifa ettikleri görev bakımından aralarında herhangi bir fark bulunmayan askerî hâkimler Millî Savunma Bakanı ve Başbakanının imzaladığı ve Cumhurbaşkanının onayladığı müşterek kararnameyle atama ve yer değiştirmeye tabi tutulmaktadır.

Sivil ve askerî hâkimler arasında disiplin hukuku bakımından da birtakım

farklılıklar bulunmaktadır. Sivil hâkimler hakkında meslekten çıkarma dâhil her türlü disiplin işleminde HSYK yetkilidir.

357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun 29. maddesinde, askerî hâkimlere verilecek disiplin cezaları uyarma ve kınama cezası şeklinde belirlenmiş, madde'nin birinci fıkrasında yer alan kuralla da askerî hâkimler hakkında disiplin cezası verme yetkisi Millî Savunma Bakanı'na tanınmıştır. Ancak söz konusu düzenlemenin, yetkinin Millî Savunma Bakanı'na ait olduğuna ilişkin kısmı ile söz konusu cezaların kesin olduğunu belirten kısmı, Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2014 tarihli kararıyla,²³ mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Askerî hâkimler hakkında disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle meslekten çıkarma disiplin cezası ise, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu yürürlüğe girinceye kadar 357 sayılı Kanun'un 22. maddesinin son fıkrasının yaptığı atf nedeniyle 926 sayılı TSK Personel Kanunu hükümlerine göre ilgilinin mensubu olduğu kuvvet komutanlıklarında teşkil edilen komisyonlar marifetiyle ve yahut Yüksek Askerî Şura kararlarıyla verilmekte ve müşterek kararnameyle ayırma süreci tamamlanmaktaydı. TSK Disiplin Kanunu'nun 16.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte askerî personelin meslekten çıkarma dâhil tüm disiplin işlemleri bu Kanun'a tabi tutulmuştur. Meslekten çıkarma cezasının kuvvet komutanlıkları bünyesinde teşkil edilecek yüksek disiplin kurulları vasıtasıyla verilmesini öngören söz konusu Kanun 2. maddesiyle askerî hâkimleri haklı olarak kapsamı dışında bırakmıştır. Ancak askerî hâkimler hakkında meslekten çıkarma konusunda hangi merciin yetkili olduğu konusunda bugüne kadar bir düzenleme de yapılmamıştır. Her ne kadar bu konuda usul ve yetkide paralellik ilkesi gereği atamaya yetkili makamın yetkili olduğu yorumu yapılabilirse de, bu alandaki yasal boşluğun bir an önce doldurulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Askerî hâkimlerin disiplin işlemleri konusunda yaşanan bu gelişmeler, meslekten çıkarma dâhil tüm disiplin işlemlerinin ve özlük haklarıyla ilgili diğer hususların, sivil hâkim ve savcılarda olduğu gibi mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine uygun şekilde yeniden düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Nitekim bu ihtiyaçtan hareketle hazırlanan AsMKYUK Tasarısı ile, kararları yargı denetimine açık bir Askerî Hâkimler Kurulu kurulması öngörülmektedir. Millî Savunma Bakanı ile birinci sınıf hâkimler arasından seçilen dört üyeden müteşekkil Kurula, meslekten çıkarma dâhil sivil hâkim ve savcılara uygulanan disiplin cezalarının yanı sıra mesleğe kabul, atama ve nakil,

²³ AYM, 04.06.2014, E.2013/82, K.2014/100, RG. 17.09.2014, S. 29122.

izin, birinci sınıfa ayırma ve birinci sınıf olma, görevden uzaklaştırma gibi konularda yetki ve görevler verilmektedir. Ancak Tasarı'da ngrlen; Kurul'un hâkim yelerinin Bakan'ın teklifi zerine Başbakan'ın onayıyla seçilmesi, gündem belirleme ve Kurul'u toplantıya çağırma yetkisinin Bakan'da bulunması, idari görev kadrolarına atama yetkisinin yalnızca Bakan'a ait olması ve bu nitelikteki kadrolara atamada ilgilinin muvafakatinin aranmaması hususlarının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleriyle bağdaşmadığını değerlendirmektediriz.

Teşkilatında askerî mahkeme kurulan her kıta komutanı veya askerî kurum amirinin refakatinde bir askerî savcı ile yeteri kadar askerî savcı ve savcı yardımcısı bulunur. Askerî savcılar ile teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri arasındaki ilişkileri gösteren düzenlemeler 353 ve 357 sayılı Kanunların çeşitli hükümleri arasına serpiştirilmiştir. Teşkilatında askerî mahkeme kurulu kıta komutanı veya askerî kurum amirinin, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı²⁴ zerine AsMKYUK'un yeniden düzenlenen 12. maddesine göre refakatinde bulunan askerî savcı ile teşkilatında bulunan askerî mahkemenin kıdemli hâkimine sicil verme yetkisi bulunmamaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

ASKERİ YARGININ GÖREV ALANI, ASKER KİŞİLERİN ASKERİ YARGIYA TABİ SUÇLARI NEDENİYLE SORUŞTURMA VE YARGILAMA

I. ASKERİ YARGININ GÖREV ALANI

Askerî yargı, Anayasa'nın 145. maddesine göre, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemelerinden oluşmaktadır. Disiplin mahkemeleri bu çalışmanın kapsamına dâhil edilmediğinden askerî yargının görev alanı askerî mahkemeler ile sınırlı olarak ele alınmıştır.

A. Görev

Askerî mahkemelerin görevi AsMKYUK'un 9. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; *"Askerî mahkemeler, kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişi-lerin askerî olan suçları ile bunların asker kişi-ler aleyhine (...)"*²⁵ yahut askerlik

²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2009 tarihli ve E.2006/105, K.2009/142 sayılı kararı, RG. 08.01.2010, S. 27456.

²⁵ Madde metninde yer alan *"veya askerî mahallerde"* ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 15.03.2012 tarih ve E.2011/30, K.2012/36, RG. 26.06.2012, S. 28335 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.” AsMKYUK, askerî mahkemelerin görevini tespitite, sanığın sıfatı ile birlikte suçun niteliğini veya mağdurun sıfatını esas almıştır.

Anayasa'nın “Askerî Yargı” başlıklı 145. maddesi 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la değiştirilerek askerî yargının görev alanı yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 1-3. fıkralarına göre askerî yargının görev alanı;

“Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz. Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.” şeklinde yeniden belirlenmiştir.

Bu anayasa değişikliği ile askerî mahkemelerin görev alanı hakkında iki önemli değişiklik olmuştur. Birincisi, askerî mahkemelerin görev alanını belirlemede kullanılan ölçütler arasından “*askerî mahal*” ifadesinin çıkarılmış olmasıdır. Nitekim bu düzenlemeden sonra AsMKYUK'un 9. maddesinde yer alan “*askerî mahal*” ifadesi, Hv.K.K.İği As.Mah.nin itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından 15.03.2012 tarihinde iptal edilmiştir²⁶. İkinci önemli değişiklik ise, birinci fıkraya eklenen son cümledir. Buna göre; “*Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar ... adliye mahkemelerinde görül(ecektir.)*” Başka bir anlatımla, söz konusu suçları işleyen bir asker kişi de olsa, Anayasa'da aksine bir hüküm olmadığı sürece²⁷, yargılama adli yargı mahkemelerinde yapılacaktır.

Askerî mahkemelerin görevli olması için olmazsa olmaz koşul, kişinin asker kişi olmasıdır. AsMKYUK'un uygulanması bakımından kimlerin asker kişi sayıldığı, aynı Kanun'un 10. maddesinde belirtilmiştir. Bu sayılanlar arasında yer alan askerî öğrencilerden lise ve dengi okullarda okuyanların askerî mah-

²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 15.03.2012 tarih ve E.2011/30, K.2012/36, RG. 26.06.2012, S. 28335 sayılı kararı

²⁷ Gnkur.Bşk., Kuvvet Komutanları ve J.Gn.K.nın söz konusu suçları işlemeleri halinde, bu suçlar görev suçu kabul edildiği takdirde yargılama, Anayasa'nın 148/7'nci maddesi gereği Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yapılır.

kemelerde yargılanıp yargılanamayacağıının, çocuk mevzuatı açısından ayrıca irdelenmesinde fayda bulunmaktadır²⁸.

Askerî öğrenciler, AsCK'ya tabi olmak bakımından diğer asker kişilere kıyasla sınırlı düzeyde bir sorumluluğa sahiptirler. 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, herhangi bir istisnaya yer vermeksizin, tüm çocukların çocuk mahkemelerinde yargılanacağını öngörmektedir. Ayrıca çocuk askerî öğrencilerin çocuk mahkemeleri dışında askerî mahkemelerde yargılabileceklerine ilişkin herhangi bir istisnai hükme, ne AsCK'da ne de AsMK-YUK'da yer verilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında, çocuk statüsündeki askerî öğrencilerin askerî mahkemelerde yargılanmalarının mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Nitekim Askerî Yargıtay 1. Dairesi yakın tarihli bir kararında bu tespit ve değerlendirmeleri yaptıktan sonra, çocuk sıfatını taşıyan askerî öğrenciler hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve CMK hükümleri uyarınca çocuk mahkemelerinin görevli olduğunu belirtmiştir²⁹.

Sanığın asker kişi olması askerî mahkemelerde yargılanması için gerekli olmakla birlikte, yeterli bir ölçüt değildir. Sanığın asker kişi olmasının yanı sıra, isnat edilen suçun askerî suç niteliğini taşıması veya askerî suç olmasa bile asker kişi aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işlenmiş olması³⁰ ve ayrıca suçun Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan olmaması gerekmektedir. Ancak, savaş zamanında asker kişiler tarafından işlenen bütün suçlara ilişkin davalara askerî mahkemeler bakacaktır (AsMKYUK m. 14/A).

1. Asker Kişilerin İşledikleri Askerî Suçlar

Asker kişilerin askerî mahkemelerde yargılanmalarını sağlayan ölçütlerden biri, işledikleri iddia edilen suçun askerî suç olmasıdır. Askerî suçun sırf askerî suç veya askerî suç benzeri olması arasında askerî mahkemelerin görevini tespit açısından bir farklılık bulunmamaktadır.

Kişinin, suçun işlendiği tarih itibarıyla askerlikle ilişkisinin kesilmesi halinde, yüklenen suç sırf askerî suç ise, sanık hakkında beraat kararı verilir. Yüklenen suç askerî suç benzeri ise, görevsizlik kararı verilerek dosya adli yargıya gönderilir.

²⁸ Askerî öğrenciler, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 113'üncü maddesinin c) bendine göre, aynı Kanun'un astların amir veya üstlerine karşı sorumluluklarını düzenleyen 14'üncü maddesinde belirtilen yükümlülükleriyle sınırlı olarak AsCK'ya tabidirler. Bu nedenle, söz konusu personel yalnızca emre itaatsizlikte ısrar, amir veya üste hakaret, amir veya üstü tehdit, amir veya üste mukavemet, amir veya üste fiili taarruz gibi suçları işleyebilirler.

²⁹ Askerî Yargıtay 1.D., 07.03.2012, E.2012/379, K.2012/351 (Yayımlanmamış Karar)

³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 25.12.1998 tarih ve 51/55 sayılı kararı (YAMAN/YAMAN, s. 60).

Kişinin suçun işlendiği tarih itibarıyla askerlikle ilişkisinin kesilmesi, AsCK'nın uygulanmasıyla ilgili bir sorun olmasına karşın; askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi, AsMKYUK'un uygulanmasıyla ilgili bir sorundur.

Asker kişi sıfatı hukuka aykırı bir şekilde elde edilmişse, asker kişi statüsü idari bir işlemle veya kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile geri alınmadığı sürece askerî mahkemeler görevli olacaklardır³¹. Sanığın yargılama sırasında asker kişi sıfatını çeşitli nedenlerle (terhis, emeklilik, meslekten çıkarma, istifa, sözleşmenin sona ermesi vb.) kaybetmesi halinde, isnat edilen suç askerî suç niteliğini koruduğu sürece görevsizlik kararı verilerek dosya adli yargıya gönderilemez. Zira askerî mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak, suçun askerî bir suç olmaması, askerî bir suçla bağlı bulunmaması halinde askerî mahkemenin görevi sona erer. (AsMKYUK m. 17). Örneğin, firar suçu (AsCK m. 66) askerî bir suç olduğundan, failin asker kişi sıfatı sona erse bile, askerî mahkemelerin görevi devam eder³².

Aslında burada, yargılama sırasında asker kişi sıfatının kaybedilmesine rağmen, AsMKYUK'un 17. maddesi gereği askerî suçlarla ilgili yargılamanın askerî mahkemelerde devam etmesi durumunu, 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen Anayasa'nın "Askerî Yargı" başlıklı 145. maddesi bağlamında yeniden değerlendirmek gerekir. Anayasa'nın 145. maddesinin ikinci fıkrası, "Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz." hükmünü amirdir. AsMKYUK'un 17. maddesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını itiraz üzerine önüne gelen bir davada inceleyen AYM, "Ceza yargılaması hukukunda kişilerin hangi mahkemelerde yargılanacağıının belli bir sıfatı taşımaya bağlandığı durumlarda, söz konusu sıfatın suçun işlendiği sırada bulunması gerekmekte olup, bu sıfatın suçun işlenmesinden son-

³¹ "Astsubay Sınıf Okulları Giriş Sınavına kabul için gerekli öğrenim koşullarını taşımasına rağmen, bu konuda ibraz ettiği gerçeğe aykırı belgelerle ve sahte olarak düzenlenmiş yüksek okul diploması ile idareyi yanıltarak askerî öğrenci ve daha sonra da astsubay statüsüne kabul edilmesini sağlayan sanığın, idareyi yanılgıya düşürmesi sonucu kurulan idari işlemle verilmiş olan asker kişi statüsünün başka bir idari işlemle veya kesinleşmiş bir yargı kararı ile geri alınmadığı sürece devam ettiğinin kabulü gerekmektedir. (Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun 13.03.2008 tarihli ve E.2008/33, K.2008/41 sayılı kararı, Askerî Adalet Dergisi, Yıl: 36, S. 128, Temmuz 2008, s. 175-184)

³² "... sanık hakkında açılan kamu davasında, sanığın binbaşı rütbesinde olan yakınana ait cep telefonunu çalışma odasında masanın üzerinde durmakta iken çaldığının ileri sürüldüğü gözetildiğinde, yargılamanın askeri yargı yerinde yapılacağı sonucuna varılmıştır. (Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün, 13.10.2008 tarihli ve E.2008/34, K.2008/34 sayılı kararı, RG. 24.07.2009, S. 27298)

ra bir Őekilde kaybedilmesi, kiŐilerin tabi bulunduğu mahkemenin görevinde herhangi bir deĐiŐikliĐe neden olmamaktadır. Ćnk kanun koyucu bir suĉu ele alırken suĉun iŐleneceĐi sıradaki koŐulları gözeterek suĉun cezasının niteliğini, ağırlığını ve kovuŐturulacaĐı mahkemeyi belirlemektedir. Anayasa'nın 145. maddesinde yer alan ve asker olmayan kiŐilerin savaŐ hali dıŐında askerî mahkemelerde yargılanamayacağını düzenleyen kural, suĉun iŐlendiĐi sırada asker kiŐi olmayanlara iliŐkin olup, bu kuralın, suĉun iŐlendiĐi sırada asker olan kiŐilerin suĉu iŐledikten sonra bu sıfatlarını kaybetmeleri halinde askerî mahkemelerde yargılanmalarını yasaklayan bir yönü bulunmamaktadır.” gerekĉesiyle söz konusu yasal düzenlemenin Anayasa'nın 145. maddesine aykırı olmadığına karar vermiŐtir³³. Asker kiŐi sıfatının kaybedilmesine rağmen askerî suĉun yargılanmasına askerî mahkemede devam edilmesi, bu mahkemelerin birer ihtisas mahkemesi olmaları nedeniyledir.

2. Asker Kişilerin Asker Kişiler Aleyhine İŞledikleri Suĉlar

Asker kişi tarafından işlendiği iddia edilen suĉun mağduru asker kişi ise, söz konusu suĉ askerî suĉ niteliğini taŐımasa veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olmasa bile, bu suĉa ilişkin yargılama askerî mahkemelerin görev alanına girmektedir³⁴. Mağdur asker kişinin suĉ dolayısıyla uğramış olduğu zarar maddi veya manevi olabilir.

Askerî mahkemelerin görevini tespititte suĉun işlendiği tarihte, sanık ve mağdurun asker kişi sıfatını taşıması gereklidir. Sanığın, mağdurun asker kişi olduğunu bilip bilmemesi, görev bakımından önemli değildir. Bu durum, belki işlenen suĉun nevini değiştirebilir.

Suĉ askerî suĉ değil ve sanık ya da mağdurdan biri, yargılama sırasında asker kişi sıfatını kaybetmiŐse, bu durumda artık askerî mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilerek dosyanın adlî yargı yerine gönderilmesi gerekir (AsMKYUK m. 17). Örneğin; üste karşı işlenen ve askerî suĉ niteliği taşıyan fiile, AsCK m. 107 gereğince üstün rütbesi ve kıdemi hakkında hataya düşülmesi nedeniyle genel hükümler uygulanacağından, askerî mahkemelerde yargılan-

³³ AYM, 11.04.2012, E.2011/108, K.2012/55, RG. 21.07.2012, S. 28360.

³⁴ “Maddi olayda, lojmanlarda apartman yönetim kurulu muhasibi olan asker kişi sanığın, apartmanda oturan ve asker kişi olduklarından Şüphe bulunmayan Şahıslardan aldığı kapıcı ve kaloriferciye ait bulunan SSK primlerini yatırmaması eylemi, apartmanda oturan asker kişiler aleyhine değil, SSK aleyhine, iki sigortalı iŐĉiye ait SSK primlerini yatırmamak ve yatırılmıŐ gibi tek nüsha belgeler düzenlemek suretiyle iŐlenmiŐtir./... Davaya bakmaya genel adliye mahkemeleri görevlidir...” (Askerî Yargıtay 5. Dairesi'nin 14.10.1998 tarihli ve E.1998/624, K.1998/616 sayılı kararı; YAMAN/YAMAN, s. 169-170)

mayı gerektiren ilginin kesilmesi durumunda adli mahkemeler görevli olacaktır³⁵.

AsMKYUK'un 94. maddesi asker kişinin ölümünün tabii sebeplerden ileri gelmediği şüphesinin varlığı halinde askerî makamlara görev yüklemiş; ölünün gömülmesini askerî savcının, zorunluluk halinde ise C.Savcısının iznine bağlamıştır. Kanun koyucunun bu konuda askerî savcıyı görevli saymasının haklı nedenleri bulunmaktadır. Zira ölüm olayının faili bir askerî şahıs olduğunda ortada bir askerî suç var demektir. Bu durumda yargılama askerî mahkemede yapılacağından, söz konusu düzenleme usul ekonomisi açısından da fayda sağlamaktadır.

3. Asker Kişilerin Askerlik Hizmet ve Görevleri ile İlgili Olarak İşledikleri Suçlar

Asker kişi tarafından işlenmiş suç, hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun, askerlik hizmet ve göreviyle ilgili olduğu takdirde kural olarak³⁶ askerî mahkemelerin görevi kapsamındadır. AsCK'nın 12. maddesi, hizmeti, gerek bilinen ve belirli olan ve gerek bir amir tarafından emredilen askerî bir görevin ast tarafından yapılması hali olarak tanımlamıştır. 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu madde 6 ise, hizmeti, kanunlar ile nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işler olarak tanımlamıştır. Buna göre, askerî mevzuatın yüklediği yükümlülüklerin ya da amir tarafından verilen emirlerin yerine getirilmesi için yapılan işler "askerî hizmet" olarak kabul edilmektedir. Mevzuatta doğrudan bir tanımı bulunmasa da, "hizmet" kavramıyla ilgili düzenlemelerden hareketle, "askerlik hizmeti ve görevi" kavramının sınırları içtihatlar aracılığıyla çizilmeye çalışılmaktadır³⁷. Ancak bazen hangi tür hizmetlerin askerî

³⁵ "... olay sırasında sanığın, nöbet yerine gelen mağdur kişinin üstü olduğunu bilmediği sonucuna varılmıştır. ... Bu durumda, sanığı yüklenen eylemlerin askeri suç olmayıp, TCK'nunda düzenlenen "müessir fiil ve hakaret" suçlarını oluşturacağı açıktır... Askeri mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesiyle, askeri mahkemenin görevinin sona ereceği düzenlenmiş bulunduğu ve somut olayda sanığa yüklenen eylemin askeri suç olmadığı anlaşıldığından 353 sayılı Yasa'nın 17. maddesi uyarınca davanın adli yargı yerinde görülmesi ..." (Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün, 02.06.2008 tarihli ve E.2008/23, K.2008/23 sayılı kararı, RG. 05.08.2008, S. 26985)

³⁶ Gnkur. Bşk., Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı'nın görevleri nedeniyle işlemiş oldukları suçlardan dolayı yargılanmaları, Anayasa'nın 148/7'nci maddesi gereği Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yapılır.

³⁷ "Kars 14. Mekanize Tugay Levazım Bölük Komutanlığı emrinde görevli Astsb.Üçvş. sanık S.A.'nın; 23.10.1987 günü görevli olduğu askerî birliğe odun almak için gittiği orman deposunda, ölçümde hile yaptığı gerekçesi ile müşteki orman depo memuru K.T.'ye ana

hizmetten sayıldığı kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmektedir. Örneğin; 3497 sayılı Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinde, kara sınırlarını koruma ve güvenliğini sağlama görevinin Kara Kuvvetleri Komutanlığına verildiği ve bu kapsamda icra edilen görevlerin ise askerî hizmetten sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla asker kişilerin bu Kanun'dan kaynaklanan görevleri nedeniyle işledikleri iddia edilen suçlarının soruşturulması ve yargılanması askerî yargının görev alanı kapsamındadır.

B. Yetki

Askerî mahkemelerin yer bakımından yetkisinin tespitinde CMK'nda öngörülen *“suçun işlendiği yer”* ölçütünden farklı bir ölçüt getirilmiştir. Askerî mahkemelerin yetkisi, failin suçu işlediği anda tabii olduğu kadro bağlılığına göre belirlenmektedir³⁸.

AsMKYUK'un 21/1. maddesine göre, *“Askerî mahkemelerin yetkisi, nezdinde askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirinin kadro ve kuruluş itibarıyla emirleri altında bulunan kişiler ile adli bakımdan kendisine bağlanmış birlik veya askerî kurum mensupları hakkında caridir.”*

Askerî mahkemelerin yetkileri, kuvvet komutanlıklarının göstereceği ihtiyaç üzerine veya doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığı'nın göstereceği lüzuma göre, Millî Savunma Bakanlığı tarafından genişletilebilir veya daraltılabilir (AsMKYUK m. 26). Ancak Anayasa m. 37'de ifadesini bulan tabii hâkim güvencesinin ihlal edilmemesi için, yetki daraltılması veya genişletilmesi işleminin, yürürlüğe girdikten sonra işlenen suçlara uygulanması gerekir.

II. ASKER KİŞİLERİN ASKERİ YARGIYA TABİ SUÇLARINDA SORUŞTURMA VE YARGILAMA USULÜ

A. İhbar ve Şikâyet

Askerî mahkemelerin görev alanına giren suçların ihbarı ve şikâyeti, ihbar veya şikâyetinde bulunan kişinin sıfatına göre farklılaşmaktadır. İhbarda veya şikâyetinde bulunan kişi asker kişi ise, ihbar veya şikâyetini silsile yolu ile şüph-

avrat sinkaf edip yumrukle vurarak 5 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralamak sureti ile, görevli memura hakaret ve müessir fiil suçlarını işlediğinden bahisle ... kamu davası açılmıştır. // Saniğin; 14. Mekanize Tugay Komutanlığı ihtiyacı için gerekli odunu orman işletmesi deposundan almak üzere görevlendirildiği, dosyadaki 09.10.1987 günlü Göle Orman İşletmesi Müdürlüğüne yazılan yazıdan anlaşılmaktadır. // Bu durumda, sanık Astsb. S.A., üzerine atılı suçu ... bir hizmet ifası ile ilgili olarak işlemiş bulunmaktadır.” (Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 17.09.1993, 1993/39-38 E.-K., YAMAN/YAMAN, s. 203-205)

³⁸ ERMAN, s. 402-403.

linin amiri olan askerî makama yapmak zorundadır. En yakın amirden şikâyet olunacak ise, şikâyet bir üst derece amire yapılır (211 sayılı İç Hiz.K. m. 27). Şüphelinin amiri ile ihbar veya şikâyette bulunanın amiri farklı kimseler ise doğrudan doğruya şüphelinin amirine de şikâyette bulunulmasında bir sakınca yoktur (İç Hiz.K. m. 30/son fıkra). Asker olmayan kişiler tarafından yapılacak ihbar ve şikâyetler, CMK m. 158 gereğince yetkili makamlara veya şüphelinin amiri olan askerî makama yapılır (AsMKYUK m. 93/1). Askerî suçların takibi şikâyete bağlı değildir (1632 sayılı Kanun m. 48)³⁹.

Suç ihbar ve şikâyetleri yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Sözlü olarak yapılmış ise bu hususta bir tutanak düzenlenir (İç Hiz.K. m.27/son).

Asker kişiler (jandarma ve sahil güvenlik personeli dâhil) hakkında, askerî mahkemelerin görevine giren suçlardan dolayı soruşturma yapılması yetkisi askerî savcılara aittir. C.Savcılarının bu hususta yetkileri bulunmamaktadır.

AsMKYUK'un 95. maddesi uyarınca C.Savcılarında kolluk makam ve memurlarına yapılacak askerî yargının görevine giren suçlarla ilgili ihbar ve şikâyetler, görevsizlik kararı verilmek suretiyle sanığın amiri olan askerî makama bildirilecektir. Askerî birlik komutanı veya askerî kurum amiri şüphelinin kimliğini, isnat olunan suç ve bu suçun delillerini gösteren bir vaka raporu düzenler. Şüpheli halen maiyetinde bulunuyorsa ifadesini de alabilir. Bu işlemlerin tamamlanmasının ardından askerî birlik komutanı veya askerî kurum amiri, suç evrakını adli yönden bağlı bulunduğu askerî mahkemenin teşkilatında bulunduğu kıta komutanı veya askerî kurum amirine göndermekle görevlidir.

Şikâyet edilenin amirine verilen yetki; isnat edilen suç ve suçun delillerini araştırmak, bu araştırma sonucunda vaka kanaat raporu düzenlemek, düzenleyeceği vaka kanaat raporunda olay hakkında kanaatini belirtmektir. Şikâyet edilen hakkında soruşturma açılmasını isteyip istememe konusunda şikâyet edilenin amirinin bir yetkisi bulunmamaktadır. Kanunla bu yetki teşkilatında askerî mahkemenin kurulu bulunduğu kıta komutanı veya kurum amirine verilmiştir. Bir suç işlendiğinin ihbar edilmesi veya maiyetinden birinin şikâyet edilmesi durumunda ilgili amir şikâyet konusunu araştırmak ve delillerini toplamakla görevlidir. Ancak isimsiz, imzasız, adresiz veya maddi vakaları belirtilmeyen ihbar ve şikâyetler nedeniyle suç dosyası hazırlanmasına gerek

³⁹ AsCK'nın atıfta bulunduğu TCK'ndaki suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunsun bile, bu suçlar atıf sayesinde askerî suç haline getirildiklerinden şikâyet koşulu aranmaz. Bu düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.1994 tarihli ve E.1994/2, K.1994/76 sayılı kararı, RG. 28.04.1998, S. 23326)

yoktur. Bu şartları taşımayan ihbar veya şikâyetler işleme konulmaz ve durum ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Fakat iddiaların, sıhhati şüpheyeye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile adresin doğruluğu şartı aranmaz (AsMKYUK m. 93).

Suç delillerinin değerlendirilmesi konusunda şikâyet edilenin amirine kanunla yetki verilmemiştir. Amir, olay hakkında kanaatini belirterek dosyayı göndermekle yetinmelidir. Aksinin kabulü halinde, suç delillerinin yetki verilmeyen amir tarafından değerlendirilmesi sonucunda bazen suç evrakının teşkilatında askerî mahkeme kurulu kıta komutanı veya askeri kurum amirine gönderilmemesi ve böylece soruşturma açılmasının engellenmesi söz konusu olabilecektir. Bu durum Anayasa'da belirtilen hak arama özgürlüğünü engellediği gibi AsMKYUK'un 95. maddesinin lafzına da uygun düşmemektedir⁴⁰. Suç evrakının hazırlanarak yetkili komutanlığa gönderilmesi ya da gönderilmemesi yargısal bir faaliyet olmayıp idari nitelikte bir işlemdir. Bu tür bir işlem; kişinin hukuki durumunu etkileyen, idare fonksiyonu kapsamında kamu gücüne dayalı tek taraflı irade beyanına dayanılarak tesis edildiğinden idari davaya konu olabilecektir.

B. Soruşturmaya Başlanması

Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri gerekli incelemeyi yaptıktan sonra suç evrakını soruşturmaya başlanması maksadıyla askerî savcıya gönderir. Soruşturma açılması istemiyle birlikte şüphelinin tutuklanmasını da talep edebilir (AsMKYUK m. 95/3).

Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri soruşturma yapılması maksadıyla suç dosyasını askerî savcıya göndermediği takdirde, nasıl bir yol izleneceği kanunda gösterilmemiştir. Aslında Kanun'un lafzına bakıldığında komutanın bu konuda bir takdir yetkisinin olmadığı, bağlı yetki içinde bulunduğu söylenebilir. Komutanın, suç dosyasını askerî savcıya göndermemesi kararının hukuki niteliği ve idari yargı denetimine tabi olup olmadığı öğretide ve uygulamada tartışmalıdır.

Anayasa'nın 129. maddesinde, *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, ka-*

⁴⁰ AYİM, ilgili birlik komutanı veya askerî kurum amirinin kendisine şikâyet edilen suçlar hakkında şikâyet edilen kişi ve konuyu inceleyerek suç dosyasının hazırlanıp hazırlanmaması konusunda bir takdir yetkisinin bulunduğunu düşünmektedir. AYİM 3.D., 17.06.2010, E.2010/261, K.2010/746, AYİMD, S. 26, s. ?????? Ancak oyçokluğuyla alınan söz konusu kararın yukarıda özetini verdiğimiz karşı oy yazısında, amirin bu konuda bir takdir yetkisinin bulunmadığı haklı olarak belirtilmektedir.

nunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa’da kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri ile yargılama işlevini yerine getiren hâkimler ve savcıların bu görevleri sebebiyle işledikleri ileri sürülen suçlar nedeniyle idari mercilerin yapacağı incelemenin sonucuna göre verecekleri izin üzerine yargılama makamlarınca soruşturma ve kovuşturma yapılması öngörülmüştür. Bu kapsamda askerî personelin işledikleri ileri sürülen suçları nedeniyle teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirinin askerî savcıya soruşturma açılması maksadıyla suç evrakını göndermesi gerekmektedir.

Komutanın, suç dosyasını askerî savcıya göndermemesi kararının yargı denetimine tabi olup olmadığı, öncelikle bu kararın bir idari işlem olup olmadığının belirlenmesine bağlıdır. Öğretiye göre idari fonksiyon, yasama ve yargı fonksiyonları ile yürütme organının salt siyasal nitelik taşıyan faaliyetleri dışında kalan, devletin, günlük toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla yürüttüğü kamusal faaliyetler;⁴¹ idari işlem ise, idari fonksiyon içerisinde idari makamların, kamu gücü kullanarak idare hukuku alanında yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır⁴². Buna karşın yargı fonksiyonu, bağımsız mahkemelerin hukuksal uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını yargılama usulleri izleyerek ve kesin biçimde çözümleme ve karara bağlama faaliyetleri;⁴³ yargısal işlem ise, bir olgunun kanunlara ya da hukuksal statülere göre değerlendirilmesi ve bu değerlendirme sonucunda bir karara varılması şeklinde birbirine sıkı sıkıya bağlı iki unsurun birleşmesi ile oluşan ve Devlet adına hukukun ne olduğunu belirleyen kesin hüküm niteliğindeki kararlardır⁴⁴.

Yargısal işlemler iptal davasının konusunu oluşturmazlar. Ancak idari işlemler yargı denetimine tabidir. Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirinin suç dosyasını askerî savcıya göndermemesi kararının, hukuki niteliği ve buna bağlı olarak idari yargı denetimine tabi tutulup tutulmayacağı AYİM kararlarında tartışmalıdır. Yüksek Mahkemenin, komutanın soruşturma evrakını göndermeme kararını, yargısal işlem kabul

⁴¹ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s. 14.

⁴² AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 26.

⁴³ GÜNDAY, s. 13.

⁴⁴ ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s. 78-79.

ederek denetlenemeyeceğini belirttiği kararları⁴⁵ olduğu gibi, idari işlem kabul ettiği kararları⁴⁶ da mevcuttur.

Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra hangi idari işlemlere karşı yargı denetiminin kapalı olduğu aynı maddede ve Anayasa'nın diğer başka maddelerinde belirtilmiştir. Anayasa'da ve ilgili kanunlarda komutanın soruşturma evrakını askerî savcıya göndermemesi kararının yargı denetimi dışında olduğuna yönelik bir kurala yer verilmemiştir.

Komutanın soruşturma evrakını askerî savcıya göndermemesi kararı, organik bakımdan idari makamca idare fonksiyonu kapsamında kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı irade beyanı ile tesis edilen, sonuçlarını öncelikle idare hukuku alanında doğuran bireysel bir idari işlemdir. Anayasa'nın yukarıda belirtilen hükümleri çerçevesinde bu tür bir idari işlemin yargısal denetim dışında bırakılması düşünülemez. Aksi durum, en başta hukuk devleti ilkesine aykırı düşer. Ayrıca yine Anayasa'ya göre, hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.

Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkı (m. 6) ve etkili başvuru hakkına (m. 13) ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında; dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (*Golder/İngiltere*, 21.2.1975, s.12); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkânsız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (*Airey/İrlanda*, 9.10.1979, s.12 ve *Pudas/Sweden*, 27.10.1987, para. 40-41) belirtilmektedir.

Askerî savcı kural olarak resen soruşturma işlemlerine başlayamaz. Ancak

⁴⁵ AYİM Drl.Krl., 03.04.1997, E.1997/16, K.1997/19, (Yayımlanmamış Karar); AYİM 3.D., 16.03.2006, E.2006/311, K.2006/420, (Yayımlanmamış Karar); AYİM 3.D., 06.03.2008, E.2008/296, K.2008/504, (Yayımlanmamış Karar).

⁴⁶ AYİM 3.D., 27.10.2005, E.2005/575, K.2005/1222, (Yayımlanmamış Karar); AYİM 3.D., 26.03.2009, E.2008/960, K.2009/315, (Yayımlanmamış Karar); AYİM 3.D., 02.04.2009, E.2008/1054, K.2009/285, (Yayımlanmamış Karar); AYİM 3.D., 30.10.2014, E.2014/443, K.2014/1342, (Yayımlanmamış Karar).

bu kuralın üç istisnası bulunmaktadır. Askerî savcı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (AsMKYUK m. 95/4) ve devam etmekte olan soruşturmanın başka bir kişiyi veya suç kapsamayacak şekilde genişletilmesinin ivedi olduğu hallerde (AsMKYUK m. 103) soruşturma açılması talebini beklemezsizin derhal soruşturmaya başlayabilmektedir. Ancak her üç durumda da, soruşturmaya başlandığı, teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirine derhal bildirilir (AsMKYUK m. 95/4). C.Savcıları, kolluk makam ve memurları ile askerî amirler, askerî savcının işe el koymasına kadar eylemin sübut vasıtalarının ve delillerinin kaybolmasını önleyecek, gecikmesinde sakınca bulunan tedbirleri alacaklardır (AsMKYUK m. 95/5)⁴⁷.

Teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri soruşturmanın her aşamasında askerî savcıdan bilgi isteyebilir. Askerî savcı bu bilgiyi vermek zorundadır (AsMKYUK m. 102).

Askerî savcı, işin nezdinde bulunduğu askerî mahkemenin görev ve yetkisi dışında olduğunu görürse, dosyanın yetkili veya görevli makama gönderilmesine karar verir. Bu karara karşı şüpheli ve suçtan zarar gören ile teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri on beş gün içinde itiraz edebilir. Bu itiraz hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yapılan itiraza ilişkin hükümler uygulanır (AsMKYUK m. 112).

Askerî savcı soruşturma aşamasında her türlü araştırmayı resen veya askerî, adli ya da diğer kolluk görevlilerinin yardımını almak suretiyle yapabilecektir. Ayrıca bütün kamu görevlilerinden ve özel kuruluşlardan soruşturmaya ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilecektir (AsMKYUK m. 97).

Askerî savcı, soruşturma evresinin sonunda topladığı deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, bir iddianame düzenleyerek askerî mahkemeye verir. Askerî savcı, teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirinin soruşturma açılması talebindeki hukuki vasıflandırmasıyla bağlı değildir. Bu nedenle, iddianamede soruşturma talebinde belirtilenden farklı bir vasıflandırmada bulunabilir⁴⁸.

Askerî savcı soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri

⁴⁷ BAKICI Sedat, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması**, Ankara 1996, s. 446.

⁴⁸ Askerî Yargıtay 2.D., 14.11.2000, E.2000/695, K.2000/690, (Yayımlanmamış Karar).

ile Őheli ve suçtan zarar görene bildirilir (AsMKYUK 107/1). Bu kişiler, kararın kendilerine tebliğinden itibaren on beş gün içinde, askerî savcının teŐkiyatında olduğu askerî mahkemeye yer itibariyle en yakın askerî mahkemede itirazda bulunabilir.

Tutuksuz yargılanan asker kişi Őheli veya sanıklar, ifadelerinin alınması veya sorguları için bağlı buldukları askerî birlik komutanının veya askerî kurum amirinin emri ile getirilirler (AsMKYUK m. 81/1). Bu nedenle, askerî birlik komutanına veya askerî kurum amirine müzekkere yazılarak sağının celp edilmesi gerekmektedir⁴⁹.

AsMKYUK, duruşmanın açıklığı ilkesine CMK'dakilerin dışında bir istisna getirmiştir. Buna göre, sağının astı konumunda olan asker kişiler duruşmada dinleyici olarak bulunamazlar. Birden fazla sanık varsa, rütbe ve kıdem olarak en büyüğünün rütbe ve kıdemi esas alınır (AsMKYUK m. 141/1). Bununla birlikte, suçtan zarar gören asker kişi, sağının astı konumunda olsa bile duruşmada hazır bulunabilecektir (AsMKYUK m. 141/2).

C. Disiplin Soruşturması – Suç Soruşturması

2013 yılında yürürlüğe giren 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu ile mevzuatımızda dağınık hâlde bulunan disiplin hükümleri birleŐtirilmiŐtir. Disiplin Kanunu'nun yürürlüğünden önce disipline aykırı fiiller; disiplin tecavüzleri, disiplin kabahatleri ve disiplin suçları olmak üzere üç grupta deėerlendirilmekteydi⁵⁰.

TSK Disiplin Kanunu, mukayeseli hukukta bazı ülkeler tarafından benimsendiği üzere "ok izli" sistemi tercih etmiştir. Buna göre askerî mevzuatta yer alan eylemler; askerî suçlar ve disiplinsizlik eylemleri olarak iki grupta değerlendirilmektedir. Her iki grup, birbirinden bağımsız olarak uygulanacaktır. Kanun'un yürürlüğünden önce, disiplin kabahati olarak cezalandırılan bir eylem mahkemeye sevk edilmediği gibi, mahkeme tarafından cezalandırılan bir eyleme de ayrıca disiplin cezası verilmemektedir⁵¹.

TSK Disiplin Kanunu'nun 5. maddesi gereğince disiplin soruşturması, ceza soruşturması veya kovuşturmasından bağımsız Şekilde yürüyecektir. Bu er-

⁴⁹ "Mahkemece her ne kadar 12.02.1999 tarihli oturumda, sağına bir sonraki duruşmada hazır bulunması hususunda ihtarda bulunulmuş ise de; asker kişi olan sağının, müteakip oturuma katılması kendi iradesiyle değil birlik komutanlığının izni ile gerçekleŐebileceėinden mahkemece sağının birliğine müzekkere yazılarak duruşmaya celbini gerektirmektedir. Bu itibarla ... mahkumiyet hükmünün... bu usuli hatalardan dolayı bozulması cihetine gidilmiştir. (Askerî Yargıtay 3. D., 25.05.1999, E.1999/305, K.1999/301, Yayınlanmamış Karar).

⁵⁰ KANGAL, s. 463 vd.; DURAN Gökhan Yaşar, **Askerî Disiplin Hukuku**, İstanbul, 2012, s. 153 vd.

⁵¹ DEğİRMENI Olgun, **Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2013, s. 370.

çevrede herhangi bir fiilden dolayı ilgili askerî personel hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması başlatılmasına, disiplin cezası verilmesine ve bu cezanın yerine getirilmesine engel teşkil etmeyecektir. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukuku farklı ilke ve kurallara tabi disiplinlerdir. Buna göre, kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür. Kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair verilen hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları tarafından doğrudan bağlayıcı değildir⁵².

Ç. Koruma Tedbirlerinin Uygulanması

Asker kişiler hakkında koruma tedbirlerine ilişkin olarak, AsMKYUK'da aksine bir düzenleme bulunmadığı hallerde CMK hükümleri uygulanacaktır. Asker kişilerin işlemiş oldukları suçlarla ilgili olarak uygulanacak koruma tedbirleri konusunda kural olarak herhangi bir sınırlayıcı hüküm yoktur. Ancak az sayıda da olsa farklılık arz eden bazı durumlar vardır.

Örneğin; hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceğine ilişkin yasak (CMK m. 100/(4)), askerî yargıda kısmen geçerlidir. Sırf askerî suçlarda, kanunda öngörülen cezanın üst sınırı iki yıldan az olsa dahi tutuklama kararı verilebilir (AsMKYUK m. 71/2).

Teşkilatında askerî mahkeme kurulu kıta komutanı veya askeri kurum amiri şüpheli hakkında soruşturma açılması maksadıyla suç dosyasını askerî savcıya gönderirken, şüphelinin tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de bildirir. Ancak komutan soruşturma devam ederken de şüphelinin tutuklanması isteminde bulunabilir. Bu istemini gerekçesi ile birlikte askerî savcıya bildirir. Askerî savcı komutanın istemini askerî mahkemeye intikal ettirmekle yükümlü olmakla birlikte komutanın düşüncesine katılmak zorunda değildir. Zira ceza yargılamasında olduğu gibi, askerî ceza yargılamasının da amacı, askerî menfaatlerle şüpheli veya sanığın hakları arasında uygun bir denge kurmak su-

⁵² Anayasa Mahkemesi, bir uzman jandarmanın açtığı ayırma işleminin iptali davasını reddeden AYİM'in verdiği kararla davacının masumiyet karinesini ihlal ettiği iddiasını incelemiş, "AYİM kararının gerekçesinde, başvuru hakkındaki beraatle sonuçlanmış olan ceza yargılamasına atıfta bulunduğu ve suçluluğu mahkeme kararlarıyla sabit olmayan başvurunun yargılamaya konu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının yansıtıldığı anlaşıldığından, başvurunun Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine" karar vermiştir. AYİM, 07.11.2013, Başvuru Numarası:2012/998

retiyile, adil yargılanma hakkını da gözeterek maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu açıdan, askerî savcının görevinin, komutanın tutuklama talebini sırf disiplin kaygılarıyla aynen mahkemeye iletmekten ibaret olduğunu düşünmek, tutuklama gibi ağır sonuçları olan bir koruma tedbiri söz konusu olduğunda uygun değildir. Bu durumda, askerî gereklerle sanığın menfaatlerini ve adalet düşüncesini birlikte ele alıp bağdaştırmak gerekir.

Türk hukukunda, adli ve önleme araması olmak üzere iki çeşit arama bulunmaktadır. Adli arama; bir suçun ortaya çıkması üzerine, saklanan şüpheli veya sanığın yakalanması, suçun delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi amacıyla, kişilerin konutlarında, etrafı çevrili sair mahallerinde, üstlerinde ve eşyalarında yapılan araştırma işlemi olarak tanımlanmaktadır. Önleme araması ise; makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, toplum açısından tehlike yaratacak kişilere ulaşmak amacıyla yapılan araştırma işlemidir.

“Arama”, saklanan bir kişinin veya gizli ve saklı tutulan bir eşyanın, tehlikeyi önlemek için veya adli amaçlarla meydana çıkarılması için yapıldığından, yapılan işlem sırasında “özel hayatın gizli alanına” girilmiyorsa, bu işlem teknik olarak “arama” değildir. Bu kapsamda, teknik anlamda “arama” sayılmayan “denetim” ve “idari kontroller”, doğal olarak, Anayasa’nın koruduğu alan dışındadır. İdare tarafından yapılan işlem, teknik anlamda “arama” olmalıdır. Anayasa, katı bir arama düzenlemesi yapmış, bütün aramalar için önceden alınmış bir hâkim kararı veya gecikmede sakınca olan hallerde önceden alınmış bir yazılı emrin bulunması şartını aramıştır.

Askerî yargıya tabi suçlar bakımından aramanın nasıl yapılacağı AsMK-YUK’un 66. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, arama tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçının somut olayda bulunması gerekmektedir. Bu sebeplerden biri veya birkaçının varlığı halinde kural olarak aramaya karar verme yetkisi askerî mahkemeye aittir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî savcı, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt’a komutanı veya askerî kurum amirleri ile bunların verecekleri yazılı emir üzerine diğer askerî makamlar da arama yapabilmektedirler. Ancak bu suretle yapılan arama işlemlerinin 24 saat içinde yetkili askerî mahkeme-

nin onayına sunulması zorunluluğu bulunmaktadır. Sivil yargıdan farklı olarak askerî yargıda, yargısal yetki kullanan askerî hâkim ve askerî savcının dışında teşkilatında askerî mahkeme kurulu kıt'a komutanı ve kurum amirine de arama yapma yetkisi verilmiştir. Bu durum, sivil yargı ile askerî yargı arasında nitelik ve gaye farkı bulunduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁵³. Askerî yargı kapsamındaki her suç aynı zamanda askerî disiplini de etkileyeceğinden, disiplin amiri konumundaki kişilere de böyle bir yetki verilmiştir.

AsMKYUK'un 66. maddesinde belirtilen şartların Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 9. maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 20. maddesinde belirtilen önleme aramaları gerekçeleri ile örtüştüğü görülmektedir. AsMKYUK'un 68. maddesinde CMK'nın aramaya ve zapta ilişkin hükümlerine atıfta bulunulması dolayısıyla, askerî yargıda adli aramaların bu atıf nedeniyle CMK'nın hükümlerine göre; önleme aramalarının ise AsMKYUK'un 66. maddesine göre yapılması zorunluluğunun bulunduğunu değerlendirmekteyiz⁵⁴. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin ve CMK'dan önce kaleme alındığı anlaşılan AsMKYUK'un 66. maddesinin bu nedenle en kısa sürede yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

AsMKYUK'un 66. maddesi uyarınca yapılacak arama sonucu elde edilen delilin geçerli kabul edilebilmesi için arama işleminin hukuka uygun olması zorunludur⁵⁵. Zira Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasına göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez⁵⁶. Gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde askerî mahkeme kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde askerî savcı veya teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı ya da askerî kurum amirinin yazılı emri olmadıkça; gerek asker ve gerekse sivil kişiler hakkında askerî mahallerde bir kimsenin özel hayatının gizliliğine yönelecek şekilde, kıta ve karargâhlarda adli arama yapılamaz, şüpheli şahısların üstü, konutu, çantaları, araçları, şahsi dolaplarında yer alan ve aleni

⁵³ DENGİZ, Hasan, **Askerî Mahallerde ve Asker Kişiler Hakkında Arama**, Askerî Yargıtay Dergisi, S. 15, Y. 2003, s. 92.

⁵⁴ As.Yrg.2.D., 30.12.2009, E.2009/2994, K.2009/2988, (Yayımlanmamış Karar) sayılı Kararında yer alan karşı oy yazısında, önleme aramasının AsMKYUK'un 66. maddesine, adli aramanın ise CMK hükümlerine göre yapılması gerektiği belirtilmektedir.

⁵⁵ As.Yrg.Drl.Krl., 18.09.2014, E.2014/71, K.2014/66, (Yayımlanmamış Karar).

⁵⁶ "Saniğın üstü konumundaki P.Bçvş....'nin sivil eşya deposunda sözlü olarak arama yapılmasına ilişkin verdiği emrin, askerî mahkeme kararına dayanmadığı, aramanın Kanun'un yetkili kıldığı kişiler tarafından veya bunların verdiği yazılı emir üzerine de yapılmadığı anlaşıldığından, yapılan arama işleminin ve bunun sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır." As.Yrg.4.D., 27.05.2014, E.2014/538, K.2014/541, (Yayımlanmamış Karar).

hale getirilmemiş eşyaları, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz⁵⁷.

Soruşturma aşamasında, adlı koruma tedbirlerinden ayrı olarak birtakım idari tedbirler de alınabilmektedir. Bu idari tedbirler, geçici olarak işten el ęektirme (AsMKYUK m. 84) ve ağığa ęıkarmadır (926 sayılı Kanun m. 65). Geçici olarak işten el ęektirme kararı, askerî savcının talebi üzerine teşkilatında askerî mahkeme kurulu kıta komutanı veya askerî kurum amirince, ağığa ęıkarma kararı ise asker kişinin mensubu olduğu bakanlıkça verilebilmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, üst durumunda bulunan her asker kişi, görevli olmasa bile, astını yakalama yetkisine sahiptir (AsMKYUK m. 79/2).

D. Askerî Yargıya Tabi Suçların Soruşturulmasında zel Durumlar

1. General ve Amiraller

Teşkilatında askerî mahkeme kurulu kıta komutanı veya askerî kurum amirinin soruşturma ağtırma yetkisi general ve amiraller bakımından sınırlıdır. General ve amirallerin askerî yargıya tabi suçlarından dolayı yargılanmaları, AsMKYUK'un 15'inci maddesine göre, Genelkurmay Başkanlığı teşkilatında kurulu askerî mahkemede yapılacağından söz konusu personel hakkında ancak Genelkurmay Başkanı soruşturma ağtırabilir. Bu nedenle, söz konusu personel için ihbar ve şikâyetler de doğrudan Gnkur.Bşk.lığına yapılır.

Gnkur.Bşk.lığı Askerî Mahkemesi, Gnkur.Bşk., kuvvet komutanları ve J.Gn.K.'nin görev suçu nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nde yargılanmaları durumu dıřında⁵⁸, general ve amirallerin askerî yargıya tabi suçlarından yargılanmaları konusunda tek görevli mahkemedir. Örneğin, albay rütbesinde iken diğer askerî mahkemelerde yargılandığı sırada tuğgeneralliğe (tuğamiralliğe) terfi eden bir sanığın yargılaması artık Gnkur.Bşk.lığı Askerî Mahkemesi'nde yapılacaktır. Bu durumda, yargılamayı yapan askerî mahkeme görevsizlik kararı vererek dosyayı Gnkur.Bşk.lığı Askerî Mahkemesi'ne göndermelidir.

2. Askerî Yüksek Yargı Mensupları ve Diğer Askerî Hâkimler

Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve yeleri ile başsavcılarının askerî yargıya tabi şahsi suçlarının soruşturulması, kendi mevzuat-

⁵⁷ As.Yrg.3.D., 14.01.2014, E.2014/52, K.2014/49, (Yayımlanmamış Karar).

⁵⁸ Gnkur.Bşk., Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı'nın görevleri nedeniyle işlemiş oldukları suçlardan dolayı yargılanmaları ise, Anayasanın 148/7'nci maddesi gereği Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yapılır.

larına göre mensubu buldukları mahkemeler tarafından, yargılanmaları ise Askerî Yargıtay'ca yapılmaktadır⁵⁹.

Yüksek mahkeme üyesi dışındaki diğer askerî hâkim subaylar da farklı bir soruşturma usulüne tabidirler. Askerî hâkimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlar veya sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan hal ve eylemleri yahut askerî yargıya tabi şahsi suçlarından dolayı yapılan ihbar ve şikâyetler üzerine Millî Savunma Bakanı tarafından askerî adalet müfettişleri görevlendirilir (357 sayılı Kanun m. 23). Müfettiş tarafından düzenlenecek raporu inceleyecek olan Millî Savunma Bakanı soruşturma açılması için izin verilmesine veya disiplin cezası verilmesine⁶⁰ veyahut da soruşturma açılmasına gerek görmezse evrakın işlemde kaldırılmasına karar verir (357 sayılı Kanun 25/1). Soruşturma açılmasına izin verildiği takdirde yetkili mahkeme, ilgili askerî hâkimin görevli bulunduğu askerî mahkemeye en yakın askerî mahkemedir (357 sayılı Kanun m. 25/2).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASKER KİŞİLERİN ASKERÎ YARGININ GÖREV ALANINA GİRMEYEN SUÇLARI NEDENİYLE SORUŞTURMA VE YARGILAMA

I. SORUŞTURMAYA İLİŞKİN GENEL HUSUSLAR

Asker kişilerin, askerî yargının görev alanına girmeyen suçlarına ilişkin soruşturma genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla, bu kapsamda bulunan asker kişiler hakkında kural olarak CMK hükümleri uygulanır. Ancak genel hükümlerin dışında uyulması gereken birtakım özel düzenlemeler de mevcuttur.

Asker kişilerin askerî yargıya tabi olmayan suçlarına ilişkin soruşturmalar konusunda 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 92 ve 93'üncü maddeleri önemlidir. Bu hükümlere göre, soruşturma **bizzat C.Savcısı tarafından** yapılmalıdır. Bu nedenle, böyle bir suça el koyan kolluk görevlileri, gerekli acele önlemleri alarak, amirlerine haber vermek suretiyle, durumun C.Savcılığına bildirilmesini sağlamalıdır.

⁵⁹ 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanunu m. 38; 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 33.

⁶⁰ Askerî hâkimlere, Millî Savunma Bakanı tarafından, savunmaları aldirılarak 357 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesine göre uyarma ve kınama disiplin cezası verilebilir. Ancak söz konusu düzenlemenin, yetkinin Millî Savunma Bakanı'na ait olduğuna ilişkin kısmı ile söz konusu cezaların kesin olduğunu belirten kısmı, Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2014, E.2013/82, K.2014/100, RG. 17.09.2014, S. 29122 sayılı kararıyla, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Ûniformalı veya sivil elbiseli subay ve astsubaylar, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışındaki suçları işledikleri takdirde, polis veya jandarma tarafından en yakın askerî inzibat karakoluna veya askerî makama davet edilirler. Askerî şahıslar bu daveti kabule mecburdurlar. Bu kişilere ait soruşturma bizzat C.Savcılarını veya yetkili askerî hâkimler tarafından yÛrÛtÛlÛr. Asker kişilerin, jandarma veya polis nezarethanesine alınarak soruşturmaları yapılamaz.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde subay ve astsubayları dahi yakalamaya askerî inzibatlar, polisler, jandarmalar ve herkes yetkilidir (211 sayılı Kanun m. 92, AsMKYUK m. 79/3). Bu durumda dahi asker kişi, duruma gÛre ya yetkili askerî inzibat memuru gelinceye kadar vaka mahallinde tutulur veya en yakın askerî inzibat karakoluna, yoksa askerî makamlara teslim edilir. Bundan sonra yapılacak soruşturmada yetkili askerî inzibat memuru veya askerî makamın tayin edeceği bir subay bulunur⁶¹.

AsCK'nın 39'uncu maddesi uyarınca, yargı organlarının haklarında tutuklama kararı verilen asker kişilerin, bu sıfatlarını korudukları sÛrece askerî tutuklevine konulması, bu sıfatları kalktığında sivil ceza ve infaz kurumuna gÛnderilmeleri gerekmektedir.

Adlî yargıya tabi suçlarla ilgili olarak CMK'nun 119/5'inci maddesine gÛre, askerî mahallerde yapılacak arama, C. Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilecektir. C. Savcısının aramaya katılması sadece hazır bulunmaktan ibaret olmayıp fiilen katılma şeklinde olmalıdır⁶². AsMKYUK ile AsCK'da askerî mahalden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bununla birlikte, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 12 ve 51'inci maddelerindeki kıta, karargâh, askerî kurum, kışla, konak ve ordugâh tanımlamalarından ve 100'Ûncü maddesindeki ordulevleri, askerî gazine ve kışla gazinolarının askerî mahal vasıf ve mahiyetine sahip yerler oldukları şeklindeki dÛzenlemesinden, nerelerin askerî mahal olduğu konusunda bir fikir edinmek mÛmkÛndÛr. Askerî Yargıtay, bu dÛzenlemelerden hareketle, askerî mahal olarak kabul edilen yerlerin askerlerin eğitim, òđretim, tatbikat, konaklama, barınma ve sosyal etkinliklerinin karşılıandığı yerler olduğunu ifade etmiřtir⁶³. Askerî Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında pusu yeri⁶⁴, jandarma

⁶¹ KOÇ, s. 126-128.

⁶² şAHİN, Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 237.

⁶³ Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun 26.02.1998 tarihli ve E.1998/39, K.1998/35 sayılı kararı, Askerî Adalet Dergisi, S. 104, 1999, s. 147.

⁶⁴ Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun 26.02.1998 tarihli ve E.1998/39, K.1998/35 sayılı kararı, Askerî Adalet Dergisi, S. 104, 1999, s. 147.

karakol binası⁶⁵ ve bahçesi⁶⁶ askerî mahal sayılmıştır. Bununla birlikte, askerî lojmanlar kışla içinde bulunmuyorsa, giriş çıkışı askerî inzibat görevlilerince kontrol ediliyorsa olsa bile askerî mahal olarak kabul edilmemiştir⁶⁷.

Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyeleri ile başsavcılarının genel yargıya tabi şahsi suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasında Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısının şahsi suçlarının kovuşturulmasına ilişkin hükümler uygulanmaktadır⁶⁸.

Yüksek Mahkeme üyesi dışındaki askerî hâkimlerin adlî yargıya tabi suçları hakkında genel hükümler uygulanır. Ancak soruşturma ve kovuşturma o yer ağır ceza mahkemesi savcılığı ve sorgu hâkimliğince, son soruşturma ise ağır ceza mahkemesince yapılır (357 sayılı Kanun m. 28).

II. BELİRLİ GÖREVLERDE BULUNANLARIN İŞLEDİKLERİ GÖREV SUÇLARI NEDENİYLE SORUŞTURMA VE YARGILAMA

Asker kişi oldukları halde, görevleri ile ilgili suçlar nedeniyle; Gnkur.Bşk., Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyeleri ile Başsavcılarını tamamen, jandarma ve sahil güvenlik personeli ise kısmen, askerî yargının dışında tutulmuşlardır.

A. Gnkur. Bşk., Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı

Genelkurmay Başkanı, Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı, Anayasanın 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la değişik 148/7'nci maddesi gereği görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yargılanırlar. Bu suçlardan dolayı soruşturma açılmasına, Gnkur. Bşk., Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları hakkında Başbakan, Jandarma Genel Komutanı hakkında İçişleri Bakanı karar verir⁶⁹.

⁶⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün 14.04.1995 tarihli ve E.1995/6, K.1995/6 sayılı kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün 06.12.1999 tarihli ve E.1999/26, K.1999/35 sayılı kararı (YAMAN/YAMAN, s. 194-195, 198-199)

⁶⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün 06.03.2000 tarihli ve E.2000/5, K.2000/4 sayılı kararı (YAMAN/YAMAN, s. 199-200)

⁶⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün 09.03.1987 tarihli ve E.1987/30, K.1987/34 sayılı kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün 06.03.2000 tarihli ve E.2000/7, K.2000/5 sayılı kararı (YAMAN/YAMAN, s. 194 ve 200-202); Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun 05.06.2008 tarihli ve E.2008/104, K.2008/103 sayılı kararı, Askerî Yargıtay Dergisi, S. 22, 2009, s. 96-98)

⁶⁸ 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanunu m. 38/son fıkra; 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 33/son fıkra.

⁶⁹ Gnkur.Bşk., Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanının görevleriyle ilgili suçlarından dolayı ayrıntılı bilgi için bkz. AsMKYUK'a 11.02.2014 tarihli ve 6519 sayılı

Bu suçlara ilişkin herhangi bir ihbar veya Şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde, Gnkur.BŞk., Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları hakkında Başbakan, Jandarma Genel Komutanı hakkında İçişleri Bakanı, araştırma, gerekiyorsa n inceleme yaptırarak soruŐtırma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. SoruŐtırma izni verilmiş bulunanlar izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmanın emniyeti ve sıhhatli olarak devam etmesi amacıyla geçici süre ile görevden uzaklaŐtırılabilir. Anılan kararlara karş ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilirler. İtiraz zerine Cumhurbaşkanı tarafından verilen karar kesindir.

Araştırma veya ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırılabilir. Bu Şekilde görevlendirilen kişiler, 4483 sayılı Kanun'da ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahiptir.

SoruŐtırma izni verilmemesi kararı hakkında ilgililer tarafından yapılan itirazın Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmesi veya soruŐtırma izni verilmesi kararına karş süresi içinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi üzerine, izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmayı yapmak üzere denetim elemanlarından üç kişilik bir soruŐtırma kurulu oluŐturulur. Kurul, soruŐtırma sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olup, soruŐtırma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelelere başvurur.

Kurul, yaptığı soruŐtırma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili mercie sunar. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. Bu karar kesindir. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görürse, soruŐtırma dosyasını Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesine gönderir.

B. Askeri Yüksek Yargı Mensupları

Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve yeleri ile BaŐsavcıları, Anayasa'nın 148/6'ncı maddesi gereği görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yargılanırlar.

Kanun'la eklenen 15/A maddesi.

C. Jandarma Personeli

2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti jandarması, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askerî bir güvenlik ve kolluk kuvvetidir. Jandarma Genel Komutanlığı, Türk Silâhlı Kuvvetleri'nin bir parçası olup, Silâhlı Kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığı'na, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır. Ancak Jandarma Genel Komutanı, Bakana karşı sorumludur (2803 sayılı Kanun m. 4). Jandarmanın genel olarak görevleri mülki (idari), adlî, askerî ve diğer görevler olmak üzere dörde ayrılmıştır (2803 sayılı Kanun m. 7).

2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 15/d maddesine göre, jandarma personeli, mülki (idari) görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun düzenlemeleri saklı kalmak üzere, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Kanun'a tabi olacaktır. Dolayısıyla, idari görevleri nedeniyle işledikleri suçlar için söz konusu personel hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gerekmektedir.

Jandarma personelinin adlî görevlerinden doğan suçlarında genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma yapılır (CMK m. 161/5). Ancak, kolluk amiri statüsündeki ilçe ve merkez ilçe jandarma komutanları ile bu hizmetleri vekâleten yürütenler hakkında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu gereğince hâkim ve savcılar tabi oldukları soruşturma usulü uygulanır (2803 sayılı m. 15/e)

Jandarmanın askerî görevleri ise, askerî kanun ve nizamların gereği görevlerle, Genelkurmay Başkanlığı tarafından verilen görevleri yapmaktır. Jandarma personelinin askerî yargıya tabi suçlarında AsMKYUK'a göre işlem yapılarak haklarında AsCK ile TCK hükümleri uygulanır (2803 sayılı Kanun m. 15/c).

Ç. Sahil Güvenlik Personeli

2692 sayılı Kanun'la kurulmuş olan Sahil Güvenlik Komutanlığı, genel kolluk kuvvetleri olan polis ve jandarmanın yanında Kanun'la kendisine verilen belirli ve sınırlı alanlardaki görevleri yerine getiren silahlı, askerî bir güvenlik ve kolluk kuvvetidir. Barışta görev ve hizmet yönünden İçişleri Bakanlığına bağlıdır. Kuruluş kanununun incelenmesinden, Sahil Güvenlik Komutanlığının

askerî, adl ve mülki (idari) görevleri bulunduğu anlaşılmaktadır.

2692 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinde personelin soruşturma ve yargılama usulü düzenlenmiştir. Buna göre, sahil güvenlik personeli, mülki (idari) görevleri nedeniyle işledikleri suçlar yönünden, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun düzenlemeleri saklı kalmak üzere, 4483 sayılı Kanun'a tabi olacak ve adl yargıda yargılana-caktır (2692 sayılı Kanun m. 21/d). Dolayısıyla, idari görevleri nedeniyle işledikleri suçlar için söz konusu personel hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gerekmektedir.

Sahil Güvenlik Komutanlığı personelinin adl görevlerinden doğan suçlarında genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma yapılır (CMK m. 161/5). Ancak, kolluk amiri statüsündeki birlik komutanlarının adl hizmet ve görevlerine ilişkin suçları nedeniyle haklarında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu gereğince hâkim ve savcıların tabi oldukları soruşturma usulü uygulanır (2692 sayılı Kanun m. 21/d).

Sahil Güvenlik Komutanlığı personelinin askerî yargıya tabi suçlarında AsMKYUK'a göre işlem yapılarak haklarında AsCK ile TCK hükümleri uygulanır (2692 sayılı Kanun m. 21/d).

D. Temel Eğitimlerini Müteakip Milli Eğitim Bakanlığı Emrine Verilen Yedek Subay ve Er ğretmenler

İhtiyaç fazlası olduklarından temel eğitimlerini müteakip Milli Eğitim Bakanlığı emrine yedek subay veya er ğretmen olarak verilen personel, temel eğitimlerini müteakip Milli Eğitim Bakanlığı'nca belirlenen görev yerlerinde terhis tarihlerine kadar ğretmen olarak görev yaparlar. Resmi elbise giymezler ve yalnızca yoklama kaçağı, bakaya, geç iltihak suretiyle bakaya kalmak, firar, hava değişimi tecavüzü, izin tecavüzü suçları bakımından asker kişi sayıldıklarından bu suçlarla sınırlı olarak AsCK'ya tabidirler⁷⁰. Öğretmenlik görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı 4483 sayılı Kanun'a, görevleri sırasında veya kişisel suçlarından dolayı ise genel hükümlere göre işlem grrler⁷¹.

⁷⁰ 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu Ek Madde 7, 1111 sayılı Askerlik Kanunu Ek Madde 4.

⁷¹ GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve zel Soruşturma Usulleri**, Ankara 2007, s. 553.

III. ADLİ YARGI DÛZENİNE TABİ OLDUĞU İLGİLİ KANUNUNDA AÇIKÇA BELİRTİLEN SUÇLAR NEDENİYLE SORUŞTURMA VE YARGILAMA

Asker kişilerin askerî yargının görev alanına girmeyen suçlar bakımından soruŐurmaları ve yargılanmaları kural olarak adli yargıya tabidir. Buna rağmen kanun koyucu, bazı suçlar bakımından soruŐurma ve yargılamanın adli yargı dÛzenine tabi olduğunu açıkça belirtme ihtiyaçını duymuştur.

A. Devletin Güvenliğine, Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İŞleyişine Karşı Suçlar

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın "Askerî Yargı" başlıklı 145'inci maddesinde yapılan en önemli deĐiŐikliklerden biri, birinci fıkraya eklenen son cümledir. Buna göre; "Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar herhalde adliye mahkemelerinde görülür." Söz konusu dzenlememeye göre; asker kişiler tarafından işlendiği iddia edilen suç, 5237 sayılı TCK'nın 302-308'inci maddeleri arasında düzenlenen "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" ile aynı Kanun'un 309-316'ncı maddeleri arasında düzenlenen "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İŞleyişine Karşı Suçlar"dan ise, bu suç askerî hizmet ve görevin yerine getirilmesi sırasında işlenmiş olsa bile, Anayasa'da aksine bir hüküm olmadığı srece⁷², yargılama adli yargı mahkemelerinde yapılacaktır.

B. Trafik Suçları

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile bir kısım trafik suçları düzenlenmiştir. Bu Kanun'dan doğan suçların yargılaması, aynı Kanun'un 112'nci maddesinin açık hükmü gereğince, kural olarak, asliye ceza mahkemesinde veya hâkimliĐinde⁷³ yapılacaktır. 2918 sayılı Kanun'da yer almayan suçlar bakımından görevli mahkeme ise, AsMKYUK'un "Genel Görev" başlıklı 9'uncu maddesine göre tespit edilecektir⁷⁴.

⁷² Gnkur.BŞk., Kuvvet Komutanları ve J.Gn.K.nın söz konusu suçları işlemeleri halinde, bu suçlar görev suçu kabul edildiği takdirde yargılama, Anayasa'nın 148/7'nci maddesi gereği Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yapılır.

⁷³ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'la eklenen Ek Madde 1'e göre, kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atflardan yargılamaya ilişkin olanlar asliye ceza mahkemesine veya hâkimine yapılmış sayılır. Bu nedenle, 2918 sayılı Kanun'da geçen "sulh ceza mahkemesi" ifadesinden "asliye ceza mahkemesi veya hâkimini anlamak gerekir.

⁷⁴ "... kendisinin kullandığı özel aracı ile, yanında Astsb. V.Ő. olduğu halde Söğütözü Yaylası'ndaki yemekten alkll olarak dönmekte olan sanık Astsb. S..nn, yolda srat yapmasından dolayı aracın tekerleğini mucura kaptrarak aracı devirip takla attırdığı ve yanında bulunan

2918 sayılı Kanun'unun 112'nci maddesinin asker kişiler açısından tek istisnası, yine aynı maddenin son fıkrasına göre, askerî görev ve hizmetlerin yürütülmesi sırasında askerî araç sürücülerinin asker kişilere karşı işledikleri trafik kazalarıyla ilgili suçlardır. Bu kapsamdaki kazalar nedeniyle işlenen suçlarda görevli mahkeme, askerî mahkemedir⁷⁵.

C. Adlî Merciler Tarafından İstenen Bilgilerin Zamanında Verilmemesi Eylemi

Soruşturma veya yargılamanın makul sürede, süratli, adil ve usul ekonomisi açısından uygun şekilde sonuçlanması ceza muhakemesi hukukunun amaçlarındandır. CMK'nın 332'nci maddesi, bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik bir düzenlemedir. Bu maddeye göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında savcı, hâkim veya mahkeme tarafından bir bilgi veya delile ihtiyaç duyulduğunda, yazının muhatabı istenen bilgileri on günlük kesin kanuni süre içinde, yazıyı yazan makama bildirmek zorundadır. Eğer bu bilgileri, bu on günlük süre içinde bildiremeyecek ise, muhatap neden bu bilgileri bildiremeyeceğini ve en geç ne zamana kadar bildireceğini yazılı olarak, yazıyı çıkaran makama bildirecektir⁷⁶.

Burada önemli olan husus, ihtara bağlı bir yaptırım düzenlemesinin getirildiğidir. Bilgi istenen yazılı talepte, CMK'nın 332/1'inci maddesi hükmüne aykırı davranmanın TCK'nın 257'nci maddesine aykırılık oluşturabileceğinin yazılımiş olması gerekmektedir⁷⁷.

CMK'nın 332'nci maddesinde yollama yapılan suçu işleyen kişinin, milletvekilliği dışında hangi görevi yaptığının, hangi özel soruşturma usulüne tabi olduğunun bir önemi yoktur. Bu suç nedeniyle soruşturma, tabi olunan özel usule göre değil, genel hükümlere göre doğrudan Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır. Asker kişi açısından da durum değişmeyecek, soruşturma

Astsb. V.ř.'nin bu kaza sebebi ile ... Öldüğü olayda sanığın tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu lme sebebiyet vermek suçundan ... askeri mahkeme ... mahkumiyetine karar vermiştir.// ... asker kişinin diğer bir asker kişiye karşı işlediği suçlarda askeri mahkemeler, 353 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre görevli olduğundan ..." (Askerî Yargıtay 2. Dairesi'nin 09.07.2007 tarihli ve E.2007/495, K.2007/491 sayılı kararı; YAMAN/YAMAN, s. 169)

⁷⁵ örneğin; bir askerî araç şehrin caddesinde seyrederken, yaya olarak gitmekte olan başka bir askerî şahsa arpısa ve yaralanmasına sebebiyet verse, görevli mahkeme askerî mahkemedir. Ancak asker kişinin kullandığı araç ile 2918 sayılı Kanun'da düzenlenen herhangi bir suçun işlenmesi halinde yargı yeri genel mahkemeler olacaktır.

⁷⁶ GÖKCAN, ARTUÇ, s. 570.

⁷⁷ ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, TBB Yayınları, Ankara 2006, s. 594.

genel hükümlere göre Cumhuriyet Savcısınca yürütülecek ve yargılama adli yargıda görülecektir. Ancak askerî mahkemelerin veya askerî savcılıkların işlevini yerine getirmesine engel olacak nitelikteki fiiller AsCK'nın 138. maddesinde düzenlenmiş olan "askerî mahkeme işine sekte vermek" suçuna vücut verir⁷⁸. Bu durumda, asker kişilerin söz konusu suç nedeniyle soruşturma ve yargılamaları askerî yargı yerlerine ait olacaktır.

Ç. İcra Dairesince Yazılan Yazı Gereğini Yerine Getirmeme

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 357'nci maddesine göre, ilgililer, icra dairesi yazısı gereğini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. Yerine getirmeyenler hakkında, C.Savcısı tarafından doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Bu durumda, icra dairesi yazısı gereğini yerine getirmeyen (örneğin, icra dairesi yazısına karşın borçlunun maaşından kesinti yapmayan) asker kişinin yargılaması, yapılan iş askerî görev ve hizmete ilişkin olmasına rağmen askerî yargıda değil, adli yargıda yapılacaktır.

D. Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar

5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi, bu Kanun'da yazılı suçlardan dolayı C.Savcısı tarafından doğrudan doğruya soruşturma başlatılacağını öngörmektedir. Bu nedenle, söz konusu suç işlediği iddia edilen asker kişilerin yargılaması adli yargı yerinde olacaktır.

IV. 3628 SAYILI MAL BİLDİRİMİNDE BULUNULMASI, RÜŞVET VE YOLSUZLUKLARLA MÜCADELE KANUNU KAPSAMINDAKİ SUÇLAR NEDENİYLE SORUŞTURMA VE YARGILAMA

3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde Kanun'un amacının, rüşvet ve yolsuzluklarla etkin şekilde mücadeleyi sağlamak olduğu ve 21'inci maddesinde de, Kanun'da yazılı suçların asker kişiler tarafından işlenmesi halinde soruşturmaların askerî savcılar tarafından bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, askerî savcının, teşkilatında askerî mahkeme kurulu kıta komutanı veya askerî kurum amirinin soruşturma talebine gerek kalmadan resen soruşturma yapmasını mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte, Kanun kapsamındaki suçlar hakkında soruşturmaların askerî savcılar tarafından yürütülecek olması, peşinen yargılamanın da askerî mahkemelerde yapılacağı anlamına gelmemelidir.

⁷⁸ As.Yrg.1.D., 25.06.2003, E.2003/609, K.2003/618, (Yayımlanmamış Karar).

Askerî mahkemelerin görevini düzenleyen AsMKYUK'un "Genel Görev" başlıklı 9. maddesi, "Askerî mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler." hükmünü içermektedir. Aynı Kanun'un "Askerî mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi" başlıklı 17'nci maddesi ise, "Askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun; askerî bir suç olmaması, askerî bir suça bağlı bulunmaması halinde askerî mahkemenin görevi sona erer." şeklinde dir.

Bu düzenlemeye göre, sanığa isnat edilen suçun bir askerî suç olmaması, askerî bir suça bağlı bulunmaması ve askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi halinde askerî mahkemenin görevi sona erecektir. Eğer suç askeri bir suç veya askeri bir suça bağlı ise her halde askerî mahkemenin yargılama görevi devam edecektir.

Ursulları ve cezaları tamamen 3628 sayılı Kanun'da düzenlenen suçların, AsCK'da düzenlenen suçlardan olmadıkları ve AsCK'nın atıfta bulunmak suretiyle cezalandırdığı suçlar arasında da bulunmadıklarından "askerî suç" olmadıkları konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle, "askerî suça bağlı suç" kavramı ile "suçun asker kişiye karşı veya askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işlenmiş olması" hali somut olayda hangi mahkemenin görevli olduğunu belirleyecektir. Bu durumda, asker kişiler tarafından işlenen 3628 sayılı Kanun'da yazılı suçların askerî bir suça bağlı olması, asker kişiye karşı veya askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işlenmesi halinde, soruştırma ve yargılama görevinin askerî yargı organlarına ait olduğunun, aksi halde adli yargının görevli bulunduğunun kabulü gerekir⁷⁹.

SONUÇ

Güvenliği, i güvenlik ve dış güvenlik olarak ikiye ayırırsak; i güvenlik polis, jandarma ve sahil güvenlik gibi kurumlardan oluşan kolluk kuvvetleriyle sağlanırken, dış güvenlik milli savunma hizmetini yerine getiren ordu teşkilatıyla yürütülmektedir. Güçlü bir orduyu ayakta tutan en önemli ursullardan biri disiplindir. Nitekim 211 sayılı TSK i Hizmet Kanunu'nun 13'üncü maddesi, askerliğin temelinin disiplin olduğunu belirtmektedir.

⁷⁹ As.Yrg.2.D., 02.07.2014, E.2014/693, K.2014/700, (Yayımlanmamış Karar); As.Yrg.2.D., 06.11.2013, E.2013/1367, K.2013/1361, (Yayımlanmamış Karar); As.Yrg.2.D., 13.02.2013, E.2013/528, K.2013/507, (Yayımlanmamış Karar).

Disiplinin korunması ve sürekliliği için özel kanunlar ile ceza hukukuna özgü önlemlerin alınması zorunlu hale gelmektedir. Ancak herkese uygulanabilen ceza kanunlarıyla askerî disiplinin sağlanamayacağı açıktır. Zira askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askerî suç olarak kabul edilmelerini ve daha ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir⁸⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da doğası itibarıyla Silâhlı Kuvvetler mensuplarının belli hak ve özgürlüklerine, sivillere uygulanması mümkün olmayan sınırlamalar getirilebileceği ve ayrı düzenlemeler yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, genel ceza kanunlarının yanı sıra, askerî bir ceza kanununun da bulunması devletlerin karşısına bir mecburiyet olarak çıkmaktadır.

AsCK'nın, ancak belirli bir durumda bulunan kimseleri ilgilendirmesi ve genel olarak koruduğu hukukî menfaatin, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, Türk Silâhlı Kuvvetlerinde kişi hak ve özgürlükleri ile astın ve üstün hukukunu korumak, askerî disiplini muhafaza etmek ve suç işlenmesini önlemek olması nedeniyle genel ceza kanunlarında yer verilmeyen millî savunmaya özgü bir kısım suçları ve genel ceza kanunlarına oranla daha ağır yaptırımları ihtiva etmesi kaçınılmazdır. Nitekim, asker olmayan kişiler hakkında genel ceza kanunlarında düzenlenen bir suç ve buna bağlanan yaptırım, genel itibarıyla suçun faili, mağduru ve yakın çevresi gibi dar bir alanda etki doğurmakta iken askerî birlik içerisinde işlenen bir suçun etkileri dar kapsamda kalmayıp sürekli aynı ortamda birlikte yaşayan ve görev yapan tüm asker kişiler ve dolayısıyla askerî disiplin üzerinde daha geniş etkiler doğurmaktadır.

Disiplinli orduların oluşturulması asker kişilere özgü ceza kanunlarının yapılmasıyla yeterli olmamakta, aynı zamanda bu ceza kanunlarının hızlı bir şekilde uygulanabilmesini sağlayacak ordu içerisinde askerî mahkemelerin de kurulmasını gerekli kılmaktadır. Genel mahkemelerin yanında askerî mahkemelerin kurulması, bu mahkemelerde ayrıksı birtakım usul kurallarının oluşturulmasını gerekli kılmıştır.

Günümüzde modern orduların hemen hepsinde askerler, işlemiş oldukları askerî suçlar nedeniyle ayrı bir soruşturma ve yargılama usulüne tabidirler. Yurt savunması ve devletin bekası için vazgeçilmez öneme sahip olan askerlik hizmeti, arzu edilen seviyede ve yeterlilikte yerine getirilebilmesi için diğer mesleklerde görülmeyen ölçüde bir hiyerarşiyi ve disiplini zorunlu kılmakta-

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 17.01.2013 tarihli ve E.2012/80, K.2013/16, RG. 23.01.2013, S. 28537 sayılı kararı.

dir. Bu nedenle, asker kişilerin özel bir ceza kanununa ve yine özel bir soruşturma ve yargılama usulüne tabi tutulmalarını doğal karşılamak gerekir.

Başta Anayasa'nın askerî yargıyı düzenleyen 145'inci maddesi olmak üzere, son yıllarda askerî ceza mevzuatında birçok önemli değişiklik yapılmıştır. nceki düzenlemelerde askerî yargının görev alanının oldukça geniş düzenlenmiş olmasının uluslararası belgelerde sürekli eleştiri konusu yapılması, askerî mahkemelerin görev alanının demokratik hukuk devletlerinde olması gereken ller çerçevesinde yeniden tanımlanmasını zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda, sivil kişiler ile MSB'lığı ve TSK kadrolarında görev yapan, ancak üniforma taşımayan sivil personelin işlemiş oldukları askerî suçlar nedeniyle askerî mahkemelerde yargılanmalarına son verilmesi isabetli olmuştur. Sonuçta, askerî mahkemelerin görev alanı asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalarla sınırlandırılmış ve asker olmayan kişilerin savaş hali haricinde, askerî mahkemelerde yargılanamayacağı anayasal teminat altına alınmıştır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000
- BAKICI Sedat, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması**, Ankara 1996
- DEMİRAG Fahrettin, "Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi" Belgesi Gölgesinde **Yargı Reformu Sempozyumu-Bildiriler**, Birinci Gün, 18.06.2008
- DEğİRMENCİ, Olgun, **Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2013
- DENGİZ, Hasan, "Askerî Mahallerde ve Asker Kişiler Hakkında Arama", **Askerî Yargıtay Dergisi**, S. 15, Y. 2003
- DURAN, Gökhan Yaşar, **Askerî Disiplin Hukuku**, İstanbul, 2012
- ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No:51, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990
- ERMAN Sahir, **Askerî Ceza Hukuku**, 7. Bası, İstanbul 1983
- GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve zel Soruşturma Usulleri**, Ankara 2007
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004

KANGAL, Zeynel, **Askerî Ceza Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2012

KARDAŐ Ümit, ÇINGI Mehmet, **Askerî Ceza ve Ceza Yargısı**, İstanbul 2001

KOÇ Cihan, **Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı-Örneklı TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, TSK Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Ankara 2011

NOLTE Georg, **European Military Systems: General Comparative Report** (Edited Georg NOLTE), Berlin 2003

ULAŞ Bülent, TEKELİÖĞLU Murat, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması”, **Askerî Adalet Dergisi**, Yıl: 38, Sayı. 131, Ocak 2010

ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, TBB Yayınları, Ankara 2006

YAMAN Derya, YAMAN Murat, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askerî Yargıtay Kararları Işığında Askerî Yargı ve Adli Yargı Arasındaki Görev Sorunları**, Ankara 2001