

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ocak 2021 • Sayı 45 • Yıl: 12



yayin.taa.gov.tr

45



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

45

YIL: 12 - SAYI: 45 - OCAK 2021
www.yayin.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Fethullah SOYUBELLİ / Hâkim

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER
Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.yayin.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "<https://yayin.taa.gov.tr>" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", 150-250 kelime arası "Özet" ve 5-8 kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stilinin 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az, 12.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayımlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "<https://yayin.taa.gov.tr>" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUŐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOŐLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŐANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

| | |
|--|------------|
| Muhammet Sefa ÇETİN | 1 |
| YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME VEYA KALMA SUÇU (TCK m. 243) <i>Crime of Entering and Staying in the Information Systems in the Light of Court of Cassation Decisions (TPC art. 243)</i> | |
| Yasin KÖSE | 29 |
| AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ <i>The Attorney's Obligation of Illumination</i> | |
| Ramazan TURAN | 53 |
| TEMİNAT ALTINA ALINMIŞ ALACAKLARIN DEVRİ <i>Assignment of Guaranteed Claims</i> | |
| Ömer BATUR | 77 |
| YENİ BİR MODEL OLARAK HÂKİM-SAVCI YARDIMCILIĞINDA YETİŞTİRİLME SÜRECİ <i>The Process of Improving as a New Model for the Assistant Judge- Prosecutor</i> | |
| Doç. Dr. Adil NAS | 103 |
| KONUT VE İŞ YERİ TESLİMLERİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ İSTİSNASI VE BU İSTİSNANIN ANAYASAL İLKELER OLAN MALİ GÜÇ VE EŞİTLİK İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>Housing and Office Delivery Exception in Value Added Tax and Consideration of This Exception in Terms of Ability to Pay and Equality Principles</i> | |
| Yunus Emre BAĞLAR | 121 |
| CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI <i>Physical Bodily Examination and Taking Samples from the Body in Criminal Procedure Law</i> | |

Doç. Dr. Fahri BAKIRCI - Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ.....155

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NDE “SÜREKLİLİK İLKESİ” ÇERÇEVESİNDE “ARA VERME” VE “TATİL” ÜZERİNE
On the “Adjournment” and “Recess” of Grand National Assembly of Turkey in the Light of Continuity Principle

Gökhan ÇAYAN.....191

İDARİ YARGIDA MASUMİYET KARİNESİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Presumption of Innocence in Administrative Law Jurisdiction: A Review Considering European Court of Human Rights and Constitutional Court’ Case- Law

Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER - Onur ÖZKAN - Merve BAKDUR. 227

CEZA HUKUKUNDA HATA VE HATAYA BAĞLANAN SONUÇLAR
Error in Criminal Law and Consequences Related to Error

Dr. Öğr. Üyesi Zübeyir BAKMAZ.....265

VERGİ UYUŞMAZLIĞI ÇERÇEVESİNDE İNCELEME RAPORUNUN İHBARNAMEYE EKLENMEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of not Adding the Review Report to Notice in the Framework of Tax Dispute

Semiyet BADEM289

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TANIK

Witness in Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Dikran M. ZENGİNKUZUCU327

COVID-19 (KORONAVİRÜS) SALGINI VE YAŞAM HAKKI

Covid-19 (Coronavirus) Epidemic and the Right to Life

Ar. Gör. Miray ÖZER DENİZ.....355

İŞÇİLERİN ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI ve BUNDAN DOĞAN SORUMLULUK

Protection of Sensitive Data of Workers and Liability Arising from Relation

Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER379
THOMAS AQUINAS'TAN ORHAN MÜNİR ÇAĞILA TEOLOJİK
TABİİ HUKUK

Theological Natural Law From Thomas Aquinas to Orhan Münir Çağıl

Burak POLAT399
ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL KARARLARINA KARŞI
AÇILAN İPTAL DAVASI SIRASINDA PAY DEVRİNİN
DAVACILIK SIFATINA ETKİSİ

*Effect of Transferring a Company Share During Nullity Trial of Joint
Stock Company General Assembly Decisions on Claimant Title*

Prof. Dr. Cenk AKİL.....417
22.07.2020 KABUL TARİHLİ VE 7251 SAYILI HUKUK
MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN İLE
İSTİNAFA İLİŞKİN OLARAK YAPILAN DEĞİŞİKLERİN
DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Changes Related to Appeal Law with the Law About
Some Amendments on the Code of Civil Procedure and Some Laws
which is dated 22.07.2020 and numbered 7251*

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA.....437
ULUSAL EGEMENLİK VE ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ KONUSU
OLARAK ULUSLARARASI ÖRGÜTLERDEN ÇIKMA VE ÇIKARILMA
*Withdrawal and Expulsion From the International Organizations as
Subjects of National Sovereignty and International Cooperation*

Doç. Dr. Yasin SÖYLER.....463
YENİ BİR İDARİ SUÇ OLARAK COVID-19 SALGIN SÜRECİNDE
İHDAS EDİLEN FAHİŞ FİYAT ARTIŞI

Price Gouging as a New Administrative Offence at Covid-19 Epidemic

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER/ARTICLES

YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME VEYA KALMA SUÇU (TCK m. 243)

*Crime of Entering and Staying in the Information Systems in the Light
of Court of Cassation Decisions (TPC art. 243)*

Muhammet Sefa ÇETİN *

Geliş Tarihi: 23.03.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *Topluma Karşı Suçlar* başlığını taşıyan üçüncü kısmının *Bilişim Alanında Suçlar* başlıklı onuncu bölümünde yer alan 243. maddede '*Bilişim sistemine girme veya kalma*' suçu düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, mülga 765 sayılı TCK'da yer almayan fakat 5237 sayılı TCK'da bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek şeklinde tipikleştirilen *bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya kalma suçu* TCK'ya hakim olan suç genel teorisi sistematığı çerçevesinde nazari bazda ve Yargıtay kararları perspektifinde incelenmeye çalışılmıştır.

Esasen, TCK'nın 243.maddesi iki ayrı suç tipi ihtiva etmektedir. Şöyle ki, 243.maddenin ilk üç fıkrası bilişim sistemine girme veya kalma suçunu düzenlemişken, maddenin dördüncü fıkrasında bilişim sistemine hiç girilmeksizin, bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleştirilen veri nakillerini hukuka aykırı olarak teknik araçlarla izleme fiili suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30. maddesinin 4.fıkrasıyla, 24.03.2016 tarihinde, 5237 sayılı TCK'nın 243.maddesine 4.fıkra olarak eklenen *veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçu*, çalışmamızda ayrı başlık altında ele alınarak aynı yöntem doğrultusunda analize tabi tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Bilişim, bilişim suçları, bilişim sistemine girme veya kalma, veri nakillerini teknik araçlarla izleme.

ABSTRACT

The crime of "accessing or remaining in an information system" is regulated in Art. 243 of the Turkish Penal Code (TPC) under Section 10 which carries the title of "Crimes in the Field of Informatics" which is itself regulated under the Third Section of the penal code which is entitled "Crimes against the Society".

In this study, the crime of "accessing or remaining in an information system", which was not laid down in the former Penal Code no. 765 and which has been defined in the new TPC no. 5237 as unlawfully accessing or remaining in an information system or part of it has been analyzed in the framework of the criminal law theory predominant in the new penal code, under a theoretical basis and in the perspective of the case-law of the Court of Cassation.

In reality, Article 243 of the Turkish Penal Code contains two types of offenses. That is, the first three paragraphs of Article 243 regulate the crime of accessing or remaining in an information system whereas the fourth paragraph punishes the act of unlawfully monitoring through the use of technical devices of data transfer between information systems or within an information system. For this reason, the crime of monitoring the transfer of data through the use of technical devices added on 24 March 2016 as the last paragraph of TPC Art. 243 through Art. 30 (4) of the Law on the Protection of Personal Data has been analyzed under a separate section of this article with the same method indicated above.

Keywords: IT, information crimes, accessing in the information system, monitoring data transfers through the use of with technical tool.

* Cumhuriyet Savcısı/Çumra Adliyesi, e-posta: msefacetin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4768-7252.

GİRİŞ

Bilişim sistemine girme veya kalma suçu 5237 sayılı TCK m.243'de; *“(1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya¹ orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkra 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”* şeklinde düzenlenmiştir.

24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30.maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 243.maddesinin 1.fıkrasında değişiklik yapılmadan önce, bu suç, *bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren “ve” orada kalmaya devam eden* şeklinde birden fazla hareketli olarak düzenlenmişti. Bu nedenle öğretide, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesinin suç teşkil edebilmesi için hareketin ikinci kısmını oluşturan *erişilen bilişim sisteminde kalmaya devam etmek* ihmali hareketinin de gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmekteydi.² Ancak 24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı kanunun 30.maddesiyle, bu fıkra yer alan “ve” ibaresi “veya” şeklinde değiştirilerek söz konusu suç seçimlik hareketli olarak düzenlenmiş ve Avrupa Konseyi nezdinde yapılan “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi”nin 2.maddesiyle, fıkra metni uyumlu hale getirilmiştir.³ Zira, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte’de imzaya açılan ve 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren, ülkemizin de 10.11.2010 tarihinde imzalayarak 22.04.2014’de “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile onayladığı “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi”nin (Siber Suçlarla Mücadele Sözleşmesi) 2.maddesi, *“iç hukuka uygun olarak, bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına kasten ve haksız olarak erişilmesini suç haline getirmek için gerekli görülen yasal tedbirleri alma”* yükümlülüğünden bahsetmekte, hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girilmesini yeterli görmekte, bilişim sisteminde kalmaya devam etmeyi suçun oluşumu açısından aramamaktadır.⁴

¹ 24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı kanunun 30.maddesiyle, bu fıkra yer alan “ve” ibaresi “veya” şeklinde değiştirilmiştir.

² **Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, Mehmet Nihat / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar / **Tepe**, İlker, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, Ankara, s.908.

³ **Gül**, Ahmet, “Doğrudan / Dolaylı Bilişim Suçları”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2016, Ankara, s.56.

⁴ **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 4.Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2017, Ankara, s.806. “Aslında, TBMM Adalet Komisyonu’nda kabul edilen metinde, TCK m.243/1’de bilişim sistemine girme suçu, “bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden” şeklinde düzenlenmişti. Fakat TBMM Genel Kurul’unda kanun metninin görüşmeleri

5237 sayılı TCK m.243'ün ilk fıkrasında suçun tanımı yapılarak temel şekline yer verilmiş olup tipik fiilin gerçekleşmesi için bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek yeterlidir. Suçun oluşumu için sisteme hukuka aykırı olarak giren kişinin verileri elde etme amacı olup olmadığı hususu önem arz etmemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında daha az cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre, bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girilmesi veya orada kalmaya devam edilmesi fiillerinin, bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde failin cezasında indirim yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi veya orada kalmaya devam edilmesi neticesinde, sistemde yer alan verilerin yok olması veya değişmesi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak yer almaktadır.⁵ Şunu belirtmek gerekir ki, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren failin tipikliğe subjektifliğini veren kastı, sistemde yer alan verileri yok etmeyi veya değiştirmeyi de kapsıyorsa, bu halde TCK m.243/3 değil, '*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme*' başlıklı m.244/2 tatbik edilecektir.⁶ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30.maddesinin 4.fıkrasıyla, 24.03.2016 tarihinde, 5237 sayılı TCK'nın 243.maddesine 4.fıkra olarak eklenen *veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçu*, unsurları bakımından, bilişim sistemine girme veya orada kalma suçundan farklılık gösteren bir suç tipi olduğu için ayrı başlık altında incelenecektir.

A. BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME VEYA KALMA SUÇU

1. Korunan Hukuki Değer

İlginç olan şudur ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma suçunu düzenleyen 243.

sirasında verilen bir önerge üzerine TCK'nın 243.maddesinin 1.fıkrasında yer alan "veya" bağlacı "ve" şeklinde değiştirilmiş ve metin bu şekilde kanunlaşmıştı. Metnin bu şekilde kanunlaşmasından dolayı, öğretilerde bu suçun ihdası için, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak erişilmesi yeterli görülmemekte, bir süre orada kalmaya devam edilmesi gerektiği vurgulanmaktaydı. Nihayet, 24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı kanunun 30.maddesiyle, bu fıkra da yer alan "ve" ibaresi "veya" şeklinde değiştirilerek tartışmalara son verilmiştir." Koca/Üzülmez, İlhan, s.806-807. 24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı kanunun 30.maddesiyle, TCK m.243/1'de yer alan "ve" ibaresinin "veya" şeklinde değiştirilmesi hususunda dikkat edilmesi gerekir ki, değişikliğin yürürlük tarihinden önce gerçekleştirilen fiiller için söz konusu değişiklikten önceki metne göre değerlendirme yapılacak, suçun oluşumu için bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme yeterli sayılmayacak, orada bir süre kalma da aranacaktır. Gül, s.56.

⁵ **Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem**, "Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar", 2.Baskı, Us-A Yayıncılık, Eylül 2016, Ankara, s.445.

⁶ **Gül**, s.57.

maddesinin gerekçesinde, bu suç ile korunan hukuki değer ne olduğu zikredilmemiştir.⁷

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalmaya devam etme fiillerinin suç olarak düzenlenmesi ile, bilişim sistemlerine duyulan güvenin korunması amaçlanmaktadır.⁸ Öğretide, bazı müellifler tarafından bu suçun ihdası ile sadece bilişim sisteminin güvenilirliği değil, özel hayatın gizliliği ve bilişim sistemini kullananların malvarlığını oluşturan değerlerin de korunduğu söylenmektedir.⁹ Ancak, söz konusu bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girme veya orada kalmaya devam etmek fiillerinin icrası başlı başına tipik fiillerin gerçekleştirilmesi için yeterli olup, suçun oluşumu için bu fiiller sonucu sistemin muhteviyatını oluşturan verilerin ele geçirilmesi veya zarar görmesi aranmadığından, korunan hukuki değeri, bilişim sistemlerinin güvenilirliğine hasretmek daha doğru olacaktır.¹⁰ Suçla korunan hukuki değerler olan, bilişim sisteminin güvenliği ve güvenilirliği mefhumları içerisinde; kişilerin bilişim sistemleri aracılığıyla kendilerine özgülenmiş alan yaratmasının korunması gibi pek çok ideali de barındırmaktadır.¹¹

Bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına girme veya orada kalmaya de-

⁷ **Özen**, Muharrem / **Baştürk**, İhsan, “Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ekim 2011, Ankara, s.112.

⁸ **Koca/Üzülmez**, s.807.

⁹ **Parlar**, Ali, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları”, 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Nisan 2015, Ankara, s.15; **Soyaslan**, Doğan, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara, s.635; **Dülger**, M. Volkan, “Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku”, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, Ankara, s.337; **Gül**, s.57; **Akarıslan**, Hüseyin, “Bilişim Suçları”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2012, Ankara, s.41; **Erdoğan**, Yavuz, “Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları (Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Yargıtay Kararları İle)”, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, Şubat 2012, İstanbul, s.120-124; **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet, / **Yenidünya**, Caner, “Türk Ceza Kanunu Şerhi (Madde 234-345)”, 2.Baskı, 5.Cilt, Adalet Yayınevi, Temmuz 2014, Ankara, s.6891; **Parlar**, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, “Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230-345.Maddeler)”, 3.Baskı, 4.Cilt, 2010, Ankara, s.3742; **Şahbaz**, İbrahim, “Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu (Madde 150-345)”, 1.Baskı, 2.Cilt, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara, s.2738.

¹⁰ **Koca/Üzülmez**, s.807. Yazarlara göre; “*bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunun oluşabilmesi için bilişim sistemine hukuka aykırı olarak ve kasten girme yeterli olup, sistemdeki verilere aşına olunması veya sistemin içeriğinin zarar görmesi gerekmemektedir. Bu nedenle, bu suçla özel hayatın gizliliği veya malvarlığı değerlerinin korunduğu söylenemeyecektir.*”

¹¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.904. Yazarlara göre; “*bilişim alanında yaşanan gelişmeler doğrultusunda, insanlar birçok işlemi internet ve benzeri bilişim sistemleri aracılığıyla yapmaktadır. Bu bakımdan, toplumun genelinde bu sistemlere karşı güven duygusu vardır. Ayrıca, kişiye özgülenmiş bazı bilişim sistemlerinde kişiler, kendilerine has ve sadece kendilerinin hakimiyetinde olan bir alan oluşturmak istemektedirler. Dolayısıyla, insanlar bu alanların güvenli olmasını talep etmektedirler. Nitekim, kişisel verilerin de paylaşıldığı bilişim sistemine, sistemin sahibinin rızası hilafına ve hukuka aykırı erişim sağlanırsa, sistemi kullanan kişinin, bilişim sistemlerine olan güveni zedelenecektir.*”

vam etme fiillerinin, hukuka aykırı olarak ve kasten işlenmesi halinde suç oluşacağı için, TCK m.243’de düzenlenen bu suçun, soyut tehlike suçu niteliğini taşıdığını belirtmemiz gerekir. Salt hareket suçu olan bilişim sistemine girme veya orada kalmaya devam etme suçu ile, sistemin muhteviyatı önceden korunmak istenmektedir. Nitekim, suçun düzenlendiği 243.maddenin 3.fıkrasına bakıldığında, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi veya orada kalınması neticesinde, sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak öngörülmüştür.¹²

2. Suçun Unsurları

2.1. Tipikliğin Maddi Unsurları

2.1.1. Fail

Bu suçun faili olmak bakımından herhangi bir özellik aranmamaktadır. Dolayısıyla bu suç herkes tarafından işlenebilmektedir.¹³ Nitekim 243. maddede “kimse” terminolojisinin kullanılması da, bu suçun failinin herkes olabileceğini göstermektedir.¹⁴ Bilişim sistemine, kasten ve yetkisi olmadan hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden herkes bu suçun faili sıfatını alabilmektedir.¹⁵

Nitekim, Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 19.03.2012 tarihli, 22385 Esas, 3683 Karar numaralı kararında; “Sanığın katılan şirkette çalıştığı sırada kendisine görevi nedeniyle verilen internet şifresini, iş yerinden ayrıldıktan sonra hakkı bulunmadığı halde kullanmak suretiyle katılan şirkete ait bilişim sistemine girdiği ve orada kalmaya devam ettiğini iddia ve sanığın da bu iddiayı doğrulayan katılan şirkete ait bilişim sistemine hükümsüz kalan şifresi ile girip buradaki şirket çalışanlarına ait maillerin kendi kurduğu siteye yönlendirilmesini yapabilecek kadar süre ile kaldığını savunması karşısında; yüklenen TCK’nın 243/1. maddesindeki suçun bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek unsurlarının gerçekleştiğinin kabulü ile mahkumiyetine karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraatine hüküm kurulması...”¹⁶ denilerek, failin, suç konusu bilişim sistemine girmeye yetkisi olmayan kimse olduğu vurgulanmıştır.

¹² Koca/Üzülmez, s.808.

¹³ Soyaslan, s.635.

¹⁴ Hafızoğulları/Özen, s.445.

¹⁵ Erdoğan, s.143.

¹⁶ Karagülmez, Ali, “Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri”, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Temmuz 2014, Ankara, s.224; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.6923. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki; Yargıtay burada hatalı altlama faaliyeti sonucu suç vasıflandırmasını yanlış yapmıştır. Somut olayda sanığın suçu, TCK m.243/1 değildir. Sanık, yetkisi olmayan bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmiş ve söz konusu sistemde yer alan verileri kendi bilişim ağına yönlendirmiştir. Bu nedenle somut olayda TCK m.244/2’nin tatbik edilmesi gerekirdi.

Suçta tipikliğini veren tanıma bakıldığı zaman, bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak *girmek* veya orada kalmak fiillerinden bahsedilmektedir. Tanımda “*bilişim sistemine girmek*” ibaresine yer verilmesi, bu suçun yalnızca “*erişim*” ile değil, doğrudan bilişim sistemine “*girerek*” de işlenebileceğini göstermektedir. Bu nedenle, bu suçu işleyen kişi, bir bilişim sistemi aracılığıyla suç konusu bilişim sistemine erişen kişi olabileceği gibi, herhangi bir bilişim ağından faydalanmaksızın, suç konusu bilişim sistemine doğrudan giren kişi de olabilecektir.¹⁷ Diğer bilişim ağları vasıtasıyla bu suçu işleyen failin, şüphesiz ki, bilişim sistemleri konusunda bilgili olması gerekir.¹⁸

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK’ya hakim olan, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmaması ilkesi gereği, tüzel kişiler, bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girme veya kalma suçunun faili olamazlar. Nitekim, ceza sorumluluğu, kusur izafe edilebilen gerçek kişilere özgülenmiştir.¹⁹ Ancak, 5237 sayılı TCK m. 246 uyarınca, TCK m.243’de yer alan suçun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirine hükmolunabilecektir.²⁰

2.1.2. Mağdur

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmak suçunun mağduru, söz konusu sisteme girmeye yetkili, sistem üzerinde hak sahibi olan kişidir.²¹ Zira, suç konusu bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan kişi zarar görme tehlikesi ile karşı karşıyadır.²² Bilişim sistemi üzerinde birden fazla kimse hak sahibi ise, o halde tüm hak sahipleri suçun mağduru olacaktır.²³ Örnek olarak bir kişinin mail adresine onun rızası hilafına girilmesi halinde, suçun mağdurunun mail adresinin sahibi olduğu kabul edilmelidir.²⁴

¹⁷ Koca/Üzülmez, s.808.

¹⁸ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, / Yenidünya, Caner, “Türk Ceza Kanunu Şerhi (Madde 234-345)”, s.6897-6899; Koca/Üzülmez, s.808.

¹⁹ Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2016, Ankara, s.642.

²⁰ Koca/Üzülmez, s.809.

²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.6899.

²² Soyaslan, s.636.

²³ Koca/Üzülmez, s.809.

²⁴ Örneğin, Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 09.12.2013 tarihli, 2013/8857 Esas, 2013/28279 Karar numaralı kararında; “*şikayetin kapsamına, iddianamedeki nitelendirmeye ve incelenen dosya içeriğine göre, sanık ile müşterinin suç tarihi öncesinde arkadaş olup aralarında geçen bir takım olaylar nedeniyle uzun süredir görüşmedikleri, sanığın arkadaşı olması nedeniyle daha önce bildiği, müşteriye ait mail adresinin internet şifresini hakkı bulunmadığı halde kullanmak suretiyle bilişim sistemindeki müşteriye ait özel kısıma girdiği ve burada yer alan müşterinin arkadaşlarına elektronik posta adresine ileti gönderecek kadar süreyle hukuka aykırı olarak sistemde kalmaya devam ettiği...*” vurgulanarak, mağdurun mail adresinin sahibi olduğu belirtilmektedir. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.6918-6919.

2.1.3. Suçun Konusu

TCK m.243/1’de tanımlanan bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma suçunun konusu, bilişim sistemleridir.²⁵

O halde bilişim sistemi tamlamasından ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir. Madde gerekçesine bakıldığı vakit, bilişim sisteminin; “*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler*” olduğu belirtilmektedir.²⁶

Bilişim sistemlerinin açıklanmasında kullanılan, *verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik olarak işleyebilmek* özellikleri yeterli olmamaktadır. Zira bilişim sistemleri, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra gerek bunları otomatik olarak işleyebilme gerek söz konusu verileri aktarabilme özelliklerini haizdir.²⁷ Kısaca, bilişim sistemi; veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi ifade eder.²⁸

Öğretide Koca ve Üzülmöz; “*verileri toplamak, yerleştirmek, işlemek, değerlendirmek ve iletmek gibi özellikleri olmadan, bazı enformasyon işlemlerini kendiliğinden yapabilen elektronik veya manyetik cihazların bu suçun konusunu oluşturmayacağını, yine; verileri işleme ve aktarma özellikleri bulunmakla birlikte bu özelliklerini genel amaçlı değil de tek yönlü olarak gerçekleştirebilen cihazların da bu suçun konusunu oluşturmayacağını, örnek olarak; binalara girişi sağlayan manyetik kartlar, decoderler, telefon kartları, çamaşır makineleri gibi aletlerin bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunun konusunu oluşturmayacağını*” belirtmektedir.²⁹ Fakat kredisi bitmiş manyetik telefon kartları bu suçun konusunu oluşturmaktadır.³⁰

²⁵ Koca/Üzülmöz, s.809.

²⁶ Özgenç, İzzet, “Türk Ceza Kanunu (Gazi Şerhi)”, 3.Baskı, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ocak 2006, Ankara, s.987. “*Bu tanım bilişim teknolojisinin geliştiği günümüzde yetersiz ve belirsizdir. Her şeyden önce tanımda bilişim sisteminin en tipik özelliği olarak manyetik bir sistem olması gösterilmektedir. Bu nedenle manyetik olarak nitelendirilmeyen bir sistemin bilişim sistemi olarak düşünülmesi imkansızlaştırılmıştır. Bunun yanında, tanımda geçen verileri toplayıp yerleştirme filleri muayyen değildir.*” Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.905.

²⁷ Koca/Üzülmöz, s.810.

²⁸ Jones, Nigel / George, Esther / Karagöz, Kasım / Dülger, Murat Volkan / Modoğlu, Gözde, “Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi (Avrupa Birliği – Avrupa Konseyi Ortak Projesi)”, Matbam Ajans Reklam Tanıtım, Ankara, s.55.

²⁹ Koca/Üzülmöz, s.810-811.

³⁰ Yargıtay 11.Ceza Dairesi’nin 26.05.2011 tarihli, 11811 Karar, 2564 Esas numaralı kararında; “*Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19.06.2007 gün 136/150 sayılı kararında açıklandığı üzere; kredisi bitmiş manyetik telefon kartları üzerinde yaptığı değişikliklerle, sistemin verileri farklı algılamasını sağlayan, başka bir deyişle sisteme farklı yükleyen, bu suretle bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş sistemi yanılıp boş manyetik karta kredi yükleyerek hukuka aykırı yarar elde eden sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu...*” denilerek, kredisi bitmiş manyetik telefon kartlarının

TCK m.243/2’de yer alan suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin konusu, *“bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler”*dir.³¹

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, 5237 sayılı TCK m.163’de düzenlenen ve karşılıksız yararlanma suçunun³² konusunu oluşturan; otomatlar, telefon hatları, frekanslar veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar, bedeli karşılığı yararlanılabilen bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunun konusu olamazlar.

Dülger’e göre bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemlere örnek olarak; internet üzerinden hizmet veren web siteleri, internet kafe gibi yerlerde olduğu gibi belirli bir bedel karşılığı bilişim sisteminin kullanılması, bir kuruluş tarafından belirli bilişim sisteminin bedel karşılığı sunulması, belirli süreli internet bağlantı servisinin sağlanması gösterilebilir.³³

2.fıkra da geçen *“bedel”* kelimesinin anlamını paraya indirgemek doğru olmayacaktır. Zira bedel kavramı, para mefhumunu da kapsayan *“karşılık”* anlamında kullanılmaktadır.³⁴

TCK m.243/3’te bilişim sistemine girme veya kalma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin konusu, *“bilişim sisteminin muhteviyatını oluşturan veriler”*dir.³⁵ Veri kavramı, Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan Siber Suç Sözleşmesi’nin 1.maddesine göre; *“bir bilişim sisteminin belirli bir*

da bilişim sistemi olarak nitelendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Artuk/Gökcen/ Yenidünya, s.6923. Koca ve Üzülmaz Yargıtay CGK’nın 19.06.2007 tarihli ve 136-150 sayılı kararını şu şekilde eleştirmektedirler: “Yargıtay CGK bu kararında telefon kulübelerinden toplanan kredisiz bitmiş telefon kartlarına barkot ve manyetik bant yapıştırmak suretiyle kontör yükleyip telefon görüşmesi yapılmasını bilişim sistemlerini kullanarak haksız yarar sağlama suçu (TCK m.244/4) kapsamında değerlendirmiştir. Bu karara muhalif kalan kurul üyelerinin de belirttikleri gibi, manyetik telefon kartlarının kendisi bir bilişim sisteminde olması gereken özelliklere sahip olmadığı gibi, bu kartlar kullanılarak bir bilişim sistemine bağlanması da söz konusu değildir. Bu nedenle yalnızca telefon makinesini görüşmeye açan manyetik telefon kartları bu suçun konusunu oluşturmazlar. Bu tür fiiller karşılıksız yararlanma suçunu (m.163) oluştururlar.” **Koca/Üzülmaz**, s.811, dipnot:30.

³¹ **Gül**, s.58.

³² 5237 sayılı TCK’nın “**Karşılıksız Yararlanma**” suçunu düzenleyen 163.maddesi şu şekildedir: (1) Otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) **(Ek: 02.07.2012-6352 md.83)** Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

³³ **Dülger**, s.341-358.

³⁴ **Karagülmez**, s.210.

³⁵ **Gül**, s.58.

işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dahil olmak üzere, bir bilişim sisteminde işlemeye uygun olan her türlü bilgiyi” ifade etmektedir.³⁶

2.1.4. Fiil

24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 30.maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 243.maddesinin 1.fıkrasında değişiklik yapıldıktan sonra bu suç seçimsel hareketli bir suç haline gelmiştir.

Zira, bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak *girmek* veya *orada kalmaya devam etmek* fiillerinin gerçekleşmesi halinde, tipik fiil meydana gelecektir.³⁷ Buna göre, suçun oluşumu açısından herhangi bir neticenin gerçekleşmesi aranmamakta, bilişim sistemine girme veya orada kalmaya devam etme suçu; sırf hareket ve soyut tehlike suçu olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸ Nitekim, suçun sübutu açısından, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek yeterli olup, sistemin muhteviyatının öğrenilmesi, sistemde yer alan içeriğe zarar verilmesi veya verilerin başka bir yere nakli gerekmemektedir.³⁹

Nitekim, Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 26.03.2009 tarihli, 2008/18190 Esas, 2009/3058 Karar numaralı kararında; *‘sanığın, katılanın yetkilisi olduğu Z. Limited Şirketi’nin Türkiye Ekonomi Bankası D. Şubesinde bulunan hesabına internet üzerinden 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 sayılı TCK m.243/1’de düzenlenen suçu oluşturduğu...’⁴⁰ denilerek bu durum vurgulanmıştır.*

Modus operandi⁴¹(suç işleme metodları) olarak geniş bir spektruma sahip olan bilişim sistemine girme veya orada kalma suçu, serbest hareketli işlenebilen bir suç değildir.⁴² Zira bir suçun serbest hareketli olarak işlenebildiğinden

³⁶ Çevrimiçi Erişim: polis.osce.org, **Gerçekler**, Hasan, “Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (m.217-345)”, 2.Baskı, Cilt:4, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014, Ankara, s.4738.

³⁷ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.906. Yazarlara göre; *‘TCK m.243’ün üst başlığı ‘bilişim sistemine girme’ iken, birinci fıkrada suç oluşturan hareketler bilişim sistemine girme veya orada kalmaya devam etme şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle madde başlığı ile metin arasında uyum sorunsalı vardır.’*

³⁸ **Hafizoğulları/Özen**, s.447.

³⁹ **Koca/Üzülmüş**, s.813.

⁴⁰ **Yaşar, Osman / Gökcan, Tahsin / Artuç, Mustafa**, “Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (m.197-251)”, 2.Baskı, Cilt: 5, Adalet Yayınevi, Ocak 2014, Ankara, s.7304.

⁴¹ *‘Modus operandi kavramı, suç işleme davranışlarına ilişkindir ve latince olan bu terim suç işleme metodları olarak anlatılabilir. Bu kavram ile, bir suçun tamamlanabilmesi için kullanılan davranışlar, araçlar ve yöntemler silsilesi kastedilir.’* **Karagülmez**, s.64.

⁴² Öğretide aksi görüşte yazarlar da bulunmaktadır. Bkz: **Tezcan/Erdem/Önök**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Ankara, 2020, s. 1154; **Akbulut**, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Bası, s. 130.

bahsedebilmek için, tipik fiillere normsal olarak yer verilmemesi, düzenlemede sadece neticeden bahsedilmesi gerekir. Dolayısıyla suçu serbest hareketli yapan durum, suçun çok fazla metod ve araçla işlenebilmesi değil, suçun kanuni tanımında fiillere yer verilmeyip sadece neticeye yer verilmesidir.⁴³

Bilişim sistemine girme veya orada kalma suçu hem icrai hareketle hem de ihmali hareketle işlenebilmektedir. Sisteme girme durumunda icrai, kalmaya devam etme durumunda ise ihmali şekilde işlenmektedir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki; bilişim sistemine hukuka aykırı olarak ve kasten girilmesi halinde zaten suç tamamlanacağı için, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme fiilinden dolayı mecburi şekilde sonuçlanacak bilişim sisteminde kalma fiili, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek fiili ile birlikte tek bir eylem olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla, bu suçun sadece ihmali şekilde(bilişim sisteminde kalma) işlenebilmesi için, ya bilişim sistemine hukuka uygun olarak girildikten sonra, hukuka aykırı şekilde orada kalmaya devam edilmesi ya da bilişim sistemine kastı olmaksızın girildikten sonra, kasten ve hukuka aykırı olarak orada kalmaya devam edilmesi gerekir.⁴⁴ Kanaatimizce; bu son halde, suçun oluşumu için, hukuka aykırı olarak orada kalma durumunun belirli bir süre devam etmesi gerekir. Zira erişmeye yetkili olmadığı bilişim sistemine kastı olmaksızın dahil olan kişiye, en azından sistemden çıkabilmesine yetecek kadar zamanın tanınması gerekir.

Tipik fiilin meydana gelmesi için, söz konusu bilişim sistemine girişin sınırlandırılması gerekmektedir. Bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan kişinin, sisteme girişi alenileştirmemiş ve sisteme girilmesine açık veya zımnî rıza göstermemiş olması gerekmektedir.⁴⁵ Bu nedenle herkes tarafından kolayca erişilebilen bir bilişim sistemine girilmesi bu suçu oluşturmaz.⁴⁶ Herkesin erişimine açık olan bir bilişim sistemi bu suçun konusunu oluşturamayacaktır.⁴⁷

⁴³ Koca/Üzülmez, s.813-814.

⁴⁴ Koca/Üzülmez, s.814.

⁴⁵ Koca/Üzülmez, s.809.

⁴⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.907.

⁴⁷ Örnek olarak, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 10.02.2014 tarihli, 11510 Esas, 2982 Karar numaralı kararı; *"incelenen dosya içeriğine ve sanığın aksi kanıtlanamayan savunmasına göre; sanığın, katılan mağdure Aynur'un kardeşi olan ve tanık olarak da dinlenen F.G.'nin arkadaşı olduğu, bu arkadaşlık nedeniyle sanığın katılanı tanıyarak ona duygusal anlamda ilgi duymaya başladığı, bu konu hakkında konuşmak amacıyla katılana ait mail adresinden arkadaşlık teklifinde bulunduğu, katılanın ise kimden geldiğini anlamadığı bu teklife cevap vermediği, bunun üzerine sanığın olay tarihinde katılana ait olan ve aktif kullanımda olan ...@...com ve ...com isimli mail adreslerinin şifrelerini kırmak suretiyle ele geçirdiği, bu adresleri kullanmak suretiyle katılanmış gibi başkaları ile konuşmalar yaptığı, yaptığı konuşmalarda katılanın onur, şeref ve saygınlığına yönelik saldırı teşkil edecek paylaşımlarda bulunduğu olayda..., sanığın sübut bulan bilişim sistemine girip, katılan adına başkaları ile konuşma yapacak kadar kalması eyleminin TCK 243/1 maddesinde tanımlanan "bilişim sistemine girme" suçunu oluşturacağı gözetilmeden, delillerin takdirinde ve suç*

2.2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma suçunun taksirli şekilde işlenebileceği kanunda öngörülmediği için bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur.⁴⁸ Bu nedenle, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak bir kimseye ait bilişim sistemine girilmesi ve bilişim sistemine yetkisiz erişildiği anlaşıldığı zaman derhal sistemden çıkılması halinde suç oluşmaz.⁴⁹ Ancak ifade etmek gerekir ki, dikkatsizlik ve özensizlik sonucu bilişim sistemine girilmesi halinde, bu husus anlaşıldıktan sonra, kişinin sistemde kalmaya devam etmesi durumunda, *kalma* şeklinde ifade edilen ihmali hareket kasten gerçekleştirilmiş olacak ve suç sübut edecektir.

Bilindiği üzere, TCK m.243/3'de bilişim sistemine girme veya kalma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir. Buna göre; bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girilmesi veya orada kalınması fiilleri sonucunda, sistemin içerdiği veriler yok olur veya değiştirse altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Burada, m.243/3'de düzenlenen bilişim sistemine girme veya kalma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ile m.244/2'de düzenlenen '*bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme*' suçu arasında ince bir çizgi vardır. Eğer failin kastı, sisteme hukuka aykırı olarak girmek ile birlikte, bilişim sisteminin içeriğini oluşturan verileri bozmayı, yok etmeyi veya değiştirmeyi de kapsıyorsa TCK m.244/2 uygulanacaktır. Ancak, failin kastı sadece bilişim sistemine girmeyi veya orada kalmayı kapsamasına rağmen, bilişim sistemine girme veya orada kalma fiilleri sonucu, sistemin içerdiği veriler zarar görmüşse m.243/3 tatbik edilecektir.

Nitekim Yargıtay 12. Ceza Dairesi 04.11.2013 tarihli, 2012/31498 Esas, 2013/24496 Karar numaralı kararında; '*TCK'nın 243/1 maddesinde, "Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para*

vasfında hataya düşülerek, katılana ait bilişim sistemindeki verileri bozduğu, yok ettiği, değiştirdiği, erişilmez kıldığı, sisteme veri yerleştirdiği ve var olan verileri başka bir yere gönderdiği iddia edilmeyen sanık hakkında TCK m.244/2'den mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırı olup...' şeklindedir. Karagülmez, s.226-227. Yargıtay'ın bu kararında da belirtildiği gibi, kişilere ait mail adresleri, özgülenmiş bilişim sistemlerine bir örnek teşkil etmekte ve söz konusu mail adresine, sahibinin rızası olmadan erişmek, TCK m.243/1 kapsamında mütalaa edilmektedir. Karara konu somut olayda, mail adreslerinin şifrelerinin kırılması vakıası delillerle ilişkilendirilmesine rağmen, sanığın katılanmış gibi başkaları ile konuşmalar yaptığı iddiası ispatlanamamıştır. Bu nedenle TCK m.244/2 tatbik edilememiş olup, m.243/1 uygulanmıştır. Karagülmez, s.226-227.

⁴⁸ **Koca/Üzülmez**, s.814.

Aynı yönde bkz. Gül, s.64; Erdoğan, s.156; Soyaslan, s.638; **Hafizoğulları/Özen**, s.448; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.912; **Parlar**, s.17; **Gerçekker**, s.4727.

⁴⁹ **Koca/Üzülmez**, s.814.

cezası verilir”; aynı kanunun 243/3.maddesinde, “Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla akdar hapis cezasına hükmolunur” şeklinde birbirinden farklı yaptırım içeren ve biri diğerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini oluşturan iki ayrı düzenlemeye yer verildiği gözetilmeden, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giriş yaptığı kabul edilen sanığın eylemi nedeniyle sistemden yok olan veya değişen veri ya da veriler hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın ve TCK’nın 244/2.maddesinin uygulanabilirliği bakımından kabul edilen bu neticenin sanık tarafından kasten meydana getirilip getirilmediği de irdelenmeksizin, “Sanığın bilişim sistemine girme suçundan eylemine uyan TCK 243/1-3 maddesi gereğince suçu işleyiş şekli dikkate alınarak takdiren: ALTI AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA” şeklinde, TCK’nın 243.maddesinin her iki fıkrası da hükümde gösterilip, yasal yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan, sanığın bilişim sistemine girme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...” denilmiştir.⁵⁰ Buna göre, failin kastının bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girdikten sonra sistemde yer alan verilere zarar vermeyi de kapsayıp kapsamadığı hususu tespit edilmeli, tipikliğin sübjektif unsurunu oluşturan kast, bilişim sistemine girme veya kalma fiilleri ile birlikte sistemdeki verilere zarar vermeyi de kapsıyorsa TCK m.244/2, ancak failin kastı sadece bilişim sistemine girme veya orada kalma fiillerine yönelik olup, söz konusu bu fiiller sonucu sistem içeriği zarar görmüşse TCK m.243/3 uygulanmalıdır.

TCK m.243’de düzenlenen bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunun kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak” ibaresine yer verilmesinden dolayı, failin kastının, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi yanında, icra ettiği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda bilinci ifade eden haksızlık bilincini de kapsaması gerekir mi ? Yani bu suç açısından kast, “*dolus malus*”⁵¹ olarak mı nitelendirilecektir ?

Normalde haksızlık bilincinin kusurluluk ile ilişkili olduğu fakat haksızlığa tipikliğini kazandıran normun içeriğinde yer alan tanımda; “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı olduğunu bilerek” gibi ifadelere yer verildiği durumlarda haksızlık bilincinin artık kusur ile ilişkilendirilmeyip, doğrudan kastın varlığı için gerekli olduğuna yönelik görüşler bulunmaktadır.⁵²

⁵⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.6917-6918.

⁵¹ Kastı “*dolus malus*” olarak ele alan anlayış şu şekilde açıklanabilir: “Suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilinmesi kast için yeterli olmamaktadır. Kişinin kasten hareket ettiğinden söz edilebilmesi için failin ayrıca; işlediği fiilin hukuk düzenince haksızlık olarak addedildiğinin bilincinde(hukuka aykırılık bilinci, haksızlık bilinci) olması gerekmektedir. Nitekim suçun maddi unsurlarına yönelik olan ampirik bilgiler kastın varlığı için yeterli değildir. Failin kastından söz edebilmek için, fiil ile hukuk düzeninde haksızlık oluşturulduğunun bilinci gerekmektedir.” (Göktürk, Neslihan, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2016, Ankara, s.5.)

⁵² Hafizoğulları/Özen, s.282; Zafer, Hamide, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 5.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.296-298; Soyaslan, Doğan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”,

Göktürk'e göre; hukuka aykırılık kavramının kül halinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Suçu tanımlayan normda "hukuka aykırı olarak" ibaresinin geçip geçmemesine göre bu şekilde hukuka genel aykırılık - hukuka özel aykırılık ayrımı yapılması ve hukuka özel aykırılık halinde hukuka aykırılık bilincinin kast ile ilişkili olduğunun kabul edilmesi yanlış olacaktır. Fakat yasal tanımda geçen "hukuka aykırı olarak" ibaresi normda tanımlanan unsurlardan birini niteler mahiyette ise (örneğin TCK 91/5'de geçen; "hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan" organ veya dokuyu saklayan ifadesi.) burada hukuka aykırılığı tipiklikle ilişkilendirmek zorunlu olup, hukuka aykırılık bilinci kastın bir unsurudur. Diğer yandan suçun yasal tanımında genel olarak hukuka aykırılık ifadesine yer verilmişse, hukuka aykırılık bilincinin kusurluluk bahsinde değerlendirilmesi, hukuka genel aykırılık – hukuka özel aykırılık ayrımının yapılması gerekir.⁵³

Koca ve Üzülmüş'e göre; bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunun kanuni tanımında "hukuka aykırı olarak" ibaresi geçtiği için, failin dahil olduğu yerin bir bilişim sistemi olduğunu, bu sisteme girmeye yetki bulunmadığını, işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, bilişim sistemine girme veya orada kalma suçu ancak doğrudan kastla işlenebilmektedir.⁵⁴

Kanaatimizce; 5237 sayılı TCK m.21/1 hükmünde kast; "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlandığından dolayı, buna göre kast için; haksızlığa tipikliğini kazandıran objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi yeterlidir. Tipikliğin tanımlandığı normda genel şekilde "hukuka aykırı olarak" ibaresinin geçmesi, herhangi bir unsur spesifik olarak nitelemiyorsa, kastın haksızlık bilincini kapsamaması gerektiği sonucunu doğurmamalıdır. Suçun kanuni tanımında yer alan ve herhangi bir unsur nitelemeyen "hukuka aykırı olarak" ibaresi, bu suç açısından hukuka uygunluk nedenlerinin dikkatli şekilde değerlendirilmesi gerektiği anlamından öteye geçmemektedir. Bu nedenle TCK m.243'de düzenlenen bilişim sistemine girme veya kalma suçunun tanımında "hukuka aykırı olarak" ibaresinin geçmesi, bu suç için kastın kapsamına haksızlık bilincinin girmesi gerektiği anlamına gelmeyecektir. Bilişim sistemine girme veya orada kalma suçu açısından, haksızlık bilinci mefhumu, kast kapsamında değil, kusurluluk bahsinde değerlendirilmelidir.

4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.435-436: **Demirbaş**, Timur, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.261: **Önder**, Ayhan, "Ceza Hukuku Dersleri", Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.217: **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, "Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10.Baskı, Beta Yayıncılık, Eylül 2017, s.291-292, İçel ve diğerleri, "Suç Teorisi", 2.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s.110-11.

⁵³ **Göktürk**, Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016, s.424 vd.

⁵⁴ **Koca**/Üzülmüş, s.815. Aynı yönde bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.6910-6911.

2.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Bilişim sistemine girme veya kalma suçunun kanuni tanımında ‘*hukuka aykırı olarak*’ ibaresine yer verilmesinin ifade ettiği anlama yukarıda manevi unsur bahsinde değinildiği için burada bu konu üzerinde durulmayacaktır.

Kanunun hükmü ve amirin emri (TCK m.24), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m.26) bu suç için hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilir.⁵⁵ Bu bağlamda, bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan kişinin rızasıyla sisteme girilmesi, mahkeme kararı doğrultusunda bilişim sistemine erişilmesi, yine usulüne uygun olarak alınmış koruma tedbirlerinin icrası (5271 sayılı CMK m. 134’de düzenlenen; ‘*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*’, CMK m.135’de yer alan ‘*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*’, CMK m.140 uyarınca ‘*Teknik araçlarla izleme*’ gibi.) halinde bu suç oluşmayacaktır.⁵⁶

Bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan kişinin sisteme girilmesi hususunda verdiği rıza sonradan geri alınmışsa, bilişim sistemine, hak sahibinin rızasıyla erişen kişinin rızanın geri alınmasından itibaren derhal sistemden çıkması gerekir. Aksi halde suç oluşacaktır.⁵⁷ Örneğin; Yargıtay 8.Ceza Dairesi’nin 04.06.2014 tarihli, 2014/3984 Esas, 2014/13848 Karar numaralı kararında; ‘*şanığın soruşturma aşamasında müdafii huzurunda alınan beyanında katılan şirketten ayrıldıktan sonra katılan şirkete ait bilgisayar programına girdiğini kabul etmesi karşısında, şanığın oluşan eylemi nedeniyle bilişim sistemine izinsiz girme suçundan TCK m.243 gereğince cezalandırılması gerekirken...*’⁵⁸ denilerek, katılan şirket çalışanın işten ayrılmasından itibaren, katılan şirket tarafından bilişim sistemine girme konusunda verilen rızanın geri alındığı, katılan şirketten ayrılan şanığın, ayrılma tarihinden sonra katılan şirkete ait bilişim sistemine girmesinin TCK m.243’de düzenlenen bilişim sistemine girme veya kalma suçunu oluşturduğu belirtilmiştir.

Ayrıca bedelsiz olarak umuma açık olan bilişim sistemlerine erişim halinde de bu suç oluşmayacaktır.⁵⁹

3. Suçun Nitelikli Hali

243.maddenin 2.fıkrasında; bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli haline yer verilmiştir. Buna göre suçun temel şeklinde öngörülen fiillerin ‘*bedeli karşılığında yararlanılabilen*

⁵⁵ Parlar, s.18.

⁵⁶ Erdoğan, 160; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.6917-6918; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.912; Koca/Üzülmez, s.815.

⁵⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.912.

⁵⁸ Gül, s.66-67.

⁵⁹ Koca/Üzülmez, s.815.

*sistemler” hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilecektir.*⁶⁰

Maddenin ikinci fıkrasında yer verilen daha az cezayı gerektiren bu nitelikli hal ilk bakışta kafa karıştırıcı olabilecektir. Zira, bilişim sistemine girme veya kalma suçunun bedeli karşılığında yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinin neden suçun temel şekline nazaran daha az cezayı gerektirdiği sorusu, zihinlerde belirecektir. Bu sorunsala yaklaşım kümeleri; düzenlemeyi menfi bulanlar veya müspet bulanlar şeklindedir.⁶¹

Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyi menfi bulanlara göre, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma fiillerinin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi hali, daha az cezayı gerektiren değil, tam tersi, daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekirdi. Çünkü bu fiillerin bedeli karşılığında yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi durumunda hem bilişim sisteminin güvenilirliği hem de bilişim sistemi içerisinde yer alan verilerin mülkiyetinin korunması değerleri ihlal edilecektir.⁶²

Daha az cezayı gerektiren nitelikli hali düzenleyen maddenin ikinci fıkrasını olumlu bulanlara göre, bedeli karşılığında kişilerin erişimine açılan bilişim sistemleri ile hiçbir şekilde kişilerin erişimine açılmayan bilişim sistemleri, korunan hukuki değer bakımından karşılaştırıldığında, hiçbir şekilde erişime açılmayan bilişim sistemlerinin güvenilirliği daha ağır basmaktadır. Bu suçun bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, korunan hukuki menfaatlerden “mahremiyet” yerini “ekonomik menfaate” bırakmaktadır. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme isabetlidir.⁶³

2.fıkra da geçen “*bedel*” kelimesinin ifade ettiği anlam paradan ibaret değildir. Zira bedel kavramı, parayı da kapsayan “*karşılık*” anlamında kullanılmaktadır.⁶⁴ Örneğin, bilişim sisteminde sunulan bir hizmetin bedeli para olabileceği gibi, belirli kişilerin abone edilmesi, bilimsel eser yollanması karşılıkları da olabilir.⁶⁵

⁶⁰ Şahbaz, s.2736.

⁶¹ Koca/Üzülmez, s.815.

⁶² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.911; Ketizmen, Muammer, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Bilişim Alanında Suçlar, Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ocak 2008, Ankara, s.110; Erdoğan, s.151. Erdoğan’a göre; “*bu suçla korunan hukuki değerler arasında sistem sahibinin menfaatlerinin de güvence altına alındığı göz önünde bulundurulduğunda, bedeli karşılığı girilen sistemlere bedelsiz giriş yapılmasının ayrıca indirim sebebi yapılması doğru değildir.*”

⁶³ Koca/Üzülmez, s.816; Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Çakır, Kerim / Alşahin, Mehmet Emin, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 17.Baskı, Adalet Yayınevi, Kasım 2018, Ankara, s.691.

⁶⁴ Karagülmez, s.210; Erdoğan, s.148.

⁶⁵ Koca/Üzülmez, s.816.

Peki “bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler” kavramı ile ne ifade edilmektedir ? Madde metninde veya gerekçesinde bu kavramın açıklamasına yer verilmemiştir.⁶⁶ Bu husus öğretide, TCK m.163 ile m.243/2’nin karıştırılabileceği gerekçesiyle eleştiri konusu olmuştur.⁶⁷

5237 sayılı TCK m.163’de düzenlenen ve karşılıksız yararlanma suçunun⁶⁸ konusunu oluşturan; otomatlar, telefon hatları, frekanslar veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar, bedeli karşılığı yararlanılabilen bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunun konusu olamazlar.⁶⁹

Dülger’in tasnifine göre bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler kavramı dört hususu ihtiva etmektedir. Buna göre bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemlere örnek olarak; internet üzerinden hizmet veren web siteleri, internet kafe gibi yerlerde olduğu gibi belirli bir bedel karşılığı bilişim sisteminin kullanılması, bir kuruluş tarafından belirli bilişim sisteminin bedel karşılığı sunulması, belirli süreli internet bağlantı servisinin sağlanması gösterilebilir.⁷⁰

Ancak öğretide, internet kafe gibi yerlerde bedeli karşılığında bilişim sisteminin kullanılmasının bu fıkra kapsamında düşünülmesinin hatalı olduğunu, 243.maddenin ikinci fıkrasının dar yorumlanarak sadece belirli bedel karşılığında hizmet veren web sayfalarına indirgenmesi gerektiğini belirtenler de vardır. Zira bu görüşe göre, maddenin ikinci fıkrasında, sistemin kullanıldığı fiziksel mekanın değil, sistem içerisindeki elektronik verilerin bedeli karşılığı kullanılmasından bahsedilmektedir.⁷¹ Kanaatimizce de, internet kafe gibi fiziksel mekanlarda sunulan internete erişim hizmetinden, bedeli verilmeden yararlanılması halinde, diğer şartları da varsa TCK m.243/2 değil, m.163/2 tatbik edilmelidir.

4. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hali

243.maddenin üçüncü fıkrasında; *‘bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur’*

⁶⁶ Erdoğan, s.148.

⁶⁷ Hafizoğulları/Özen, s.449.

⁶⁸ 5237 sayılı TCK’nın “**Karşılıksız Yararlanma**” suçunu düzenleyen 163.maddesi şu şekildedir: (1) Otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) **(Ek: 02.07.2012-6352 md.83)** Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

⁶⁹ Artuk/Gökçen, s.691-692; Erdoğan, s.148.

⁷⁰ Dülger, s.341-358.

⁷¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.911; Erdoğan, s.149.

denilerek, bu suçun gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir.

Buna göre, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma fiilleri sonucunda, sistemin muhteviyatını oluşturan veriler yok olur veya değişirse, 3.fıkra söz konusu olacaktır.⁷²

Ancak şunu ifade etmek gerekir ki; failin kastı bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma fiillerinin yanında, sistemin içeriğini yok etme veya değiştirme fiillerini de kapsıyorsa bu halde TCK m.243/3 değil, TCK m.244/2'nin uygulanması gerekir.⁷³ Bu doğrultuda, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 04.11.2013 tarihli, 2012/31498 Esas, 2013/24496 Karar numaralı kararında; *“TCK'nın 243/1 maddesinde, ‘Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir’; aynı kanunun 243/3.maddesinde, ‘Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla akdar hapis cezasına hükmolunur’ şeklinde birbirinden farklı yaptırım içeren ve biri diğerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini oluşturan iki ayrı düzenlemeye yer verildiği gözetilmeden, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giriş yaptığı kabul edilen sanığın eylemi nedeniyle sistemden yok olan veya değişen veri ya da veriler hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın ve TCK'nın 244/2.maddesinin uygulanabilirliği bakımından kabul edilen bu neticenin sanık tarafından kasten meydana getirilip getirilmediği de irdelenmeksizin, bilişim sistemine girme veya oradan kalma suçundan mahkumiyet kurulması yasaya aykırı olup...”*⁷⁴ denilerek, burada bahsettiğimiz ayırım vurgulanmıştır.

Failin, 243.maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya kalma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu tutulabilmesi için, TCK m.23 uyarınca, sistemin içeriğinin yok olması veya değişmesinde en azından taksirle hareket edilmesi gerekmektedir.⁷⁵ Zira, dış dünyada gerçekleştirilen bir fiilin, suça tipikliğini veren normda belirlenenden daha ağır veya farklı bir neticeye yol açması halinde, ortaya çıkan daha ağır veya farklı neticeler bakımından failin sorumlu tutulabilmesi için sırf nedensellik bağı yeterli olmayıp, ağır neticeler bakımından failin en azından taksir derecesinde kusuru bulunması gerekir.⁷⁶

⁷² **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s.817.

⁷³ **Yaşar**, Osman / **Gökcan**, Tahsin / **Artuç**, Mustafa, “Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (m.197-251)”, s.7297; **Erdoğan**, Yavuz, “Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları (Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Yargıtay Kararları İle)”, s.154.

⁷⁴ **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökcan**, Ahmet, / **Yenidünya**, Caner, “Türk Ceza Kanunu Şerhi (Madde 234-345)”, s.6917-6918.

⁷⁵ **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s.817; **Erdoğan**, Yavuz, “Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları (Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Yargıtay Kararları İle)”, s.153.

⁷⁶ **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 11.Baskı, Seçkin

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

5.1. Teşebbüs

24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30.maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 243.maddesinin 1.fıkrasında değişiklik yapılmadan önce, bu suç, *bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren "ve" orada kalmaya devam eden* şeklinde bileşik hareketli olarak düzenlenmişti. 24.03.2016 tarihli değişiklik öncesinde, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunanlar olduğu gibi⁷⁷, suçun teşebbüse elverişli olduğunu savunanlar da vardı.⁷⁸

24.03.2016 tarihinde birinci fıkrada yapılan değişiklikten önce, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunanlara göre; suçun oluşumu açısından birden fazla hareketin gerçekleştirilmesi zorunlu olduğundan dolayı, sadece sisteme girme eylemi bu suça teşebbüs olarak kabul edilemeyecektir. Sistemde kalmaya devam etme fiili ise, kısımlara bölünemediğinden bu suça teşebbüs mümkün değildir.⁷⁹

24.03.2016 tarihinde birinci fıkrada değişiklik yapılmadan önce, bu suça teşebbüsün mümkün olduğunu savunanlar da, teşebbüsün mümkün olacağı zaman diliminin ne olması gerektiği hususunda iki gruba ayrılmaktaydılar. İlk grup; 243.maddede düzenlenen suçun bileşik hareketli bir suç olduğu, teşebbüsün olabilmesi için bilişim sistemine girme fiilinin tamamlanması, ikinci hareket açısından da en azından icra hareketlerine başlanması gerektiğini belirtiyordu.⁸⁰ Buna göre bilişim sistemine girme fiili gerçekleşmediği sürece teşebbüsten de söz edilemeyecektir.⁸¹ Yani; bilişim sistemine girmeye çalışıldığı sırada, elektriklerin kesilmesi, sistemin kilitlemesi vb. hallerden dolayı bilişim sistemine girilemediğinde, teşebbüsten bahsedilemeyecektir.⁸²

Yayıncılık, Eylül 2018, Ankara, s.235. Yazarlara göre; "neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tarihi kökeni, Kanonik hukuktaki "versari in le illicita" öğretisine dayanmaktadır. Buna göre, kişinin gerçekleştirdiği fiil, daha ağır veya farklı bir neticeye sebep olursa, yani sadece illiyet rabatası kurulabiliyorsa, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk doğmaktadır. Oysa kusursuz ceza sorumluluğu olmaz ilkesi gereği, "versari in le illicita" öğretisi terk edilmiş olup, dış dünyada gerçekleştirilen bir fiilin, suça tipikliğini veren normda belirlenenden daha ağır veya farklı bir neticeye yol açması halinde, ortaya çıkan daha ağır veya farklı neticeler bakımından failin sorumlu tutulabilmesi için sırf nedensellik bağı yeterli olmayıp, ağır neticeler bakımından failin en azından taksir derecesinde kusuru bulunması gerekir." **Koca/Üzülmez**, s.234.

⁷⁷ **Ketizmen**, s.108; **Hafizoğulları/Özen**, s.447.

⁷⁸ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.694.

⁷⁹ **Ketizmen**, s.108.

⁸⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.694; **Şahbaz**, s.2736.

⁸¹ **Şahbaz**, s.2736.

⁸² Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin 21.01.2014 tarihli, 2012/13233 Esas, 2014/795 Karar numaralı kararında; "Şüphelilerin kurdukları www.unimugla.com adlı internet sitesinin

24.03.2016 tarihli değişiklikten önce bu suçta teşebbüsün mümkün olduğunu söyleyen ikinci grup ise; failin bilişim sistemine girme fiilinin icrasına başladığı sırada, elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamaması halinde bu suçta teşebbüsün mümkün olacağını savunmaktadır.⁸³ Buna göre; bilişim sistemine girmeye çalışıldığı sırada, elektriklerin kesilmesi, sistemin kilitlenmesi vb. hallerden dolayı bilişim sistemine girilemediğinde, suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30.maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 243.maddesinin 1.fıkrasında değişiklik yapılmasından sonra, fıkradaki "ve" ibaresi "veya" şeklinde değiştirilmiş, bu suç seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Buna göre, sırf hareket suçu olan bu suçun oluşabilmesi için, bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak ve kasten girilmesi yeterli olmaktadır.⁸⁴ Bu suçun sırf hareket suçu olmasına rağmen, failin başkasının bilişim sistemine hukuka aykırı olarak ve kasten girmesi icra hareketinin kısımlara bölünebildiği ölçüde, suçta teşebbüs mümkündür. Bu nedenle, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak ve kasten girmeye çalışan failin, elinde olmayan sebeplerle bilişim sistemine girememesi durumunda, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.⁸⁵ Örneğin, failin bilişim sisteminin güvenlik duvarını zorlamasına rağmen, güvenliğin sıkı olması nedeniyle sisteme erişememesi halinde bilişim sistemine girme suçuna teşebbüs söz konusudur.⁸⁶

TCK m.243/3'te düzenlenen suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma fiilleri sonucu sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi haline teşebbüsün

giriş sayfasını müşteki Muğla Üniversitesi'nin Dijital Üniversite adlı internet giriş sayfası ile aynı yaparak kendi sitelerini Dijital Üniversite sitesi sanarak bu siteye parola vs. bilgilerini giren kullanıcıların bu bilgilerini elde ederek, Muğla Üniversitesi'nin 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 ve öğrenme olanağının bulunmadığı, iddia edilen amaca ulaşmaya yarar uygun vasıtalar içermediği, gerek dolandırıcılık gerekse bilişim sistemine girme suçlarına teşebbüse elverişli araçların bulunmadığı... gerekçesiyle mahkemece verilen beraat kararında isabetsizlik görülmüştür..." denilerek, bilişim sistemine girme veya kalma suçuna teşebbüsün mümkün olabilmesi için bilişim sistemine erişme fiilinin tamamlanması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Ancak bilişim sistemine erişildikten sonra, elde olmayan sebeplerden dolayı bilişim sisteminde kalmaya devam edilememesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır. **Erdoğan**, s.164.

⁸³ **Kurt**, Levent, "Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları", 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2005, Ankara, s.262.

⁸⁴ **Koca/Üzülmez**, s.817.

⁸⁵ **Koca/Üzülmez**, s.817.

⁸⁶ **Gül**, s.66.

mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Zira, 3.fıkıradaki tipikleştirilen bu hal, taksirle gerçekleştirilebilmektedir. Çünkü, failin kastı bilişim sistemine girme veya orada kalma eylemlerinin yanı sıra, sistemin içeriğini yok etme veya değiştirme fiillerini de kapsıyorsa bu halde zaten TCK m.244/2 tatbik edilecektir. Bilişim sistemine girme veya kalma suçunun m.243/3’de yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ancak taksirle meydana gelebileceği için, 3.fıkıraya teşebbüs mümkün olamayacaktır.⁸⁷

5.2. İştirak

TCK m.243’te düzenlenen bilişim sistemine girme veya kalma suçu iştirak açısından ayrıksı bir özellik göstermemektedir.⁸⁸ Bu nedenle, bilişim sisteminin bir kısmına veya bütününe hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma suçuna iştirak söz konusu olduğunda, 5237 sayılı TCK’nın iştirak müessesesini düzenleyen hükümlerine(m.37-41) göre değerlendirme yapılacaktır.⁸⁹

243.maddede düzenlenen bu suç, sırf hareket suçudur ve failin bilişim sistemine hukuka aykırı olarak ve kasten girmesiyle suç tamamlanır ancak fail hukuka aykırı olarak sistemde kalmaya devam ettikçe, suç temadi eder. Bu nedenle temadi sona erene kadar, bu suça iştirak edilebilir.⁹⁰

5.3. İçtima

243.maddede düzenlenen bilişim sistemine girme veya orada kalma suçu, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla kez işlendiğinde, TCK m.43/1 uygulama alanı bulacaktır.⁹¹

Nitekim Yargıtay 8.Ceza Dairesi’nin 04.06.2014 tarihli, 2014/3984 Esas, 2014/13848 Karar numaralı kararında; ‘‘Sanığın soruşturma aşamasında müdafii huzurunda alınan beyanında katılan şirketten ayrıldıktan sonra katılan şirkete ait bilgisayar programına girdiğini kabul etmesi ve değişik zamanlarda bu programa girdiğinin dosya içerisindeki belgelerden anlaşılması karşısında, sanığın oluşan eylemi nedeniyle bilişim sistemine izinsiz girme suçundan TCK’nın 243, 43.maddeleri gereğince cezalandırılması yerine dosya içeriğiyle uyummayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırı olup...’’⁹² denilerek, TCK m.243’de düzenlenen bu suç açısından TCK m.43/1’in uygulama bulacağı belirtilmiştir.

Fail, tek bir fiil ile birden fazla kişiye ait olan bilişim sistemlerine girmişse, bu halde TCK m.43/2’de düzenlenen aynı nevdan fikri içtima hükümleri

⁸⁷ Erdoğın, s.166-167.

⁸⁸ Koca/Üzülmez, s.818.

⁸⁹ Erdoğın, s.167.

⁹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7300.

⁹¹ Koca/Üzülmez, s.818.

⁹² Gül, s.66-67.

tatbik edilebilecektir.⁹³ Ancak şuna dikkat edilmelidir ki, TCK m.43/2'nin uygulanabilmesi için farklı fiiller değil, eylemsel bütünlük yani tek bir fiil olması gerekir. Fail, tek bir hareket ile, birden fazla kişiye ait olan tek bir bilişim sistemine girmişse, m.43/2 uygulanamayacaktır. Örneğin, mülkiyeti elbirliği şeklinde iki ortağa ait olan tek bir web sitesine erişilmesi halinde ortada tek bir suç vardır ve m.43/2 gündeme gelmeyecektir. Fakat örneği şu şekilde değiştirecek olursak; arkadaşına ait bir bilgisayarda kişisel dosya saklayan kişinin verilerine erişmek isteyen fail, bu verilere eriştiğinde ise aynı fiille birden fazla kişiye ait olan bilişim sistemlerine (hem bilgisayar sahibinin bilgisayarına, hem kişisel dosya sahibi kişinin kişisel dosyasına) girdiği için, TCK m.43/2 uygulama bulacaktır.

Aslında çoğu zaman TCK m.243'te düzenlenen bilişim sistemine girme veya orada kalma suçu; TCK m.244'de düzenlenen '*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme*', TCKm.134'de düzenlenen '*özel hayatın gizliliğini ihlal*', TCK m. 136'da düzenlenen '*kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme*' veya TCK m.132'de düzenlenen '*haberleşmenin gizliliğini ihlal*' gibi amaç suçlarının işlenmesi için araç suç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁴ Peki araç suç - amaç suç halinde altlama faaliyetinin ne şekilde yapılacağı sorunsalı nasıl çözülecektir ?

Bu halde, failin fiilleri arasında zamansal örtüşme (eylemsel bütünlük) var diyebiliyorsak, sorunu TCK m.44'de düzenlenen farklı nev'iden fikri içtima hükmüne göre çözmeliyiz. Ancak failin dış dünyada gerçekleştirdiği vakıalar arasında bütünlük yok diyorsak, fail her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.⁹⁵ Ayrıca, burada bileşik suç müessesesine dikkat edilmelidir. Buna göre, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma suçu, TCK 244, 132, 134, 136 maddelerinde düzenlenen suçların bir unsurunu oluşturuyorsa, o halde sadece amaç suçu düzenleyen madde tatbik edilmelidir.⁹⁶

Peki, failin bedeli karşılığı yararlanılabilen bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesi veya orada kalması sonucu, söz konusu sistemin içerdiği veriler yok olursa veya değişirse ne olacaktır ? Bu halde TCK m.243/2 ile m.243/3 hükümlerinin tatbiki nasıl yapılacaktır ? TCK m.61/4 uyarınca; '*bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*' Ancak TCK m.243/3'e bakıldığı zaman, fıkrada herhangi bir artırım oranı gösterilmeyip doğrudan ceza tayin olunmuştur. Bu

⁹³ Erdoğan, s.169.

⁹⁴ Erdoğan, s.170.

⁹⁵ Koca/Üzülmez, s.818; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.914.

⁹⁶ Dülger, M. Volkan, s.373 vd; Koca/Üzülmez, s.818.

nedenle somut olayda, hem TCK m.243/2 hem de m.243/3 gerçekleşirse, fikri içtima kuralı gereği sadece 3.fıkranın tatbikiyle yetinilmelidir.⁹⁷

6. Yaptırım ve Soruşturma – Kovuşturma Usulü

243.maddenin 1.fikrasında düzenlenen suçun temel şeklinin cezası, *bir yıla kadar hapis veya adli para cezası* olarak belirlenmiştir. TCK m.49/1 uyarınca hapis cezasının alt sınırı 1 aydır. Ayrıca adli para cezası seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü için, temel cezayı hapis cezası olarak belirleyen yargıç, TCK m.58/3 uyarınca artık bu cezayı adli para cezasına çeviremeyecektir.⁹⁸ Seçenek bir yaptırım olarak belirlenen adli para cezasının alt sınırı da üst sınırı da gösterilmemiştir. Buna göre, TCK m.61/9 uyarınca; *adli para cezasına ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamayacaktır.*⁹⁹ Ancak 5237 sayılı TCK'nın 61.maddesine 9.fıkra'yı ekleyen 5560 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği, 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda, adli para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü durumlarda, adli para cezası 5-730 gün arasında belirlenecektir.¹⁰⁰

Daha az cezayı gerektiren nitelikli hali düzenleyen ikinci firkada; *verilecek cezanın yarı oranına kadar indirileceği* belirtilmektedir.¹⁰¹

Bilişim sisteminin bir kısmına veya bütününe hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma fiilleri sonucu sistemin muhteviyatını oluşturan veriler yok olursa veya değişirse, *altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına* hükmolunacaktır.¹⁰²

TCK m.243'te düzenlenen bilişim sistemine girme veya kalma suç re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. Ancak bu suçun re'sen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olması, suç için öngörülen cezanın az olmasından ötürü öğretide eleştirilmektedir.¹⁰³

B. VERİ NAKİLLERİNİ TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME SUÇU

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30.maddesinin 4.fikrasıyla, 24.03.2016 tarihinde, 5237 sayılı TCK'nın 243.maddesine 4.fıkra olarak eklenen veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçu; *“Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen*

⁹⁷ Erdoğan, s.171-172.

⁹⁸ Koca/Üzülmez, s.819.

⁹⁹ Hafizoğulları/Özen, s.448.

¹⁰⁰ Artuç, Mustafa, “Hüküm Kurma Sanatı”, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ağustos 2017, Ankara, s.116-117.

¹⁰¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7302.

¹⁰² Koca/Üzülmez, s.819.

¹⁰³ Koca/Üzülmez, s.819.

veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini sisteme dahil olmaksızın teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleme suçu, Avrupa Konseyi nezdinde yapılan “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi”nin 3.maddesinde tanımlanan “*yasa dışı araya girme*” müessesesinin kanuna yansıtılmasıdır.¹⁰⁴ Zira, söz konusu 3.maddede; “*bilgisayar verileri taşıyan bir bilgisayar sisteminden elektromanyetik dalgalarla yayılma da dahil olmak üzere, bilgisayar verilerinin bir bilgisayar sisteminden diğer bir bilgisayar sistemine veya bir bilgisayar sisteminin kendi içinde umuma kapalı olarak iletimi esnasında teknik yöntemler kullanılarak gerçekleştirilen araya girme fiilinin, haksız yere ve kasten yapıldığı zaman kendi iç hukuku kapsamında suç olarak tanımlama*” yükümlülüğünden bahsedilmektedir.¹⁰⁵

Bilişim sisteminin kendi içerisinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleştirilen veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçu ile korunan hukuki değer, veri nakillerinin mahremiyetidir.¹⁰⁶

Bu suçun faili herkes olabilir. Suçun mağduru, iletişime konu verilerin sahibidir.

TCK m.243/4’te düzenlenen suçun konusu, iletilen verilerdir. Dikkat edilmelidir ki, bir bilişim sisteminin içeriğini oluşturan durağan veriler bu suçun konusunu oluşturmazlar. Suçun konusunu ancak bir bilişim sisteminin kendi içerisinde veya bilişim sistemleri arasında nakledilen veriler oluşturabilir.¹⁰⁷

Suçun fiil unsuru, bilişim sisteminin kendi içerisinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleştirilen veri nakillerini teknik araçlarla izlemedir. İzleme eyleminin muhakkak teknik araçlarla gerçekleştirilmesi gerekir. Şunu ifade etmek gerekir ki, veri nakillerini teknik araçlarla izleme fiilinin, bilişim sistemine girilmeden icra edilmesi gerekir.

Veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur.¹⁰⁸ Failin kastının haksızlık bilincini kapsamaması gerekip gerekmediği

¹⁰⁴ “*Alt komisyon raporunda: ‘bütün elektronik veri transferleri, bu çerçevede korunması amaçlanan veri transferinin gizliliği kapsamında kalmaktadır. Yasa dışı araya girme eylemleri temelde bilişim sistemine girilmeksizin işlenen fiillerdendir. Bu doğrultuda Sözleşmeye uyum amacıyla bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleştirilen veri nakillerini, sisteme girmeksizin hukuka aykırı olarak teknik araçlarla izleyen kişinin cezalandırılması öngörülmüştür.*” denilmektedir.” **Gül**, s.66.

¹⁰⁵ **Koca/Üzülmez**, s.820.

¹⁰⁶ **Koca/Üzülmez**, s.821.

¹⁰⁷ **Koca/Üzülmez**, s.821.

¹⁰⁸ **Akbulut**, Berrin, “Bilişim Alanında Suçlar”, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Kasım 2017, Ankara, s.64.

sorunsalına yukarıda bilişim sistemine girme veya orada kalma suçunda değinildiği için burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

İletilen verilerin sahibinin rızası, önleme veya adli amaçlı tedbir kapsamında yapılan izlemeler bu suç için hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilecektir.¹⁰⁹

Bilişim sisteminin kendi içerisinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçu soyut tehlike suçu olup, izleme fiilinin başlamasıyla birlikte suç tamamlanır. Ancak veri nakillerini teknik araçlarla izleme fiili devam ettiği sürece suç işlenmeye devam eder. Dolayısıyla bu suç kesintisiz olarak işlenebilen bir suçtur. Buna göre, veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçuna teşebbüs ancak, veri nakillerinin izlenmeye başlanmasından önce mümkündür. Çünkü tamamlanmış suçta teşebbüs söz konusu olamayacaktır.

Mütemadi bir suç olan veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçuna, izleme fiili devam ettiği ve kesinti gerçekleşmediği sürece iştirak mümkündür.

Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye ait veri nakillerinin farklı zamanlarda birden fazla kez teknik araçlarla izlenmesi halinde, TCK m.43/1 söz konusu olabilecektir. Failin izlediği verilerin birden fazla kişiye ait olması halinde aynı nev’iden fikri içtima TCK m.43/2 uygulanabilecektir.

Bilişim sisteminin içerisinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleştirilen veri nakillerini teknik araçlarla izleyen fail, bu verilerin iletimini önlerse veya verilerin muhteviyatını öğrenirse TCK m.124’de düzenlenen *haberleşmenin engellenmesi*, TCK m.132’de düzenlenen *haberleşmenin gizliliğini ihlal* veya TCK m.134’de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları da sübut edebilecektir. Bu halde, fail hem TCK m.243/4’den hem de ilgili suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.¹¹⁰ Ancak tek bir fiille birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde, fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır.

Veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçunun yaptırımı, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması re’sen yapılacaktır.

SONUÇ

5237 sayılı TCK m.243’te düzenlenen bilişim sistemine girme veya kalma suçu, 24.03.2016 tarihli, 6698 sayılı kanunun 30.maddesiyle, TCK m.243/1’de yer alan ‘ve’ ibaresi ‘veya’ şeklinde değiştirilerek seçimlik hareketli olarak düzenlenmiş ve Avrupa Konseyi nezdinde yapılan ‘Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi’nin 2.maddesiyle, fıkra metni uyumlu hale getirilmiştir.

¹⁰⁹ Gül, s.66; Koca/Üzülmez, s.822.

¹¹⁰ Koca/Üzülmez, s.823.

Buna göre bilişim sisteminin bir kısmına veya bütününe hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmak fiillerinin gerçekleştirilmesi bu suçu oluşturacaktır. Suçun bir unsuru olan tipik fiilin gerçekleşmesi için bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek yeterlidir. Suçun oluşumu için sisteme hukuka aykırı olarak giren kişinin verileri elde etme amacı olup olmadığı hususu önem arz etmemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında daha az cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre, bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girilmesi veya orada kalmaya devam edilmesi fiillerinin, bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde failin cezasında indirim yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi veya orada kalmaya devam edilmesi neticesinde, sistemde yer alan verilerin yok olması veya değişmesi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak yer almaktadır. Ancak bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren failin tipikliğe subjektifliğini veren kastı, sistemde yer alan verileri yok etmeyi veya değiştirmeyi de kapsıyorsa, bu halde TCK m.243/3 değil, '*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme*' başlıklı m.244/2 tatbik edilecektir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30.maddesinin 4.fıkrasıyla, 24.03.2016 tarihinde, 5237 sayılı TCK'nın 243.maddesine 4.fıkra olarak eklenen *veri nakillerini teknik araçlarla izleme* suçunun, bilişim sistemine girme veya orada kalma (TCK m.243/1-2-3) suçundan ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira, dördüncü fıkrada düzenlenen veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçunun oluşabilmesi için, sisteme girilmeksizin, bilişim sisteminin içerisinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleştirilen veri nakillerinin hukuka aykırı olarak teknik araçlarla izlenmesi gerekmektedir. Veri nakillerini teknik araçlarla izleme suçunun dördüncü fıkrada tipikleştirilmesiyle beraber, "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi"nin 3.maddesinde tanımlanan '*yasa dışı araya girme*' fiilleri de artık müeyyideye tabi tutulmuştur.

KAYNAKÇA

- **Akarşlan**, Hüseyin, “Bilişim Suçları”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2012, Ankara.
- **Akbulut**, Berrin, “Bilişim Alanında Suçlar”, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Kasım 2017, Ankara.
- **Apaydın**, Cengiz, “Bilişim Sistemine Girme Suçu”, TAA Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 24, Ocak 2016.
- **Artuç**, Mustafa, “Hüküm Kurma Sanatı”, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ağustos 2017, Ankara.
- **Artuk**, M. Emin / **Gökçen**, Ahmet, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 17.Baskı, Adalet Yayınevi, Kasım 2018, Ankara.
- **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet, / **Yenidünya**, Caner, “Türk Ceza Kanunu Şerhi (Madde 234-345)”, 2.Baskı, 5.Cilt, Adalet Yayınevi, Temmuz 2014, Ankara.
- **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, “Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10.Baskı, Beta Yayıncılık, Eylül 2017.
- **Demirbaş**, Timur, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014, Ankara.
- **Dülger**, M. Volkan, “Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku”, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, Ankara.
- **Erdoğan**, Yavuz, “Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları (Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Yargıtay Kararları İle)”, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, Şubat 2012, İstanbul.
- **Gerçekler**, Hasan, “Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (m.217-345)”, 2.Baskı, Cilt:4, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014, Ankara.
- **Göktürk**, Neslihan, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2016, Ankara.
- **Göktürk**, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016.
- **Gül**, Ahmet, “Doğrudan / Dolaylı Bilişim Suçları”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2016, Ankara.
- **Hafizoğulları**, Zeki / **Özen**, Muharrem, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar”, 2.Baskı, Us-A Yayıncılık, Eylül 2016, Ankara.
- **İçel** ve diğerleri, “Suç Teorisi”, 2.Baskı, Beta Yayıncılık, 2000, İstanbul.
- **Jones**, Nigel / **George**, Esther / **Karagöz**, Kasım / **Dülger**, Murat Volkan / **Modoğlu**, Gözde, “Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi

- (Avrupa Birliği – Avrupa Konseyi Ortak Projesi)”, Matbam Ajans Reklam Tanıtım, Ankara.
- **Karagülmez, Ali**, “Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri”, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Temmuz 2014, Ankara.
 - **Ketizmen, Muammer**, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Bilişim Alanında Suçlar, Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ocak 2008, Ankara.
 - **Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 11.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, Ankara.
 - **Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan**, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 4.Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2017, Ankara.
 - **Kurt, Levent**, “Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2005, Ankara.
 - **Önder, Ayhan**, “Ceza Hukuku Dersleri”, Filiz Kitabevi, 1992, İstanbul.
 - **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker**, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, Ankara.
 - **Özen, Muharrem / Baştürk, İhsan**, “Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ekim 2011, Ankara.
 - **Özgenç, İzzet**, “Türk Ceza Kanunu (Gazi Şerhi)”, 3.Baskı, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ocak 2006, Ankara.
 - **Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer**, “Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (230-345.Maddeler)”, 3.Baskı, 4.Cilt, 2010, Ankara.
 - **Parlar, Ali**, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları”, 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Nisan 2015, Ankara.
 - **Soyaslan, Doğan**, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara.
 - **Soyaslan, Doğan**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012, Ankara.
 - **Şahbaz, İbrahim**, “Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu (Madde 150-345)”, 1.Baskı, 2.Cilt, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara.
 - **Yaşar, Osman / Gökcan, Tahsin / Artuç, Mustafa**, “Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu(m.197-251)”, 2.Baskı, Cilt: 5, Adalet Yayınevi, Ocak 2014, Ankara.
 - **Zafer, Hamide**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 5.Bası, Beta Yayıncılık, 2015, İstanbul.

AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

The Attorney's Obligation of Illumination

Yasin KÖSE*

Geliş Tarihi: 12.04.2020 Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Avukatlık, profesyonel bir meslektir ve temelinde güven ve dürüstlük ilkesi vardır. Avukata başvuran kişi, sağlıklı bir karar vermek için süreç ile ilgili her şeyi bilmek ister. Bu da avukatın aydınlatma yükümlülüğünü meydana getirir. Avukatın aydınlatma yükümlülüğü, iş sahibinin karar verme iradesini etkileyecek tüm bilgilerin aktarılmasıdır. Bu çalışmada, avukatın yükümlülüklerinden biri olan aydınlatma yükümlülüğü çeşitli açılardan incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukat, avukatlık sözleşmesi, aydınlatma yükümlülüğü, sorumluluk, vekalet

ABSTRACT

Attorneyship is a professional job and among its basic it includes confidence and integrity. The consultant has the right of all information, about the legal process for a sound decision. This, has created attorney's obligation of illumination. The attorney's obligation of illumination is transfer all information, that will effected willpower of client to decide. In this study, I tyr to examine the attorney's obligation of illumination, that one of obligations of the attorney, at various angles.

Keywords: Attorney, Attorney Contract, Obligation Of Illumination, Responsibility, Proxy

* Hakim, Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Doktora Öğrencisi, e-posta: hukukcuyasin@hotmail.com.tr, ORCID ID: 0000-0001-9408-4871.

GİRİŞ

Bir hukuki problemle karşılaşıldığında ilk akla gelen bir avukata başvurmaktır. Bunun en temel sebepleri avukatın hukuk fakültesi mezunu olması ve devlet tarafından verilen ruhsatname¹ ile avukatlık sıfatını kazanmasıdır. Bunların yanında avukatın işini layıkıyla yapabilecek, dürüst, şeffaf, donanımlı biri olması da tercih sebebidir.

Bir insanın avukat tercihinde rol alan düşünceler, esasında avukatlık mesleğinin temel nitelikleri olarak karşımıza çıkar. Bu bağlamda avukatta bulunması beklenen nitelikler profesyonellik, özen ve güvenilirliktir.

Profesyonel, özenli ve güvenilir olması gereken avukatın yapabileceği işlemler ve bu işlemlerin olası neticeleri konusunda kendisine hukuki yardım için başvuran iş sahibini aydınlatması gerekip gerekmediği, aydınlatmama halinde sorumlu tutulması gerekip gerekmediği izaha muhtaçtır. Bu durumu örneklemek gerekirse; Avukat, davanın ret edilmesi halinde karşı tarafa vekalet ücreti ödenmesi gerektiğini iş sahibine söylemeli mi? Feragat etmek isteyen iş sahibine, feragatin hüküm ve sonuçlarını açıklamalı mı? Zamanaşımına uğrayan bir taleple ilgili dava açılacağı zaman karşı tarafın zamanaşımı itirazında bulunma ihtimalini ve sonuçlarını izah etmeli mi? Takibe itiraz etmek isteyen iş sahibine, itirazın iptal edilmesi halinde asıl alacağın en az yüzde yirmisi oranında tazminat ödeyebileceğini anlatmalı mı? İhalenin feshini isteyen kişiye talebin reddi halinde ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum edileceğini söylemeli mi? Birini şikayet etmek isteyen müvekkile, şikayetin haksız çıkması halinde karşı tarafın tazminat hakkının doğacağı hususunda bilgilendirmesi gerekir mi? Uzlaşmak isteyen müvekkile daha sonra suçtan doğan zararının tazminini isteyemeyeceğini hatırlatmalı mı? gibi çokça soru sorulması mümkündür ve bu sorularla bağlantılı olarak şu soru sorulacaktır: Avukat bu bilgilendirmeyi, hatırlatmayı, aydınlatmayı, açıklamayı yapmadığı takdirde avukatın sorumluluğu yoluna gidilecek mi?

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve bu yükümlülük sebebiyle sorumlu olup olmayacağı tartışması bakidir. Ancak bu çalışmada avukatın aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde avukatın sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Çalışmanın amacı ise bu kabulün fikri ve hukuki temellerini açıklamak, bu yükümlülüğün kapsamını ve usulünü tespit etmek ve nihayetinde yükümlülüğün ihlali halinde avukatın sorumluluğunu değerlendirmektir.

¹ “Devlet, avukata bu hakkı (tekel hakkı) verirken üniversitede eğitim görmeyi ve kural olarak staj yapmayı şart koymuştur. Avukatın elinde adaletin dağıtılma işine yardımcı olma konusunda ehil olduğunu gösteren lisans mezuniyet belgesi ve avukatlık ruhsatı vardır.” ASLAN, Ali Çetin, Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2004, (s.1669-1711), s.1698

Çalışmada öncelikle avukatlık sözleşmesine ilişkin değerlendirmeler yapılacak olup, ikinci kısımda avukatın aydınlatma yükümlülüğü, son kısımda ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde avukatın sorumluluğu işlenecektir.

I. GENEL OLARAK

A. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ

Avukatlık mesleğinin temel yasası 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'dur. Avukatlık Sözleşmesi Kanun'un on birinci kısmında (m.163 – 175) düzenlenmiş olduğu halde sözleşmenin tanımına yer verilmemiştir. Kanunun 163/1 maddesinde sözleşmenin şekil şartına tabi olmadığı, belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerektiği ifade edilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 1, 2, 163 ve 164. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde avukatlık sözleşmesini avukatın iş sahibine (müvekkile) hukuki yardım hizmeti vermeyi üstlendiği, iş sahibinin de buna karşılık ücret ödemekle yükümlü olduğu sözleşme olarak tanımlanabilir². Bu sözleşmenin geçerli olması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir³.

Avukatlık sözleşmesinin bir tarafı baroya kayıtlı avukat olmak zorundadır⁴. Diğer taraf ise fiil ehliyetine sahip herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olabilir. Avukatlık sözleşmesinin unsurları avukatın hukuki yardım hizmeti sunmayı üstlenmesi, karşı tarafın (müvekkil) ücret⁵ ödemeyi üstlenmesi ve tarafların anlaşmasıdır⁶.

² Doktrinde tanımlar çeşitli olmakla birlikte yaptığımız tanım ana hatlarıyla kabul edilmektedir. AKSU, Raziye, Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği, TAA Dergisi, Y.7, S.27, 2016, (s.861-890), s.863 / BAŞPINAR, Veysel, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, (s.463 -478), s.468 / CİMBAR, Ferhat, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019, s.24-25 / GÜNER Semih, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2011, 5.Baskı, s. 244 / GÜNERGÖK, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Yetkin Yay., Ankara, 2013, 3.Baskı, s.36 / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Avukatlık Mesleği, Fakülteler Yay., İzmir, 2013, 4. Baskı, s.217

³ "...geçerlilik şekli, bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, tarafların iradelerinin aranan belirli bir şekle uygun olarak açıklanmasının zorunlu olması demektir." KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, 20. Baskı, s.115 / AKSU, agm, s.879 / CİMBAR, age, s.34

⁴ Avukatlık Kanunu'nun 9. maddesine göre mesleğe kabul edilen adaya ilgili baro tarafından ruhsatname verilir ve aday mesleğe kabul edildikten sonra *avukat* unvanını kullanma hakkı elde eder. Kanunu 35. maddesi ise "*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*" maddesi ile bu hususu netleştirmiştir.

⁵ Avukatlık Kanunu'nun 163/1 maddesindeki "*meblağı yahut değeri*" ibaresi ve 164/1 maddesindeki "*Avukatlık ücreti*", avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." düzenlemesinin birlikte değerlendirilmesinde ücretin avukatlık sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Ancak kanunun 164/4 maddesindeki "*Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu*" ibaresi ile ücretin sözleşmede yer almasının zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. CİMBAR, age., s.27

⁶ AKSU, agm., s.875-879 / CİMBAR, age., s.26 vd

Avukatlık sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, iş görmeyi konu edinen bir sözleşmedir. Bu sözleşme vekalet sözleşmesine çok benzemesine rağmen⁷ kendine özgü (sui generis) isimli bir sözleşmedir⁸.

B. YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI

Bir borç ilişkisi çerçevesinde tarafların edimlerini⁹ yerine getirmesi ve borç ilişkisinin sağlıklı bir şekilde neticelenmesini sağlayan sözleşmeden, kanundan veya objektif iyiniyet kurallarından doğan yükümlülükler söz konusu olabilir¹⁰. Bu anlamda yükümlülük, bir borç ilişkisi kapsamında tarafların yerine getirmek zorunda oldukları, yerine getirilmediği takdirde sorumluluğa yol açacak, kanundan, sözleşmeden veya objektif iyiniyet kurallarından doğan, borç ilişkisinin doğası gereğince yerine getirilmediği takdirde borcun hiç ifa edilmemesine, eksik veya ayıplı ifa edilmesine yol açan davranışlar olarak tanımlanabilir¹¹.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde yükümlülükler edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olmak üzere iki ana başlığa, edim yükümlülükleri ise asli

⁷ Avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin bir türü olduğu yönünde görüşler vardır. (AKSU, agm, 882 / ŞENOCAK, Zarife, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2, (s.5-33), s.6). Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir. “...avukatlık sözleşmesinde bir ücret karşılığında hukuki yardımda bulunma edimi üstlenildiğinden, bu sözleşmenin iş görme amacı güden sözleşmelerden olan ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenen “vekâlet sözleşmesi”nin özel bir türü niteliğinde olduğu açıktır.” (Yargıtay HGK 2017/13-628 E, 2019/1052 K). “Avukat ile müvekkil arasında imzalanan sözleşme de vekâlet sözleşmesi niteliğindedir ancak genel bir vekâlet sözleşmesinden farklı olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu gereğince “ücret”, sözleşmenin zorunlu unsurudur.” (Yargıtay HGK 2017/13-681 E, 2019/46 K).

⁸ BAŞPINAR (Sözleşme), s.468 / BURCUOĞLU, Haluk, Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar, TBB Dergisi, S.49, 2003, (s.49-82), s.49 / CİMBAR, age, s.49. Avukatlık sözleşmesinde ücretin esaslı unsurlardan olması, sözleşmenin bir tarafının avukat olma zorunluluğunun bulunması ve avukatın iş sahibinin talimatlarına uyma yükümlülüğünün meslek kuralları ile sınırlanmış olması karşısında avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesine benzer ama kendine özgü bir sözleşme olduğu yönündeki görüşlerin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

⁹ Borç ilişkisinde alacaklının borçludan isteyebileceği veya borçlunun alacaklı yararına yerine getirmek zorunda olduğu, içeriğini yapma, yapmamam veya verme şeklindeki davranışların oluşturduğu borcun konusuna edim denilir. İPEK, Eyüp, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.24

¹⁰ KILIÇOĞLU, age., s.29

¹¹ EREN, Fikre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, 21.Bası, s.31 vd / KOCAYSUFPAŞA, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, 7.Bası, s.5 vd / OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, 8.Baskı, s.3 vd / TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 7.Bası, s.30 vd

edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılmaktadır¹². Asil edim yükümlülükleri, sözleşmenin türünü, tipini ve niteliklerini belirleyen ve yerine getirilmesi zorunlu olan yükümlülüklerdir¹³. Sözleşme ilişkisinin sadece asli edim yükümlülüklerinden ibaret olmadığı gerçeği karşısında kanundan veya sözleşmeden doğan ve sözleşmenin taraflarına yüklenen edimler ise yan edim yükümlülükleridir¹⁴. Asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri doğrudan edimin ifasıyla ilgili yükümlülükler olup tek başına ifa davasına konu edilebilirler¹⁵. Yan yükümlülükler ise asli edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülükleri dışında kalan, doğrudan edimin ifasıyla ilgili olmayan, edimin tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eden, ifa dolayısıyla meydana gelebilecek zararlardan koruma amacı taşıyan yükümlülüklerdir¹⁶. Yan yükümlülükler esas olarak TMK'nın 2. maddesinde vücut bulan dürüstlük kuralından kaynaklanmakta olup, sosyal ilişki içinde olan tarafların güven ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda davranmalarını amaçlamaktadır¹⁷. Yan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde bağımsız olarak ifa davasına konu olmaları mümkün olmayıp, yükümlülüğün ihlali halinde sadece meydana gelen zarar talep edilebilecektir¹⁸.

C. AYDINLATMA KAVRAMI

Aydınlatma kelime olarak *'karanlığı giderip görünür duruma getirmek, ışıklandırma'* ve *'bir sorun üzerine bilgi vermek'* anlamı taşır¹⁹. Hukuki anlamda aydınlatma kavramı, kişilerin hukuki işlem yapıp yapmama iradesi etkileme ihtimali olan ve bilinmesinde fayda görülen hususların, olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte, anlaşılır bir şekilde ortaya konulması anlamlarında kullanılmaktadır.

Hukuki ilişkiler her zaman sarih değildir. Bu ilişkilerdeki özel veya teknik bilgilerin herkes tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, aydınlatmanın taraf iradelerinin özgürce ortaya konulmasında da etkili olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla aydınlatma kavramı, hukuki ilişkinin taraf iradelerine uygun olarak meydana gelmesi için özel veya teknik

¹² EREN, age., s.32-39 / İPEK, age. s.20 vd / KILIÇOĞLU, age., s.29 vd / KOCAYUSUFPAŞA / HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.7-14

¹³ EREN, age., s.31 / KILIÇOĞLU, age., s.29 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.7

¹⁴ EREN, age., s.32-34 / KILIÇOĞLU, age., s.30 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.7-12

¹⁵ EREN, age., s.32-34 / KILIÇOĞLU, age., s.31

¹⁶ EREN, age., s.37,39 / KILIÇOĞLU, age., s.31 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.12-13

¹⁷ EREN, age., s.39 / KILIÇOĞLU, age., s.31 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.12

¹⁸ EREN, age., s.37 / KILIÇOĞLU, age., s.32 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.12

¹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.sozluk.gov.tr, ET:04/03/2020

bilgiye vakıf tarafın bu bilgileri sözleşmenin diğer tarafına aktarması olarak da tanımlanabilir.

II. AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAKLARI

Aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı kanun veya dürüstlük kuralıdır.²⁰ Hekimin aydınlatma yükümlülüğü²¹, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü²², veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü²³, tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü²⁴ kanundan doğan aydınlatma yükümlülüklerindedir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı değerlendirilirken TBK'nın 506/2. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükümler avukatın en önemli yükümlülüklerinden olan özen yükümlülüğünün kaynağını oluşturmaktadır. Ancak aydınlatma yükümlülüğü özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğinden²⁵, bu hükümlerden kaynaklandığı söylenemez²⁶.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 34. maddesine göre “*Avukat, müvekkiline davanın sonucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtir.*” Bu madde avukatın dava sonucu ile ilgili iş sahibini aydınlatabileceğini düzenlemiş ise de davanın sonucuna münhasır olması ve aydınlatmanın avukatın takdirine bırakılması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğü olarak nitelendirilemez²⁷.

Avrupa'da Avukatların Tabii Olduğu Meslek Kuralları'nın²⁸ 3.1.2 maddesi “*Bir avukat müvekkiline sunduğu temsil ve danışmanlık hizmetini zamanında, basiretli bir şekilde ve özenle yürütür. Bir avukat kendisine verilen talimatın/vekaletin gereklerini yerine getirmeyi kişisel sorumluluğu olarak kabul eder ve kendisine tevdi edilen işle ilgili gelişmelerden müvekkilini bilgilendirir.*” düzenlemesi esas olarak avukatın bilgi verme yükümlülüğünü düzenliyor olsa da sözleşme konusu işin/davanın devamı esnasındaki aydınlatma

²⁰ Aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklanması da mümkündür. Ancak bu durumda teknik anlamda bir aydınlatma değil, sözleşme konusu haline gelen bir borç söz konusu olur. ERBEK, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalin Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir, 2010, s.68

²¹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde düzenlenmiştir.

²² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesinde düzenlenmiştir.

²³ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenmiştir.

²⁴ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinden çıkarılmaktadır. KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Engin Yay., Ankara, 2015, s.133,134

²⁵ Bir alt başlıkta detaylı olarak incelenmiştir.

²⁶ ŞENOCAK, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s.334

²⁷ Bu kuralın esas amacı avukatın dava sonucunu garanti etme yasağını düzenlemesidir.

²⁸ Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (CCBE) tarafından 28 Ekim 1988'de kabul edilmiştir.

yükümlülüğünü de kapsadığı kabul edilmelidir. Aynı kuralların 3.7.1²⁹ ve 3.7.2³⁰ maddeleri ile de alternatif çözüm yolları, sulh olma ve adli yardım ile ilgili avukatın aydınlatma yükümlülüğünü benimsemiştir.

Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'in (Havana Kuralları)³¹ 13.a maddesine göre “Müvekkillerine sahip oldukları haklar ve yükümlülükler ile müvekkillerinin haklarını ve yükümlülüklerini ilgilendirdiği ölçüde hukuk sisteminin işleyişi konusunda kendilerine bilgi vermek” avukatın görevlerinden kabul edilmiştir³². Bu hüküm aynı zamanda avukatın aydınlatma yükümlülüğünün en somut görünümüdür³³.

Görüldüğü üzere avukatın aydınlatma yükümlülüğü kanunda ve ulusal meslek kurallarında açıkça düzenlenmemiş, ülkemizin taraf olduğu uluslararası mesleki düzenlemelerde ise kısmen yer almıştır. Ancak bu yükümlülüğün varlığı konusunda yeterince net bir ifade yoktur. Doktrin ve uygulamada ise bu yükümlülüğün var olduğu kabul edilmektedir³⁴. Bunun sebebi ise avukatın bilgi ve tecrübe birikiminden dolayı iş sahibine karşı avantajlı olması³⁵, hukuk uzmanı olarak hareket etmesi ve avukatlık ilişkisinin güven temeline dayalı olmasıdır. Buradan da avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kanundan değil de TMK'nın 2. maddesinde vücut bulan dürüstlük kuralından³⁶ kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

²⁹ “Avukat, her zaman müvekkilinin uyumsuzluğunu en düşük mali külfetle gidermeye gayret göstermeli ve uygun aşamalarda, alternatif çözüm yollarına gitme veya sulh olma konularında müvekkiline önerilerde bulunmalıdır.”

³⁰ “Bir avukat, adli yardımın mümkün olduğu hallerde, müvekkilini bilgilendirmelidir.”

³¹ Havana Kuralları olarak bilinen bu prensipler 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

³² Yargıtay 13.HD 2013/23329 E, 2014/2308 K sayılı kararında bunun avukatın en temel görevlerinden olduğuna işaret etmiştir.

³³ Prensiplerin kabul edilme gerekçesinde “avukatların görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlama ve geliştirme konusunda üye devletlere yardımcı olmak” için formüle edildiği yazılmış olup, buradaki ‘görevlerini gereği gibi yerine getirme’ ibaresinin aydınlatma yükümlülüğüne de işaret ettiği kanaatindeyiz.

³⁴ CİMBAR, age., s.64 / GÜNERGÖK, age., s.65 / SUNGURTEKİN ÖZKAN, age., s.410 / ŞENOCAK, Kemal, age., s.334 vd / ŞENOCAK, Zarife, agm., s.15-16 / “Avukatın özen görevi verilen bilgi ve belgelere göre hedeflenen amaca ulaşmak için izlenecek en güvenilir hukuki yolu seçme ve izlenecek hukuki yolun muhtemel sonuçları hakkında iş sahibin aydınlatmayı gerektirir.” (Yargıtay 13.HD 2009/13387 E, 2010/9493 K) / “Avukatın daha ilk görüşmede 2001 yılında vaki bir idari işlemin iptali için gerekli araştırma, inceleme yapmadan ve işin takibinde hukuki yarar bulunup bulunmadığını tartışmaksızın işi kabul ve iş sahibini uyarmaması, asla kabul edilemez.” (TBB Disiplin Kurulu'nun 06.09.2013 tarihli 2013/124 E, 2013/673 K sayılı kararı)

³⁵ ŞENOCAK, Kemal, age., s.334

³⁶ “...hukuki ilişkide taraflardan her biri karşı tarafın kendisinden bekleyeceği ahlak, güven, namus kriterlerine uygun davranma yükümlülüğü altına girmektedir.” ALASLAN, Fatma, Medeni Hukuk'da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2016, (s.413-431), s.415

B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TANIMI VE BENZER YÜKÜMLÜLÜKLERDEN AYRILMASI

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü kanunda da, ulusal veya uluslararası meslek kurallarında da tanımlanmamıştır. Doktrinde de yükümlülüğün varlığı kabul edildiği halde tanımı yapılmamış, ancak aydınlatma yükümlülüğünün iş sahibinin sunacağı bilgi ve belgelere bağlı olduğu, davanın olumlu ve olumsuz yönlerini, güçlü ve sakıncalı noktalarını iş sahibine aktarılmasını içerdiği ve davanın başarı şansını kapsamaması gerektiği gibi bazı açılardan değinilmiştir³⁷.

Avukatlık mesleğinin mahiyeti³⁸, avukatlık sözleşmesinin amacı ve aydınlatma kavramı birlikte dikkate alındığında avukatın aydınlatma yükümlülüğünü şöyle tanımlayabiliriz: Avukatlık sözleşmesine konu iş ile ilgili sözleşme öncesi veya sözleşme devam ederken, işin yürütülmesi ile ilgili olup, iş sahibinin³⁹ bilmesinde fayda görülen ve bilinmesi halinde iş sahibinin kararını veya talimatını⁴⁰ değiştirebilecek vasıftaki hukuki bilgilerin avukat tarafından iş sahibine aktarılmasıdır⁴¹.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümlülüğü kapsamında olup olmadığı tereddütlere yol açabilir. Bilindiği gibi avukat aldığı işi başarılı

³⁷ BAYDAN HALİÇ, iş sahibinin gerekli bilgi veya belgeyi hiç ya da zamanında avukata vermemesini avukatın meydana gelen zarardan sorumluluğunu etkileyen bir unsur olarak görmüştür. BAYDAR HALİÇ, Özge, Avukatın Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara, 2020, s.44 / CİMBAR, avukatın aydınlatma ve bilgilendirme faaliyetini avukatlık ediminin en önemli unsurlarından biri olarak görmüş ve avukatın, iş sahibini, talep konusu ile bağlantılı, objektif biçimde sürece ilişkin tüm olumlu ve olumsuz muhtemel sonuçları bildirmek suretiyle aydınlatması gerektiğini belirtmiştir. CİMBAR, age., s.64 vd / GÜNER, avukatın özen yükümlülüğü içerisinde kabul ettiği aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili olarak, avukatın işi alırken davanın güçlüklerini ve sakıncalı yönlerini saptayıp, objektif bir değerlendirme yaparak iş sahibine aktarması gerektiğine değinmiştir. GÜNER, Semih, Avukatın Özen Yükümlülüğü, TBB Dergisi, 2000/2, (s.557-586), s.576 / ŞENOCAK, avukatın, davanın başarı şansı hakkında inceleme yapmasının ve bu konudaki mesleki tahminini müvekkile açık ve seçik bir şekilde bildirmesinin aydınlatma yükümlülüğünün gereği olduğuna işaret etmiştir. ŞENOCAK, Kemal, age., s.347 / UYSAL, avukatın davanın her aşamasında müvekkil ile diyalog halinde olması gerektiğini, davanın risk ve avantajları hakkında müvekkili aydınlatması gerektiğini belirtmiştir. UYSAL, Levent, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.6, 2008, (s.2955-293), s.2961

³⁸ Mesleğin niteliği için bkz: AYDIN, Necmettin, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s.401-408 / YILMAZ, Ejder, Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1, 1995, s.193-208

³⁹ Çalışmamız avukatın sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü de kapsadığından iş sahibi yerine görüşmeci tabiri de kullanılabilir.

⁴⁰ İş sahibinin amaca uymayan ve yapılacak işlemlere zarara verici talimat karşısında avukatın uyarma ve aydınlatma yükümlülüğü vardır. ŞENOCAK, Kemal, age., s.352

⁴¹ Doktrinde daha çok, başarı şansının bildirilmesi, olumlu olumsuz tüm yönlerin aktarılması noktaları ön planda tutulmaktadır. BAYDAR HALİÇ, age., s.44 / CİMBAR, age., s.64 / ŞENOCAK, Kemal, age., s.347 / ŞENOCAK, Zariye, age., s.15

olarak sonuçlandırmaktan değil de başarılı sonuçlanması için elinden gelen tüm çabayı sarf etmekten sorumludur. Bu çaba özen yükümlülüğü ile ifade edilmektedir. Özen yükümlülüğü esas olarak avukatın yaptığı tüm iş veya işlemlerde iş sahibi adına basiretli davranmasını, kendi işiymiş gibi itimat göstermesini kapsamaktadır⁴². Avukat, hedeflenen sonucun başarılı olması için işin doğası gereği gerekli girişimlerde bulunmak, başarıyı engelleyecek davranışlardan kaçınmak zorundadır⁴³. Buradan da anlaşılacağı üzere özen yükümlülüğü işin üstlenilmesinden sonuçlanmasına kadarki dönemde mevcut olup, avukatın müvekkile, mahkemeye veya üçüncü kişilere/kurumlara yönelik tüm davranışlarında gündeme gelmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü ise esas olarak iş sahibinin kararını etkileme kapasitesi olan bilgileri kapsamakta ve sadece avukatın iş sahibine karşı davranışlarında söz konusu olmaktadır. Özen yükümlülüğü sözleşmenin kurulma anından sonra sözleşme kapsamındaki edimler ifa edilirken ortaya çıktığı halde; aydınlatma yükümlülüğü sözleşme kurulmadan önce de var olup, sözleşmenin gerekleri ifa edilmeden önce yerine getirilmelidir. Özen yükümlülüğü hem yapma hem de yapmama şeklindeki davranışları içerdiği halde; aydınlatma yükümlülüğü sadece yapma şeklindeki davranışları içermektedir. Bu karşılaştırmadan da anlaşıldığı üzere avukatın aydınlatma yükümlülüğü özen yükümlülüğüne dahil olmayıp, ikisi birbirinden bağımsız, fakat sık ilişkili yükümlülüklerdir⁴⁴. Konuyu örneklendirmek gerekirse; avukatın zamanaşımı süresinin dolmasına az kalmış bir dosyayı alıp süre geçtikten sonra dava açması özen yükümlülüğünün konusudur. Buna karşın zamanaşımı süresi dolan bir dosyayı alıp ret ihtimali konusunda iş sahibini bilgilendirmemesi aydınlatma yükümlülüğünün konusudur. Başka bir örnek ise davaya cevap dilekçesi verilmemesi üzerinden verilebilir. Cevap dilekçesinin sunulmaması ve bu sebeple ispat yükünün yerine getirilmemesi ihtimali temelde hem özen yükümlülüğünün hem de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurur. Avukatın iş sahibinin açık talimatıyla cevap dilekçesi vermemesi halinde özen yükümlülüğünün ihlalinden söz edilemez; ancak iş sahibinin cevap dilekçesinin verilmemesinin hukuki sonuçları hakkında bilgilendirilmemiş olması halinde aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık gündeme gelecektir.

⁴² BAŞPINAR, Veysel, Avukatın Özen Borcu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1-2, (s.39-62), s.45-46 / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.159-160

⁴³ YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yay., İstanbul, 2002, 6.Bası, s.586

⁴⁴ AKİL, Cenk, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2012, (s.11-26), s.12, Dpn. 10 / Aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümlülüğü kapsamında olduğuna dair görüşler de vardır. BAŞPINAR (Özen), s.54 / GÜNERGÖK., age, s.65 vd. Yargıtay da bir kararında aydınlatma yükümlülüğünü özen görevi içerisinde görmüştür. (Bkz yukarıda dipnot-32, Yargıtay 13.HD 2009/13387 E, 2010/9493 K)

Avukatın bilgi ve hesap verme yükümlüğünün de aydınlatma yükümlülüğü ile karıştırılması mümkün olup⁴⁵, özünde birbirinden farklı yükümlülüklerdir⁴⁶. Bilgi ve hesap verme yükümlülüğü TTB Meslek Kuralları'nın 42. ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olup, avukatın sözleşme kapsamındaki iş veya işlemi yaptıktan sonra iş sahibine rapor vermesidir⁴⁷. Bu yükümlülük kapsamında avukatın yapılan işlemler ve alınan tedbirler kapsamında iş sahibini bilgilendirmesi, sözleşme kapsamına göre elde edilenlerin, yapılan masrafların ve hesap bakiyesinin anlaşılın ve ayrıntılı sunumu vardır⁴⁸. Bilgi ve hesap verme yükümlülüğü iş sahibinin aşamalar hakkında; aydınlatma yükümlülüğü ise iş sahibinin kararını etkileyecek hususlar hakkında bilgilendirilmesidir. Hesap verme yükümlülüğü genel olarak iş veya işlem sonuçlandıktan sonra doğduğu halde; aydınlatma yükümlülüğü mutlak olarak iş veya işlem yapılmasından önce doğar.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü ile ilintili diğer bir kavram ise bilgilendirmedir. Bu kavramın kendine has bir kullanımı olmayıp, kimi zaman aydınlatma, kimi zaman bilgi ve hesap verme anlamında⁴⁹ kullanılmaktadır. Dolayısıyla kullanım yerine göre aydınlatma yükümlülüğü anlamında bilgilendirme yükümlülüğü kavramının da kullanılması mümkündür.

Toparlayacak olursak; aydınlatma yükümlülüğü ifa öncesinde, özen yükümlülüğü ifa esnasında, hesap verme yükümlülüğü ise ifa sonrasında

⁴⁵ “Gerçekte de müvekkilin davasının açılıp açılmadığı, bulunduğu safha, mahkeme ara kararlarının yerine getirilip getirilmemesinin sonuçları hakkında bilgilendirmesi ve uyarılması gerekir. Bu müvekkil için bir hak, avukat için yükümlülük olduğu kadar faydalıdır da.” (MISIR, M. Haşim, Avukatlık disiplini Hukuku, TBB Yayınları, 2016, s.221) Yazar bu ifadelerin başlığını “Bilgi verme ‘aydınlatma’ yükümlülüğü” olarak yazmış olup, burada her iki yükümlülüğü aynı anlamda kullanmış ve bu yükümlülüğün özen ve sadakat yükümlülüğünün başka bir boyutu olduğunu belirtmiştir. Burada bir kavram kargaşası yaşandığı açıktır.

⁴⁶ Kişinin murisi olan abisinin avukatından, abisi hakkındaki dava ve takipler ile ilgili bilgi talebinin reddini konu alan TBB Disiplin Kurulu'nun 13.03.2015 tarihli 2014/608 E, 2015/190 K sayılı kararında; “Aydınlatma Yükümlülüğü” olarak da tanımlanan bilgi verme zorunluluğu, vekâlet ilişkisinin gereği olduğu gibi, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde sözü edilen “doğruluk”, “görevin özenle yerine getirilmesi” ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesindeki, “avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür” ve 4. maddesindeki “Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır” ilkelerinin de bir sonucudur.” demek suretiyle somut durumu aydınlatma yükümlülüğü olarak tanımlamış ise de bunun bilgi verme yükümlülüğü kapsamında olduğu, kararda kavram kargaşası yaşandığı açıktır.

⁴⁷ ÇELİK, M. Lamih, Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü, TBB Dergisi, S.67, 2006, s.399-420

⁴⁸ GÜMÜŞ, age., s.177 / YAVUZ, age., s.596

⁴⁹ Yargıtay 13.HD 2015/34551 E, 2018/304 K sayılı kararında tahsilat konusunda müvekkile bilgi ve hesap verilmemesini *bilgilendirme* kavramı ile ifade etmiştir.

gündeme gelmektedir. Başka bir ifade ile avukat, adım atmadan önce iş sahibini aydınlatmakla, adım atarken özenli davranmakla, adım attıktan sonra ise iş sahibine hesap vermekle yükümlüdür.

C. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE KAPSAM DIŞINDA KALAN DURUMLAR

1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün tanımı dikkate alındığında bu yükümlülüğün kapsamı da kendiliğinden ortaya çıkar. Buradan hareket edildiğinde yükümlülüğün kapsamını avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir iş ile ilgili, iş sahibinin kararını veya tercihini etkileme kapasitesi taşıyan hukuki bilgi oluşturur. Avuktattan aydınlatılması istenen hususların avukatlık mesleğine münhasır olması gerekir. Bu bağlamda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında dahil olan hususların avukatlık sözleşmesine konu olabilecek işlerden olması gerekmektedir. Bunun yanında aydınlatılması gereken hususun iş sahibinin karar verme iradesini veya kararını değiştirebilecek mahiyette ve hukuki bilgi ile alakalı olması gerekir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kapsamındaki hususların tek tek tespiti ve sınıflandırılmasının zorluğu karşısında, kapsam dışında kalan hususların anlatılmasıyla konunun daha iyi kavranacağı düşünülerek, kapsamda kalan hususların genel hatlarıyla belirtilmesi ile yetinilmiştir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı dışında kalan, yani aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı durumları, avukatlık sözleşmesine konu olamayacak işlerle hakkındaki bilgiler, iş sahibinin iradesini etkileme ihtimali olmayan bilgiler, iş sahibinin aktarmadığı hususlara ilişkin bilgiler ve hukuk ilmine dahil olmayan bilgiler olarak dört başlıkta toplayabiliriz.

2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı Dışında Kalan Durumlar

a. Avukatlık Sözleşmesine Konu Olamayacak İşler Hakkındaki Bilgiler

Avukat tarafından aydınlatılması gereken husus avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir işle ilgili olmalıdır. Avukatlık sözleşmesine konu olması mümkün olmayan bir iş sebebiyle avukat ve iş sahibi arasında bir sözleşme ilişkisinin olsa bile avukatın aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Zira aydınlatma yükümlülüğünün kabul edilmesinde avukatın 'avukat' sıfatı etkili olmuştur. Bu sıfat ile yapılmayan hukuki işlemlerde avukatın 'herhangi biri' olarak hareket ettiği kabul edileceğinden aydınlatma yükümlülüğünden de bahsedilemez.

Örnek vermek gerekirse avukata taşınmaz satın almak üzere vekalet verilmesi halinde avukatın bu işlemin olası hukuki sonuçları konusunda iş

sahibini aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez⁵⁰. Avukat bu işlemde 'herhangi biri' olup, iş sahibi ile arasındaki sözleşme de avukatlık sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesidir⁵¹.

b. İş Sahibinin İradesini Etkileme İhtimali Olmayan Bilgiler

Avukatın iş sahibi adına yapacağı işlemlerin ne olacağı, nasıl bir süreç izleneceği gibi hususlar ile ilgili tüm bilgilerin iş sahibinin karar verme iradesini etkilemesi söz konusu değildir⁵². Bu sebeple avukatın tüm süreci detaylı olarak iş sahibine anlatmasına gerek yoktur. Ancak iş sahibinin iradesini etkileme kapasitesi olan hususların olduğu yerde avukatın süreç ve işlemler hakkında bilgi vermesi gerekecektir. Yargıtay bir kararında temyizden her zaman vazgeçmenin mümkün olduğu gerekçesiyle avukatın müvekkilin rızasına başvurmadan temyiz yoluna başvurusunun akde aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁵³.

Aydınlatılması gereken hususun iş sahibinin iradesini etkileme kapasitesi olmalıdır. İş sahibinin öğrendikten sonra kararını değerlendirmesini gerektirecek her durum aydınlatma yükümlülüğü içerisindedir⁵⁴. İş sahibinin riski bilerek hareket etmesi gerekir. Yani iş sahibinin olumsuz sonuçla karşılaştığında 'bilseydim' kelimesini kullanabileceği her ihtimal aydınlatma zorunluluğunu ortaya koyar.

Avukat, açacağı davanın zamanaşımı def'i ile karşılaşacağını öngördüğü takdirde, bu ihtimalde davanın ret olabileceğini ve dava masraflarının kendi üzerinde kalacağını iş sahibine anlatmakla yükümlüdür. Bu aşamadan sonra iş sahibi risk alıp almama yönünde karar verecektir. Başka bir deyişle, avukat iş sahibinin riski ile ilgili kararı iş sahibine bırakmış olur. Eğer avukat, riskin söz konusu olduğu durumlarda iş sahibini aydınlatmamışsa, bu hareketi ile riski kendi üzerine almış olur⁵⁵. Buna karşın mahkeme hakiminin izinli olması halinde tensip tutanağının başka bir hakim tarafından düzenleneceğine ilişkin

⁵⁰ Taşınmazın paylı mülkiyete konu olduğunu ve iş sahibinin tapu değerini düşük gösterilmesini istediğini varsayalım. Bu durumda avukatın olası ön alım davasında tapu değeri üzerinden karar verileceği, taşınmazı gerçek değerinin altında bir bedelle kaybetme ihtimalinin olduğu konusunda iş sahibini aydınlatması zorunlu değildir. Zira burada avukat sıradan bir vatandaşın da yapmaya yetkili olduğu bir işle görevlendirilmiştir.

⁵¹ Taşınmaz alım satımının bir hukuki işlem olduğundan şüphe yoktur. Ancak taşınmaz alım satımı ile ilgili vekalet vermek için vekilin avukat olması veya avukatlık ruhsatına sahip olması zorunlu değildir. Dolayısıyla burada avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan bir aydınlatma yükümlülüğü doğmaz.

⁵² Örneğin dava ile ilgili tevzi işlemlerinin işleyişi, hakim in havalesi, dilekçeler aşaması gibi bilgiler iş sahibinin karar verme iradesini etkileyecek mahiyette değildir.

⁵³ Yargıtay 13.HD 2007/2270 E, 2007/8126 K

⁵⁴ ŞENOCAK, Kemal, age., s.334

⁵⁵ Aşağıda, avukatın aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle doğacak sorumluluğu kısmında bu husus detaylandırılacağından, burada işaret etmekle yetinilmiştir.

detay iş sahibinin kararını etkileyecek bir bilgi olmadığından veya *risk* olarak nitelenemeyeceğinden, burada avukatın aydınlatma yükümlülüğünden ve risk üstlenmesinden bahsedilemez.

Bu kısımda incelenmesi gerektiğine en çok önem verdiğimiz husus, avukatın davanın reddi halinde yargılama gideri ve vekalet ücretinin iş sahibi üzerinde kalacağı noktasında aydınlatma yapması gerekip gerekmediğidir. Bilindiği üzere davanın reddi halinde yargılama gideri ve vekalet ücreti kural olarak davası reddedilen tarafa yüklenir. Bu hukuki bir bilgi olmasına rağmen toplumun büyük kısmı tarafından da bilinir. Dolayısıyla iş sahibinin bu bilgiyi bildiği varsayılarak, bunun aydınlatma kapsamında olmayacağı düşünülebilir. Ancak bunun herkes tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bir durum olmaması ve bilinmesi halinde iş sahibinin iradesini etkileme kapasitesine sahip olması dikkate alındığında yükümlülük kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁶. Aksi takdirde iş sahibinin bunu bilip bilmediği veya bilmesi gerekip gerekmediği yönünde subjektif bir araştırma yapılması gerekir ki bu da hukuki bir yol olmaz⁵⁷. Bu sebeple davanın reddi halinde iş sahibinin karşılaşacağı tüm sonuçları -dava türü ve tarafın kim olduğu önem arz etmeksizin- avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında kabul edilmelidir.

c.İş Sahibinin Aktarmadığı Hususlara İlişkin Bilgiler

Avukat ile iş sahibi arasındaki görüşmelerin temel amacı, avukatın sözleşme konusu işi her yönü ile öğrenmesidir. Bu öğrenme ise iş sahibinin doğrudan veya avukatın soruları üzerine verdiği bilgilerle sağlanır⁵⁸. İş sahibinin, iş ile ilgili tüm bildiklerini avukata aktarması, avukatın da mesleki deneyimlerine ve uzmanlığına dayanarak sözleşmeye konu iş ile ilgili önem arz eden hususları iş sahibine açıklattırması gerekmektedir⁵⁹. İş sahibinin önemli görmediği için avukata aktarmadığı ve avukatın soruları üzerine cevap vermediği veya yanlış cevap verdiği hususlar ile ilgili avukatın aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Yani avukatın aydınlatma yükümlülüğü iş sahibinin verdiği bilgilerle sınırlıdır.

Konuyu örneklendirmek gerekirse; hak düşürücü süreye tabi bir davada avukatın bu sürenin tespitine yarayan bilgileri öğrenmesi gerekir. Bunun için avukatın, davanın hak düşürücü süreye tabi davalardan olduğu ve hak düşürücü sürenin tespitine yarar bilgilerin kendisine verilmesini talep etmesi gerekir.

⁵⁶ Avukat, dava açılması halinde elde edilecek kazancın vekalet ücretine oranla daha az olduğu hususunu ikazla yükümlüdür. ŞENOCAK, Kemal, age., s.334

⁵⁷ İş sahibinin hukukçu olması halinde dahi avukatın yükümlülüğü yerine getirmesi gerekir. Ancak yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle hak talebinde bulunulması, hakkın kötüye kullanılması yasağı gündeme gelecektir.

⁵⁸ CİMBAR, age., s.64

⁵⁹ ŞENOCAK, Kemal, age., s.336-340

Buna rağmen eksik veya yanlış cevap verilmesi halinde avukatın iş sahibini hak düşürücü sürenin etkisi ve sonuçları hakkında uyarması beklenemez.

Avukatın iş sahibine soru sorması gerekip gerekmediği, bu aşamada tartışılması gereken başka bir durumdur. Burada avukatlık mesleğinin teknik niteliği, hukuk bilgilerinin geniş olması, avukatın uyumsuzluklar hususunda mesleki tecrübe sahibi olduğunun kabul edilmesi, avukatın mevzuatı, içtihatları ve doktrini takip yükümlülüğünün⁶⁰ bulunması etkili olacaktır. Bunlar dikkatte alındığında, avukatın görüşme esnasında somut olayı aydınlatmaya elverişli ve sözleşme konusu iş ile ilgili önem arz eden tüm hususları iş sahibine sorması gerektiği ortadadır⁶¹. Bu hususlar avukatın özen yükümlülüğü ile ilgilidir. Dolayısıyla bunun yerine getirilmemesi halinde avukatın özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılır. Aydınlatma yükümlülüğü avukatın bildiği veya bilmesi gerektiği hususlarla ilgili nasıl davranılması gerektiği ve olası sonuçları hakkında bilgi vermeyi kapsadığından, avukatın soru sormayı ihmal etmesi -henüz bilinen bir şey olmadığından- aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemez.

d. Hukuk İlmine Dahil Olmayan Bilgiler

Aydınlatmanın konusu hukuki bilgi olmak zorundadır. Hukuk bilgisi dışında, teknik, fenni, biyolojik, zirai vs bilgiler avukatın aydınlatma yükümlülüğün içerisinde yer almaz⁶². Avukat *hukuk uzmanı* sıfatıyla hareket ettiğinden, kendisine yüklenecek borçların da bu sıfatla ilişkili olması gerekmektedir. Avukatın davaya konu sebzelerin dayanıklılığını, inşaat zemininin uygun olmadığını, makinenin teknik yetersizlik içerdiğini bilmesi beklenemeyeceği gibi bildiği varsayılsa bile bunu iş sahibine aktarmaya yönelik hukuki yükümlülüğü yoktur⁶³.

⁶⁰ AKİL, agm., s.14-17 / BAŞPINAR (Özen), s.52-54 / GÜNER, agm., s.564 / ŞENOCAK, Kemal, age., s.341-346

⁶¹ BAYDAR HALİÇ, age., s.44 / GÜNER, agm., s.565 / Avukat, hangi vakıaların önemli olduğunu müvekkiline oranla daha iyi bilebilecek konumdur. ŞENOCAK, Kemal, age., s.337

⁶² Bu gibi durumlar esasında avukatlık sözleşmesine konu olan borçlardan değildir. Avukatın borcu hukuki yardım sunmaktır. Dolayısıyla aydınlatmanın bir sınırı olarak belirttiğimiz '*hukuk ilmine dahil olmayan bilgiler*' kısmının '*avukatlık sözleşmesine konu olamayacak işler hakkındaki bilgiler*' sınırının kapsamında olduğuna yönelik eleştiri gelebilir. Fakat, avukatlık sözleşmesine konu olan bir hususta avukat bu mevzunun sadece hukuki yönüyle ilgilenebilir. Borçlunun teslim almaktan imtina ettiği bir tekne ile ilgili dava açıldığını varsayalım. Bu avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir mevzudur. Ancak avukat bu mevzu için iş sahibini sadece hukuk ilmi ile ilgili aydınlatma yükümlülüğündedir. Avukatın teknenin muhafaza edildiği yerdeki dalga/fırtına durumu ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Görüldüğü gibi avukatlık sözleşmesine konu olduğu halde, hukuk uzmanlık alanına girmeyen hususların bulunması da mümkündür.

⁶³ Dava konusu sebzelerin dayanıklılığı konusunda avukatın aydınlatma yükümlülüğü yoktur, ancak davanın uzun sürmesi sebebiyle böyle bir zarar meydana gelmiş ise avukatın davanın

Hukuk ilminin kapsamını kesin sınırlarla çizmek mümkün değildir. Her somut olaya göre hukukilik değerlendirmesi yapılmalıdır. Burada temel alınacak kıstas ilgili bilginin salt hukuk öğrenimi ile alakalı olup olmadığıdır. Aydınlatma gerektiren husus hukuk dışında teknik bir mevzuya veya hukuk öğrenimi olmaksızın öğrenilebilecek bir bilgiye ilişkinse burada avukatın aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Başka bir deyişle avukatın hukukçu kimliğini konuşturamayacağı durumlar yükümlülük kapsamında değildir.

D. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TARAFLARI

Sözleşmenin tarafları olması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğünün de taraflarından birinin avukat, diğerinin de iş sahibi olması gerekir. Avukat aydınlatan, iş sahibi ise aydınlatılan sıfatını taşır.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinden doğan avukatın tekel hakkı dolayısıyla avukatlık sözleşmesinin bir tarafı avukat olmak zorundadır⁶⁴. Kanun'un 171/1. maddesi avukatın aldığı işi sonuna kadar takip zorunluluğunu hükme bağlamakla avukatın işi bizzat takip yükümlülüğünü benimsemiştir⁶⁵. Ancak, Kanun'un 171/2 maddesi ile vekaletnamede yetki olmak ve aksine yazılı sözleşme olmamak şartıyla işin başka bir avukat ile birlikte yürütülmesi veya işin başka avukata verilerek takibinin sağlanması mümkündür.

Avukatın işi bizzat takip etmek zorunluluğu, iş ile ilgili tüm işlemlerin de avukat tarafından bizzat yapılmasını da beraberinde getirmektedir. Bu durumda kural olarak aydınlatma yükümlülüğünün de bizzat avukat tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir⁶⁶. Ancak kanunun verdiği yetki ile başkasını tevkilin mümkün olduğu durumlarda tevkil edilen avukatın da bu yükümlülüğü yerine getirmesi mümkündür. Zira asli edimi yerine getiren avukatın yan yükümlülük olan aydınlatmayı yapamaması hukuk mantığı ile bağdaşmaz.

Bu başlık altında irdelenmesi gereken önemli bir husus stajyer avukatların ve avukat yanında çalışan diğer kişilerin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getiremeyeceğidir. Aydınlatma, yukarıda da açıklandığı üzere hukuki sürecin işleyişi, olası davranış biçimleri ve olası sonuçlar hakkında iş sahibinin bilgilendirilmesi olup esas itibarıyla danışmanlık hizmetidir. Avukatlık Kanunu'nun 35/1. maddesindeki "*kanun işlerinde ve hukuki meselelerde*

seyri ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin değerlendirilmesi gerekir.

⁶⁴ "Borçlar hukuku alanında, vekil olabilmek için fül ehliyetini haiz olmak yeterlidir. Ancak dava takibi bakımından "vekil" sıfatını taşıyabilmek için baroya kayıtlı avukat olmak gerekir." ASLAN, agm., s.1697

⁶⁵ AKCAN, Recep, Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3-4, 2001, (s.7-27), s.7

⁶⁶ CİMBAR, age., s.65

mütalaa vermek” ibaresi ile hukuki danışmanlık hizmeti avukatlık tekeline dahil edilmiştir. Kanun’un 46. maddesi avukatın işleri stajyer avukat veya sekreter eliyle yürütülebileceğini düzenlemiş ise de burada kastedilen elbette ki avukatlığın tekeli kapsamındaki işler değildir. Zira maddenin devamında, 23. ve 26. maddede stajyerin hukuki işlere ilişkin yapabileceği işler sınırlı olarak sayılmış, Staj Yönetmeliği’nin 17. maddesi ile de bu işler dışında stajyere iş yüklenemeyeceği düzenlenmiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere stajyerlere yaptırılan işlerde esas amaç stajyerin güven kazanmasını sağlamaktır⁶⁷. Bu yolla avukatın yetki ve sorumluluklarını devretmesi amaçlanmamıştır.

Netice olarak aydınlatma yükümlülüğünün danışmanlık hizmeti kapsamında avukatın tekel hakkına sahip olduğu meselelerden olması, avukat yanında çalışan katip veya sekreterin hukuki işlerle ilgili kanuni yetkisinin bulunmaması, stajyer avukatların ise yetkilerinin kanunda sınırlı olarak sayılmış olması karşısında bu yükümlülüğün bizzat sözleşmenin tarafı olan avukat tarafından yerine getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak sözleşmenin tarafı olan avukat tevkil yetkisi kapsamında bunu başka bir avukat aracılığıyla yerine getirebilir. Avukatlık sözleşmesi yapılmasındaki amacın avukatın hukuk uzmanlığına güven olması da dikkate alındığında aydınlatma yükümlülüğünün bir avukat tarafından yerine getirilmesinin zorunluluğu daha iyi anlaşılır.

E. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFA ZAMANI

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü sözleşme öncesi veya sözleşme esnasında bulunmaktadır. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün görüşmeler esnasında; sözleşme esnasındaki aydınlatma yükümlülüğünün ise aydınlatılması gereken iş veya işlemin yapılmasından önce yerine getirilmesi gerekir⁶⁸. İş veya işlem yapıldıktan sonra iş sahibinin aydınlatılması esas olarak önem arz etmemekle birlikte, istisnai bazı durumlarda önemli olabilir. Dava açıldıktan sonra iş sahibine bu davanın zamanaşımından reddedilme ihtimali açıklandığında, iş sahibinin davadan feragat etmek veya sulh olmak suretiyle uğrayacağı zararı azaltma yolunu düşünmesi muhtemeldir. Yani iş veya işlem yapıldıktan sonra aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi avukatın sorumluluğunu azaltabileceği gibi, tamamen ortadan da kaldırabilir. Bu durumda gecikmiş aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirilmesinde de fayda olduğu, hatta zararı azaltma yükümlülüğü anlamında zorunlu olduğu söylenebilir.

⁶⁷ SARAÇ, Filiz / ÖZTOPRAK, Burcu, Stajyer Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.20

⁶⁸ Yargıtay 13.HD 2009/13387 E, 2010/9493 K sayılı ilamında “Avukatın iş sahibini ‘Hukuken Aydınlatma’ yükümlülüğü için üstlenmesi ile başlar ve akdi ilişki süresince devam eder.” demiş ise de yukarıda da değinildiği üzere bu kararda aydınlatma özen yükümlülüğü içerisinde değerlendirildiğinden kanımızca burada özen yükümlülüğü anlamından hareketle bu sonuca ulaşılmıştır.

Sözleşme sonrası avukatın iş sahibini aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Başka bir deyişle avukatın sözleşmenin sona ermesinden sonra iş sahibinin hukuki olarak hangi adımları atması gerektiğini açıklama yükümlülüğü yoktur. Örneğin davanın kazanılmasından sonra avukatlık sözleşmesinin sona erdirilmiş ise avukatın iş sahibine hükmü icra etmesi veya hangi icra yolunu kullanması gerektiği hususunda bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁹. Avukatın sözleşmeden sonra yapılan iş ve işlemlerle ilgili (sözleşme ilişkisi son bulduğundan) iş sahibine bilgi vermesi ise 6098 sayılı TBK'nın 508. maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesi kapsamında hesap verme yükümlülüğüne vücut vermektedir. Bu aşamadan sonra avukatın iş sahibi adına yapacağı bir işlem, sözleşme kapsamında bir ifası bulunmadığından, iş sahibinin hareket iradesini etkileme durumu da söz konusu olmayacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere aydınlatma yükümlülüğü ifa öncesine ait bir yükümlülüktür.

F. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü sözleşmeye konu edilen bir yükümlülük olmayıp, yukarıda da izah edildiği üzere dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük sözleşmenin tipini belirleyen yükümlülük olmadığından asli edim yükümlülüğü; sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflarca sözleşmeye dahil edilen bir yükümlülük olmadığından yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilemez.

Aydınlatma yükümlülüğü, dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden kaynaklanması, ifaya yardımcı ve iş sahibini koruyucu vasfının bulunması, sözleşme içeriğine dahil asıl borcu oluşturmaması sebebiyle yan yükümlülük⁷⁰ niteliğindedir⁷¹.

Yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerine bağımlı olup bağımsız bir şekilde ifa edilmesi talep edilemezler. Ancak bu yükümlülüklerle aykırı davranış sebebiyle zarar meydana geldiği takdirde bundan doğan zararın

⁶⁹ Avukatlık Kanunu'nun 171/1 maddesine göre avukat aldığı işi sonuna kadar takip etmek zorundadır. Verdiğimiz örnekte bu maddenin aksine avukatlık sözleşmesinin açıkça sona erdirilmesi ihtimali söz konusudur. Sözleşmenin iradi veya zorunlu olarak sona erdirilmesi söz konusu olmadığı müddetçe avukatın ilamın icrası aşamasını da yürütmesi ve yükümlülüklerini sürdürmesi gerekmektedir.

⁷⁰ "Yükümlülük yerine getirilmediği takdirde borca aykırılık ve dolayısıyla zarar varsa tazminat sorumluluğuna yol açar. Yüküm ise yerine getirilmediği takdirde, bunu yerine getirmekle yükümlü kişinin bir hakkını kaybetmesi sonucu doğurur, diğer tarafa karşı bir sorumluluğa yol açmaz." (KILIÇOĞLU, age., s.32). Avukatın aydınlatmayı ihmal etmesi halinde tazminat sorumluluğu gündeme gelebileceğinden aydınlatmanın yüküm değil de yükümlülük olduğu açıktır.

⁷¹ EREN, age., s.38,39 / KILIÇOĞLU, age., s.31 / KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, age., s.12

tazmini talep edilebilir⁷². Buradan da anlaşılmaktadır ki avukatın aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde salt bu yükümlülüğün yerine getirilmesi dava konusu edilemez, ancak bu yükümlülüğe aykırılık sebebiyle bir zarar doğmuş ise zararın giderilmesi talep edilebilir.

III. AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİN SONUÇLARI VE HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmeler hukuku anlamında bir yan yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle avukatın sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu ihlal avukatın disiplin sorumluluğuna, cezai sorumluluğuna veya hukuki sorumluluğuna yol açabilir.

Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesi ile *“Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında”* disiplin cezası uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile esas olarak avukatlık mesleğinin itibarına hanel getirecek davranışlar yaptırma tabi tutulmuştur⁷³.

Avukatın disiplin sorumluluğunun doğması ve dolayısıyla disiplin cezası uygulanması için mesleğin saygınlığının zedelenmesi şarttır⁷⁴.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü mesleğin prestijinden, verdiği güven ve dürüstlük imajından kaynaklandığından, bu yükümlülüğün ihlali aynı zamanda mesleğin saygınlığını zedeleyecek boyutlara ulaşabilir⁷⁵. Yükümlülüğün ihlali her somut olayda farklılık gösterebilir. Bu sebeple ihlal halinde mutlak olarak disiplin sorumluluğu doğmaz. Başka bir ifade ile aydınlatma yükümlülüğünün her ihlali değil, mesleğin itibarına zarar verebilecek şekildeki ihlalleri disiplin

⁷² EREN, age., s.37 / KILIÇOĞLU, age., s.31

⁷³ *“...avukatların dürüstlük kuralına ve güven ilkesine uymaları, her koşulda hukuktan ve gerçeklerden ayrılmamaları ve mesleğin saygınlığını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmaları mesleğin toplumsal önemi bakımından en önemli ilkeler olarak öne çıkmaktadır.”* TBB Disiplin Kurulu'nun 03.04.2009 tarihli 2009/7 E, 2009/171 K sayılı kararı

⁷⁴ BAYDAR HALİÇ, age., s.93

⁷⁵ *“Avukatın daha ilk görüşmede 2001 yılında vaki bir idari işlemin iptali için gerekli araştırma, inceleme yapmadan ve işin takibinde hukuki yarar bulunup bulunmadığını tartışmaksızın işi kabul ve iş sahibini uyarmaması, asla kabul edilemez. Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancı ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü davranıştan özenle kaçınarak yapmak zorundadır.”* TBB Disiplin Kurulu'nun 06.09.2013 tarihli 2013/124 E, 2013/673 K sayılı kararı / Aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmesine rağmen sonuç iş sahibinin istediği şekilde gerçekleşmiş olabilir. İş sahibi riski öğrenmemiş ve risk meydana gelmemiş olduğundan mesleğin saygınlığını zedeleyecek ve disiplin sorumluluğunu gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacaktır.

sorumluluğuna yol açar⁷⁶.

Avukatın TCK'nın 6/1-c maddesi kapsamında kamu görevlisi olması⁷⁷ ve aydınlatma yükümlülüğünün görevinin gereği olması sebebiyle bu yükümlülüğün ihlali halinde oluşabilecek suç TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçudur. Bu suç maddenin birinci fıkrasında icrai bir hareketle görevin gereklerine aykırı davranılması şeklinde, ikinci fıkrasında ise ihmali bir hareketle görevin gereklerine⁷⁸ aykırı davranılması şeklinde düzenlenmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenen suçlardandır⁷⁹. Eylemin cezalandırılması için kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir⁸⁰.

Aydınlatmanın yükümlülük olması ve avukatın bu yükümlülüğünü görevin gereği olarak yerine getirmek zorunda olması karşısında, yükümlülüğün kasıtlı olarak veya ihmalen yerine getirilmemesi ve bunun sonucu olarak kişilerin mağdur olması durumunda avukatın davranışı görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir.

B. AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Avukatın sözleşme görüşmeleri esnasında da aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bu durumda aydınlatma yükümlülüğün ihlalini iki ihtimalli

⁷⁶ Aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmesine rağmen sonuç iş sahibinin istediği şekilde gerçekleşmiş olabilir. İş sahibi riski öğrenmemiş ve risk meydana gelmemiş olduğundan mesleğin saygınlığını zedeleyecek ve disiplin sorumluluğunu gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacaktır.

⁷⁷ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.2, 2009, (s.151-156), s.154

⁷⁸ "Görevin gerekleri, failin yürüttüğü görevle ilgili yasa, tüzük, yönetmelik, genelge, emir veya talimat gibi düzenleyici işlemlerle ve idari düzenlemeler ile belirlenir. Failin görevli olduğu kamusal faaliyet alanına ilişkin mevzuata göre görevinin gerektirdiği davranış normu tespit edilmelidir. Görevin gereği bazen de mevzuatla birlikte yapılacak işin teknik zorunlulukları, idari geleneklerle veya ilgili alandaki genel uygulamalarla tespit edilir." YOKUŞ SEVÜK, Handan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.39, 2018, (s.257-316), s.271

⁷⁹ Kişinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi veya görevi olan, kendisinden beklenen yönde icrai davranışta bulunmaması bu suçun kast unsuru oluşturmaktadır. Burada kamu görevlisinin ihmalinin sonucunda kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine sebebiyet verdiğini ya da üçüncü kişilere haksız bir çıkar sağladığını bilmesi gerekli değildir. Kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı bir davranışı gerçekleştirdiği bilinciyle hareket etmesi cezalandırılması açısından yeterlidir. ÜZÜLMEZ, İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.1, 2012, (s.191-216), s.203,206

⁸⁰ Bu neticelerden birinin gerçekleşmemesi halinde suç oluşmaz. YOKUŞ SEVÜK, agm., s.282

değerlendirmek gerekmektedir. İlk ihtimal sözleşme ilişkisi kurulmaksızın sözleşme görüşmelerinde meydana gelen ihlal, ikinci ihtimal ise sözleşmenin kurulmuş olması halinde meydana gelen ihlaldir⁸¹.

Sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında bir hukuki ilişki meydana gelir ve bu kapsamda tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi beklenir⁸². Bu sebeple tarafların sözleşmenin kurulup kurulmaması noktasında birbirlerinin yararını etkileyecek olan, bildikleri veya bilmeleri gereken maddi ve hukuki konular hakkında birbirlerini bilgilendirmeleri gerekir⁸³. Bu yükümlülükler uymayan taraf sebep olduğu zarardan sorumlu olur. Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan bu sorumluluk (culpa in contrahendo), taraflardan birinin güven ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak diğer tarafı yanıltmasıdır⁸⁴. Bu noktada avukatın sözleşme görüşmelerinde iş sahibi adayını aydınlatmaması halinde culpa in contrahendo sorumluluğu doğar. Avukatın hak düşürücü süreye uğramayan bir uyuşmazlık görüşmesinde talebin hak düşürücü süreye uğradığını belirtmesi yükümlülüğün ihlaline ve avukatın sorumluluğuna yol açar.

Geçerli olarak kurulan avukatlık sözleşmesinden dolayı avukatın hukuki sorumluluğunun doğması için akdin ihlal edilmiş olması, avukata izafe edilecek bir kusurun bulunması, iş sahibinin zarara uğramış olması⁸⁵ ve uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁸⁶.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü bulunduğundan, yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya hatalı olarak yerine getirilmesi halinde avukatın kusurlu olduğu ve akde aykırı davrandığı kabul edilmektedir. Bu davranış ayrıca bir zarara da yol açtığı takdirde avukat bu zarardan sorumlu olacaktır. Her uyuşmazlıkta bir risk vardır. Avukat bu riskle ilgili iş sahibini aydınlatmak ve rızasını almak zorundadır. Aydınlatmayı yapmayan ve iş sahibinin rızasını almayan avukat bu riski kendi üzerine almış olur ve meydana gelen zarardan sorumlu tutulur.

⁸¹ Avukatın hukuki danışma hizmeti de verdiği durumlarda bir avukatlık sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıktır. Bu durumda danışmanlık ilişkisindeki yükümlülük ihlalleri sözleşme görüşmesinde meydana gelen ihlal olarak kabul edilemez.

⁸² EREN, age., s.1083 / OĞUZMAN/ÖZ, age., s.68

⁸³ EREN, age., s.1084 / KILIÇOĞLU, age., s.92

⁸⁴ ARIKAN, Mustafa, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1, 2009, (s.69-89), s.70 / DURAK, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve Culpa İn Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 201, (s.239-288), s.244 / EREN, age., s.1084 / KILIÇOĞLU, age., s.92 / OĞUZMAN/ÖZ, age., s.68-69

⁸⁵ Salt sözleşmeye aykırılık tazminat sorumluluğu doğurmaz. (Yargıtay HGK 201/13-561 E, 2019/655 K)

⁸⁶ ŞENOCAK, Zarife, agm., s.8-31

Konuyu örneklendirmek gerekirse; avukatın hak düşürücü süresi geçen bir davada iş sahibini aydınlatıp onayını almadan dava açtığını varsayalım. Burada avukatın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği açıktır. Ayrıca davanın reddi halinde iş sahibinin karşı tarafa vekalet ücreti ödemesi ve yargılama masraflarının kendi üzerinde kalması sebebiyle zararı bulunmaktadır. İş sahibinin aydınlatılması durumunda davanın açılmasına onay vermeyeceği kuvvetle muhtemel olduğundan, avukatın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı olduğu da ortadadır. Bu durumda avukat, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı meydana gelen zarardan sorumludur.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü kamu düzenine ilişkin olmadığından ancak ileri sürüldüğü takdirde dikkate alınabilir. İleri sürülen vakıya (yani aydınlatma yapıldığına) bağlanan hukuki sonuç (avukatın zarardan sorumlu tutulmayacağı) avukat lehine olduğundan HMK'nın 190/1 hükmü gereğince ispat yükü avukat üzerindedir. Avukat, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlamak zorundadır. Aksi düşüncede, iş sahibinin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ispatlaması gerekecektir ki; bu da hayatın olağan akışı karşısında oldukça güçtür.

SONUÇ

Hukuk uzmanı sıfatıyla hareket eden, dürüstlük kuralına ve güven ilkesine uygun davranması gereken, saygın bir mesleği icra eden avukat, iş sahibinin kararını etkileme ihtimali olan bütün konularda iş sahibini aydınlatmakla yükümlüdür. Avukat, iş sahibini uyuşmazlığın ve işin olası sonuçları, riskleri hakkında bilgilendirmek zorundadır. İş sahibinin işin devam edip etmemesi konusunda kararını özgürce ve tam bir bilinçle vermesi için bu aydınlatma zorunludur.

Aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı dürüstlük ilkesidir. Bu sebeple kanundan ve sözleşmeden doğan özen ve hesap verme yükümlülüklerinden farklıdır. Aydınlatma yükümlülüğü avukatlık sözleşmesindeki edimlerin ifa edilmesinden öncesine ilişkin olup, edimlerin icrası esnasındaki özen yükümlülüğü veya edimin ifasından sonra gündeme gelen hesap verme yükümlülüğünden farklıdır.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir iş ile ilgili, iş sahibinin kararını veya tercihini etkileme kapasitesi taşıyan hukuki bilgiden ibarettir. Bunun sonucu olarak avukatlık sözleşmesine konu olamayacak işlerle ilgili bilgiler, iş sahibinin iradesini etkileme ihtimali olmayan bilgiler, iş sahibinin aktarmadığı hususlara ilişkin bilgiler ve hukuk ilmine dahil olmayan bilgiler yükümlülük kapsamında değildir.

Aydınlatma yükümlülüğü bizzat avukat tarafından, iş veya işlemin ifasından önce yerine getirilmelidir. Aydınlatılacak kişi ise iş sahibidir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü hukuki nitelik olarak bir yan yükümlülüktür. Bu niteliğinden dolayı ihlal edilmiş olması tek başına davaya konu edilemez. Ancak bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle bir zarar doğmuşsa dava ve talep konusu olabilir.

Avukatlık mesleğinin niteliği, prestiji ve toplumdaki güven imajı dikkate alındığında bu yükümlülüğün ihlalinin yaptırımı tabi tutulması olağandır. Yükümlülüğün ihlali halinde avukatın Avukatlık Kanunu, Avukatlık Meslek Kuralları ve genel kanun hükümleri karşısında disiplin sorumluluğu, cezai sorumluluğu ve hukuki sorumluluğu vardır.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünü hakkıyla yerine getirmesi halinde, mesleğin güven ve prestiji daha da sağlamlaşır ve avukatın toplumdaki olumsuz imajı silinir.

KAYNAKÇA

- **AKCAN**, Recep, Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3-4, 2001, s.7-27
- **AKİL**, Cenk, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (1), 2012, s.11-26
- **AKSU**, Raziye, Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği, TAA Dergisi, Y.7, S.27, 2016, s.861-890
- **ALASLAN**, Fatma, Medeni Hukuk'da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2016, s.413-431
- **ARIKAN**, Mustafa, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1, 2009, s.69-89
- **ASLAN**, Ali Çetin, Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2004, s.1669-1711
- **AYDIN**, Necmettin, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s.401-408
- **BAŞPINAR**, Veysel, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, s.463 -478 (BAŞPINAR, Sözleşme)
- **BAŞPINAR**, Veysel, Avukatın Özen Borcu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1-2, s.39-62 (BAŞPINAR, Özen)
- **BAYDAR HALİÇ**, Özge, Avukatın Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara, 2020
- **BURCUOĞLU**, Haluk, Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar, TBB Dergisi, S.49, 2003, s.49-82

- **CİMBAR**, Ferhat, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019
- **ÇELİK**, M. Lamih, Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü, TBB Dergisi, S.67, 2006, s.399-420
- **DURAK**, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve Culpa İn Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 201, s.239-288
- **ERBEK**, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalin Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir, 2010
- **EREN**, Fikre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, 21.Bası
- **GÖKCAN**, Hasan Tahsin, Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.2, 2009, s.151-156
- **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014,
- **GÜNER**, Semih, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2011, 5.Baskı
- **GÜNER**, Semih, Avukatın Özen Yükümlülüğü, TBB Dergisi, 2000/2, s.557-586
- **GÜNERGÖK**, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Yetkin Yay., Ankara, 2013, 3.Baskı
- **İPEK**, Eyüp, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016
- **KARA**, İlhan, Tüketici Hukuku, Engin Yay., Ankara, 2015
- **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, 20. Baskı
- **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, 7.Bası, İstanbul, 2017
- **MISIR**, M. Haşim, Avukatlık disiplin Hukuku, TBB Yayınları, 2016
- **OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, 8.Baskı
- **SARAÇ**, **Filiz/ÖZTOPRAK**, Burcu, Stajyer Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012
- **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral, Avukatlık Mesleği, Fakülteler Yay., İzmir, 2013, 4. Baskı
- **ŞENOCAK**, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000
- **ŞENOCAK**, Zarife, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2, s.5-33

- **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 7.Bası
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.sozluk.gov.tr
- **UYSAL**, Levent, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.6, 2008, s.2955-293
- **ÜZÜLMEZ**, İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.1, 2012, s.191-216
- **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yay., İstanbul, 2002, 6.Bası
- **YILMAZ**, Ejder, Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1, 1995, s.193-208
- **YOKUŞ SEVÜK**, Handan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.39, 2018, s.257-316

TEMİNAT ALTINA ALINMIŞ ALACAKLARIN DEVRİ

Assignment of Guaranteed Claims

Ramazan TURAN *

Geliş Tarihi: 26.04.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadığı müddetçe alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Alacağın temlik durumunda, alacak hakkıyla birlikte alacağa bağlı bazı haklar da devrin kapsamına girmektedir. Alacaklının kişiliğine özgülenmemiş öncelik hakları, işlemiş faizler, teminat hakları, yenilik doğuran haklar vs. temlik ile birlikte devralana geçer. Teminat hakları, aynı ve şahsi olmak üzere ikiye ayrılır. Şahsi teminatlar olarak kefaleti ve garantiyi; aynı teminatlar olarak ise taşınır ve taşınmaz rehnini, hapis hakkını vs. sayabiliriz. İşte alacağın temlik ile birlikte şartları oluşmuşsa asıl alacağa bağlı bu teminat hakları da devralana geçecektir. Çalışmamızın esas itibarıyla konusunu, teminat altına alınmış alacakların devri oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Alacağın Temlik (Devri), Aynı Teminat, Şahsi Teminat, Teminat, Teminat Haklarının Devri.

ABSTRACT

The Obligee can assign the claim to a third party without seeking the consent of the debtor, unless it is forbidden by the law, contract or nature of work. The priority rights that are not specific to obligee's personality, accrued interests, guaranty rights, formative rights etc. in case of assignment of a claim, such some of these rights, related to the claimer are also included in the content of assignment along with the claim. The guaranty rights split in half as real and personal guaranty. It can be accepted that bail and warranty (guarantee) are personal guaranty and movable pledge, real estate pledge, right of lien etc. are real guaranty. That is the point, if the conditions consist of along with the assignment of the claim, these guaranty rights depending on the main claim will also transfer the assignee. The main subject of our study is the assignment of claims guaranteed.

Keywords: Assignment of a Claim, Assignment of Guaranty Rights, Guaranty, Personal Guaranty, Real Guaranty.

* Diyarbakır Adliyesi Hâkimi, e-posta: turan.rmzn@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2285-8537.

GİRİŞ

Borç ilişkisi, kimler arasında doğduysa, kural olarak bu kimseler arasında varlığını sürdürür ve sona erer. Fakat eski hukuk sistemlerinden ayrı olarak modern hukuk sistemlerinde, borç doğduktan sonra borçlu ve alacaklı tarafın değişmesi kabul görmüştür. Borcun alacaklı tarafının değişmesine, alacağın temliki (devri) adı verilir. TBK¹ 183 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Borç ilişkilerindeki taraf değişikliği altında yatan gaye, hiç kimsenin alacaklısını kural olarak seçmemesi fakat borçlusunu seçebilmesidir. Böylece borçlunun izni veya icazeti ya da haberi dahi olmadan, alacaklının alacağını üçüncü bir kişiye temlik etmesi mümkündür. Bu sebeple borçlu, her zaman yeni bir alacaklıyla karşılaşma ihtimalini göz önünde bulundurmalıdır. Ancak borçlu, alacaklısının izni olmadan üçüncü bir kişiye borcunu temlik edememektedir.

TBK 183 vd. maddelerindeki alacağın devri, iradi devre ilişkin düzenlemedir. Ancak yasal veya yargısal yollarla da devir mümkün olmaktadır. Bu halde alacağın geçmesi için herhangi bir irade açıklamasına gerek yoktur. Esasen burada bir devir değil de intikalden bahsetmek daha yerinde olur. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde, iradi devre ilişkin hükümler, yasal veya yargısal devre de kıyasen uygulanacaktır.

Alacağın temliki durumunda, alacak hakkıyla birlikte alacağa bağlı bazı haklar da devrin kapsamına girmektedir. Alacaklının kişiliğine özgülenmemiş öncelik hakları, işlemiş faizler, teminat hakları, yenilik doğuran haklar vs. devralana geçer. Öncelikle alacağın devri ile ilgili genel bilgiler verdikten sonra, çalışmanın asıl konusunu oluşturan teminat altına alınmış alacakların devri ve buna bağlanan hukuki sonuçlar çalışmada yer alacaktır.

I. ALACAĞIN DEVRİ

A. KAVRAMI

Borç ilişkisi, nispidir. Bu nedenle sadece alacaklı ve borçlu arasında bir bağ meydana getirir. Borçlu, kime borçlandıysa ona karşı ifa yükümlülüğü hâsıl olur ve ona borcu ödemekle borcundan kurtulur². Bununla birlikte, alacaklının rızasıyla borçlu, üçüncü kişiye ifada bulunabileceği gibi kanun koyucunun belirlemesi veya hâkim kararıyla da alacaklının rızası olmasa dahi üçüncü kişiye ifada bulunabilmektedir. Örneğin, aile hukukunda, kocanın aile görevlerini ihmal etmesi üzerine hâkim, kocanın borçlularının borçlarını kadına ifa etmelerine karar verebilmektedir³.

¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 4/2/2011, S. 27836.

² Eren, Fikret (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1223; Gümüşsoy, Güler (2013) 'Alacağın Devrinde Devredenin Garanti Yükümlülüğü' (Yüksek Lisans) İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4.

³ Gümüşsoy, s. 4.

Kanun koyucu, alacaklının alacağını üçüncü bir kişiye devretmesine, TBK 183 ilâ 194 maddelerinde izin vermektedir. TBK'nin ilgili hükümleri incelendiğinde, alacağın temlikinin tanımlanmadığı görülmektedir. Doktrinde daha çok iradi devre ilişkin tanımlar mevcuttur. Doktrinde birden fazla tanım yapılmış olmasıyla birlikte *alacağın temliki*⁴, *alacağı devreden ile devralan arasında borçlunun rızasına gerek olmaksızın şekli bir sözleşme ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki haklarla birlikte alacağın, devredeninin malvarlığından devralanın malvarlığına geçtiği tasarrufları bir işlem, olarak tanımlanabilir*⁵.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere borçlu, alacağın temliki sözleşmesinin tarafı değildir. Onun rızasının aranmadığı gibi haberdar olması da gerekmez. Nitekim borçlu, karşısına çıkabilecek her yeni alacaklı için hazırlıklı olmalıdır. Bu sözleşmeyle sadece alacaklı taraf değişmektedir. Devrin konusu, sadece borç ilişkisinin içerdiği alacak olup sözleşme ilişkisinin kendisi değildir. Sözleşme ilişkisi bir bütün olarak, ancak sözleşmenin devri ile devredilebilir⁶.

Hukukumuzun temelini oluşturan Roma Hukukunda ise borç münasebeti, alacaklı ile borçlu arasında şahsi bir bağ kabul edildiğinden, tarafların şahısları, borç ilişkisinin esaslı unsurlarından sayılıyordu ve borç ilişkisi zedelenmeden tarafların değişebileceği düşüncesi, Romalılarca tasavvur edilemiyordu. Alacağını devretmek isteyen kişi, borçlusuna üçüncü kişiye o borcu vadetmesine izin verirse, borçlu ile üçüncü kişi arasında yenileme (*novatio*) yoluyla yeni bir borç ilişkisi kuruluyordu. Fakat bu halde, eski borcun ortadan kalkmasıyla ona bağlı haklar da ortadan kalktığı için pratik değeri kalmıyordu. Bu nedenle Roma hukukunda borç ilişkisi, uzun zaman nakledilemez bir karaktere bürünmüştür. Fakat sadece külli halefiyet halinde (*successio*) külli halef, örneğin mirasçı veya *bonorumemptor* (yani icra yoluyla *bonorumvenditio* şeklinde satılan bir borçlu malvarlığını toptan satın

⁴ Benzer tanımlar için bkz. **Bağce**, Duygu Hidayet Arda (2015) 'Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması' (Yüksek Lisans) İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 3; **Gümüşsoy**, s. 5; Eren, s. 1224; **Yıldırım**, Abdülkerim (2014) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 377; **Bilgili**, Fatih / **Demirkapı**, Ertan (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Basım, Bursa, Dora Yayınevi, s. 199; **Reisoğlu**, Safa (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 462; **Nomer**, Haluk N. (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 485; **Erdoğan**, İhsan (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Basım, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 273.

⁵ Yargıtay ise, "Bir tanımlama yapmak gerekirse, alacağın temliki, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıslar arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarrufları işlemi niteliği taşıyan şekle bağlı bir akittir" olarak tanımlamıştır (Y. 14. HD., E. 2007/151553, K. 2007/15935, T. 13.12.2007, Kazancı İçtihat Bankası, 13.07.2013).

⁶ **Eren**, s. 1223-1225; **Bağce**, s. 4-5; **Gümüşsoy**, s. 5; **Yıldırım**, s. 385; **Bilgili/Demirkapı**, s. 199; **Erdoğan**, s. 274-275.

alan) durumunda olan kişi alacaklının veya borçlunun yerine geçebiliyordu. Doğrusu bu halde de taraflardan birinin değişmesi, kanun gereğince (*ex lege*), yani tarafların iradesi dışında meydana gelmiş oluyordu⁷⁸.

B. ALACAĞIN DEVRİNİN KAYNAKLARI (TÜRLERİ)

Alacak, kanun hükmü yoluyla, iradi olarak veya yargı kararıyla devredilebilir. TBK'nın 183 vd. maddeleri, iradi devri düzenlemektedir. Alacağın iradi devrinde, tarafların anlaşması esastır. Yazılı devir sözleşmesi, geçerlilik şartıdır.

Kanun hükmüyle veya yargı kararıyla devirde ise devreden ve devralanın irade açıklamalarına gerek olmadığı gibi yazılı şekil şartı da aranmaz. Yasal ve yargısal devir, TBK m. 185'te düzenlenmektedir. İradi devir hükümleri, niteliğine aykırı olmadıkça kanuni devre kıyasen uygulanır.

1. Kanuni Devir (İntikal)

Alacağın *kanuni devri*, alacak hakkının kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle alacaklıdan üçüncü bir kişiye geçmesidir. Alacağın devri kendiliğinden olur. Taraf iradeleri dışında gerçekleşir ve herhangi bir şekle gerek yoktur. Herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı için irade bozukluğu ve şekil noksanlığı da söz konusu olmaz⁹.

Kanuni devirde alacak, özellikle üçüncü bir kişinin alacaklıyı tatmin etmesi ve bu suretle onun yerine geçmesi üzerine kendiliğinden bu kişiye intikal eder. Genel olarak eski alacaklı ile yeni alacaklı arasında bir halefiyet ilişkisi olur. TBK m. 596 gereğince, asıl borçluyu borçtan kurtaran kefil, alacaklının haklarına halef olur. TBK m. 127 uyarınca, rehnedilen bir şeyi rehinden kurtaran malik veya sınırlı ayni hak sahibi ile borçlunun, ifada bulunan üçüncü kişinin alacaklıya halef olacağını bildirmesi halinde üçüncü kişi, kanun gereğince alacaklıya halef olur. TBK m. 509/1'e göre, vekâlet veren vekile karşı vekâlet ilişkisinden doğan bütün borçlarını ifa ettiği anda, vekilin kendi adına, vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı vekâlet verene geçer. TBK m. 168 gereğince, müteselsil borçlu, alacaklıyı tatmin etmek yoluyla diğer borçluları borçtan kurtarırsa, payları oranında diğer borçlulara rücu ve alacaklıya halef olma hakkını elde eder. Keza bir alacağın devrinde devreden kişinin kişiliğine özgü olmayan öncelik hakları ile yan haklar da kanundan ötürü devralana geçer (TBK m. 183/1). Yine TMK m. 599 uyarınca, miras bırakanın ölümü halinde miras bırakanın ait olan alacaklar mirasçılara geçer.

⁷ Roma hukukunda alacağın temlik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Rado**, Türkan (2013) Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 170-173; **Bağce**, s. 6-7.

⁸ Alacağın devrinin mukayeseli hukukta ele alınması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bağce**, s. 6 vd.

⁹ **Bağce**, s. 32; **Eren**, s. 1226; **Gümüşsoy**, s. 14, 33; **Yıldırım**, s. 379; **Bilgili/Demirkapı**, s. 200.

Alacak, yasa gereğince geçtiği durumlarda, TBK m. 191/2 uyarınca, madde metninden de anlaşılacağı üzere, eski alacaklının yeni alacaklıya karşı garanti yükümlülüğü yoktur. Yani önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacaktır.

2. Yargısal Devir (İntikal)

Alacağın devri, TBK m. 185'e göre, mahkeme kararıyla da gerçekleşebilir. Bir alacağın, alacaklı ve borçlunun irade açıklamasına ve herhangi bir şekle gerek olmaksızın hâkim kararıyla bir başkasına geçmesine *yargısal devir* denir. Mahkemenin vereceği tespit kararı, yargısal devir niteliği taşımamaktadır. Hâkimin alacağın geçmesine karar vermesi gerekir¹⁰.

Mahkemenin paylı veya elbirliği halindeki malvarlığı ilişkilerinin giderilmesi ve paylaşmaya ilişkin kararı; bir terekenin paylaşılmasında, mirasçılara paylarını özgülerken pay içinde yer alan alacağın, hâkim hükmüyle mirasçıya intikal etmesi; İİK m. 120 gereğince, ödeme yerine geçmek üzere hacizli alacakların alacaklılardan birine devredilmesinin istenmesi halleri yargısal devre örnek verilebilir¹¹.

Yargısal devirde de alacağın devredilmesi için devre elverişli bir alacak olması ve eski alacaklının da tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.

3. İradi Devir

Devredenle devralan arasında yapılan, birbirine uygun irade açıklaması ve yazılı şekil şartının yerine getirilmesiyle meydana gelen alacağın devri sözleşmesi gereğince, alacağı doğrudan doğruya devralana geçiren devir türüne *iradi (rızaî) devir* denir¹². Alacağın devrinden kasıt, iradi devirdir.

İradi devir, kanun tarafından özel şekle tabi tutulmuşsa o şekle uyulmalıdır. Örnek olarak, ortaklık payının ya da kambiyo senetlerinin devrine ilişkin hükümler ile ipotekli borç senedi ve irat senedinin devri gösterilebilir¹³.

C. ALACAĞIN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Alacağın Devri Hukuki İşlemdir

Hukuki işlem, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır ve alacağın temlik ile taraflar, sözleşmeye dayalı olarak alacak hakkını devredenden devralana geçirdiği için mahiyeti itibarıyla hukuki bir işlemdir¹⁴. Bu hukuki işlemle alacak hakkına ehil olan değişmekte ve yeni bir hukuki netice hâsıl olmaktadır.

¹⁰ Eren, s. 1227.

¹¹ Bağce, s. 33; Eren, s. 1227.

¹² Gümüşsoy, s. 32-33; Bilgili/Demirkapı, s. 200

¹³ Bağce, s. 34; Gümüşsoy, s. 15; Nomer, s. 488.

¹⁴ Bağce, s. 20; Eren, s. 1228.

2. Alacağın Devri Sözleşmedir

Alacağın temliki, devredenle devralan arasında yapılan, borçlunun katılmadığı, iki taraflı hukuki işlem, sözleşmedir. Devreden, tek taraflı irade açıklamasıyla alacağı temlik edemez. Devralanın da açık veya örtülü irade açıklamasıyla sözleşme kurulur. Alacağın temliki, sadece alacaklıların değişmesini sağlar, borç ilişkisini etkilemez¹⁵.

Alacağın temliki sözleşmesi, alacak hakkını konu edindiğinden mahiyeti itibariyle bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu nedenle Borçlar Kanununda düzenlenmiş, sözleşmeye dayalı bir işlemdir. Fakat bu sözleşme, borç doğuran bir sözleşme, yani bir borç sözleşmesi olmadığından Türk Borçlar Kanununun Özel Borç İlişkilerini ihtiva eden ikinci kısımda değil, Genel Hükümleri barındıran birinci kısımda düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin kurulmasına, geçerliliğine, muvazaaya, irade bozukluklarına, temsile, tarafların ehliyetlerine, yoruma, şarta ilişkin vd. hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde, alacağın temliki sözleşmesine de uygulanır.

3. Alacağın Devri Tasarruf İşlemidir

Tasarruf işlemi, tasarrufta bulunan kişinin malvarlığını doğrudan etkileyerek, hakkın veya hukuki ilişkinin başka bir kişiye devrini, sınırlanmasını sağlayan, sorumluluk yükleyen, değiştiren veya sona erdiren bir işlemdir¹⁶. Borçlandırıcı işlemde, bir taahhüt vardır ve pasifte artış meydana getirir. Tasarruf işlemi ise aktifte eksilme yaratır. Borçlandırıcı işlemin geçerliliği bakımından, işlemin yapıldığı zaman önemli değildir. Hepsi geçerlidir fakat sadece taahhüdü yerine getiremeyen kişinin sorumluluğu doğar. Oysaki tasarruf işleminde zaman, ehemmiyet arz eder; çünkü yapıldığı anda, hak ya da hukuki ilişkide değişiklik meydana getirir ve tasarruf işlemi, genellikle borçlandırıcı işlemlerin tamamlayıcısıdır, taahhüdün yerine getirilmesi amacını taşıdığından ifa anlamına gelir¹⁷. Örneğin alacağın devri sözü verme, borçlandırıcı işlem olup, bununla alacağı devretme taahhüdünde bulunulur. Alacağın devri ile tasarruf işlemi meydana gelir.

Alacağın devri, bir tasarruf işlemidir. Usulüne uygun olarak yapılan alacağın devri sözleşmesiyle var olan alacak hakkı, devralanın malvarlığına geçer. Sözleşme yapıldığı anda, devredeninin malvarlığında azalma, devralanın malvarlığında ise artma meydana gelecektir. Alacağın devri, tasarruf işlemi olduğundan, geçerli olması, devredeninin alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlıdır. Bu yetki, kural olarak devir işleminin yapıldığı anda mevcut

¹⁵ Bağçe, s. 20-21; Eren, s. 1225; Gümüşsoy, s. 28; ; Bilgili/Demirkapı, s. 199.

¹⁶ Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 170-198.

¹⁷ Bağçe, s. 21-22; Gümüşsoy, s. 29.

olmalıdır. Tasarruf yetkisinin olmadığı hallerde, alacağın devri sözleşmesi, hüküm ve sonuç doğurmaz. Devre konu alacak hakkının birden fazla alacaklı varsa hepsinin tasarruf yetkisini haiz olması gerekir. Alacaklı adına devre yetkili iradi veya kanuni temsilcinin de alacak üzerinde tasarruf etmesi mümkündür¹⁸. Yetkisiz temsilcinin yaptığı devir ancak alacaklının sonradan vereceği onay ile etkisini gösterir. Onay, geçmişe etkili sonuç doğurur.

Alacak hakkı, birden fazla alacağın devri sözleşmesine konu olmuşsa, tasarruf işlemlerinde geçerli olan “öncelik ilkesi” sebebiyle zaman yönünden önce yapılan devir geçerli olur¹⁹. Zira alacağın devri tasarruf işlemi sayıldığından, ilk devir sözleşmesi yapıldığı anda, alacak hakkı geçmiş kabul edilir ve devreden alacaklının da artık tasarruf hak ve yetkisi bulunmadığından, sonraki devirler hüküm ve sonuç doğurmaz, geçersizdir.

İflas eden alacaklının iflas masasına kaydedilen alacakları üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer (İİK m. 191). Haciz halinde de alacaklının hacedilen alacak üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Terekenin resmi tasfiyesi durumunda da mirasçıların tereke alacakları üzerinde tasarruf yetkileri bulunmaz ancak mirasçılar, tasfiye devam ederken tasfiye için gerekli olmayan tereke mallarının ve paranın kısmen veya tamamen kendilerine verilmesini isteyebilirler (TMK m. 635/3).

Alacaklı, alacağı devrettiği sırada tasarruf yetkisini haiz olmamakla birlikte daha sonra bu yetkiyi tekrar kazanırsa, devirdeki geçersizlik de sağlık kazanır²⁰. Örneğin alacağı devralma veya miras yoluyla kazanması halinde durum böyledir.

4. Alacağın Devrinin Sebebe Bağlı Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Alacağın devri sözleşmesi, kazandırıcı bir işlemdir²¹. Her kazandırma gibi alacağın devri de hukuki bir sebebe, borçlandırıcı bir işleme ihtiyaç duyar²². Alacağın devrinin sebebe bağlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Fakat taraflar, sözleşme ile devrin geçerliliğini, asıl borç ilişkisinin geçerliliğine bağlayabilir²³.

Alacağın devri, sebebe bağlı bir tasarruf işlemi sayılırsa, hukuki sebebi oluşturan temel işlemin (örneğin alacağın bağışlanması) geçersizliği, tasarruf işlemi, yani devri de geçersiz kılar. Bu halde alacak hakkı geçmemiş

¹⁸ Eren, s. 1228; Gümüşsoy, s. 29.

¹⁹ Eren, s. 1228; Gümüşsoy, s. 29; Yıldırım, s. 380; Erdoğan, s. 274; Şafak, Ali / Diren, Duygu / Çakıroğlu, Evren Baklacı / Almac, Tuğçe Öztürk (2017) Alacağın Temlik (Devri), 1. Basım, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 48.

²⁰ Eren, s. 1229.

²¹ Reisoğlu, s. 463.

²² Eren, s. 1229-1230.

²³ Bağcı, s. 23; Gümüşsoy, s. 32;.

ve devreden alacaklıda kalmış olur. Böylece devralan zenginleşmeyeceği için devredene tekrar devretmesi de söz konusu olmaz. Olsa olsa devreden, yazılı devir belgesini (alacak senedini) devralana verdiği için onun elinde bulunan belgenin iade veya iptal edilmesini isteyebilir. Alacak senedi (devir belgesi), maddi bir cisim olarak taşınır mal niteliğinde olduğundan, böyle bir halde devralan, bunun üzerindeki mülkiyet hakkını kazanamaz, sadece zilyetliği söz konusu olur²⁴.

Alacağın devri, soyut bir işlem sayıldığı durumda, temeldeki borçlandırıcı işlem geçersiz olsa dahi, tasarruf işleminin geçerli olması halinde alacak, devredenden devralana geçer. Ancak bu geçerli bir sebebe dayanmadığından, devreden devralan aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir (TBK m. 77).

Kısmen eski bir görüşe göre, alacağın devri, soyut bir işlemdir²⁵. Bu görüş iki sebep üzerinde durmaktadır. Birinci sebep, bütün tasarruf işlemlerinin soyut bir işlem olduğu varsayımından hareket etmekte ve alacağın devri de bir tasarruf işlemi olduğundan onun da soyut bir işlem olması gerektiği sonucuna varmaktadır. Soyutluk görüşünü savunanların ileri sürdükleri ikinci sebep, işlerde güven ve istikrar ilkesine uygun düşeceği ve böylece borçlu ile devralanın daha iyi korunacağı düşüncesidir. Bu ilke kabul edildiği takdirde bir alacak hakkını kazanan devralanın, bu hakkı kendisine devreden kişinin de geçerli bir hukuki sebebe dayanarak kazanmış olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Devralanlar için bu teminat, hukuki işlemler için büyük bir istikrar ve güven sağlar.

Bugünkü hâkim görüş ise²⁶, alacağın devrini sebebe bağlı bir işlem olarak görmektedir. Türk/İsviçre hukuklarında kanun koyucu, en önemli tasarruf işlemi olan taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğunu düzenlemiştir (TMK m. 1024, 1025). Taşınır mülkiyetin devri yönünden de doktrin ve yargı kararlarında sebebe bağlılık ilkesi kabul edilmektedir²⁷. Alacağın devrinin de bunlardan farklı bir işleme tabi tutulmasının sebebinin açıklanamayacağı ifade edilmektedir. TMK m. 988’de taşınır mülkiyetinin kazanılmasında yeterli olan iyiniyetin, iyiniyetli devralan hakkında da kıyas yoluyla uygulanması mümkün görülmektedir²⁸.

Soyutluk ilkesini savunan yazarların değindiği, işlerde istikrar ve güven ilkesine eleştiri getirilebilir. Şöyle ki alacağın devrinin tek fonksiyon ve amacı, işlerde güven ilkesinin sağlanması veya istikrarın korunması değildir. Alacağın

²⁴ **Erdoğan**, s. 274; **Eren**, s. 1230; **Yıldırım**, s. 381; **Bilgili/Demirkapı**, s. 199-200.

²⁵ **Bağce**, s. 24; **Eren**, s. 1230-1231; **Gümüşsoy**, s. 31.

²⁶ Hâkim görüşün aksine Reisoğlu, Federal Mahkeme, Yargıtay ve doktrindeki çoğunluk görüşün, alacağın devrini soyut hukuki işlem olarak gördüğünü belirtmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 463.

²⁷ **Bağce**, s. 24; **Eren**, s. 1231; **Gümüşsoy**, s. 32.

²⁸ **Eren**, s. 1231-1232; **Bağce**, s. 24.

devrinde, kıymetli evrakta aranabilecek fonksiyonlar aranamayacağından, ikisini ayırmak gerekir. Nitekim sebebe bağlılık sisteminde iyiniyetin korunması ilkesi, güven ilkesinin yerini alabilir. Böylelikle devralanın korunması da sağlanmış olur²⁹.

D. ALACAĞIN DEVRİNİN KAPSAMI

1. Genel Olarak

Alacağın devri sözleşmesiyle, tarafların yaptığı anlaşmaya bağlı olarak (iradî devir), devredenden devralana devir gerçekleşmektedir. Bu sözleşmeyle birlikte, özne (alacaklı) değişmekte ve devralan, alacak hakkı sahibi sıfatını haiz olmaktadır. Alacağın devrinin her türünde bu durum geçerlidir. Yani iradesel, yasal ya da yargısal devir bakımından fark yoktur. Bunun sonucunda eski alacaklı, tasarruf yetkisini kaybeder ve alacak üzerinde tahsil, ibra, başka kişiye devir vs. hakları kalmaz. Zira yeni alacaklı hak sahibi olduğundan bu hakları, artık o kullanacaktır³⁰.

Alacağın devriyle birlikte alacak hakkı, devralana geçmektedir. Bununla birlikte devreden şahsına özgülenmeyen haklar da devrin kapsamına girmektedir. Bağlı haklar (teminat hakları, yenilik doğuran haklar), işlemiş faizler, öncelik hakları ve diğer hak ve yetkiler (kötü ifade istenecek tazminat, temerrütte gecikme zararını isteme, ayıp sebebiyle tazminat, onarım, ayıpsız misliyle değişimini isteme, tahkim şartı) devralana geçer.

2. Alacak Hakkının Geçmesi

Alacağın devrinde kapsam, tarafların isteğine göre şekillenir. Devir, kısmen veya tamamen olabilir fakat kısmi devirlerde alacak, bölünebilir nitelikte olmalıdır. Kısmi devirlerde alacak, sadece o kısım oranında, asıl ve bağılılarıyla birlikte devralana geçer. Bu durumda borçlunun karşısında birden fazla alacaklı olacaktır. Bunlardan biri ilk alacaklı, diğeri ise alacağı kısmen devralan kişidir. Bu durumda borçlu, ilk alacaklıya devredilmeyen kısım bakımından, yeni alacaklıya da devredilen kısım açısından sorumludur³¹.

Kıymetli evraka bağlanmış alacak hakkının kısmi devri mümkün değildir. Zira hak, senetten ayrı olarak var olamayacağı gibi başkasına da

²⁹ Eren, s. 1232.

³⁰ Diren, Duygu (2011) 'Alacağın Devrinin Hüküm ve Sonuçları' (Yüksek Lisans) Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 51; Bağce, s. 26-27; Gümüşsoy, s. 42-43; Bilgili/Demirkapı, s. 202; Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 562.

³¹ Bağce, s. 27; Günergök, Özcan (2014) Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, 1. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 45, 66, 89; Gümüşsoy, s. 49; Engin, Baki İlkay (2002) Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, 1. Basım, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 34; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 819.

devredilemeyecektir. Nitekim bu durum TTK m. 645'te açık olarak “*Kıymetli evrak öyle senettir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği gibi başkasına da devredilemez.*” hükmü ile düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, devralan bakımından ispat kolaylığını sağlamak amacıyla TBK m. 190'ı düzenlemiştir. Buna göre, “*Devreden, devralana alacak senedi ile ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli belgeleri vermekle yükümlüdür.*” Ayrıca alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekle bağlı olduğundan sözleşmeyle kanıtlanabilir.

Alacağın devrinin ivazlı ya da ivazsız yapılması, kapsam üzerinde değişikliğe sebep olmaz ve fakat garanti sorumluluğu açısından önem arz eder. Alacağın gerçek değerinin altında devri vaat edilmiş olsa dahi devir, gerçek değer üzerinden olacaktır³². Örneğin, on bin liralık alacak, beş bin liraya devredilirse, alacak on bin lira üzerinden devredilmiş sayılacak ve borçlu yönünden takip olacaksa da on bin lira üzerinden yapılacaktır.

İlama bağlanmış bir alacağın devri halinde, devralanın ilamlı icra yoluna başvurup başvuramayacağı hususunda olumlu yaklaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ilama dayalı bir alacağı devralan, borçluya karşı ilamların icrası yoluna gidebilecektir³³.

3. Alacakla Birlikte Geçen Haklar

TBK m. 189'a göre “*Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır.*” hükmünden anlaşıldığı üzere, taraflar kararlaştırmasa bile, kanun gereği öncelik hakları ve bağlı haklar devralana geçmektedir. Devredenin kişiliğine bağlı haklar ise devralana geçmez³⁴.

Örnek vermek gerekirse, TBK m. 153'te yer alan zamanaşımının durması sebepleri kişiye bağlıdır. Devreden açısından geçerlidir. Bu nedenle devirle birlikte zamanaşımı işlemeye başlar³⁵. Diğer bir örnek olarak İİK m. 101'de yer alan hacze iştirak hükmü verilebilir. Hükümde borçlunun eşine, çocuklarına, vasisine veya kayyımına imtiyaz tanınmıştır. Bu durumda alacak devredildiğinde devralan, hacze imtiyazlı olarak iştirak edemeyecektir.

³² **Günergök**, s. 89; **Bağce**, s. 28; **Engin**, s. 34.

³³ **Günergök**, s. 97.

³⁴ **Yavuz**, Nihat (2013) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, 1. Basım, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 985; **Bağce**, s. 28; **Günergök**, s. 45-46, 90; **Yıldırım**, s. 385; **Engin**, s. 35; **Reisoğlu**, s. 467; **Nomer**, s. 488; **Oğuzman/Öz**, s. 563; **Dayınlarlı**, Kemal (1993) Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 1. Basım, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 193; **Diren**, s. 53; **Uygur**, Turgut (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 1117-1118.

³⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 566; **Günergök**, s. 95-96; **Gümüşsoy**, s. 44; **Yavuz**, s. 986.

Alacak hakkı niteliğinde olmayan aynı hakların, yenilik doğuran hakların, fikri ve sınai hakların devri, alacağın devri hükümleri kapsamında yer almaz. Ancak bunlar alacağa bağlı (fer'i) nitelikte ise bağlı oldukları alacakla birlikte geçer (TBK m. 189). Rehin hakkının teminat altına aldığı alacak ile devralana geçmesi, bu bakımdan örnek verilebilir. Yenilik doğuran hakkın kullanımı ile ortaya çıkacak olan alacak ise alacağın devri hükümlerine tabi olur. Örneğin, alım, ön alım, geri alım gibi yenilik doğuran hakların devri mümkün değildir ancak bu haklar kanun gereğince miras yoluyla geçer (TBK m. 239/1). Fakat bunun aksi kararlaştırılabilir ve bunlardan doğan alacakların devri mümkündür (TBK m. 239/2).

Alacakla birlikte geçen hak, sadece devredilen alacağı değil de devredenin başkaca haklarını da güvence altına alıyorsa, tereddüt halinde bu hakkın devreden haklarını da etkilemeyecek biçimde geçtiği kabul edilmelidir³⁶.

a. Öncelik Hakları

Öncelik hakları, asıl alacakla birlikte devralana geçer ve fakat öncelik hakkı, alacaklının kişiliğine özgü olmamalıdır (TBK m. 189). İİK m. 206 alacaklıların sırasını düzenlemektedir. Bu maddede sayılan alacaklılar arasında yer alan devreden, bu alacağı devrettiğinde, devralan alacaklı da aynı imtiyazdan yararlanacaktır³⁷.

İmtiyazlı alacaklı, diğer alacaklılardan önce alacağı tahsil etme şansını elde etmiş olur. Burada öncelikli olan hak değil, hakkın elde edilmesini kolaylaştıran özelliklerdir. Örneğin, borçlunun iflası halinde bazı alacaklılar bu şekilde imtiyazlar elde etmiş olur. Keza tapuya şerh edilmiş bir alacağın devri halinde, yeni alacaklı da bu şerhin etkisinden yararlanacaktır³⁸.

b. Bağlı (Fer'i-Yan) Haklar ve Yetkiler

Alacağa bağlı hakların başında faizler, teminatlar ve yenilik doğuran haklar gelmektedir. Bunlardan ayrı olarak diğer hak ve yetkiler de bulunmaktadır.

i. Faizler

TBK m. 189'a göre, "*Alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır.*" Faiz de bağlı hak kapsamında yer almaktadır. Hem işlemiş fakat tahsil edilmemiş faiz alacakları, hem de işlememiş diğer bir deyişle müstakbel faiz alacakları devralana geçer. Taraflar

³⁶ Günergök, s. 89.

³⁷ Dayınlı, s. 194; Bağce, s. 28; Günergök, s. 90-91; Eren, s. 1239; Gümüşsoy, s. 45; Engin, s. 35; Reisoğlu, s. 467; Yavuz, s. 985; Oğuzman/Öz, s. 563; Diren, s. 53; Uygur, s. 1119; Şafak/ Diren/ Çakıroğlu/ Almac, s. 50.

³⁸ Şafak/ Diren/ Çakıroğlu/ Almac, s. 50; Diren, s. 53; Gümüşsoy, s. 45; Bağce, s. 29; Eren, s. 1239; Yavuz, s. 985; Oğuzman/Öz, s. 563; Dayınlı, s. 195; Uygur, s. 1119.

anlaşarak bunun aksini kararlaştırabilirler. Diğer bir ifadeyle faizin devredende kalacağını şart koşabilirler. Zira maddenin ikinci fıkrası, buna cevaz vermektedir. Devredilen faiz, hem sözleşmesel hem de yasal faizi kapsamaktadır³⁹. Fakat sadece kanuni faizin alacakla devralana geçeceği, sözleşmesel faizin bu kapsamda yer almadığı yönünde görüş de bulunmaktadır⁴⁰.

Alacağın devrinden sonra işleyecek olan gecikme faizlerinin devralana geçeceği açıktır⁴¹. Yasa koyucu, devredilen alacağa ilişkin işlemiş olan temerrüt faizinin kime ait olduğu hususunda ikinci fıkra ile karine getirmiştir. Buna göre, “*Henüz işlememiş faizler, yeni alacaklarının mal varlığında doğacakları gibi, işlemiş fakat henüz ödenmemiş olan faiz alacaktan da temlik edilen asıl alacakla birlikte devir alanlara geçer*”. Bu nedenle, devir öncesi işlemiş faizin devredende kalacağını kararlaştırıldığı hususu, hukuki işlemlere ilişkin genel ispat hükümleri çerçevesinde gerçekleşir. Fakat devirden önce oluşan temerrüt faizinin devralana geçmediği, devirden sonra gerçekleşen temerrüt faizinin devralana geçtiği de savunulmaktadır⁴².

Alacağın devrinden önce, TBK m. 122 kapsamında oluşan aşkın zararın, diğer bir deyişle temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın, devirle birlikte kendiliğinden devralana geçmeyeceği, aşkın zararı talep hakkının devredende olduğu, devirden sonra oluşacak aşkın zararı talep hakkının ise devralana geçeceği kabul edilmektedir⁴³.

ii. Yenilik Doğuran Haklar

Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar da alacağın temliki ile devralana geçer. Seçimlik borçlarda alacaklıya tanınan edimi seçme hakkı, muacceliyet ihbarında bulunma hakkı örnek verilebilir⁴⁴.

Yenilik doğuran hak, alacağa değil de borç ilişkisine bağlıysa bu durumda devralana geçmeyecektir⁴⁵. Borç ilişkisinin tarafı olmaya devam eden devreden, bu hakkı kullanmaya devam edebilecektir. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesh, irade bozukluğu nedeniyle sözleşmenin iptali, doktrinde örnek olarak

³⁹ **Diren**, s. 56; **Bağce**, s. 30; **Gümüşsoy**, s. 47-48; **Dayınlarlı**, s. 195; **Uygur**, s. 1119; **Şafak/Diren/Çakıroğlu/Almaç**, s. 51-52.

⁴⁰ **Günergök**, s. 100.

⁴¹ Yargıtay 12. HD., T. 23.3.2007, E. 2007/2755, K. 2007/5619 (Günay, Cevdet İlhan (2012) Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 758); **Nomer**, s. 489; **Yavuz**, s. 985-986; **Oğuzman/Öz**, s. 564; **Dayınlarlı**, s. 195; **Diren**, s. 56; **Uygur**, s. 1119-1120; **Şafak/Diren/Çakıroğlu/Almaç**, s. 51-52.

⁴² **Eren**, s. 1240.

⁴³ **Günergök**, s. 101.

⁴⁴ **Dayınlarlı**, s. 197; **Oğuzman/Öz**, s. 565; **Günergök**, s. 95; **Eren**, s. 1240; **Gümüşsoy**, s. 48; **Yıldırım**, s. 386; **Engin**, s. 35; **Diren**, s. 58; **Uygur**, s. 1119; **Buz**, Vedat (2005) Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 50-52, 55-57; **Şafak/Diren/Çakıroğlu/Almaç**, s. 55.

⁴⁵ Alacağın devri halinde yenilik doğuran hakların durumu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Buz**, s. 280-353.

verilmektedir⁴⁶. Aldatma ile sözleşme yapan kişinin yerine devralan kişi iptal davası açamayacaktır ancak devreden, devirden sonra, bu alacağı doğuran borç ilişkisini sona erdirirse bu durumda, hükümsüz bir alacak devredilmiş sayılır⁴⁷.

iii. Teminat Hakları

Çalışmamızın ileriki bölümlerinde detaylı incelenecektir⁴⁸.

c. Diğer Hak ve Yetkiler

Bazı hak ve yetkiler de alacağın devriyle devralana geçer. Kötü ifada istenecek tazminat, temerrütte gecikme zararını isteme, sonradan oluşan sözleşme cezasını isteme, ayıp sebebiyle tazminat, onarım, ayıpsız misliyle değişimini talep etme, mahkemeye başvurma, icra takibine girişme örnek olarak verilebilir⁴⁹. Diğer bir ifadeyle devralan alacaklı, devirden sonra kötü ifa durumunda tazminat isteyebilecek, gecikme sonucunda zararını talep edebilecek, mahkemeye başvurabilecek, icra takibinde bulunabilecektir.

Sözleşmede tahkim şartı varsa veya ceza koşulu öngörülmüşse, bunlar da devralana geçecektir. Eğer alacağın gecikmesi, devirden sonra meydana gelmişse ceza koşulunu isteme hakkı, devralana geçmiştir. Aksi halde devredene ait olmalıdır⁵⁰.

Keza intifa hakkı sahibi, intifa hakkının konusunu değilse bile, intifa hakkının kullanılmasını başkasına devredebilir (TMK m. 806). Malik de alacağın devri yoluyla intifa hakkı tesis edebilir (TMK m. 795).

Mülkiyetin saklı tutulması kaydıyla satışta, mülkiyeti saklı tutma kaydının da devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bir kısım yazarlar, hem devreden, hem de devralanın devrin özel sicile kaydedilmesini talep edebileceklerini ifade etmektedirler⁵¹. Bu konuya olumsuz yaklaşan, diğer bir görüşe göre ise; mülkiyeti saklı tutma kaydı ile satışta, mülkiyet hakkının saklı tutulmasının, bedel alacağının teminatını değil; bedelin ödenmemesi halinde sözleşmeden dönüldüğü takdirde, malın iadesini kolaylaştıran bir yol olduğu, bu nedenle alacağın devri ile birlikte TBK m. 189/1 gereği, saklı tutulan mülkiyet hakkının devralana geçmeyeceği ifade edilmektedir⁵². Mülkiyeti

⁴⁶ **Gümüşsoy**, s. 48; **Yıldırım**, s. 386; **Oğuzman/Öz**, s. 565; **Eren**, s. 1225, 1240; detaylı bilgi için bkz. Buz, s. 284-331.

⁴⁷ **Günergök**, s. 47, 91; **Engin**, s. 35, dn. 16a; **Yavuz**, s. 986; **Diren**, s. 58; **Uygun**, s. 1118.

⁴⁸ “III. ALACAĞIN DEVRİNDE TEMİNAT HAKLARI” bölümünde detaylı olarak yer verilmiştir.

⁴⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 565; **Bağcı**, s. 31; **Günergök**, s. 95; **Eren**, s. 1240; **Gümüşsoy**, s. 48-49.

⁵⁰ **Gümüşsoy**, s. 49; “**Hatemi/Gökyayla**, herhangi bir ayırım yapmaksızın ceza koşulunu isteme hakkının eski alacaklıya (devredene) ait olacağını ifade etmektedirler. **Eren**, devir ile birlikte devredene ait tazminat ve ceza koşulu alacağının da devralana geçeceğini belirtmektedir” (**Günergök**, s. 95); **Dayınlarlı**, s. 196-197; **Uygun**, s. 1120.

⁵¹ **Eren**, s. 1240; **Günergök**, s. 101; **Dayınlarlı**, s. 197.

⁵² **Günergök**, s. 101.

muhafaza kaydıyla satış, satılan şeyin alıcıya teslim edilmiş olmasına rağmen mülkiyetini, belli bir şartın gerçekleşmesine kadar satıcıda saklı tutan akit olarak tanımlanmaktadır⁵³. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta her ne kadar satılan şey alıcıya teslim edilmişse de mülkiyet alıcıya geçmez ve alacağın devri durumunda satıcının hakkı olarak kalan mülkiyeti saklı tutma hakkı da yan haklar olarak devralana geçer. Alacağı devreden ve devralan, devrin özel sicile kaydedilmesini isteyebilirler. Bu nedenle biz olumsuz yaklaşan görüşe katılmıyoruz.

II. ALACAĞIN DEVRİNDE TEMİNAT HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Teminat kavramını, borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından bir borcun ifa edilmesinin temini veya ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın karşılanabilmesi için alacaklıya verilen güvence olarak tanımlayabiliriz. Türk hukukuna göre teminatlar, aynı ve şahsi teminatlar olarak ikiye ayrılır. Aynı teminatlarda alacaklının, borçluya ya da üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde, herkese karşı ileri sürülebilir bir hak sahibi olması amaçlanır; şahsi teminatlarda ise borcun ifa edilmemesi riski, borçlu dışında bir kişi tarafından üstlenilir, teminat altına alınır⁵⁴.

Tarafarca, alacağın zamanında ve eksiksiz olarak ifa edilmesinin teminata bağlanması halinde, kural olarak devreden kişiliğine bağlı olmayan bu teminat hakları da devir ile birlikte devralana geçer. Teminatlar, fer'i hakların başında gelmektedir. Devralan, ayrı bir işleme gerek olmaksızın rehin, kefalet gibi teminatlar varsa bunlardan yararlanır⁵⁵. Fakat irade özgürlüğü çerçevesinde, sadece devreden alacaklıya rehin verileceği, kefil olunacağı taahhüt edildiyse, bu haklar devralana geçmez ve devralan, bu teminatlara dayanarak hak iddia edemez. Devralan, alacağını tahsil edemezse, taşınır veya taşınmaz rehnini paraya çevirebilir veya kefile başvurabilir⁵⁶.

B. AYNI TEMİNAT ALTINA ALINMIŞ ALACAKLARIN DEVRİ

1. Taşınır Rehni

a. Tescilli Zorunlu Olmayan Taşınır Malların Rehni

Devir sözleşmesine konu olacak, taşınır mal rehni ile teminat altına alınmışsa devreden, zilyedi bulunduğu rehni, devralana teslim etmek zorundadır.

⁵³ **Aral**, Fahrettin (1973) 'Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1, s. 197-229.

⁵⁴ Aynı ve şahsi teminat ile teminat amaçlı alacağın temlikli ayrımı için bkz. Şafak, Ali (2017) 'Teminat Amaçlı Alacağın Temlikinin Diğer Teminatlar Arasındaki Yeri ve Benzer İşlemlerden Ayırt Edilmesi' Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 129, s. 115-126.

⁵⁵ **Dayınlı**, s. 196; **Bağce**, s. 29; **Oğuzman/Öz**, s. 564; **Diren**, s. 56.

⁵⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 564; **Bağce**, s. 29; **Günergök**, s. 94; **Gümüşsoy**, s. 46.

Taşınır rehni, eşya cinsinden alacağa bağlı fer'i bir haktır⁵⁷. Alacağa teminat sağlamak için konulan taşınır rehinde, teslimle kurulması hükmünden farklı olarak (TMK m. 939) rehne konu taşınır mal, devredene teslim edilmeksizin yeni alacaklı, devir işlemiyle birlikte rehin hakkını kazanır. Ancak bu haktan devralanın faydalanabilmesi için rehlin kendisine teslim edilmesi gerekir ve hatta devralan, bu hakkını kullanabilmek için devredeni teslimine zorlayabilir⁵⁸. Fakat alacağın devri sözleşmesinde aksi kararlaştırılabilir. Taşınır rehlinin devredende kalacağı kararlaştırılmışsa, rehin hakkından feragat anlamına gelmektedir. Alacak olmaksızın rehin de olmayacağından fer'i niteliği gereği rehin hakkı sona erer.

b. Tescilli Zorunlu Taşınır Malların Rehni

TMK m. 940/2 uyarınca, “*Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir...*” hükmüne yer verilerek, zilyetlik devredilmeden bazı taşınır mallar üzerinde rehin tesis edilmesi kanunen sağlanmıştır.

Uygulamada bu tür rehin, genellikle motorlu taşıtlar üzerindeki rehin veya ticari işletme rehni olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle banka kredisi kullanılarak motorlu taşıt satın alınması işlemlerinde karşılaşılan bu tür rehinde, kredi veren kurumun teminat ihtiyacının karşılanması menfaati ile motorlu araç sahibinin motorlu aracı çalıştırıp yararlanma menfaati dengelenmiştir.

Ticari işletme rehni⁵⁹, ticari işletmeye ait menkullerin Rehinli Taşınır Sicili'ne yapılan tescil ile alacaklıya teslim edilmeksizin rehnedilebilmesidir. Böylece borçlanan işletme sahibi menkul mallarını teslim etmeksizin menkul işletme tesisatının tamamı üzerinde sınırlı bir ayni hak olan rehin hakkı tesis ederek ticari faaliyetine devam etme olanağına kavuşmuş olur⁶⁰.

Yargıtay bir kararında; “*Davacı taraf ile dava dışı banka arasında yapılan alacağın temlik sözleşmesi gereği, alacağın teminatı olan ticari işletme rehlinin de davacı adına tescilli talep edilmektedir. Ticari işletme rehni asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir hak olduğuna göre rehlin de alacağı temlik*

⁵⁷ Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, s. 731; Sirmen, A. Lale (2015) Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 544; Ertaş, Şeref (2017) Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir, Barış Yayınları, s. 548; Esener, Turhan / Güven, Kudret (2012) Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 442.

⁵⁸ Uygur, s. 1120; Oğuzman/Öz, s. 564; Günergök, s. 93; Bağce, s. 30; Gümüşsoy, s. 47; Yavuz, s. 985; Dayınlarlı, s. 205-206; Diren, s. 57; Şafak/ Diren/ Çakıroğlu/ Almaç, s. 53.

⁵⁹ Bkz. 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, RG. 28/10/2016, S. 29871.

⁶⁰ Ticari işlemlerde taşınır rehni ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Yağbasan, Hicabi (2019) ‘Türk Medeni Kanununun Taşınır Rehni Hükümleri Çerçevesinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni’ (Yüksek Lisans) Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 22 vd.

alana devrinde yasal bir engel bulunmamaktadır...” diyerek ticari işletme rehni alacağın devri sözleşmesine konu edilebileceğini belirtmiştir⁶¹. Devir sözleşmesine konu alacak, tescilli zorunlu taşınır mal rehni ile teminat altına alınmışsa devreden, zilyedi bulunduğu rehni, devralana teslim etmek zorunda kalmayacaktır.

2. Hapis Hakkı

Hapis hakkı, alacak sahibinin lehine meydana gelen, alacağı garanti eden fer'i nitelikte bir haktır⁶². Borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde, alacaklı lehine aynı bir güvence sağlar. Hapis hakkı sahibi, bu hakkını borçlu nezdindeki alacağının değerine eşit bir meblağ için kanunen kullanabilir⁶³.

Hapis hakkı, taşınır rehni ile bağdaşabilen aynı bir haktır. Kanun koyucu da buna binaen hapis hakkını, taşınır rehni başlığı altında düzenlemiştir. Aralarındaki en belirgin fark ise hapis hakkının sözleşmeden değil, kanundan doğmasıdır⁶⁴. TMK m. 950'e göre, “*Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evraki, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedilebilir.*”

Devredilen alacak sayesinde doğmuş olan hapis hakkı da alacağın devredilmesi ile kendiliğinden devralana geçecektir. Federal Mahkeme⁶⁵, 25.3.1974 tarihli verdiği kararda, “*ticari olmayan hapis hakkını –ki bu herhangi bir kimseye ait olabilir- temlik edenin şahsından ayrılamaz şeklinde kabul etmek için yeterli bir sebep yoktur.*” diyerek tacirlere ilişkin hapis hakkının varlığına ilişkin karine ve alacağa faiz yürütülmesi kişiye özgü olarak görülmüştür. Buna göre bu haklar henüz gerçekleşmemiş iseler devralana geçmez⁶⁶. Diğer yandan Federal Mahkeme aynı kararda: “*Hapis hakkının alacak niteliğinde bir temellük edene intikali, rehin hakkı gibi alacağın garanti edilmesini amaçladığından, tamamen birbirleriyle bağdaşabilir. Böyle bir intikale, alacaklının zilyetliğine giren bir şeyden mütevellittir diye karşı çıkamayız. Bilgisi olduğu andan itibaren hapis hakkı, artık borçlunun iradesine bağlı değildir. Eğer borçlu, alacaklı tarafından şeyin hapsedilmesinden dolayı mutazzar oluyorsa, icabında hapis hakkını menkul rehni gibi gerçekleştirebilir; alacağın temlik halinde hapis hakkının düşürülmesi, ona haksız bir yarar sağlardı*”. Aynı kararında şunu da eklemektedir: “*Borçlunun hukuki durumu temellük edene*

⁶¹ Yargıtay 11. HD., T. 20.10.2014, E. 2014/6984, K. 2014/16069 sayılı ilamı.

⁶² İmre, Zahit (1952) ‘Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.18, S. 3-4, s. 742, 744; **Koyuncu**, İlky (2019) ‘Türk Medeni Kanunu’nda Hapis Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi) Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s 142.

⁶³ **Yağbasan**, s. 20.

⁶⁴ **Yağbasan**, s. 11.

⁶⁵ **Dayınlı**, s. 208.

⁶⁶ **Günergök**, s. 93, 100-101.

bu hakkın intikali ile ağırlaşmamaktadır. Bu alacak, temlik edene karşı eskisi gibi kalmıştır; yani temlik edilen alacağın borçlusu, borcu ödemek ve yeterli değerinde başka teminatlar sağlayarak (TMK m. 953) eşyanın zaptedilmesini önleyebilir". Federal Mahkeme, aynı kararında temellük edenin durumu hakkında da şu açıklamayı yapmıştır: “Eğer temellük eden kimse hapis hakkını elde edemeseydi, böyle önemli bir hakkını kaybederdi”.

Öğretide, hapis hakkının temlikine ilişkin aksi yönde görüşte olanlar da vardır. *VonTUHR*'a göre, öngörülen hapis hakkı, alacaklı, şeyin zilyedi olduğunu kabul ettiğinden devralana geçmez; hapis hakkının tabi olduğu şartları şahsında toplayan devralanın lehinde yeniden tesis edilmiş olur⁶⁷.

Bizim de katıldığımız görüşe göre⁶⁸, alacağın temliki yoluyla TBK m. 189/1 gereğince hapis hakkı alacağa bağlı fer'i bir hak olarak devralana geçer. Ayrıca hapis hakkının şartlarının temlik alan açısından aranması gerekmez. Zira burada yeni bir hapis hakkı değil, var olan hapis hakkının bir başkasına geçmesi söz konusudur.

3. Hak ve Alacaklar Üzerinde Kurulan Rehin

TMK m. 954'e göre, “Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir. Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslimine bağlı rehin hükümleri uygulanır.” Hak veya alacak üzerinde rehin hakkı, rehinli alacaklıya, üzerinde rehin kurulan hak veya alacağı icra vasıtası ile paraya çevirerek alacağı tahsil etme yetkisi verir. Üzerinde rehin hakkı kurulabilecek hak ve alacaklar, bağımsız olarak devre elverişli olan ve para ile değerlendirilmesi mümkün olan hak ve alacaklardır. Örneğin, temlike elverişli malvarlığı değeri olan alacak, kıymetli evrak, patent hakkı, marka, maddi değeri olan fikri haklar ve hisse senetleri üzerinde rehin tesis edilebilecek hak ve alacaklardır.

Pay senedi rehni de niteliği itibarıyla hak ve alacak üzerinde kurulmuş bir rehindir. Anonim şirket payı, bir yandan sermayenin bir parçası olarak pawnsahipliği haklarının oluşturduğu bir bütünü, diğer yandan da pawnsahipliği haklarının kendisine bağlandığı kıymetli evrak niteliğinde bir belgeyi ifade eder.

Kanun koyucu, hak ve alacaklar üzerindeki rehin hakkında, aksine bir hüküm olmadıkça, teslimine bağlı rehin hükümleri uygulanır demektedir. Alacağın devri durumunda bu rehin hakları da kendiliğinden devralana geçecektir. Yukarıda, tescilli zorunlu olmayan taşınırın rehni konusunda anlattığımız hususlar burada da geçerlidir.

⁶⁷ **Dayınlarlı**, s. 208-209; benzer yönde bkz. Çetiner, Bilgehan (2010) Hapis Hakkı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 149.

⁶⁸ Hapis hakkının alacağın devri ile birlikte geçip geçmeyeceğine yönelik görüş ve tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, Haluk (1954) ‘Hapis Hakkının Temliki’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 11, S. 3, s. 222-230.

4. İpotek

İpotekli taşınmaz devredilebildiği gibi, ipotekli alacak da rehin alacaklısı tarafından bir üçüncü kişiye, borçlunun onayı olmaksızın devredilebilir⁶⁹. İpotek, güvence altına aldığı alacağa bağlı fer'i bir hak olduğundan alacaktan ayrılması mümkün değildir. Hal böyle olunca, ipotekli alacağın temlik halinde ipotek de kendiliğinden devralana geçer⁷⁰.

TMK m. 891'e göre, "İpotekle güvence altına alınmış bir alacağın devrinin geçerli olması, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir." hükmü uyarınca ipoteğin yeni alacaklıya geçmesi için tescil işlemi zorunlu değildir.

Devir işleminin tamamlanmasına rağmen, eski rehinli alacaklının ismi tapu sicilinde kalır. İpotekli alacağın devredildiğini, bu sebeple de ipotek hakkının sicil dışı kazanıldığını iddia eden, alacağı devralan taraf, bu hususun düşünceler sütununa işlenilmesini tapu sicil müdürlüğünden isteyebilecektir⁷¹. Tapu Sicil Tüzüğü'nde "rehin haklarının tescili" başlıklı m. 31/2'ye göre, "Rehin hakkının kuruluşundaki şartlarda yapılan değişikliğe ait sözleşmeler, alacağın kısmen ödenmesine ilişkin istemler, 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 183 üncü maddesi uyarınca yapılacak alacağın devri sözleşmeleri ve benzerleri düşünceler sütununda belirtilir.". TST m. 31/2 yollamasıyla Tapu Sicil Tüzüğü m. 35/3 ve 73 uyarınca, devralan alacaklının adı, soyadı ve ikametgâh adresi alacaklılar siciline kaydedilir. Rehinli alacağın devri halinde; kütük sayfasının ilgili sütununda eski alacaklının adı, soyadı ve baba adı kırmızı mürekkepli kalemle çizilir ve üzerine düşüncelere bakınız anlamına gelen "D.B." harfleri, düşünceler sütununda da rehinle ilgili harfle yeni alacaklının adı, soyadı, baba adı ile işleme ait tarih ve yevmiye numarası yazılır. Sicile yeni kaydedilen rehinli alacaklıya tebligatlar yapılır.

İpotek ile teminat alınmış alacağın devrinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir (TBK m. 184/1). Uygulamada, ipotek ile teminat altına alınan alacakların devrine ilişkin sözleşmeler, daha güvenli olması bakımından, noterce düzenlenmiş veya onaylanmış biçimde olabileceği gibi, tapu sicil müdürü tarafından düzenlenme şeklinde de yapılabilmektedir⁷². Bu yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte, devir işlemine daha fazla güvenlik sağlamak ve devralanın alacaklılar siciline yazılmasını kolaylaştırmak amacı ile yapılmaktadır.

⁶⁹ İpotekli alacağın temlik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şafak/Diren/Çakıroğlu/Almaç, s. 217 vd.; Özel, Bengisu (2019) 'İpotek Hakkının Sona Ermesi' (Yüksek Lisans) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 54-59.

⁷⁰ Özel, s. 55.

⁷¹ Özel, s. 55-56.

⁷² Özel, s. 57.

İpotekli alacağın devri için de borçlunun onayına gerek yoktur. Ancak kendisine devir işlemi bildirmeyen borçlu, ilk alacaklıya iyi niyetli olarak yaptığı ödeme ile borcundan kurtulur (TBK m. 186).

Taşınmaz rehninin devredende kalması kaydıyla yapılan devir, haklı olarak batıl kabul edilmektedir⁷³. İki gerekçe sunulmaktadır: İlk olarak, taşınmaz rehin hakkı bunun temelinde olan alacaktan koparılamaz; ikinci olarak ise, taşınmaz rehni hakkından feragat, ancak tapu sicil müdürlüğünde terkin beyanında bulunulmakla sona erdirilebilmektedir. Taşınır rehninden farklı olarak şekil kuralına uyulmaksızın feragat edilemez⁷⁴.

5. İpotekli Borç Senedi ve İrat Senedi

İpotekli borç senedi, taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış kişisel bir alacak meydana getirir (TMK m. 898). İrat senedi ise, bir taşınmaz üzerinde taşınmaz yükü şeklinde kurulmuş bir alacak hakkı meydana getirir (TMK m. 903).

TMK m. 924'e göre, "İpotekli borç senedindeki veya irat senedindeki alacağın devri, rehin senedinin teslim edilmesine bağlıdır. Rehin senedinin nama yazılı olması halinde devralanın adı ve devir işlemi senet üzerine yazılır." hükmü gereğince kanun koyucu, ipotekli borç senedi ve irat senedi halinde alacağın devrinin şeklini belirtmektedir.

İpotekli borç senedi ve irat senedinin hukuki niteliği, ipotekten farklıdır. Alacağı güvence altına almanın yanında, taşınmazın el değiştirmesinde de rol oynar. Bu nedenle, ipotekli borç senedine veya irat senedine bağlı şahsi alacak, senetten ayrılmaz bir alacak haline gelir. Kanun, bu iki kuruma temeldeki şahsi alacaktan bağımsız, otonom bir hayat sunar⁷⁵.

C. ŞAHSİ TEMİNAT ALTINA ALINMIŞ ALACAKLARIN DEVRİ

1. Genel Olarak

Borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu dışında bir kişi tarafından üstlenildiği şahsi teminatlar, kefalet ve garanti sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kefalet ile garanti sözleşmeleri arasındaki en önemli fark, kefaletin fer'i, garantinin ise asli nitelik taşımasıdır. Garanti, fer'i nitelik taşımadığından konumuzun kapsamına dâhil değildir.

Şahsi teminat halinde alacaklıya ayni ve mutlak bir hak değil, şahsi ve nispi bir hak tanınır. Diğer bir deyişle, esas alacağın güvencesi amacıyla şahsi teminat, alacaklıya, sadece taahhüdün hukuki niteliğinin şekline göre alacağın ifasını bahşeder.

⁷³ Günergök, s. 93; Bağce, s. 30; Gümüşsoy, s. 47.

⁷⁴ Diren, s. 57; Şafak/ Diren/ Çakıroğlu/ Almaç, s. 54.

⁷⁵ Dayımlarlı, s. 204-205.

2. Kefalet

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunun ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 581). Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğü, bir başkasına ait borcun ifası bakımından güvence vermeye yöneliktir ve kendi başına var olabilen bir yükümlülük değildir. Kefilin yükümlülüğünün varlığı ve devamı, güvence altına alınan esas borca bağlıdır. Ancak kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden farklı bir hukuki ilişki olup, geçerliliği ve bağlayıcılığı, hem mevcut ve geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir, hem de kefalet sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır⁷⁶.

Kefilin sorumluluğu, fer’i bir sorumluluk doğurur. Esas alacağa bağlı bir kefalet varsa, genel kurala göre alacağın devri ile kefalet de devredilmiş olur. Bunun yanında, alacaklı kısmi bir devir yapmış ise, kefaleti kendi alacağı için elinde tutup, devrettiği kısmi kefalet dışı bırakabilir⁷⁷. İrade ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, kararlaştırma yapılabilir. Taraflar kefalet alacağının devralana geçmeyeceğini, devredene ait olacağını kararlaştırırlarsa, bu halde kefalet borcu sona erer⁷⁸.

SONUÇ

Çalışmamızda genel itibariyle alacağın devri, özelde ise teminat altına alınmış alacağın devri incelenmiştir. Alacağın devri, alacaklının sahip olduğu alacak hakkının, borçlunun rızası aranmaksızın, şekle uygun yapılan sözleşmeyle, üçüncü kişiye devredilmesidir. Borçlu devir sözleşmesinin tarafı değildir. Haberinin olmasına dahi gerek yoktur. Bu sözleşmeyle alacaklılar arasında taraf değişikliği meydana gelmiş olur.

Eski Borçlar Kanununda “devir” kavramı yerine “temlik” kavramı, “devreden” kavramı yerine “temlik eden”, “devralan” kavramı yerine “temellük eden” kavramı kullanılmaktaydı.

Roma hukukunda alacak hakkı, alacak ile borçlunun şahsına bağlı olduğundan alacağın devri mümkün değildi. Bunun sonucu olarak da borçlu alacaklıya hep mahkûm olmakta ve alacaklı borçluyu dilediği gibi kullanmaktaydı. Bu durum, ekonomik hayatın gelişmesiyle tıkanıklık yarattığından, yeni çözüm arayışlarına girildi. Bunlardan biri, yenileme (*novation*), diğeri ise vekâlet (*in remsuam*) oldu.

Alacağın devri, kazandırıcı bir işlemdir. Tasarruf işlemidir, sözleşmedir. Sebebe bağlı bir işlem mi, yoksa soyut bir işlem mi olduğu hususunda

⁷⁶ Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan (2014) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 437-438.

⁷⁷ Bağçe, s. 29; Diren, s. 57; Uygur, s. 1120; Şafak/ Diren/ Çakıroğlu/ Almaç, s. 53.

⁷⁸ Aral/Ayrancı, s. 439.

doktrinde tartışmalar vardır. Taşınmazın devri bakımından sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir (TMK m. 1015). Taşınırın devri konusunda da doktrinde sebebe bağlı olduğunu ileri sürenler çoğunluktadır. Kanunda açık bir hüküm yoktur.

Türk Borçlar Kanunundaki alacağın devri, iradi devre ilişkin düzenlemedir. Ancak yasal veya yargısal yollarla da devir mümkün olmaktadır. Bu halde alacağın geçmesi için herhangi bir irade açıklamasına gerek yoktur. Esasen burada bir devir değil de intikalden bahsetmek daha yerinde olur. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde iradi devre ilişkin hükümler, yasal veya yargısal devre de kıyasen uygulanacaktır.

Alacağın devri ile birlikte, asıl alacak hakkı devralana geçer. Alacak hakkının devri, kısmen ya da tamamen olabilir. Kısmi devirlerde, alacağın bölünebilir nitelikte olması gerekir.

Alacağın devri ile devrenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır (TBK m. 189). Taraflar kararlaştırmaları dahi, kanun gereği öncelik hakları ve bağlı (yan-fer'i) haklar devralana geçer. Alacak niteliğinde olmayan aynı hakların, yenilik doğuran hakların, fikri ve sınai hakların devri alacağın devri hükümleri kapsamında değildir. Ancak bunlar bir alacağa bağlı (fer'i) ise, bağlı oldukları alacakla birlikte geçerler.

Devredenin kişiliğine bağlı olmayan öncelik hakları, alacakla birlikte devralana geçmektedir. İİK m. 206 alacaklıların sırasını belirlemektedir. Bu maddeye yazılan imtiyazlı alacaklar arasında yer alan devreden bu alacağı devrettiğinde, devralan alacaklı da aynı imtiyazdan yararlanır. Bunun dışında tapuya şerh edilmiş bir alacak varsa devri halinde yine devralan bu şerhin etkisinden faydalanacaktır. İİK m. 101 hacze iştirak hükmüne yer vermektedir. Buradaki gibi şahsa bağlı bir öncelik hakkı varsa bu durumda, devralana geçmeyecektir.

Faizler ve yenilik doğuran haklar, alacağa bağlı (fer'i) oldukları durumda asıl alacakla birlikte devralana geçer. Diğer hak ve yetkiler de alacak hakkının devriyle devralana geçecektir. Sözleşmede tahkim şartı varsa ya da cezai şart öngörülmüşse, aksine düzenleme yoksa devralan, bunları iktisap edecektir.

Taraflarca, alacağın zamanında ve eksiksiz olarak ifa edilmesinin teminata bağlanması halinde, kural olarak devredenin kişiliğine bağlı olmayan bu teminat hakları da devir ile birlikte devralana geçer. Teminatlar, fer'i hakların başında gelmektedir. Devralan, ayrı bir işleme gerek olmaksızın rehin, kefalet gibi teminatlar varsa bunlardan yararlanır. Fakat irade özgürlüğü çerçevesinde sadece devreden alacaklıya rehin verileceği, kefil olunacağı taahhüt edildiyse, bu haklar devralana geçmez ve devralan, bu teminatlara dayanarak hak iddia edemez.

KAYNAKÇA

- **Akipek**, Jale G. / **Akıntürk**, Turgut (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları.
- **Aral**, Fahrettin (1973) ‘Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1, s. 197-229.
- **Aral**, Fahrettin / **Ayrancı**, Hasan (2014) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- **Bağçe**, Duygu Hidayet Arda (2015) ‘Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması’ (Yüksek Lisans) İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- **Bilgili**, Fatih / **Demirkapı**, Ertan (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Basım, Bursa, Dora Yayınevi.
- **Buz**, Vedat (2005) Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları.
- **Çetiner**, Bilgehan (2010) Hapis Hakkı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- **Dayınlarlı**, Kemal (1993) Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 1. Basım, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları.
- **Diren**, Duygu (2011) ‘Alacağın Devrinin Hüküm ve Sonuçları’ (Yüksek Lisans) Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- **Engin**, Baki İlkey (2002) Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, 1. Basım, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- **Erdoğan**, İhsan (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Basım, Ankara, Gazi Kitabevi.
- **Eren**, Fikret (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- **Ertaş**, Şeref (2017) Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir, Barış Yayınları.
- **Esener**, Turhan / **Güven**, Kudret (2012) Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- **Gümüüşsoy**, Güler (2013) ‘Alacağın Devrinde Devredenin Garanti Yükümlülüğü’ (Yüksek Lisans) İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- **Günay**, Cevdet İlhan (2012) Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları.
- **Günergök**, Özcan (2014) Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, 1. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- **İmre**, Zahit (1952) ‘Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.18, S. 3-4, s. 742-781.

- **Kılıçoğlu**, Ahmet M. (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- **Koyuncu**, İlkey (2019) ‘Türk Medeni Kanunu’nda Hapis Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi) Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- **Nomer**, Haluk N. (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- **Özel**, Bengisu (2019) ‘İpotek Hakkının Sona Ermesi’ (Yüksek Lisans) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- **Rado**, Türkan (2013) Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- **Reisoğlu**, Safa (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- **Sirmen**, A. Lale (2015) Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- **Şafak**, Ali (2017) ‘Teminat Amaçlı Alacağın Temlikinin Diğer Teminatlar Arasındaki Yeri ve Benzer İşlemlerden Ayırt Edilmesi’ Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 129, s. 115-126.
- **Şafak**, Ali / **Diren**, Duygu / **Çakıroğlu**, Evren Baklacı / **Almaç**, Tuğçe Öztürk (2017) Alacağın Temliki (Devri), 1. Basım, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- **Tandoğan**, Haluk (1954) ‘Hapis Hakkının Temliki’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3, s. 222-230.
- **Uygur**, Turgut (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- **Yağbasan**, Hicabi (2019) ‘Türk Medeni Kanununun Taşınır Rehni Hükümleri Çerçevesinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni’ (Yüksek Lisans) Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- **Yavuz**, Nihat (2013) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, 1. Basım, Ankara, Adalet Yayınevi.
- **Yıldırım**, Abdülkerim (2014) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

YENİ BİR MODEL OLARAK HÂKİM-SAVCI YARDIMCILIĞINDA YETİŞTİRİLME SÜRECİ

The Process of Improving as a New Model for the Assistant Judge-Prosecutor

Ömer BATUR *

Geliş Tarihi: 11.05.2020 Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Türkiye'de, hâkim ve savcıların mesleğe kabul öncesi yetiştirilme süreci, hâkim-savcı adaylığı statüsünde yürütülmektedir. Bilindiği gibi, son zamanlarda bu sistemin değiştirilmesi, hâkim-savcı yardımcılığı müessesesinin getirilmesi amacıyla çalışmalar devam etmektedir. Çalışmamızda, hâkim-savcı yardımcılığında geçirilecek sürecin eğitim ve staj içeriklerine ilişkin öneriler bulunmaktadır. Önerilen bu modelde, hâkim-savcı yardımcılarının nitelik olarak ara statüde konumlandırılması, kontrollü ve kademeli olarak etkinleştirilmesi ve sorumluluğun artırılarak tecrübe odaklı geliştirilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, hâkim-savcı yardımcılarının mahkemelerdeki iş yüküne olumlu katkı sağlaması beklenmektedir. Model tasarlanırken, hukuk fakültelerinde kurulan hukuk kliniklerinin öğrencilik döneminde, hâkim-savcı yardımcılığı öncesi, alt yapıyı oluşturma nedeniyle önemi vurgulanmıştır. Diğer taraftan, karşılaştırmalı hukukta hâkim-savcı yetiştirilmesine ilişkin uygulamalar ile Türkiye'de bazı kariyer mesleklerdeki yöntemlerden bahsedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hâkim-savcı yardımcısı, hukuk kliniği, yetki, yeterlik, eğitim, staj, uzmanlaşma.

ABSTRACT

Turkey, the process of upbringing judges and prosecutors before the profession is carried out as the assistant judge-prosecutor. As it is known, recently, works are underway to change this system and to bring in the assistant judge-prosecutor. In our study, there are suggestions regarding the education and internship contents of the process to be the assistant judge-prosecutor. In this proposed model, the assistant judges and prosecutors have an intermediate status in qualification. Their increasing the controlled and gradually be enabled and responsibility is aimed at developing experience. In addition, the assistant judge-prosecutors are expected to contribute positively to the workload in the courts. While designing the model, the importance of the legal clinics established in the law faculties constitutes the infrastructure during the student period and it was emphasized. On the other hand, practices related to the training of judges and prosecutors in comparative law and the method has been mentioned in some professional career in Turkey.

Keywords: The assistant judge-prosecutor, legal clinic, competence, proficiency, education, internship, specialization.

* 14. Dönem İdari Yargı Hâkimliği Adayı, e-posta: baturomr@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2616-5087.

GİRİŞ

Hâkim ve savcılarının mesleğe kabul öncesi yetiştirilme süreci, mer’i mevzuat hükümlerine göre hâkim ve savcı adaylığı statüsünde yürütülmektedir. Son zamanlarda, uygulanmakta olan sistemin değiştirilmesi, hâkim ve savcı yardımcılığının getirilmesi amacıyla çalışmalar yapılmaktadır. Ancak, bunun ne şekilde uygulanacağı henüz netleşmemiştir.

Önerilen modelde, hâkim-savcı yardımcılığı iki aşamaya ayrılmış ve ilerleyen bölümlerde detaylandırılmış olup; ikinci aşaması olan yetkili hâkim-savcı yardımcılığının sonunda başarılı olanların hâkim-savcı olarak atanmaları; başarısız olanlara ise ikinci bir sınav hakkı verilmesi şeklinde planlama yapılmıştır. İkinci sınavdan da başarısız olanların, meslek hayatı boyunca yetkili hâkim-savcı yardımcısı olarak görevlerine devam etmesi gündeme gelebilir. Nitekim, hâkim-savcı yardımcılığının, sürekli ifa edilen bir meslek olarak hukuk düzenimize ihdas edilmesi gerektiğini ifade eden görüşler mevcuttur. Çalışmamızda tasarlanan hâkim-savcı yardımcılığının altyapısı, bu düşünceye de uygundur. Ancak, hâkim-savcı yardımcılığı döneminin, hâkim ve savcılarının mesleğe kabul öncesi eğitim ve stajlarını içeren geçici bir süreç olarak düzenlenmesi, yargılama faaliyetinde yeknesaklığın sağlanması amacıyla ayrı bir meslek türünün ihdas edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bakımdan, belirli bir dönemi kapsamaması nedeniyle mer’i mevzuattaki hâkim ve savcı adaylığına benzerlik gösterir.

Hâkim-savcı yardımcılığının geçirileceği süreçte, eğitim ve stajlardaki konumu, niteliği ve yetkileri kademeli bir şekilde artırılarak meslek öncesinde geliştirilmesi için uygulanabilecek yöntemler belirlenmeye çalışılmıştır. Hâkim-savcı yardımcısının, atanmış bir hâkim veya savcı gibi deneyim kazanması için bazı yetkilerin bir aşamadan sonra kendisine verilerek, kendi adına çalışabilmesine uygun ortam oluşturulmalıdır. Bu noktadan hareketle, hâkim-savcı yardımcılığının son aşamasında “yetkili hâkim-savcı yardımcısı” olarak görevlendirilmesi, görevli olduğu mahkemede kendisine tevdi edilen dosyalardan bizzat sorumlu tutularak deneyim kazanması sağlanmalıdır.

Konu aktarılırken, karşılaştırmalı hukukta hâkim-savcı adaylığı veya yardımcılığına ilişkin bir takım uygulamalarla birlikte, Türkiye’de bazı kariyer mesleklerde uygulanan yardımcılık veya adaylık sürecinde neler yapıldığına ilişkin bilgilere usulüyle birlikte yer verilmiştir. Diğer taraftan, hukuk fakültelerinde kurularak hukuk öğrencilerinin meslek seçiminde ve bu mesleğe etkili ve bilinçli olarak başlamalarını amaçlayan hukuk kliniklerinin, öğrencilik döneminde, hâkim-savcı yardımcılığı öncesi alt yapıyı oluşturması nedeniyle buna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Gerek hukuk kliniği, gerekse hâkim-savcı yardımcılığı dönemine ilişkin örnek uygulamalarda, teorik bilgilerin pratiğe dönüştürülebilmesi amacıyla

verilen eğitimler ön plana çıkmaktadır. Bu açıdan, çalışmamızda önerilen hâkim-savcı yardımcılığı iki aşamaya ayrılarak planlanmış ve staj dönemlerinde artan sorumlulukla tecrübe edinilmesine önem verilmiştir. İlk aşamada, öncelikle teorik bilgilerin verilmesi ve hâkim-savcı refakatinde uygulamalara katılmak; ikinci aşamada ise görev itibarıyla hâkim-savcı yardımcılığına ilişkin çalışma alanının tespit edilmesi üzerine bireysel çalışmayı ön plana çıkararak sorumluluğun genişletilmesi ve uzmanlaşmanın sağlanması amaçlanmıştır. Yeni bir model olarak tasarlamaya çalıştığımız yetiştirilme süreci ilerleyen bölümlerde detaylandırılmıştır.

I. HUKUK KLİNİĞİ

Hukuk kliniği; hukuk eğitimi alanların, mezun olduktan sonra mesleklerini ifa ederken karşılaşmaları muhtemel hukuki uyumsuzlukların çözümünde, eğitim süresince öğrendikleri teorik ve soyut bilgilerin adalet ve hakkaniyet çerçevesine somut olaya uygulanmasına yöneliktir¹.

İtalya Eski Temyiz Mahkemesi Birinci Başkanı Mariano D'Amelio, hukuk kliniği fikrinin nasıl doğduğunu şu cümlelerle aktarmaktadır:² “*Hukuk bir iyilik ve hakkaniyet sanatıdır: Ars boni el aequi. Fakat hakikatte bu tarife uygun olan hukuk değil, mahkeme içtihatlarıdır (giurisprudenza). İchtihatların teessüsüne hizmet etmeyen ve insanlar arasında adaletin en iyi şekilde tatbikini kendisine hedef almamış olan hukuk beyhudedir. Aristokratik bir fikir yorgunluğundan başka bir şey değildir. Bunun içindir ki, hukukçuların realitelerle ve işlerin her günkü hareketlerinden, gösterdikleri krizlerden bu işler üzerinde çıkan ihtilaflardan, mahkemelerdeki faaliyetlerden, avukat ve noter bürolarında cereyan eden hadiselerden müteşekkil olan “ameli hukuk hayatı” ile temasa gelmeleri zarureti duyulmaktadır. Bu yorucu, maddi ve mütevazı “ameli hayat” içinde büyük ve meşhur üniversitelerde öğrenilen nazariyeler, mefhumlar, uzak, gayri maddi ve hayali bir alemde gelen seslere benzemektedir. İşte mektepten yeni çıkmış bir gencin bulunduğu vaziyet budur.*”

Tıp fakültesi öğrencileri, eğitimlerinin büyük bir kısmını hastanelerde pratik yaparak geçirdikleri için mezuniyet sonrası iş hayatına hazır olarak yetişmektedir. Bu örnekten hareketle, hukuk kliniği düşüncesi ilk olarak Fransa’da, Robert Maureaux’ın idaresi ve Henry Capitan’ın himayesi altında kurulmuştur. Kurulan ilk hukuk kliniği, Hukuk Klinik Enstitüsü (Institut

¹ Martinez, G. A. (1997-1998). Foreword: Theory, Practice, and Clinical Legal Education. SMU Law Review, 1419-1421, s.1419. Boersig, J., Marshall, J., & Seaton, G. (2002). Teaching Law and Legal Practice in a Live Client Clinic, Newcatle Law Rewiev, s. 6, 51-68. Uyumaz, Alper/ Erdoğan, Kemal, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2015, s. 461.

² D'Amelio, Mariano, Hukuk Kliniği, çeviren Atf Akgüç, İstanbul Hukuk Mecmuası, Yıl 1936, s. 71.

Clinique Jurisprudence) adını almıştır³. Daha sonra, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Almanya, Avustralya, İtalya, İspanya ve Portekiz gibi birçok ülkenin hukuk fakültelerinde uygulama alanı bulmuştur⁴.

Türkiye’de de birçok üniversite bünyesinde hukuk kliniği uygulamalarına başlanmıştır; Ankara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi, Kadir Has Üniversitesi, Anadolu Üniversitesi, Bilgi Üniversitesi...

Nitelikli hukukçu yetiştirmek için, hukuk fakültesi döneminde öğrencilerin hukuk bilgisini, gerçek hayatta doğacak somut uyuşmazlıklara uygulama ve kurumları tanıma açısından hukuk kliniklerinin yaygınlaştırılması faydalı olacaktır. Bu açıdan hukuk klinikleri, hâkim-savcı yardımcılarının nitelik yönünden meslek öncesi alt yapısını oluşturacaktır.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HÂKİM-SAVCI YETİŞTİRİLME SÜRECİ

A. Almanya

Almanya’da hâkimlik-savcılık mesleği, profesyonel ve onursal olmak üzere iki şekilde icra edilmektedir. Alman Hâkim ve Savcılar Kanunu, sadece profesyonel hâkim ve savcılarını kapsamaktadır⁵.

Hukuk fakültesinden mezun olanların birinci devlet sınavına girmeleri gerekmektedir. Sınavda başarılı olanlar; özel hukuk alanında görev yapan mahkemeler, ceza yargısı ile ilgili alanlarda görev yapan savcılık veya mahkemeler, idari makamlar, dava vekilliği ve müşavirlikleri birimlerinden bir veya birkaçında iki yıl süre hazırlık eğitimine tabi tutulur. Hazırlık eğitiminin on dokuz ila yirmi birinci ayları arasında adaylar ikinci devlet sınavına alınırlar. Bu sınavı geçenler, yargı makamında görev yapabilme koşullarına sahip sayılır. Bu süreçten ayrı olarak hâkim veya savcılık için özel bir staj programı bulunmamaktadır. Söz konusu devlet sınavı sonuçlarının puan sıralamasına göre, en başarılı olanlar noter, ardından gelenler ise hâkim olmaktadır⁶.

Hâkimler ömür boyu veya belli süreliğine (hâkim adayı) görev yapmak üzere atanmaktadır⁷. İkinci devlet sınavında başarılı olanlar, en az üç ve en fazla beş yıllığına gözetim altında hâkim adayı olarak görev yaptıktan sonra ömür boyu hâkim olarak atanabilir^{8,9}.

³ D’Ammelio, a.g.e., s.71.

⁴ Bradway, J. S. (1927-1928). New Developments in the Legal Clinic Field. ST. Louis Law Review, 122, 122-135. Uyumaz / Erdoğan, a.g.e., s. 464.

⁵ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkimlik ve Savcılık, Yüksek Yargı Organları, Yargı Üst Kurulları, 2016, s. 3.

⁶ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s. 3.

⁷ The German Judiciary Act (Alman Yargı Yasası), Section 8.

⁸ The German Judiciary Act (Alman Yargı Yasası), Section 10/1.

⁹ The German Judiciary Act (Alman Yargı Yasası), Section 12.

1957 yılında, mahkeme teşkilatının ayrı bir organı olarak *rechtspfleger* mesleği uygulanmaya başlanmış, önemli miktarda çekişmesiz yargı işini yapmak ile görevlendirilmişlerdir¹⁰. *Rechtspfleger* 'in, Türkçede tam karşılığı olmamakla birlikte, hâkim yardımcısı¹¹, yardımcı adalet memuru¹², yüksek adliye memuru¹³, adli hizmet uzmanlığı¹⁴ anlamlarına gelmektedir. Çalışmamızda karışıklığa neden olmaması için, yardımcı adalet memuru ifadesini tercih ediyoruz.

Hâkimler gibi sadece hukuk ve kanunlar ile bağlı olan yardımcı adalet memuru, bağımsız ve özel bir mahkeme organı olarak görev yapmaktadır. Görev alanı çerçevesinde, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından hâkim ile aynı niteliğe sahiptir¹⁵. Yardımcı adalet memurları genellikle, Cebri İcra Artırması ve İdaresi Kanunu'na ve İflas Kanunu'na göre yapılan yargılamalar, çekişmesiz yargı işleri, adli yardım talepleri, nafakanın tespiti ve hukuki himaye tedbirlerine ilişkin işlemler hakkında görevlendirilir^{16, 17}.

B. Avusturya

Avusturya'da, hâkim adaylarının eğitim süresi dört yıldır. Hâkim adayı, bu süre içinde sınavını başarıyla tamamlayamazsa, sınavı başarıyla geçinceye kadar eğitim hizmeti uzatılır¹⁸.

¹⁰ Meriç, Nedim, Alman Hâkim Yardımcılığı Kanunu, Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı: 20, (2011/3), s. 13–42. Konca, Nesibe Kurt, Hâkim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, 2016, s. 25.

¹¹ Meriç, Nedim, Alman Hâkim Yardımcılığı Kanunu, Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı: 20, (2011/3), s. 13–42. Konca, a.g.e., 25.

¹² Volker, Lessing, Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden “Alman Yardımcı Adalet Memuru” (Rechtspfleger) Kimdir? (Çev.: Bilge Öztan/Fırat Öztan), AÜHFD, Cilt: 40, Sayı: 1, (1988), s. 348 vd; Furtun/Gürler, s. 58. Atalı, Murat, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara, 30 Eylül-1 Ekim 2005. TBB Yayını, Ankara 2006, s. 73. Akil, Cenk, Alman Yardımcı Adalet Memuru Yasası, EÜHFD., Cilt: XV, Sayı: 1-2, (2011), s. 287-288. Konca, a.g.e., s. 25.

¹³ Kamil, Yıldırım, Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara/30 Eylül-11 Ekim 2005, s. 28. Konca, a.g.e., s. 25.

¹⁴ Furtun, Hakan / Gürler, Cemalettin, Alman ve Türk Hukuklarında Adli Hizmet Uzmanlığı-Rechtspfleger Kurumuna Kısa Bir Bakış, ABD., Cilt: 65, Sayı: 2, 2007. s. 58. Konca, a.g.e., s. 25.

¹⁵ Desch, Eberhard, Die Rechtspfleger in der Gerichtsbarkeit in Europa Ihr Beitrag zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Europäische Union der Rechtspfleger (E.U.R.) Generalversammlung München, 2008. s. 5. Konca, a.g.e., s. 26.

¹⁶ Volker, Lessing, Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden Alman Yardımcı Adalet Memuru (Rechtspfleger) Kimdir? (Çev.: Bilge Öztan/Fırat Öztan), AÜHFD., 1988/1-4, 347-371, s. 358; Desch, s. 6; Meriç, s. 15 vd. Konca, a.g.e., s. 26.

¹⁷ Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, München 2010, s.133. Konca, a.g.e., s. 26.

¹⁸ Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu) II/9.1.

Eğitim hizmeti, bölge mahkemesinde, ilk derece mahkemesinde, bir savcılıkta, hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı veya önleyici tedbirlerin icra edildiği bir kurumda, bir avukat veya bir noter yanında veya mali büroda ve bir mağdur koruma veya sosyal yardım ve bakım hizmetleri kurumunda gerçekleştirilir¹⁹.

Yüksek Bölge Mahkemesi Başkanı, ilgili idari makamlarla mutabık kalarak, hâkim adayının, hâkim veya savcılarının faaliyetleri için önemli kurumların tesislerini ve çalışma yöntemlerini tanımaları amacıyla geziler düzenlenmesini sağlar²⁰.

Staj sırasında, hâkim-savcı adayları, staj yaptığı mahkeme hâkiminin denetim ve gözetimindedir. Hâkimler üç aylık staj sonunda, hâkim-savcı adayının mesleki yeteneği, çalışmaları ve kişiliği ile ilgili olarak detaylı bir değerlendirme raporu hazırlamaktadır. Dolayısıyla, dokuz aylık staj dönemi sonucunda en az üç hâkim tarafından değerlendirme raporları hazırlanmış olmaktadır²¹.

Yüksek Bölge Mahkemesi Başkanı eğitim hizmetini yönlendirir ve hâkim adayının çalışma ofisini belirler²².

Hâkim aday, dört yıllık eğitim hizmetinin sona ermesinden en erken altı ay önce sınava kabul için başvurabilir. Sınava alınacak hâkim aday, 30 iş gününe kadar sınava çalışmak için izin alma hakkına sahiptir. Yüksek Bölge Mahkemesi Başkanı, sınav iznini, hâkim adayının talebini dikkate alarak, yazılı veya sözlü sınavdan önce olacak şekilde belirlemektedir²³.

Sınav komisyonu tarafından yapılan değerlendirme sonucunda, oyların salt çoğunluğuyla karar verilerek başarı derecesi belirlenir. Hâkim adayının yeterli olmadığı yönünde puanlanması durumunda sınavı başarısız sayılır²⁴.

Sınavı başarısız sayılan hâkim aday, 6 ay sonra tekrar sınava alınabilir. Ancak bundan da başarısız olması durumunda yeniden sınava girme hakkı verilmez²⁵. Eğitim ve sınav sürecini başarı ile tamamlayan adaylar ise hâkim olarak atanır.

¹⁹ Richter–und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu) II/9.2.

²⁰ Richter–und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu) II/9.5.

²¹ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s. 5.

²² Richter–und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu) II/11.

²³ Richter–und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu) II/21.

²⁴ Richter–und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu) II/22.

²⁵ Richter–und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu) II/23.

Avusturya hukuk düzeninde, hâkim adaylığı kurumu hâkim yetiştirmek amacıyla uygulanan bir sistemdir. Bunun dışında, özel olarak düzenlenmiş *rechtspfleger*²⁶ (yardımcı adalet memuru) adında ayrı bir hukuk mesleği vardır. Mahkeme kalemi içerisinde alınarak üç yıllık eğitime tabi tutulurlar, eğitim sonunda yapılan sınavda başarılı olanlar yardımcı adalet memuru olarak atanırlar²⁷.

Bölge mahkemelerindeki işlerin yaklaşık dörtte üçü yardımcı adalet memurları tarafından yapılmaktadır. Medeni yargıda büyük bir kısmı rutin işlerden oluşan adli işlerin yaklaşık yüzde 85'i de yardımcı adalet memurları tarafından yerine getirilmektedir²⁸. Yardımcı adalet memurluğunun getirilmesinin amacı, basit ve periyodik nitelik taşıyan işleri görmek suretiyle hâkimlerin aşırı iş yükünü hafifletmektir²⁹.

Yardımcı adalet memurları aşağıdaki alanlardan bir veya daha fazlasında görevlendirilirler:³⁰

- a. Sivil dava, icra ve iflas konuları,
- b. Mülkiyet konuları, çocuk koruma ve yetişkinlerin korunması konularının yanı sıra mahkeme işlemleri ve adli velayete el konulması ile ilgili konular,
- c. Tapu ve gemi sicili konuları,
- d. Ticaret siciline ilişkin hususlar.

C. Fransa

Fransa'da hâkim ve savcılık mesleğine kabul, üç farklı şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilk ikisi adaylığa kabul, üçüncüsü ise doğrudan mesleğe atama şeklindedir³¹.

a) Birinci Usul - Hâkim Savcı Stajyerliği İçin Yapılan Sınavlar: Hâkim Savcı stajyeri olmak için üç farklı yarışma sınavı açılmaktadır. Bu sınavlar; yeni mezunlara, dört yıllık görev süresini tamamlamış memurlara ve sekiz yıllık mesleki tecrübesi bulunanlara yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Bu sınavları kazananlar Adalet Bakanı Kararnamesiyle hâkim savcı stajyeri olarak atanmaktadır.

b) İkinci Usul -Birinci ve İkinci Kademe Hâkim Savcılık İçin Yapılan Sınavlar: Fransa'da hukuk alanında mesleki tecrübesi bulunan kişiler birinci

²⁶ Çalışmamızın II.A. bölümünde açıklanmıştır.

²⁷ Rechtsvorschrift für Rechtspflegergesetz (Avusturya Yardımcı Adalet Memurluğu Kanunu), III/25.

²⁸ Atalı, a.g.e., s. 74. Konca, a.g.e., s. 29.

²⁹ Graf, Philipp J: "Der Rechtspfleger", Öffentliche Sicherheit s5-6/06, s. 67. Konca, a.g.e., s. 29.

³⁰ Rechtsvorschrift für Rechtspflegergesetz (Avusturya Yardımcı Adalet Memurluğu Kanunu), I/2.

³¹ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s. 13.

usuldekine benzer bir sınavla birinci ve ikinci kademe hâkim olabilmektedir. Bu sınavlara; ikinci kademe hâkim savcılık görevleri için otuz beş yaşını doldurmuş ve on yıllık mesleki tecrübeye sahip olanlar ile birinci kademe hâkim savcılık görevleri için elli yaşını doldurmuş ve on beş yıllık mesleki tecrübeye sahip olan kişiler katılabilmektedir.

c) Üçüncü Usul - Hâkim Savcı Kadrosuna Doğrudan Giriş: Fransa'da bazı meslek grupları belirli şartlarla doğrudan hâkim ve savcı kadrolarına atanabilmektedir. Bu usulde; otuz beş yaşını doldurmuş ve en az yedi yıl mesleki tecrübeye sahip başkâtipler, Bakanlık A kategori memurları veya adli görevlerini belgeleyenler ikinci kademe hâkimliğe; en az on sekiz yıllık adli görev yapmaya yeterli mesleki tecrübeye sahip olanlar birinci kademe hâkimliğe atanabilmektedir.

Yukarıdaki ilk iki usule göre kabul edilen adaylar, Ulusal Adalet Akademisince mahkeme stajını da içeren adaylık eğitimine tabi tutulmaktadır. Staj sonunda jüri tarafından yapılan mülakat ile yeterlilik değerlendirilmesi yapılmaktadır³².

Staj iki aşamadan oluşmaktadır. Öncelikle, teorik eğitim verilmesiyle başlanır. Daha sonra avukat yanı, emniyet müdürlüğü, ceza ve tutukevleri, çeşitli mahkemeler ve uluslararası kurum, kuruluş veya mahkemelerde uygulamalı eğitim verilmektedir. Ayrıca, hâkim ve savcılarının temel özellikleri, yazılı ve sözlü anlatım becerileri, yabancı dil eğitimi gibi çeşitli alanlarda yirmi yedi haftalık teorik eğitim de verilmektedir. Eğitimin ilk aşamasının bu şekilde tamamlanmasından sonra ilk atanacak göreve hazırlık aşamasına geçilmektedir. Bu süreçte adaylara tercih ettikleri pozisyon için gerekli beceriler bağlamında teorik ve uygulamalı eğitim verilmektedir³³.

İlk atama yapılmadan önce adaylar ayrı bir yeterlik sınavına tabi tutulur. Hâkim adaylarının duruşmaya başkanlık ederek yargılamayı yürütmeleri; savcı adaylarının ise mütalaa vermeleri beklenir. Koordinatör Kurulu tarafından adaylar değerlendirir ve puanlama yapılır. Ayrıca adaylardan hukuki ya da cezai bir karar yazmaları da istenir. Daha sonra, sözlü sınava tabi tutulurlar. Bu son sınava “sınıflandırma sınavı” denir. Başarılı olanlar hâkimlik veya savcılık görevlerine atanır. Sınıflandırma sınavında başarısız olanlara bütünleme hakkı verilir. Bütünlemede de başarısız olmaları halinde eğitimleri sonlandırılır. Başka herhangi bir kadroya atanmaları söz konusu değildir³⁴.

³² Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s. 14.

³³ http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/publications/plaquette2015_EN.pdf (24.03.2016). Duran, Mustafa, Fransız Adli Yargı Sistemi, Ankara 2014, s. 14. Konca, a.g.e., s.33.

³⁴ Duran, a.g.e., s. 14-15. Konca, a.g.e., s. 34.

D. İspanya

İspanya'da hukuk fakültesi mezunlarının sulh hâkimi, hâkim veya savcı olabilmek için öncelikle ortak bir sınava girmeleri gerekir³⁵.

Hâkim ve savcı ataması için yapılacak olan bu sınav en az iki yılda bir düzenlenmektedir. Sınav duyurusu, hâkimlerle ilgili üst yargı kurulu olan Genel Yargı Konseyi³⁶ ve Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Sınav Komisyonu tarafından yapılmaktadır. Hâkimlik, sulh hâkimliği ve savcılık mesleğine giriş için ortak bir sınav komisyonu bulunmaktadır. Sınav neticesinde alınan puanlara göre başarılı olan adaylar Sınav Komisyonunca belirlenir³⁷.

Sınav Komisyonu; Yargıtay'dan gelen bir hâkim, Yargıtay veya Yüksek Mahkemenin Bölge Başsavcısı (Komisyon başkanı sıfatıyla), iki hâkim, iki savcı, sınavda yer alan konularda uzmanlaşmış olan hukuk fakültesinden gelen bir bölüm başkanı, bir resmi daire hukuk müşaviri, mesleğinde on yıldan daha fazla deneyime sahip olan bir avukat ve sınav kurulunun sekreterliğini yapacak Cumhuriyet Başsavcılığı Teknik Sekreterliğinde görev yapan bir üyeden oluşmaktadır³⁸.

Hâkim ve savcı adayları, Genel Yargı Konseyine bağlı bir hukuk okulunda eğitime tabi tutulurlar. Eğitimde başarılı olmayan adaylara bir defaya mahsus ikinci kez eğitim verilir. İkinci eğitimde de başarılı olamayanlar hâkim ve savcı olamazlar. Başarılı olan adayların, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabulleri Genel Yargı Konseyi tarafından yapılmaktadır³⁹.

III. TÜRKİYE'DE BAZI KARİYER MESLEKLERDE UYGULANAN YETİŞTİRİLME SÜRECİ

A. Kaymakam Adaylığı

Mülki idare amirliği hizmetleri sınıfından olan kaymakamların mesleğe kabul öncesi usul ve esaslar Kaymakam Adayları Yönetmeliğinde düzenlenmektedir⁴⁰. Yönetmelikte, kaymakam adaylarının mesleğe alınma ile yetiştirilmelerine ilişkin esaslarla birlikte, yetki ve sorumlulukları da belirtilmektedir. Konumuz gereği, anılan Yönetmeliğin yetiştirilmeye ilişkin kısımları incelenmiştir.

Kaymakam adaylığına giriş sınavları geçildikten sonra yapılan tebligat üzerine, kaymakam adayları görevlerine başlatılır. Bunun üzerine yetiştirilme süreci başlar.

³⁵ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s.30.

³⁶ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s. 164.

³⁷ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s.30.

³⁸ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s.30.

³⁹ Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, a.g.e., s.31.

⁴⁰ 06/07/2011 tarih ve 27986 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Göreve başlayan kaymakam adayları, iller için tespit edilmiş kontenjanlar ve boş kadrolar nispetinde dört il için tercih ederler. Tercihlerinden birine atanmaları mümkün olmayanların görev yerleri Personel Genel Müdürlüğünce belirlenir⁴¹.

Adaylar, aşağıdaki sıralama ve sürelere uygun olarak kaymakam adaylığı stajlarına tabi tutulurlar⁴².

- a- İl Merkez Stajı 2 ay,
- b- Kaymakam Refikliği Stajı 3 ay,
- c- Mülkiye Müfettişi Refakatinde Staj 2 ay,
- d- Bakanlık Merkez Stajı (Dil Kursu) 4 ay,
- e- Yurtdışı Stajı 12 ay,
- f- Kaymakam Vekilliği Stajı 9 ay,
- g- Kaymakamlık Kursu 4 ay.

Bakanlık, Yönetmelikte belirtilen sebeplerle stajların bir kısmını kaldırmaya, sıra ve sürelerini değiştirmeye, yenilerini eklemeye yetkili kılınmıştır⁴³.

İl merkezi stajında, valinin direktif ve gözetimi altında, valilik birimleri, Bakanlıkların ildeki kuruluşları ve il özel idaresi ile il belediyesinde staj yaptırılır. Ayrıca, ilde vali veya vali yardımcısı başkanlığında toplanan kurul ve komisyonlara izleyici veya valinin uygun görmesi halinde raporör olarak iştirak ederler. Staj dönemi boyunca Staj Rapor Dosyası tutulur. Bu dosyada, kaymakam adayı hakkında bilgi, rapor ve yazılar bulunur⁴⁴.

Kaymakam refikliği stajında, toplam 3 ay süreli iki ayrı ilçe kaymakamı yanında, kaymakam refiki olarak görevlendirilirler. Bu aşamada, ilçe yönetimini, karşılaşılabilecek muhtemel sorunları, kaymakamın yetkilerini, görevlerini, iş tutumunu yakından izleyerek ve mümkün olduğunca uygulamalara da bizzat katılarak gerekli bilgi, tecrübe ve becerilerle donatılırlar. Staj döneminde kaymakam adayları hakkında yazılan raporlar, kaymakam adayının bağlı olduğu il valisine gönderilir⁴⁵.

Mülkiye müfettişi refakatindeki stajda, mülkiye müfettişlerinin genel teftiş ya da inceleme ve soruşturma görevleri sırasında 2 ay süre ile Mülkiye Müfettişi refakatinde görevlendirilirler. Adaylar, mülkiye müfettişi refakatinde staj sırasında refakatinde buldukları mülkiye müfettişinin sorumluluğu, gözetimi, sevk ve idaresi altında il ve ilçe teftişi ile inceleme ve soruşturma işlerinin her safhasını yakından takip edip öğrenirler⁴⁶.

⁴¹ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 7/1.

⁴² Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 7/2.

⁴³ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 7.

⁴⁴ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 8.

⁴⁵ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 9.

⁴⁶ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 10.

Bakanlık merkez stajında yabancı dil eğitimi verilir. Bu eğitim, Eğitim Dairesi Başkanlığı dersliklerinde veya Bakanlıkça uygun görülecek resmi kuruluş ya da özel kurslarda verilir⁴⁷.

Yurt dışı stajı kapsamında, asaleti tasdik edilen adaylar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 78 inci ve 79 uncu maddeleri gereğince Cumhurbaşkanlığı Kararı ile verilen kontenjan çerçevesinde bir yıl süre ile bilgilerini artırmak ve uygulamaları yerinde görmek veya yüksek lisans eğitimi yapmak üzere yurtdışına gönderilirler. Adaylar yaptıkları incelemeler sonucu tabi oldukları dilden ve Türkçe olmak üzere ikişer nüsha ve ayrıca dijital ortamda rapor hazırlarlar. Yüksek lisans eğitimi alanlar da eğitim aldıkları yabancı dilden ve Türkçe ikişer nüsha ve ayrıca dijital ortamda tez hazırlarlar. Hazırlanacak rapor ve tezlere esas konular Bakanlıkça tespit edilir. Adaylar rapor, tez ve devam ettikleri kurslardan alacakları başarı belgelerini yurda döndükleri tarihi takip eden bir ay içinde Bakanlığa vermek zorundadırlar⁴⁸.

Kaymakam vekilliği stajında, Bakanlıkça boş bulunan veya yıllık izin veya sağlık izni gibi sebeplerle boşalan ilçe kaymakamlıklarına vekil olarak atanırlar. Adaylar, adayı oldukları ilin dışındaki illerin ilçelerine kaymakam vekili olarak gönderilirler. Adayların kaymakam vekilliği stajı süresindeki değerlendirilmeleri, kaymakam vekili olarak buldukları ilçelerin bağlı olduğu il valilerince yapılır⁴⁹.

Adaylar, Bakanlığın gerekli görmesi halinde, staj devresinin uygun bir kısmında, yapılacak protokollerle diğer bakanlıklarda ve kamu kurum ve kuruluşlarında da staja tabi tutulabilirler⁵⁰.

Adayların en az bir yıllık görevleri sonrasında adayı buldukları ilin valisi tarafından değerlendirilerek asaletleri tasdik edilir. Disiplin cezası almış ve başarısız görülmüş adaylar, başka bir il valisi yanında en çok bir yıl daha denenir. Bu süre sonunda da başarısız görülenler hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun “adaylık süresi sonunda başarısızlık” başlıklı 57’nci maddesi hükümleri uygulanır⁵¹.

Adaylar, adaylık dönemi içerisinde “Kaymakamlık Tezi” hazırlamakla yükümlüdürler. Tez konuları Bakanlık tarafından tespit edilir. Tez konusu ile ilgili, Genel Müdürlükçe tespit edilecek birim tarafından mülki idare amirliği hizmetleri sınıfından bir tez danışmanı görevlendirilir. Danışman tez hazırlama aşamasında adaya rehberlik eder. Adaylar tezlerini adaylık görevine başlayış tarihinden itibaren hazırlamaya başlarlar. Personel Genel Müdürlüğünce

⁴⁷ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 11.

⁴⁸ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 12.

⁴⁹ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 13.

⁵⁰ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 15.

⁵¹ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 16.

kendilerine bildirilen tarihe kadar 3 nüsha olarak ve ayrıca dijital ortamda teslim edecekleri tezlerini yine ilgili komisyon huzurunda sunarlar. Soru-cevap şeklindeki tartışmalar sonunda başarılı veya başarısız şeklinde değerlendirme yapılır. Değerlendirmede başarısız görülen tezler, en geç bir ay içerisinde yeniden hazırlanıp, aynı usulle değerlendirilmek üzere sahibine iade edilir⁵².

Bakanlıkça belirlenen konular dışında tez konusu seçen, tezini zamanında teslim etmeyen veya çağrıldığı halde mazeretsiz olarak tezini sunmaya gelmeyen ya da komisyon tarafından tezi ikinci defa yeterli bulunmayanlar, tez değerlendirmede başarısız sayılırlar. Bunlar, bir sonraki kaymakamlık kursuna kadar adaylığa devam etmek ve Bakanlıkça belirlenecek yeni bir konuda tez hazırlamakla yükümlüdürler. Bu tezleri de değerlendirmede “başarısız” görülenler kaymakam adaylığından Bakanlığın merkez veya taşra teşkilatında genel idare hizmetleri sınıfında bir göreve atanırlar⁵³.

Dört aylık kaymakamlık kursu, adayların kaymakam olarak atanmaları öncesinde katılmak ve başarılı olmak zorunda oldukları son staj devresidir^{54,55}. Kurs açılması kararlaştırılınca, kursun açılacağı tarihte adaylıkta iki buçuk yılını dolduran adayların illerden gönderilen Staj Rapor Dosyaları ve durumları ilgili Personel Genel Müdür Yardımcısının başkanlığında oluşturulacak bir komisyon tarafından incelenerek⁵⁶,

a) Bakanlıktaki dosyalarına göre tutum ve davranışları ve Staj Rapor Dosyasındaki değerlendirilmeleri olumlu rapor edilmiş,

b) Tezini zamanında vermiş ve “Başarılı” değerlendirilmiş,

c) Bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinde öngörülen stajlarını, yeterli kabul edilecek sürelerle yapmış,

olanlar tespit edilip bir liste halinde Bakanlık onayına sunulur. Bakanlık onayından sonra kendilerine yazılı çağrı yapılır.

Kurs çalışma programında kamu yönetimi ile ilgili konularda tartışmalı konferanslara, seminerlere yer verilir. Önemli konu ve sorunlara değişik açıdan bakılması imkanını sağlayacak panel ve açık oturumlar, çeşitli bakanlık, kamu kurum ve kuruluş ziyaretleri, organize sanayi bölgesi, serbest bölge, sınır ticareti ve KOBİ konularında eğitici geziler ve imkanlar ölçüsünde yurtdışı gezileri kurs çalışma programına dahil edilir⁵⁷.

Kursun sonunda yapılan sözlü sınavlarda adayların başarı dereceleri belirlenir. Üstün başarılı olanlardan birinci, ikinci ve üçüncüye ödül verilir.

⁵² Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 19.

⁵³ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 19.

⁵⁴ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 21.

⁵⁵ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 7/1-g.

⁵⁶ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 24.

⁵⁷ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 25.

Yetersiz olanlar ise en çok 30 günlük süre içerisinde ikinci bir sınava tabi tutulurlar. Bu sınavda da yetersiz not alanlar Bakanlığın merkez veya taşra teşkilatında genel idare hizmetleri sınıfında bir göreve atanırlar⁵⁸.

Kurs sonu sınavında kaymakam olarak atanmaya hak kazanan adayların atanacakları ilçeler düzenlenecek bir törenle kura çektilerle belirlenir, sertifikaları ve derece alanların ödülleri dağıtılır⁵⁹.

B. Vergi Müfettiş Yardımcılığı

Vergi müfettiş yardımcılığının yetiştirilme süreci, Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği⁶⁰ ve Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliği⁶¹ ile belirlenmiştir.

Vergi müfettiş yardımcılığına giriş yazılı ve sözlü sınavlarında başarılı olanlar Bakan onayı ile vergi müfettiş yardımcılığına atanırlar⁶². Atama sonrası göreve başlatılarak Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı yönetiminde 3 aylık temel eğitime tabi tutulurlar. Bu eğitim, temel vergi mevzuatı, revizyon, vergi inceleme teknikleri, ihtisas muhasebeleri, mali tablolar analizi, istatistik, gider ve milli emlak mevzuatı ile Vergi Denetim Kurulu Başkanlığınca belirlenen diğer konulardan oluşur^{63, 64}.

Temel eğitim süresince her bir konu veya konu grubu itibarıyla ayrı ayrı, temel eğitim sonunda ise tüm konuları kapsayan genel bir sınav yapılır. Sınavlardan alınan puanlar 100 tam puan üzerinden değerlendirilerek, temel eğitimde alınanların aritmetik ortalamasının %40'ı ile temel eğitim sonundaki genel sınavda %60'ının toplamı temel eğitim seminer notunu oluşturur⁶⁵.

Temel eğitimlerini başarıyla tamamlayan vergi müfettiş yardımcıları, temel eğitim seminer notu başarı sırasına göre ve tercihleri de dikkate alınarak Grup Başkanlıklarında görevlendirilir. Temel eğitim seminer notu yüksek olandan düşük olana doğru sıralanarak başarı sırası belirlenir⁶⁶.

Vergi müfettiş yardımcıları mesleğe girişten itibaren üç yıllık bir yardımcılık dönemine tabidirler. Bunu, turneler, eğitim ve benzeri faaliyetler dışında görevlendirildikleri Grup Başkanlıklarında geçirirler⁶⁷.

Vergi müfettiş yardımcıları, mesleğe girişlerinden itibaren fiilen on sekiz

⁵⁸ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 28.

⁵⁹ Kaymakam Adayları Yönetmeliği, md. 29.

⁶⁰ 31/10/2011 tarih ve 28101 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶¹ 11/01/2016 tarih ve 29590 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶² Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 20.

⁶³ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 21.

⁶⁴ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 22.

⁶⁵ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 23.

⁶⁶ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 24.

⁶⁷ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 26.

ay çalıştıktan sonra yetki sınavına tabi tutulurlar. Yetki sınavı, vergi müfettiş yardımcılarının görev ve yetki alanlarına giren yürürlükteki mevzuat ve bunun uygulamasına ilişkin niteliklerin kazanılıp kazanılmadığını, performans değerlendirmesi kapsamında ölçen bir sınavdır. Bu sınavdan başarılı olanlara re'sen inceleme, teftiş ve soruşturma yetkisi verilir. Yetki sınavında başarılı olamayanlar, en az üç ay süresince bir vergi müfettişinin refakatinde çalıştıktan sonra yeniden yetki sınavına girerler. Bu sınavda da başarılı olamayan veya özürsüz olarak sınava girmeyen vergi müfettiş yardımcıları, vergi müfettişlerinin gözetiminde çalışmalarına devam ederler⁶⁸.

Vergi müfettiş yardımcıları, fiilen üç yıl çalışmak ve yardımcılık döneminde performans değerlendirmesine göre başarılı olmak şartıyla yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Yeterlik sınavında, ilgili mevzuat ve bunun uygulaması; inceleme, teftiş ve soruşturma yöntemleri hakkındaki bilgileri; mesleğin gerektirdiği diğer bilgi ve nitelikleri kazanıp kazanmadıkları ölçülür. Bu sınav, yazılı ve sözlü olmak üzere iki bölümden oluşur⁶⁹.

Yeterlik sınavlarında başarılı olamayan veya özürsüz olarak bu sınavlara girmeyenlere, en az bir yıl daha çalışmak ve bu dönemde performans değerlendirmesine göre başarılı olmak şartıyla, bir defaya mahsus olmak üzere tekrar sınava girme hakkı verilir⁷⁰.

Yeterlik sınavı sonucunda başarılı olanlar vergi müfettişi olarak atanırlar⁷¹. Ancak; a) Yardımcılık döneminde yapılan performans değerlendirmesine göre başarısız olup yeterlik sınavına girmeye hak kazanamayanlar, b) Girdiği ilk yeterlik sınavında başarılı olamayanlardan veya özürsüz olarak sınava girmeyenlerden, verilen bir yıllık ek süre içerisinde yapılan performans değerlendirmesine göre başarısız olup ikinci yeterlik sınavına girmeye hak kazanamayanlar, c) İkinci defa girdiği yeterlik sınavında da başarı gösteremeyenler, ç) Özürsüz olarak ikinci defa yeterlik sınavına girmeyenler, derecelerine uygun memur kadrolarına atanırlar⁷².

Vergi müfettiş yardımcılarının ilişkin atama ve sınav sistemi yukarıdaki şekilde olmakla birlikte, ayrıca yaptıkları incelemeler açısından performans sistemine tabi tutulurlar. Her iki uygulama birlikte uyumlu bir şekilde yürütülmektedir.

Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliğinde tanımlanan performans değerlendirme sistemi: vergi müfettişlerinin ve vergi müfettiş yardımcılarının; görev yaptıkları süre içindeki sınavlarda elde ettikleri

⁶⁸ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 29.

⁶⁹ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 30.

⁷⁰ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 33/A.

⁷¹ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 34.

⁷² Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, md. 35.

başarı derecesini, Vergi Denetim Kurulu Başkanının ve Grup Başkanlarının değerlendirmelerini, düzenledikleri vergi inceleme raporları hakkında rapor değerlendirme komisyonları tarafından yapılan değerlendirmeleri, düzenledikleri diğer inceleme, araştırma, görüş öneri, denetim ve soruşturma raporları hakkında yapılan değerlendirmeleri, diğer çalışmalarına ilişkin değerlendirmeleri, lisansüstü eğitim düzeyleri ile benzeri kriterleri esas alarak oluşturulan sistemi kapsar⁷³.

Vergi müfettiş yardımcılarının yardımcılık döneminde tabi oldukları, temel hazırlık eğitimi, hizmet içi eğitim ve yetki sınavlarından elde edecekleri başarı dereceleri, performans değerlendirmesinde kullanılır.

Vergi müfettiş yardımcılarının, verilen görevleri yürütürken mesleğin gerektirdiği şekilde sorumluluk bilinciyle hareket edip etmedikleri, çalışma arkadaşları ve iş çevresiyle uyumlu olup olmadıkları gibi hususlara ilişkin eksikliklerinin giderilmesine ve yeteneklerinin geliştirilmesine yardımcı olmak amacıyla Grup Başkanlarının yapacağı değerlendirmeler, performans değerlendirmesinde kullanılır. Grup Başkanlarınca yapılan performans değerlendirmesinde aşağıda yazılı kriterleri dikkate alınır⁷⁴:

- a) Verilen görevleri zamanında tamamlama.
- b) Verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında mesleki standartlara uyma.
- c) Verilen görevleri organize etme ve sonuçlarını takip edebilme.
- ç) Çalışmalarını, belirlenmiş biçimler dahilinde ve yazım kuralları çerçevesinde, açık ve net şekilde yazılı olarak ifade edebilme.
- d) Vergi müfettişleri mesleki etik davranış ilke ve kurallarına uyma.
- e) Ekip çalışmasına yatkınlığı.

Yetkili vergi müfettiş yardımcıları, görevlendirme neticesinde yaptıkları vergi incelemelerinden, nezdinde inceleme yapılan mükellefin net satışları ile aktif büyüklüğünün aritmetik ortalamasının ve öz sermaye büyüklüklerine, incelemenin tam ve sınırlı olma durumuna göre alırlar. Yapılan performans değerlendirme sonuçlarına göre başarılı sayılabilmesi için, genel performans değerlendirme puanlarının 100 tam puan üzerinden en az 70 puan olması şarttır^{75, 76}.

C. BDDK Murakıp Yardımcılığı ve Uzman Yardımcılığı

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Meslek Personelinin Yarışma, Yetki ve Yeterlik Sınavları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin⁷⁷

⁷³ Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliği, md. 5.

⁷⁴ Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliği, md. 18.

⁷⁵ Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliği, md. 22.

⁷⁶ Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliği, md. 26.

⁷⁷ 23/03/2007 tarih ve 26471 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çalışmamızın ilerleyen

dördüncü bölümünde, murakıp yardımcıları ile uzman yardımcılarının yetiştirilme süreci düzenlenmiştir.

Murakıp yardımcıları ve uzman yardımcıları, mesleğe alındıktan sonra en az üç yıllık bir yardımcılık dönemi geçirirler. Murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığı yetiştirme programları süresince temel eğitime tabi tutulur. Temel eğitimde başarılı sayılabilmek için eğitim sonunda yapılan sınavdan 100 üzerinden en az 60 puan alınması gerekir⁷⁸.

Kurumda en az iki yıl çalışmış murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığı yetki sınavına girme hakkını elde eder⁷⁹. Yetki sınavına alınacak murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığına yetki sınavının yapılacağı yer ve gün en az iki ay önceden yazılı olarak bildirilir⁸⁰.

Yetki sınavında başarılı olan murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığına, yeterlik sınavına kadar geçecek olan dönem için, yemin etmek kaydıyla, yardımcılıkları döneminde tek başına yerinde denetim ve gözetim yapabilmek yetkisi verilir. Yetki sınavında başarılı olamayanlar, yardımcılıkları süresince tek başına yerinde denetim ve gözetim yapamazlar⁸¹.

Murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığının, tez konusu Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Başkanının onayına sunulur. Murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığına, belirlenen tez konusunun kendilerine tebliğ tarihinden itibaren tezlerin hazırlanması için sekiz ay süre verilir. Murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığı hazırladıkları tezlerini süresi içerisinde, bağlı buldukları daire başkanlıkları aracılığıyla Destek Hizmetleri Daire Başkanlığına teslim etmek zorundadır. Süresi içinde tezlerini sunmayan murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığına, teslim edememe sebebi de dikkate alınmak suretiyle tezlerini sunmaları için altı ayı aşmamak üzere Başkan tarafından ek süre verilir⁸².

Tez jürisi her bir tezle ilgili tezin kabul edilip edilmediğini de içeren değerlendirmeleri hakkında rapor hazırlar. Bu raporlar yeterlik sınav komisyonlarına iletilir. Tezleri kabul edilmeyenlere ikinci bir tez hazırlamaları için tez jürisi tarafından altı ayı aşmamak üzere ilave süre verilir⁸³.

Murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığına ayrıca yapılan yeterlik sınavı, mesleki mevzuat bilgisinin ölçülmesine yönelik olarak yazılı ve sözlü sınavdan oluşur. Murakıp yardımcılığı ve uzman yardımcılığı, adaylıkta geçen süreler dahil en az üç yıl çalışmış olmaları ve hazırladıkları tezin, tez

bölmelerinde kısaca, “BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik” olarak anılacaktır.

⁷⁸ BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 16.

⁷⁹ BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 20.

⁸⁰ BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 21.

⁸¹ BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 25.

⁸² BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 26.

⁸³ BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 28.

jürisi tarafından kabul edilmiş olması şartıyla yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar⁸⁴.

Tezi kabul edilen, yeterlik sınavında başarılı olan ve Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından en az (C) düzeyinde veya buna denk kabul edilen uluslararası geçerliliği bulunan yabancı dil puanını aldığını belgeleyen murakıp yardımcıları, bankalar yeminli murakıbbı; uzman yardımcıları ise ilgisine göre bankacılık, hukuk, bilişim veya BDDK uzmanı kadrolarına atanırlar. Atama yapılabilmesi için gerekli olan yabancı dil puanını gösterir belgeye, yardımcılık döneminde veya yeterlik sınavının yapıldığı tarihten itibaren en geç iki yıl içinde sahip olunması şarttır. Bankalar yeminli murakıbbı ve bankacılık, hukuk, bilişim veya BDDK uzmanı kadrolarında görev yapan personelin meslekte yükselmesi için Yönetmelik ile belirlenmiş olan şartların yanı sıra bağlı bulunduğu daire başkanı ve varsa başkan yardımcısının olumlu görüşleri aranır⁸⁵.

IV. HÂKİM-SAVCI YARDIMCILARININ YETİŞTİRİLME SÜRECİNE İLİŞKİN ÖNERİ

Karşılaştırmalı hukukta hâkimlik veya savcılığa atanma öncesi yetiştirilme sürecinin 3 ila 5 yıl arasında değiştiği, Türkiye’de bir kısım kariyer mesleklerde 3 yıl olduğu aktarılmıştır. Çalışmamızda, hâkim-savcı yardımcılığı sistemi ile uygulama içeriği tasarlanmış olup, yardımcılık süresi karar vericilerin takdirindedir. Önerilen modelde, Türkiye’de uygulanması düşünülen hâkim-savcı yardımcılığının 3 yıllık bir sürece tabi olduğu varsayımı üzerinden, eğitim ve stajlardan oluşan yetiştirilme sürecine uygulanabilecek alternatifler değerlendirilmeye çalışılmıştır. Hâkim-savcı yardımcılarının nitelik olarak ara statüde konumlandırılması, kontrollü ve kademeli olarak etkinleştirilmesi ve sorumluluğun artırılarak tecrübe odaklı geliştirilmesi amaçlanmıştır.

Hâkim-savcı yardımcılığında uygulanması gereken sürecin, öncelikle iki temel aşamada yönetilmesi gerekmektedir. İlk aşamasında (yetki süreci): hâkim-savcı yardımcılığına atanma sonrası 18 aylık eğitim, hâkim-savcı refakatinde staj ve bu aşamada edinilen bilgilerin sınanmasına yönelik genel sınav uygulanmalıdır. İkinci aşamasında (yeterlik süreci): Bir önceki aşamada başarılı olarak mesleki yetkinliğe ulaştığı anlaşılan ve bir takım yetkilerle donatılan, yetkili hâkim-savcı yardımcısının, belli sınırlar dahilinde yetkilendirilerek, hâkim-savcı refakatinde olmaksızın, mahkeme başkanı denetiminde, bizzat hâkimlik-savcılık mesleğini tecrübe etmesine ilişkin 18 aylık ayrı bir süreç bulunmalıdır. Bu şekilde temel ayrımı yapıldığına göre, her iki aşamayı farazi sürelerle ayırarak içeriğini olabildiğince detaylandırmaya çalışacağız.

⁸⁴ BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 29.

⁸⁵ BDDK Meslek Personeli Hk. Yönetmelik, md. 36.

Diğer taraftan, hâkim-savcı yardımcılığına ilişkin süreçte, eğitim ve stajın etkili şekilde koordine edilebilmesi için sürecin tek elden yönetilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu açıdan, 34 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle⁸⁶ kurulan, kamu tüzel kişiliğini haiz, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan, özel bütçeli, Adalet Bakanlığı ile ilgili ve merkezi Ankara'da bulunan Türkiye Adalet Akademisinin uygun olduğu düşünülmektedir. Ayrıca, hâkim-savcı yardımcılarının özlük işlemlerinin Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünce yürütülmesi ve hâkimlik mesleğine kabulün Hâkimler ve Savcılar Kurulunca yapılması tabiidir.

A. Birinci Aşama: Yetki Süreci

Mesleğe giriş sınavlarının kazanılması üzerine hâkim-savcı yardımcılığına atama yapıldıktan sonra başlayacak olan bu süreç, 18 ay sonra yapılan yetki sınavında başarılı olunmasıyla birlikte tamamlanmalıdır.

Hâkim-savcı yardımcılarının mesleğe başlama tebligatları yapıldıktan makul süre sonra temel eğitime alınmaları ve sürecin buradan itibaren başlatılması gerekmektedir. Çünkü, adayların bir kısmı naklen atanmış olabileceğinden geçiş işlemleri uzayacağı gibi, 657 sayılı Kanunun 62/b maddesi kapsamında işe başlamaların yapılabilmesi ihtimal dahilindedir. Aksi takdirde, hâkim-savcı yardımcılarının işe başlamaları birbirinden farklı olacağı için eğitim başladıktan sonra bir kısmının eğitim ve staj sürelerinin eksik kalması gündeme gelebilir.

Temel eğitimde oryantasyon eğitimi verilmeli, teori dersleri mesleki uygulamada karşılaşılabilecek yönleriyle aktarılmalı, teori ile pratik birleştirilmeli ve bunlar 3 aylık bir sürede tamamlanmalıdır. Eğitimde yer alan derslerin her birinin sonunda bir konu tekrar sınavı ve tüm eğitim tamamlandıktan sonra ise genel bir sınav yapılmalıdır. Yapılacak sınavlar, hâkim-savcı yardımcılarının bilgi düzeylerinin değerlendirilmesinden ziyade staja başlayabilecek niteliğe ulaşmasını sağlamak amacı taşınmalıdır. Bu aşamada, barajı geçemeyenlere bütünleme sınavına benzer bir uygulama ile ikinci bir şans verilerek zayıf oldukları konuların özümsemesi sağlanabilir.

Temel eğitim tamamlandıktan sonra hâkim-savcı yardımcılarının staj aşamasına geçmesi gerekir. Ancak, staj merkezi olarak belirlenen bölge veya il, hâkim-savcı yardımcısının yetiştirilme süreci tamamlanana kadar geçirilmesi gereken yer olmalıdır. Öngörülen modelde, birinci aşamadan sonra başlayacak olan ikinci aşamada (Çalışmamızın IV.B. bölümünde detaylandırılacak olan yeterli süreci), hâkim-savcı yardımcılara çalıştığı mahkemede bulunan diğer hâkimler gibi kendine ait dosyalardan bizzat sorumlu olmaları, dosyaların yürütülmesi bakımından bir takım hâkim-savcı yetkilerinin bulunması (ilk inceleme, yürütmenin durdurulması, ara kararlar vb.), bu nedenle hâkim-savcı

⁸⁶ 02/05/2019 tarih ve 30762 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

gibi hareket kabiliyetine sahip olmaları amaçlanmıştır. Bu açıdan, hâkim-savcı yardımcılığı sürecinin ikinci aşamasında, mahkemelerdeki iş yüküne olumlu katkı sağlaması beklendiğinden, görev yerindeki hâkim-savcı açığını da önemli bir derece ortadan kaldırması beklenmektedir. Dolayısıyla, temel eğitim sonrasında, hâkimlik-savcılık mesleğine kabulün ardından atama yapılacak yerlerin belirlendiği gibi, illere göre ihtiyaçların belirlenmesi gerekir. Açılan kontenjanlar dahilinde tercihler alınarak staj merkezleri (bölge adliye-idare mahkemeleri veya doğrudan iller) tespit edilmeli ve buna göre görevlendirme yapılmalıdır. Hâkim-savcı yardımcılarının, staj merkezlerinin bölge adliye-idare mahkemeleri olarak tayin edilmesi durumunda, yardımcılık süresince çalıştırılacakları il veya ilçelerin tespit edilmesi hususu, bölge adliye-idare mahkemelerinin yönetimine bırakılabilir. Staj merkezine ilişkin hâkim-savcı yardımcılardan alınacak tercihlerin, temel eğitim sınav notu başarı sıralamasına göre değerlendirilmesi halinde, sınavlarda başarılı olma isteği teşvik edilebilir.

Temel eğitim sonrası staj merkezi tercihinin, sadece hâkim-savcı yardımcısının isteğine bırakılması halinde ise bazı illerde yoğunluk olmasına, buralarda iş yükünün artmasına ve hâkim-savcı yardımcısının staj sürecinin verimliliğinin olumsuz yönde etkilenmesine yol açabilir. Örneğin, idari yargı hâkim adayları açısından Ankara'ya rağbet oldukça fazla olabilir. Hâkim yardımcılığına ilişkin tüm sürecin söz konusu staj merkezinde tamamlanması beklenir. Dolayısıyla, hâkim ihtiyacı doğrultusunda belirlenen kontenjanlara göre hâkim yardımcılarının tayin edilmesi halinde, hâkim yardımcılığı döneminin bir tek staj merkezinde tamamlanmasına işlerlik kazandıracaktır.

Hâkim-savcı yardımcılarını staja başladıktan sonra, 12 ay süre boyunca ilgili mahkemelerde veya savcılıklarda stajlarını tamamlamalı, temel eğitimde alınan teorik bilgilerin pratik uygulamalarına katılmalıdır. Hâkim-savcı yardımcılarını söz konusu işleri yaparken, mahkeme başkanının denetiminde ve başkan tarafından görevlendirilen bir veya birden fazla hâkimin refakatinde olmalıdır. Stajın; refakatine yardımcı verilecek hâkim-savcıların mevcut iş yükü, bu konuda ayrıca verilecek eğitimleri ve mahkemelerin fiziki imkanları gözetilerek önceden yapılan plan dahilinde gerçekleştirilmesi gerekir. Staj döneminin verimli geçirilmesi açısından, hâkim-savcı yardımcılarının performans kriterine tabi tutulması ve belirli niteliklerdeki iş kotalarının önceden belirlenen nicelik bakımından doldurulması gerekir.

Staj dönemi sonrasında, hâkim-savcı yardımcılarının yetki sürecinin tamamlanması için 3 aylık süresi kalmaktadır. Bunun ise hâkim-savcı yardımcılarının yetki sınavına hazırlanmaları için ayrılması gerekir.

Yetki sınavının, hâkim-savcı yardımcılığı sürecine devam edilebilmesi için önemi büyüktür. Bu aşamada başarısız olanlara ikinci bir hak verilebileceği gibi doğrudan eleme yapılabilir. Yetki sınavı başarıyla tamamlandıktan sonra,

hâkim-savcı yardımcısının hukuki niteliği değişecek, bir kısım hâkimlik-savcılık yetkisi verilerek “yetkili” hâkim-savcı yardımcısı statüsüne erişecektir. Şimdiye kadar aktarılan yetki süreci, hâkim-savcı yardımcısının hem eğitim hem de pratik uygulamalar yönünden geliştirilmesine, dosyaların incelenmesi açısından bir veya birden fazla hâkim-savcının refakatinde çalıştırılmasına ve refakatinde olduğu hâkim-savcıya tevdi edilen işler üzerinden uygulama yapmasına yönelikti; ancak yetki aşaması geçildikten sonra hâkim-savcı yardımcısı, atanmış hâkim-savcının sahip olduğu bir takım yetkilere sahip olmakla birlikte, herhangi bir hâkim-savcı refakatinde olmadan, sadece mahkeme başkanı gözetiminde, doğrudan kendisine tevdi edilen dosyalardan sorumlu olarak görevini sürdürecektir. Bunun ayrıntılarına bir sonraki başlıkta devam edelim.

B. İkinci Aşama: Yeterlik Süreci

Hâkim-savcı yardımcılığına başladıktan sonra geçirilen 18 aylık süre sonunda yapılan yetki sınavında başarılı olanlar, “yetkili hâkim-savcı yardımcısı” olarak sürecin ikinci aşamasına devam etmelidir. Burada bahsedilen yetkili hâkim-savcı yardımcılığı, yetkileri açısından Çalışmamızın II.A. ve II.B. bölümlerinde aktarılan Almanya ve Avusturya hukuk düzenindeki *rechtspfleger*’liğe (yardımcı adalet memurluğuna) benzemektedir. Ayrıldığı önemli bir nokta ise; yardımcı adalet memurluğu, ömür boyu yapılan bir meslek olmasına karşın; yetkili hâkim-savcı yardımcılığı, hâkim-savcı olarak atanabilmek için başarılı şekilde tamamlanması gereken geçici bir süreci ifade etmektedir.

Yetkili hâkim-savcı yardımcısının, hâkimlik-savcılık mesleğine kabul edildikten sonra çalıştırılması planlanan mahkeme veya savcılık, görevli olduğu staj merkezi dahilinde bu aşamada tespit edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, hâkim veya savcı yardımcısı olarak ayırım yapıldıktan sonra, hâkim yardımcılar için ayrıca görev ayırımı yapılarak ticaret, aile, ceza, idare veya vergi mahkemesi vb. belirlenmeli, müstakbel alanında uzmanlaşması sağlanmalıdır. Yetki sürecinde, hâkim-savcı yardımcısı tüm mahkemelerde staj yaptığından bütün alanlara ait işlerden belli oranlarda yetkinlik sağlamıştır. Ancak, yetkili hâkim-savcı yardımcısı olduktan sonra görev ayırımı yapıldığında, görevli olunan mahkemede bakılan davalar açısından yetkinliğe ulaşmasını ve uzmanlaşmasını sağlayacaktır. Bu aşamadan itibaren, yetkili hâkim-savcı yardımcısı bulunduğu mahkeme veya savcılıkta aktif olarak görev alacağından iş yüküne olumlu katkıda bulunması beklenir.

Yetkili hâkim-savcı yardımcısının, hâkim veya savcı olarak ataması yapılmadığı ve yetiştirilme süreci devam ettiği için, nihai karar verme yetkisi bulunmamalıdır. Ancak, dosyanın yürütülmesinden ve aşamaların takibinden

sorumlu tutulacağı için nihai kararlarda görüşüne yer verilebilir. Bu nedenle, tayin edildiği mahkemede başkanın gözetiminde, nitelik ve nicelik bakımından belirlenen performans kriterlerine tabi olarak dosya odaklı çalışmalıdır. Herhangi bir hâkim-savcı refakatinde çalışmadığından, her hâkimin düşüncesine veya görüşüne rahatlıkla başvurabilecek ve farklı deneyimlerden faydalanarak kendisine katkıyı en üst düzeye çıkarabilecektir. Aksi durumda (yetki aşamasındaki gibi olduğu takdirde), hâkim-savcı yardımcısının refakatinde olduğu hâkimin üzerindeki dosyalarla sınırlı kalabilir ve onun dışında başka bir hâkimin görüşüne başvurması etik olmayabilir. Ayrıca, herhangi birine bağlı olmadan çalışıldığında, hâkim-savcı yardımcısına doğrudan tevdi edilen dosyalar bulunduğundan, hâkim-savcı gibi işlem yapabilmekten kaynaklanan, özgüven, sorumluluk ve bunlara bağlı olarak özverinin artmasına yol açabilmektedir. Bu süreçte, hâkim-savcı yardımcılarını için belirlenen performans kriterlerine göre iş kotasının doldurulması yeterli sınavına girmek için ön şart olmalı, bunun takip ve denetimi ise ilgili Mahkeme Başkanı veya Başsavcılık tarafından yapılmalıdır.

Yetkili hâkim-savcı yardımcısı, çalıştığı mahkemede bulunan diğer hâkimler gibi kendine ait dosyalardan bizzat sorumlu olmalı, dosyalara ait işlerin yürütülmesi bakımından hâkim-savcı gibi yetkilendirilmeli (ilk inceleme, yürütmenin durdurulması, ara kararlar vb.), dosyanın heyete sunulmasından sorumlu olmalı ve oylamaya katılma hakkı bulunmaksızın heyetten çıkan kararın yazılması dahil bütün işlemlerin uygulayıcısı konumunda olmalıdır. Ancak, yetkili hâkim-savcı yardımcısının yürüttüğü dosyalarda, bir denetim mekanizması olarak nihai karar aşamasında oy veya karar verme hakkı bulunmamalıdır. Buradaki amaç, yetkili hâkim-savcı yardımcısının ara statüde kalarak, kendisine tevdi edilen dosyalara ait nihai karar verilmesi haricindeki bütün işlemlerde yetkili ve sorumlu olmasını sağlayarak, tecrübesini artırmak suretiyle dosyalara hakimiyetini güçlendirmektir. Yetkili hâkim-savcı yardımcısı, dosyaları ile ilgili heyetten çıkan kararların yazılmasından da sorumlu olmalıdır. Heyetli olmayan dosyalar açısından ise, yetkili hâkim-savcı yardımcısının nihai karar verme yetkisi bulunmadığından, mahkeme başkanına ve görevlendireceği bir hâkime sunulmasından sorumlu olarak nihai karar verilmesi sağlanabilir.

Bunların dışında, mevzuatta belirlenecek bazı konular veya adli yargı için çekişmesiz yargı işleri, yetkili hâkim yardımcısının nihai karar verme yetkisinde olan işlerden sayılabilir. Çalışmamızın II.A. ve II.B. bölümlerinde aktarıldığı üzere, Alman ve Avusturya hukuk düzenindeki yardımcı adalet memurluğu mesleğinde olduğu gibi rutin bazı işler hâkim-savcı yardımcılarına verilebilir. Çalışmamızda, Türkiye’de uygulanacak hâkim-savcı yardımcılığı geçici süreli, hâkimliğe atanmak için hazırlık aşaması olarak tasarlanmıştır. Bu nedenle, mevzuatla belirlenecek görevlerin, bizzat dosyalarla muhatap olarak kendi

nam ve sorumluluğunda çalışmasını, etkin bir şekilde tecrübesinin artırılmasını ve bu şekilde yetkinliğe ulaşmasını sağlamak amacıyla belirlenmesi gerekir.

Yeterlik sürecinde, yetkili hâkim-savcı yardımcısı için asıl önemli olan, kendi alanında daha fazla ve farklı niteliklerde dosyaları öğrenmesi, teoriyi pratiğe dönüştürebilme becerisi kazanması ve içtihadî bilgilere sahip olmasıdır. Bu amaçla, uygulanacak yeterlik sınavının zorluk derecesi de buna göre belirlenmelidir. Teorik bilgi düzeyini ölçmeye yönelik sınavın, yeterlik aşamasından önceki yetki sınavında yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer bir ifadeyle, yeterlik sürecinin değerlendirilmesinde teorik bilgilerden ziyade, uygulamaya yönelik örnek olaylar üzerinden analiz ve muhakeme gücünün, nitelikli karar yazabilmenin ölçülmesi gerekir.

Yetkili hâkim-savcı yardımcısının çalıştığı alanda bitirme tezi istenebilir. Ancak, bunun uygulanabilmesi için hâkim-savcı yardımcısı sayısına göre tez okuma komisyonlarının kurulması gerekmektedir. Bitirme tezinin istenmesi, yeterlik sınavına nispeten daha nitelikli olabilir. Daha önce de belirtildiği gibi, bilgi düzeyi yetki sınavıyla tespit edilmelidir; yeterlik aşamasında ise tekrardan sınav yapmak yerine bir konuda akademik araştırmalar yapılması, özgün ve nitelikli metinler ortaya çıkarılması sağlanabilir.

Yeterlik sürecinin sonunda yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken bir diğer önemli kriter ise, hâkim-savcı yardımcılığı döneminde yapılan işler ve yazılan kararların nitelik yönünden değerlendirilmesi olmalıdır. Ayrıca, performans değerlendirme kriterlerinde; yazılan kararlar için üst derece mahkemelerince yapılacak olumlu değerlendirmeler, yayımlanmış akademik çalışmalar, yüksek lisans ve doktora yapılması halinde bunlara ek puan verilerek iş kotasının bir kısmının bu şekilde tamamlanabilmesi, hâkim-savcı yardımcılarını bu alanlarda teşvik edebilir.

C. Yabancı Dil Koşulu

Hâkim-savcı yardımcılığına giriş sınavında yabancı dil belgesi istenmesi durumunda; mesleği iyi şekilde yapabilecek ancak yabancı dili yeterli düzeyde olmayan adayların sınav sürecine dahil edilememesi, adaylar arasındaki rekabet ve eşitliğin olumsuz etkilenmesi gibi sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, hâkim-savcı yardımcılığına girişte yabancı dil yeterliğinin ön koşul olarak bulunmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Hâkim-savcı yardımcılığı alımının makul sayıda olması halinde tamamının veya hâkim-savcı yardımcılığı mesleğine giriş sınavında başarılı olanların belirli bir yüzdesinin yurt dışında yabancı dil eğitimi alarak belli bir yetkinliğe ulaşmaları sağlanabilir.

Diğer taraftan, Merkezi Yönetim Bütçesine ekli E cetvelinde⁸⁷ yer alan usuller çerçevesinde yabancı dil kurs ücretlerinin her yıl belirlenen tutarı aşmamak şartıyla %50'si kamu personeline devlet katkısı olarak verilebilmektedir. Hâkim-savcı yardımcılarının, bu şekilde devlet katkısından yararlandırılmak suretiyle yabancı dil bilgilerinin artırılması da sağlanabilir.

Çalışmamızda önerilen üç yıllık eğitim-staj süreci sonundaki yeterlik sınavına katılabilmek için ön koşul olan performans kriterlerine ulusal veya uluslararası yabancı dil puanı dahil edilerek iş kotasının bir kısmı doldurulabileceği gibi, bunun yanında ek bir kriter olarak da öngörülebilir.

SONUÇ

Günümüzde hâkim-savcı adaylığı olarak yürütülen, hâkimlik-savcılık mesleğine kabul öncesi sürecin değiştirilmesi, hâkim-savcı yardımcılığı olarak yeniden oluşturulması gündemdedir. Hâkim-savcı yardımcılığının, geçici veya sürekli olması, süresi, içeriğinin ne şekilde doldurulacağı henüz netleşmemiştir. Bizce, yeni getirilecek olan hâkim-savcı yardımcılığı, geçici süreli olarak uygulanmalı ve başarılı olanların hâkimlik-savcılık mesleğine kabulü ile sonuçlandırılmalıdır. Çalışmamızın II. ve III. bölümlerinde aktarılan örneklerden yola çıkarak, başarısız olanların Bakanlık teşkilatında uygun memur kadrolarına atanması söz konusu olabilir.

Çalışmamızın IV. bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, hâkim-savcı yardımcılığının yetiştirilme süreci modellenmeye çalışılmıştır. Buna göre, süreç iki aşamaya; yetki ve yeterlik sürecine ayrılmıştır. Yetki sürecinde teorik eğitim ve hâkim-savcı refakatinde staj yaptırılmalıdır. Bu şekilde, hâkim-savcı yardımcılarının belli bir yetkinliğe ulaştırılması amaçlanır. Yetki sürecinde başarılı olanlara, bir kısım hâkim-savcı yetkileri verilerek “yetkili hâkim-savcı yardımcısı” niteliğinde ikinci aşamaya geçilir. Yetkili hâkim-savcı yardımcısı, belli konularda veya alanlarda yetkinliğe ulaşmış demektir. Bu aşamada, hâkimliğe-savcılığa atandıktan sonra yapacağı görevi belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, hâkim veya savcı yardımcısı olarak ayırım netleştirilmeli, hâkim yardımcıları açısından görev yönünden mahkemesi belirlenmeli, yeterlik sürecinde görevli olduğu mahkemede kendi nam ve sorumluluğunda uzmanlaşması sağlanır.

Çalışmamızın II.A. ve II.B. bölümlerinde aktarılan rechtspfleger'lik (yardımcı adalet memurluğu) katipler arasından seçilen ve sürekli ifa edilen bir meslek olarak, bir takım basit ve periyodik nitelik taşıyan işleri görmek üzere, Alman ve Avusturya hukuk düzenlerinde uygulanmaktadır. Bu açıdan, yetkili hâkim ve savcı yardımcısı konumu itibarıyla yardımcı adalet memurluğuna benzemekte, iş tecrübesi kazandırmak amacıyla geçici süreli uygulanması ve

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız, 2020 Yılı Merkezi Bütçe Kanunu, E Cetveli, 27.

başarıyla tamamlamak kaydıyla hâkim veya savcı olarak atanması yönünden ayrılmaktadır. Önerilen modelde, yetkili hâkim-savcı yardımcılara, bir takım hâkim-savcı yetkileri verilmeli, kendisi doğrudan dosya tevdi edilerek yürütülmesinden ve tüm işlemlerinden sorumlu tutulmalıdır. Ancak, kontrol mekanizması olarak, nihai kararın heyet, mahkeme başkanı veya görevlendirilen bir hâkim tarafından verilmesi gerekir. Burada, dosyadan sorumlu olan yetkili hâkim-savcı yardımcısının ise nihai kararda görüşüne yer verilebilir. Önemli olan husus, yetkili hâkim-savcı yardımcısının sorumlu olduğu dosyaların belirli niteliklerde olması ve nicelik bakımından tecrübesini artıracak düzeyde olmasını sağlamak, verilen kararların yazımı dahil dosyalarda uygulayıcı konumunda bizzat tecrübe ederek hâkimlik-savcılık mesleğine kabulün öncesinde yetiştirilmesidir.

Hâkim-savcı yardımcılığında, birinci aşama olan yetki sürecinde hâkim-savcı refakatinde öğrenilen yol ve yöntemlerin kullanılarak, ikinci aşama olan yeterlik sürecinde doğrudan tevdi edilen dosyalar üzerinden kendisini yetiştirmesi esastır. Bu açıdan, yetkili hâkim-savcı yardımcısı, önceden sınırlı çizilmiş, nitelik itibarıyla çeşitlendirilmiş dosyalardan oluşan performans kriterlerine tabi tutulmalıdır. Performans kriterleri, yapılan işlerden alınan puanlar, yazılan kararlar için üst derece mahkemelerince yapılacak olumlu değerlendirmeler, yayımlanmış akademik çalışmalar, yüksek lisans ve doktora, ulusal veya uluslararası yabancı dil belgesini kapsamalıdır.

Sürecin sonunda, performansın yeterli olması halinde yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanılarak yapılacak yeterlik sınavında başarılı olunması veya bitirme tezi ile hâkim-savcı yardımcılığı süreci tamamlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- 34 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 02/05/2019 tarih ve 30762 Sayılı Resmi Gazete.
- Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü: Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkimlik ve Savcılık, Yüksek Yargı Organları, Yargı Üst Kurulları, 2016.
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Meslek Personelinin Yarışma, Yetki ve Yeterlik Sınavları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, 23/03/2007 tarih ve 26471 sayılı Resmi Gazete.
- D’Amelio, Mariano, Hukuk Kliniği, çeviren Atıf Akğüç, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Yıl 1936, s. 71
- Kaymakam Adayları Yönetmeliği, 06/07/2011 tarih ve 27986 sayılı Resmi Gazete.
- Konca, Nesibe Kurt: *Hâkim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 2016, SETA.
- Richter–und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (Avusturya Hâkimlik ve Savcılık Kanunu), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008187>, Erişim Tarihi 26.04.2020.
- Rechtsvorschrift für Rechtspflegergesetz (Avusturya Yardımcı Adalet Memurluğu Kanunu), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002703>, Erişim Tarihi 23.04.2020.
- The German Judiciary Act (Alman Yargı Yasası), http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drigr/, Erişim Tarihi 19.04.2020.
- Uyumaz, Alper/ Erdoğan, Kemal: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2015, 459-505.
- Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, 31/10/2011 tarih ve 28101 sayılı Resmi Gazete.
- Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliği, 11/01/2016 tarih ve 29590 sayılı Resmi Gazete.

KONUT VE İŞ YERİ TESLİMLERİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ İSTİSNASI VE BU İSTİSNANIN ANAYASAL İLKELER OLAN MALİ GÜÇ VE EŞİTLİK İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Housing and Office Delivery Exception in Value Added Tax and Consideration of This Exception in Terms of Ability to Pay and Equality Principles

Doç. Dr. Adil NAS*

Geliş Tarihi: 11.05.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Konut ve iş yerleri ile ilgili KDV istisnası, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13/i maddesinde düzenleme konusu yapılmıştır. İlgili düzenleme ile konut veya iş yeri olarak inşa edilen binaların ilk tesliminde, bedeli döviz olarak Türkiye'ye getirilmek şartıyla 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının 2 numaralı bendinde belirtilenler hariç olmak üzere, çalışma veya oturma iznini alarak altı aydan daha fazla yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarına, Türkiye'de yerleşmiş olmayan yabancı uyruklu gerçek kişiler ile kanuni ve iş merkezi Türkiye'de olmayan ve bir iş yeri yada daimi temsilci vasıtasıyla Türkiye'de kazanç elde etmeyen kurumlara yapılan konut veya iş yeri teslimleri katma değer vergisinden istisna edilmiştir. Katma Değer Vergisi Kanununun 13. maddesinin i. fıkrasında öngörülen koşullara uyulmadığı takdirde istisnanın uygulandığının tespit edilmesi halinde zamanında tahsil edilmeyen vergi, vergi ziyai cezası ve gecikme faizinden mükellef ile birlikte alıcı müteselsilen sorumludur. Burada belirtilen istisna, mali güç ve vergide eşitlik ilkeleri açısından da eleştirilmeye tabi tutulmaktadır. Harcama unsuru yönünden eşit olan Türkiye'de mukim olanlarla olmayanlar arasında ikinciler lehine konut veya iş yeri istisnasının tanınması, mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların farklı vergilendirilmesini öngören mali güç ve vergide eşitlik ilkelerine uygun düşmemektedir. Yapılan bu çalışmada konut ve iş yerleri ile ilgili getirilen KDV istisnasının anayasal ilkelerden olan mali güç ve vergide eşitlik ilkelerine aykırılığı ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi İstisnası, Teslim, İkametgah, Gecikme Faizi, Vergide Eşitlik İlkesi.

ABSTRACT

VAT exemptions related to housing and office are regulated in the Article 13/ i of the Value Added Tax Code. The first assignment of the building, which was built as a housing or Office related regulations, the cost of foreign currency as a condition that was brought to Turkey. According to 193 numbered Income Tax Code Article 3 of the six months, taking a work permit or residence except those specified in the second subparagraph of paragraph living more a broad Turkish citizens, legal and business center is not in Turkey and a place of business or permanent representative made to institutions earning in Turkey dwelling or place of work delivered by foreign natural persons who are not resident in Turkey have been exempted from value added tax. Pursuant to Article 13 of the Value Added Tax Code, in the event that the exemption is applied even though the conditions stipulated in the paragraph are not complied with, the buyer and the taxpayer are several (jointly) responsible for the tax, tax loss penalty and delay interest not collected in time. As mentioned above, exception is also criticized in terms of ability to pay and tax equality principles. Which is equal to the direction of the elements spending secondary in favor of the cognition of the residence or business exception among those who were not, who are resident in Turkey, the financial strength of the same envisioning the same financial power of taxation different people with different does not conform with the financial strength and tax equality. In this article, it will be revealed that the VAT exemption imposed on houses and office is against the principles of ability to pay and tax equality, which are constitutional principles.

Keywords: Tax Exception, Assignment Place of Residence, Overdue Interest, Principle of Equality in taxation.

* Pazarcık Kaymakamı, e-posta: adilnas@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5903-9063.

GİRİŞ

Kamu hizmetlerini finanse etmek için devletin gelire ihtiyacı vardır. Devlet, gelir ihtiyacının çok önemli bir kısmını vergilerden karşılamaktadır. Bilindiği gibi vergi, Devletin kamusal gereksinimlerinin karşılanması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle gerçek veya tüzel kişilere yüklediği bir kamu alacağıdır. Vergiyi doğuran olayla vergi mükellefiyeti kapsamına giren kişiler, vergiyi ödemek zorundadırlar. Ancak hemen ifade edelim ki, bu herkesin vergi ödemek zorunda olduğunu göstermez. Yasa koyucu kimi durumlarda vergi kapsamına alınan konuyu, kimi durumlarda kişileri vergi dışında tutabileceği gibi, verginin tümünden ya da bir bölümünden vazgeçebilir. Sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçla vergi kanunlarında bir takım vergi istisnalarının yer alması, yasa koyucunun takdirine bağlı bulunmaktadır. Burada geçen istisna kavramı; vergi kanununun hükümleri içinde esasen vergilendirilmesi gereken belirli bir kısım vergi konularının (kişiler değil), aynı kanun hükümlerine göre vergi dışı bırakılmasını ifade eder.¹

Diğer bir kısım vergi kanunlarında olduğu gibi KDVK'nın da vergi istisnaları yer almaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, katma değer vergisi bir bütün olduğundan, işleyiş mekanizmasının herhangi bir yerine rastgele yapılacak bir müdahale, sistemi işleyemez hale getirebilir. Katma değer vergisini şahsi vergilerle, değer artış ve muamele vergilerinden ayıran en belirgin özelliklerinden biri de budur. Konu, oran, indirim, istisna ve muafıkların birbiri ile olan ilişkisi diğer vergilere nazaran çok daha önemlidir. İstisnaların varlığı sistemi olumsuz etkileyen bir unsur olabilmektedir. Bu nedenle vergi bakımından istisna ve muafıkların konuluşuna büyük bir dikkat sarf etmek, bunları koyarken sistemi bir bütün olarak düşünmek ve ona göre düzenlemek gerekmektedir.² Başka bir deyişle, sisteme eklenecek istisnaların mahiyeti önem taşımakta ve dikkatli olunmayı gerektirmektedir.³

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin birinci fıkrasına 6824 sayılı Kanunun 7'nci maddesi ile eklenen konut ve iş yeri istisnasının getiriliş amacı, ülkemize döviz girişinin arttırılması ve inşaat sektörünün teşvik edilmesidir. İnşa edilen iş yeri ve konutların satış bedelinin yurtdışından getirilecek döviz olarak ödenmesi şartıyla, Türkiye'de yerleşmiş olmayan yabancı uyruklu gerçek kişiler ile kanuni ve iş merkezi Türkiye'de olmayan ve bir işyeri ya da daimî temsilci vasıtasıyla Türkiye'de kazanç elde etmeyen kurumlara ilk satışını, katma değer vergisinden istisna eden bu düzenleme, aşağıda özellikle vergide ödeme gücü ve eşitlik ilkeleri açısından değerlendirilecektir.

¹ ERGİNAY Akif, Kamu Maliyesi, Ankara, Turhan Kitapevi, 1987, s. 45.

² 3065 sayılı Kanunun Genel Gereği, Kanun Tasarısı, Komisyon Raporları, 14.06.1984, s. 328, www.gib.gov.tr, 15.03.2020.

³ KIZILOT Şükrü, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2010, s.1001

I. GAYRİMENKUL İŞLEMLERİNDEKİ KDV İSTİSNASININ KAPSAMI

Yabancılara veya yurt dışındaki bazı mukim Türk vatandaşlarınca satın alınan konut ve iş yerlerine tanınan KDV istisnası, tüm gayrimenkul türlerine tanınmamıştır. 3065 sayılı KDVK'nın 13/i maddesi uyarınca, KDV istisnası yalnızca konut ve iş yerleri satışlarına uygulanmaktadır. Bu açıdan konut ve iş yerlerinin tanımı ve kapsamlarının belirlenmesi önem taşımaktadır.

A. Konutun Tanımı ve Kapsamı

Sözcük olarak konut; bir ailenin yaşadığı yapısal birim olarak tanımlanmaktadır.⁴

*"...Genel olarak konut ise ikamete tahsis edilmiş, iş yeri olarak kullanılmayan ve oturlan yer olarak ifade edilmektedir. Konutun dubleks veya tripleks olması veya yazlık olarak kullanılmasının önemi yoktur. Bunlar da konut olarak kabul edilir..."*⁵ Yapı ruhsatında, rezidans, apart daire ve devre mülk gibi yapılar da konut kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

B. İş Yeri Tanımı ve Kapsamı

Sözcük olarak iş yeri, işin yapıldığı ve yürütüldüğü yerlerle ona bağlı bulunan eklenti ve araçlar şeklinde tanımlanabilir.⁶ Vergi hukukunda iş yeri ise Vergi Usul Kanunu'nun 156. maddesinde tanımlanmıştır. İlgili maddeye göre, ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir. Burada da görüldüğü gibi VUK'da iş yerinin tanımı geniş olarak yapılmıştır. Yapı ruhsatında dükkân, ofis, büro ve benzeri olarak tanımlanan iş yerleri KDVK'nın 13/i maddesinde belirtilen istisna kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

II. KONUT VE İŞ YERİ TESLİMLERİNDE KDV İSTİSNASINDAN YARARLANMA KOŞULLARI

Yabancı ve yurt dışındaki Türk vatandaşlarının KDVK'nın 13/i maddesi ile kendilerine tanınan KDV istisnasından yararlanabilmeleri için adı geçen maddede öngörülen koşulları eksiksiz bir şekilde yerine getirmeleri gerekir.

⁴ YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.398.

⁵ ÜREL Gürol, Katma Değer Vergisi Kanunu Açısından Konut Teslimlerinin Vergilendirilmesi, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Ekim 2011, Sayı:9. <http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/diger/makale/katma-deger-vergisi-kanunu-acisindan-konut-teslimlerinin-vergilendirilmesi.html> 5

⁶ YILMAZ, a.g.e. s.333.

KDVK'nın 13/i maddesinde öngörülen koşullardan herhangi birinin yerine getirilmemesi, istisna kapsamının dışına çıkarılmasına sebep olacaktır. Aşağıda ilgili istisnanın koşulları ele alınmıştır.

A. İstisna Kapsamındaki Konut ve İş Yerinin İlk Kez Teslim Edilecek Olması

3065 sayılı KDVK'nın 13/i maddesinde konut veya iş yeri olarak inşa edilen binaların ilk tesliminde KDV istisnasının uygulanabileceği belirtilmiştir. Burada temel kavram ilk teslimdir. Teslim KDV'nin özünü oluşturan eylem ve fiillerden birisidir. Bu bakımdan teslim kavramının mahiyet ve niteliklerinin belirlenmesi vergilendirme yönünden önem taşımaktadır. Teslim deyiminden ne anlaşılması gerektiği KDVK'nın 2. maddesinde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.⁷ KDVK'nın 2. maddesi uyarınca, teslim, bir mal üzerindeki tasarruf hakkının malik veya onun adına hareket edenlerce alıcıya veya adına hareket edenlere devredilmesidir. Tasarruf hakkının devri, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda tapuya tescil suretiyle mümkün olmakla birlikte, mezkur madde zilyetliğin devrinin ya da tapuda tescilin gerçekleşmemesine rağmen teslimin gerçekleştiği halleri de göstermiştir. Dahası Kanunun 3. maddesinde 2. maddede yapılan teslim tanımına girmeyen ancak KDV uygulamasında teslim sayılan halleride düzenlemiştir.⁸ Konumuz konut ve iş yerleri ile ilgili KDV istisnası olduğundan teslimin gerçekleşebilmesi için taşınmazların tapuya tescil edilmesi şarttır. Ayrıca bu teslimin de ilk teslim şeklinde gerçekleştirilmesi gerekir. İkinci, üçüncü veya diğer şekillerde yapılan gayrimenkul teslimleri ilk teslim şeklinde gerçekleşmediği için istisna kapsamının dışına çıkarılması gerekir. Başka bir deyişle, ilk teslim haricinde teslimler KDV istisnasının uygulanmasına engel teşkil edecektir. Konuyla ilgili vergi idaresi verdiği bir Özelgede⁹ “konut veya iş yerinin inşa edenlerden satın alınıp bir başkasına satılması halinde konut veya iş yeri tesliminin, ilk teslim olarak değerlendirilmeyeceği” şeklinde görüş belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki, ‘...trampa kapsamında yapılan teslimlerinde ilk teslim şeklinde değerlendirilmemesi gerekir. KDV Kanununun 2. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, trampa iki ayrı teslim hükmündedir. Bu hükme göre, arsa karşılığı inşaat işlerinde iki ayrı teslim söz konusudur. Bunlardan birincisi, arsa sahibi tarafından yükleniciye arsa teslimi, ikincisi ise, yüklenici tarafından arsaya karşılık olarak arsa sahibine verilen konut veya iş yeri teslimidir. Bu göre arsaya karşılık olarak arsa sahibine verilen konut ve iş yerinin arsa

⁷ KIZILOT, a.g.e, s.376.

⁸ CANDAN Turgut, Katma Değer Vergisi ile İlgili Sorunlara Danıştay'ın Yaklaşımı, <http://turgutcandan.com/2015/11/04/katma-değer-vergisi-ile-ilgili-sorunlara-danistayin-yaklasimi/>,08.02.2019.

⁹ Gelir İdaresi Başkanlığının 10.09.2018 Tarih ve 10360i sayılı Özelgesi.

*sahibi tarafından teslimi ilk teslim kapsamında değerlendirilemez...'*¹⁰ Benzer şekilde de “konut ve işyerlerinin finansal kiralama kapsamında kiralınması da ilk teslim kapsamında değerlendirilemez”¹¹

Konut ve iş yeri teslimlerinin ilk teslim kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu bazı eleştirilere neden olabilmektedir. Bu konuda doğacak sorunların idari yargıya intikal etmesi muhtemel gözükmektedir. Vergi mahkemeleri ve Danıştay KDVK'nın 13/i maddesi kapsamında KDV istisnasının uygulanabilmesi koşullarından biri olan ilk teslimden kaynaklanabilecek anlaşmazlıkları çeşitli kriterlere¹² dayanarak çözüme kavuşturmaktadır.

B. Kişiler Yönünden Koşullar

Konut veya iş yeri istisnası, yararlanacak kişiler açısından da sınırlandırılmıştır. İlgili istisnanın kapsamına yabancı gerçek ve tüzel kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları girmektedir.

1. Yabancı Uyruklu Gerçek Kişiler

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin¹³ Tanımlar başlıklı 3.maddesinin u fıkrasına göre yabancı, “*Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Ayrıca Gelir Vergisi Kanunu'nun 4. maddesi Türkiye'de yerleşme konusunda ikametgâh ve oturma süresi esasını benimsemiş ve hangi durumlarda gerçek kişilerin Türkiye'de yerleşmiş kabul edebileceğini hükme bağlamıştır.¹⁴ Buna

¹⁰ 12 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG'nin 05.05.2017 Tarih ve 30057 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

¹¹ 6561 sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 23. maddesinde, finansal kiralama konusu malın mülkiyetinin kiralayana ait olduğu, ancak tarafların sözleşmede sözleşme süresi sonunda kiracının malın mülkiyetini satın alma hakkına haiz olacağını kararlaştırabileceklerini hükme bağlanmıştır. Konut veya iş yerinin yabancılara veya altı aydan fazla süredir yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarına finansal kiralama kapsamında kiralınması işlemi konut teslimi kapsamında değerlendirilmeyeceğinden yapılan finansal kiralama hizmeti KDVK'nun 13/i maddesine göre istisna edilemez (Gelir İdaresi Başkanlığının 19.06.2018 tarih ve 562761 sayılı Özelgesi).

¹² İdare mahkemeleri ve Danıştay, vergi istisnası gerçekleştirilecek ilk teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğini, hangi tarihte gerçekleştiğini vergi incelemesi sırasında yapılan tespitleri bilgi ve belgelerle davacının dosyaya sunduğu ya da ara kararı ilgili kurum ve kuruluşlarından getirdiği bilgi ve belgeleri inceleyerek ve ilgili mevzuatla tasarruf hakkının intikalini sağlayacağı öngörülen işlemlerin var olup olmadığı ve tamamlanmış olup olmadığını araştırarak belirlemektedir. Belgelerle gerçek mahiyetin uyuşmaması halinde vergi hukukunda ekonomik yaklaşım gereğince, mahiyet esasına başvurulmaktadır (CANDAN, agy).

¹³ Adı geçen Yönetmelik 06.04.2010 tarih ve 27544 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁴ Esra EKMEKÇİ, Kurumlar Vergisinde Dar Yükümlülük, İstanbul, Kazancı Yayınları 1994, s. 9.

göre ikametgâhı Türkiye’de bulunanlar (Medeni Kanununun 19’uncu ve devamı maddelerinde yazılan yerler ikametgâhı ifade etmektedir) ile bir takvim yılın içinde Türkiye’de devamlı olarak altı aydan fazla oturanlar Türkiye’de yerleşmiş olarak sayılmaktadır. Ancak hemen ifade edelim ki, geçici ayrılmalar Türkiye’de oturma süresini kesmemektedir (GVK m.4).

Yine aynı Kanununun 5. maddesi uyarınca, “*belli ve geçici görev veya iş için Türkiye’ye gelen iş, ilim ve fen adamları, uzmanlar memurlar; basın ve yayın muhabirleri ve durumları bunlara benzeyen diğer kimselerle tahsil veya tedavi istirahat veya seyahat maksadıyla gelenler memlekette altı aydan fazla kalsalar dahi Türkiye’de yerleşmiş sayılmazlar*” hükmü yer almıştır. Ayrıca tutukluluk, hükümlülük ve hastalık gibi elde olmayan sebeplerle Türkiye’de alıkonulmuş veya kalmış olanlarda bu kapsamda yer almaktadır (GVK m.5/2).

Buna göre; belli ve geçici görev veya iş için Türkiye’ye gelen iş ilim ve fen adamları, uzmanlar, memurlar, basın ve yayın muhabirleri ve durumları bunlara benzeyen diğer kimseler, Türkiye’de 6 aydan fazla kalmış olsalar dahi mezkûr kanun hükmüne göre Türkiye’de yerleşmiş sayılmazlar. Hemen belirtelim ki, burada dikkat edilecek nokta; yabancı gerçek kişinin belli ve geçici bir görevi veya iş için Türkiye’ye gelmiş olmasının tespitidir. Yani bu yabancıların Türkiye’de yapacağı işin ve görevin ne olduğu açık olarak tespit edilmeli ve bu iş veya görev sonuçlandırıldıktan sonra Türkiye’den ayrılmayı gerçekleştirecek bir özellik göstermelidir.¹⁵

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, katma değer vergisindeki konut ve iş yeri istisnasından, Türkiye Cumhuriyetine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunmayan ve Gelir Vergisi Kanunu’nun 5.maddesi kapsamında yerleşmiş olmayan yabancı gerçek kişiler yararlanabilir.

Ayrıca konut ve iş yeri istinasından yararlanacaklar kapsamında mavi kart sahipleri de yer almaktadır. Bilindiği gibi mavi kart doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak şartıyla Türk vatandaşlığından çıkanlar ve bunların 5091 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 28. maddesinde belirtilen alt soylarına verilen ve konusu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren resmî belgedir.

Hemen belirtelim ki, konut ve iş yeri istinasından yararlanacak olanlar konu ile ilgili ispatlayıcı belgeleri (pasaport, mavi kart, vd.) konut ve iş yeri tesliminden önce satıcıya teslim edilmesi gerekir.

2. Tüzel Kişiler

Kanuni ve iş merkezi Türkiye’de olmayan ve bir iş yeri ya da temsilci vasıtasıyla Türkiye’de kazanç elde etmeyen kurumlar KDVK’nın 13/i maddesindeki konut ve iş yeri istinasından yararlanabilir. Tüzel kişilerin

¹⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı 08.09.2016 tarih ve 135663 sayılı Genelgesi.

istisnadan yararlanması için burada adı geçen, kanuni ve iş merkezi ile iş yeri ve daimi temsilci kavramlarının tanımlanmasına ihtiyaç vardır. İş yeri kavramı daha önce tanımlandığı için burada tekrar tanımlanmayacak. Diğer kavramlara ise değinilecektir.

Kanuni merkez 5520 Sayılı KVK'un 3. maddesinde tanımlanmıştır. Adı geçen maddeye göre, kanuni merkez; vergiye tabi kurumların kuruluş kanunlarında, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde, tüzüklerinde, ana statülerinde veya sözleşmelerinde gösterilen merkezdir. Bilindiği üzere, kurumlar esas sözleşme veya tüzük gibi hukuki tasarruflarla doğarlar ve kurumun yasallık kazanmasına sebep olan belgelerde gösterilen veya bu belgenin düzenlendiği yer kurumunun yasal merkezidir. Dolayısıyla yasal merkez kesin bir kavramdır. Genellikle kurumların yasal merkezinin belirlenmesi güçlük yaratmaz.¹⁶

KVK'nun 3. maddesi uyarınca, iş merkezi iş bakımından işlemlerin fiilen toplandığı ve yönetildiği merkezdir. Buna göre iş merkezi eylemsel olgulara göre belirlenecektir. İş merkezi olarak belirtilen yer, kurumun genel sevk ve idaresi için gerekli kararların alındığı yerdir ve kurumun yönetiminin yoğunlaştığı mahal iş merkezi olarak kabul edilir. Yabancı kurumlarda iş merkezinin Türkiye'de olup olmadığını saptamak, uygulamada her zaman kolay değildir. Özellikle çok uluslu şirketlerde, iş ile ilgili işlemlerin fiilen toplandığı, yoğunlaştığı ve yönetildiği merkezin tespit edilmesinde güçlükler vardır.¹⁷

Konut ve iş yeri istisnasının tüzel kişiler açısından kapsamının belirlenmesinde diğer önemli kavram ise daimi temsilcilik kavramıdır. Bu kavram GVK'un iş yeri ve daimi temsilci başlığını taşıyan 8. maddesinde tanımlanmıştır. İlgili maddeye göre, "*daimi temsilci bir hizmet veya vekalet akdi ile temsil edilene bağlı olup, onun nam ve hesabına belirli ve belirsiz süreyle veya müteaddit ticari muameleler ifasına yetkili kimsedir*". Hemen belirtelim ki, ilgili maddenin diğer fıkralarında başkaca şartlar aranmaksızın kimlerin daimi temsilci¹⁸ sayılacağı belirtilmiştir (GVK m.8).

Dar yükümlü kurumun KDVK'nın 13. maddesinin i fıkrasında belirtilen konut ve iş yeri istisnasından faydalanabilmesi için Türkiye'de kanuni ve iş

¹⁶ EKMEKÇİ, a.g.e, s.11.

¹⁷ EKMEKÇİ, a.g.e. s.11-12.

¹⁸ Aşağıdaki yazılı kimseler başkaca koşullar aranmaksızın temsil edilenin daimi temsilcisi sayılır (GVK m 8).

1. Ticari mümessiller, tüccar vekilleri ve memurları ile Ticaret Kanununun hükümlerine göre acenta durumunda bulunanlar;
2. Temsil edilene ait reklam giderleri hariç olmak üzere, giderleri devamlı olarak kısmen veya tamamen temsil edilen tarafından ödenenler;
3. Mağaza veya depolarında temsil edilen hesabına konsinyasyon suretiyle satmak üzere devamlı olarak mal bulunduranlar.

merkezlerinin olmaması ve bir iş yeri ya da daimi temsilcisi yoluyla bir kazanç sağlamaması gerekir.

Dar yükümlü kurumun, belirtilen koşullar dışında Türkiye’den bir kazanç elde etmesi istisnanın uygulanmasına engel teşkil etmez. Örneğin Türkiye’de kanuni ve iş merkezleri ile iş yeri ve daimi temsilcisi bulunmayan dar mükelleflerin, yetkili makamların izniyle açılan sergi ve panayirlarda yaptıkları ticari faaliyetlerden elde ettikleri kazançlar, konut ve iş yeri istisnasından faydalanılmasına hanel getirmez (KVK m 30(5)). Aynı şekilde dar yükümlü kurumların benzer koşulları yerine getirmeleri halinde fon kazançları olması halinde dahi ilgili KDV istisnasından yararlanabilirler (KVK m. 5/A).

3. Yurt Dışında Çalışma ve Oturma İznine Sahip Türk Vatandaşları

Türk vatandaşlığı kavramı 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 3. maddesinde tanımlanmıştır. İlgili maddeye göre, “*Türk vatandaşlığı Türkiye Cumhuriyeti devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi*” şeklinde ifade edilmiştir.

KDVK’nın 13/i maddesinde yer alan konut ve iş yeri istisnasından tüm Türk vatandaşları faydalanamazlar. İlgili maddede ifade edildiği gibi bu istisnadan ancak çalışma ve oturma iznini alarak altı aydan daha fazla olarak yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları yararlanabilir.

Ancak, *resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye’de bulunan teşekkül ve teşebbüslere bağlı olup adı geçen daire, müessese, teşekkül ve teşebbüslerin işleri dolayısıyla yabancı memleketlerde oturan Türk vatandaşları bu istisna kapsamında yer almamaktadır* (GVK m 3). Başka bir deyişle, burada belirtilen kişiler çalışma ve oturma iznine dayalı olarak yurt dışında altı aydan fazla ikamet etseler dahi bu istisnadan faydalanamazlar (KDVK m 13/i).

Yurt dışında yaşayan vatandaşların KDVK’ında belirtilen konut ve iş yeri istisnasından faydalanabilmeleri için aşağıdaki şartları taşımaları gerekir.¹⁹

1- İstisna kapsamında teslimin yapılacağı tarih itibariyle geçerli olan yurt dışında çalışma ve oturma iznine sahip olması,

2- Çalışma veya oturma iznini, istisna kapsamının yapılacağı tarihten en az altı ay önce alınmış olması,

3- Çalışma veya oturma izninin alındığı tarih ve istisna kapsamında teslimin yapılacağı tarih arasında en az altı ay yurt dışında bulunulmasıdır.

Bu şartlardan herhangi birinin yerine getirilmemesi istisnadan yararlanmaya engel teşkil edecektir.

KDV’ de konut ve iş yeri istisnanın getiriliş amaçlarından biriside yurda döviz girişinin sağlanmasıdır. Bu kapsamda çalışma ve oturma izinlerini

¹⁹ 12 Seri Nolu KDV Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, s.2.

olarak yurt dışında altı aydan fazla ikamet eden Türk vatandaşları istisnadan yararlanabilecektir. Ancak kural, ikametgâhı yurt dışında olan Türk vatandaşları ile sınırlanmış değildir. Örneğin eğitim ve sağlık amacıyla altı aydan uzun süreli oturma izni almış olanlar ile yurt dışında belli bir değer üzerindeki gayrimenkulleri nedeniyle, yatırımcı sıfatıyla sürekli veya uzun süreli oturma izni almış olanlar bu istisnadan dışarıda tutulmuş değildir.

Konut ve iş yeri istisnasından faydalanılması için gerekli koşullar içinde bedelin yurt dışında kazanılmış olduğunun belgelenmesi koşul olarak öngörülmemiştir. Yurt dışında döviz kazancı olmayan bazı kişiler ülkemizden döviz olarak kanunlara uygun bir şekilde yurt dışına çıkartıp konut ve iş yeri istisnasından faydalanmak için tekrar yurt içine transfer edebilirler. Bu konuda yasal bir engel öngörülmemiştir. KDVK'nın 13/1 maddesine bu kapsamda olan kişilerin istisnadan yararlanamayacakları şeklinde bir ifade eklenmelidir. Yapılacak bu değişiklikle yasal boşluk doldurulmuş olacaktır.

C. Satış Bedelinin Türkiye'ye Döviz Olarak Getirilmesi Koşulu

6824 sayılı Kanununun 7. maddesi ile Katma Değer Vergisi Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen konut ve iş yeri satış istisnasının getiriliş amaçlarından birisi de ülkenin döviz ihtiyacına katkı sağlamaktır. İlgili maddede ifade edildiği gibi satış bedelinin Türkiye'ye döviz olarak getirilmesi şarttır.

Ancak, konut ve iş yeri tesliminde KDV'nin uygulanabilmesi için bedelin tümünün peşin olarak getirilmesi zorunluluğu yoktur. *Söz konusu bedelin en az yarısının satışa ilişkin tutarının düzenlendiği tarihten önce, geri kalan kısmının da en geç bir yıl içinde alıcı tarafından Türkiye'ye döviz olarak getirilmesi gerekir.*²⁰

İstisnadan faydalanma koşullarından biri olan dövizin Türkiye'ye getiriliş şekli değişik yollarla gerçekleştirilebilir. *Döviz bedeli Türkiye'deki bir bankaya transfer edilmesi, yurt dışındaki bankalar tarafından verilen kredi kartları ile ödeme yapılması veya Türkiye'ye alıcı tarafından fiziki olarak getirilebilir. Bedelin bankaya transfer yoluyla getirilmesi halinde yapılan transfer işleminin dekont ile, kredi kartları ile yapılan ödemelerde ise dekont ve yazı ile belgelendirmenin yapılması gerekir. Yurt dışından dövizin Türkiye'ye alıcı tarafından fiziki olarak getirilmesi halinde gümrük idaresinden alınacak belgelerle tevsiki yapılmalıdır.*²¹

Yurt dışından, Türk lirası getirilerek yapılacak ödemelerin geçerli olmaması gerekir. Vergi hukukunda kıyas yasağı bunu gerektirmektedir. Çünkü ödenecek bedel döviz olarak öngörülmüştür. Genişletici bir yorum ve kıyas yasağına

²⁰ 12 Seri Nolu KDV Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ 05.05.2017 tarih ve 30057 sayılı RG' de yayımlanmıştır.

²¹ 12 Seri Nolu KDV Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ.

uyulmadan yapılacak ödeme hukuksal açıdan geçerli olmayacaktır. Ancak paranın Türkiye'ye döviz olarak getirilip daha sonra Türk lirasına dönüştürülerek ödemenin yapılması halinde bu ödemenin geçerli olması gerekir.

Konut ve iş yeri istisnası kapsamında satıcıların yurt dışındaki kişilerden alacakları belgeleri, defter kayıtlarında gelir olarak göstermeleri sırasında belgelerde (dekontlarda veya yazılarda) yazılı bedelleri, belgelerin düzenlediği günde Merkez Bankasınca belirlenen döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevirerek gösterilebilirler. Ancak inceleme sırasında inceleme elemanınca gerek görülmesi halinde, bu belgelerin tercüme ettirilmesi gerekir.²²

D. KDV İstisnası Kapsamındaki Gayrimenkulün Bir Yıl İçerisinde Elden Çıkarılmaması Koşulu

Konut veya iş yeri satış işleminin KDVK'nın (13/i) maddesi kapsamında KDV'den istisna tutulabilmesi için ilgili gayrimenkulün alıcı adına tapuya tescil edilmiş olması ve bir yıl içerisinde elden çıkarılmaması gerekir.²³

*Konut veya iş yerini satanlar, satışı yetkili tapu ve sicil müdürlüklerine bildirirler. Bu bildirimde yapılan satışın KDVK'nın 13/i maddesi kapsamında yapıldığının özellikle belirtilmesi zorunludur. Tapu ve sicil müdürlüklerine yapılan bu bildirim üzerine tapu kütüğünün beyanlar hanesine satışa konu olan konut veya iş yerinin bir yıl içinde elden çıkarılması halinde zamanında tahsil edilmeyen verginin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunun 48. maddesine göre tecil faizi oranında hesaplanan gecikme faiziyle birlikte ödeneceği hususunda bir şerh konulur. Burada görüldüğü gibi, istisna kapsamındaki bir gayrimenkulün tapuya tescilden itibaren bir yıl geçmeden elden çıkarılması halinde bir gecikme faizi uygulanması öngörülmüştür. Gecikme faizi oranı 6183 sayılı Kanunun 48. maddesinde belirtilen tecil faiz oranına göre belirlenecektir.*²⁴ Bilindiği gibi tecil faizi ile gecikme faizlerinin uygulanma şartları ve oranları değişiklik göstermektedir. İstisna ile ilgili bir yıllık süreye uyulmadan gayrimenkullerle ilgili gecikme faizi oranının tespitinde, 6183 sayılı Kanunun 51. maddesinde belirtilen oranların göz önünde tutulması, gecikme faizinin alınması amacına daha uygun düşecektir.

İstisna kapsamındaki gayrimenkulün bir yıl süre geçmeden satılması halinde istisna nedeniyle alınamayan vergi ve bununla ilgili gecikme faizi elden çıkaran tarafından ilgili vergi dairesine ödenmesi gerekir. Vergi ve varsa gecikme faizi alınmadan ilgili tapu müdürlükleri devir işlemini gerçekleştirmemesi gerekir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, KDV istisnasının uygulanabilmesi için gayrimenkulün devri ile ilgili öngörülen süre bir yıldır. Bu süre KDVK'nın (13/i) maddesinin getiriliş amacına (ülkenin döviz rezervlerinin artırılmasına)

²² Gelir İdaresi Başkanlığının 18.08.2015 tarih ve 75349 sayılı Özelgesi.

²³ 12 Seri Nolu KDV Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ.

²⁴ 12 Seri Nolu KDV Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ.

istenilen katkıyı sağlamayabilir. Bu istisnadan faydalanan alıcılar bir yıllık süre geçtikten sonra gayrimenkulü satıp bedelini (döviz olarak) yurt dışına çıkarabilirler. Bundan dolayı 3065 sayılı KDVK'nın 13/i maddesinde öngörülen sürenin iki yıl şeklinde düzenlenmesinde fayda vardır. Bu maddede yapılacak değişikle, KDVK'nın 17/c-r maddesinde öngörülen istisnalarla uyum sağlanmış olacaktır.

III. KONUT VEYA İŞ YERİ İSTİSNASININ KOŞULLARINA UYULMAMASININ SONUÇLARI

KDVK'nın 13. maddesinin i. fıkrasında öngörülen koşullara uyulmadığı halde istisnanın uygulandığının tespit edilmesi halinde zamanında tahsil edilmeyen vergi, vergi ziyayı cezası ve gecikme faizinden mükellef ile birlikte alıcı müteselsilen sorumludur. Bilindiği gibi müteselsil sorumluluk; birden çok kimsenin bir zararın tazmininden müteselsil (zincirleme) olarak sorumlu olmalarıdır. Bu durumda alacaklı, herhangi bir borçluya karşı talepte bulunarak borcun ödenmesini isteyebilir²⁵. Vergi hukukunda müteselsil sorumluluk ödenmesi gereken vergilerin ödenmemesi amacını güden tertipleri önlemeyi amaçlamaktadır²⁶.

KDVK'nın (13/i) maddesinin öngördüğü istisna koşullarına uyulmaması halinde, alım satıma taraf olanlar yani alıcı ve satıcılar verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Müteselsil sorumluluğun şartlarını, sınırlarını ve konuyla ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi Hazine ve Maliye Bakanlığına tanınmıştır (VUK m 11/5).

Konut veya iş yeri istinasına ilişkin bedelin en az yarısının satışa ilişkin faturanın düzenlendiği tarihten önce, geri kalan kısmında en geç bir yıl içerisinde alıcı tarafından döviz olarak Türkiye'ye getirilerek satıcıya ödenmemesi halinde, zamanında tahsil edilmeyen vergi, satıcı ile birlikte alıcıdan vergi ziya cezası ve gecikme faizi ile birlikte tahsil edilir. Burada görüldüğü gibi, vergi idaresi alıcı ve satıcıdan herhangi birine başvurarak alacağını tahsil etme imkânına sahip olduğu için müteselsil sorumluluk söz konusudur. Hemen belirtelim ki, KDVK'nın 13/i maddesine eklenen konut veya iş yeri istisnasını Meclise getiren tasarı metninde verginin ödenmesinden yalnızca alıcı sorumlu tutulmuştur.²⁷ Başka bir deyişle, tasarı metninde

²⁵ YILMAZ, a.g.e, s.494.

²⁶ KANETİ Selim, EKMEKÇİ Esra, GÜNEŞ Gülsen, KAŞIKÇI Mahmut, Vergi Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Yayınları Dizisi, Filiz Kitabevi, Kasım 2019, s.127 vd.

²⁷ Şu kadar ki bentle öngörülen, şartların gerçekleşmemesi halinde zamanında alınmayan vergi, ceza ve gecikme faizi yabancı uyruklu gerçek kişi ile kanuni ve İş merkezi Türkiye'de olmayan ve bir iş yeri ya da daimi temsilci vasıtasıyla Türkiye'de kazanç elde etmeyen kurumlardan tahsil edilir (Tasarı metni madde 4 <http://mevzut.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri>).

müteselsil sorumluluk öngörülmemiştir. Tasarı Meclis Genel Kurulunda görüşülürken alıcı yanında satıcı da vergiden sorumlu tutulmuş böylece sorumluluğun kapsamı genişletilmiş ve ilgili sorumluluk şekli müteselsil sorumluluğa dönüştürülmüştür.

IV. KONUT VE İŞ YERİ İSTİSNASININ BEYANI VE KDV İADESİ

3065 sayılı KDVK'nın 13/i maddesi kapsamında yapılan satışlar, konut veya iş yeri tesliminin yapıldığı vergilendirme dönemine ait KDV beyannamesi ile satıcı tarafından beyan edilir. Bu satışın teslim ve hizmet tutarı sütununa istisnaya konu konut veya işyerlerine ilişkin alış ve giderlere ait belgelerde gösterilen toplam katma değer vergisi tutarı yazılır. KDV iade talebinde bulunmak isteyen mükellefler yüklenilen KDV sütununa sıfır yazmaları gerekir.

KDVK'nın istisna edilmiş işlemlerde indirim başlıklı 32. maddesi kapsamında, KDVK'nın 13/i maddesi de yer almaktadır. İlgili maddeye göre; istisna edilmiş işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen KDV mükellefin vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanacak KDV'den indirilir. Şayet vergiye tabi işlemlerin mevcut olmaması veya hesaplanan verginin indirilecek vergiden az olması durumunda indirilemeyen KDV, işlemin gerçekleştiği dönemi izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar talep edilmesi şartıyla Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit edilecek esaslara göre bu işlemleri yapanlara iade edilir. Ancak hemen ifade edelim ki, ilgili Bakanlık KDV'ni iadesini hak sahiplerinin vergi ve sosyal sigorta prim borçları ile genel ve özel bütçeli idareler ile belediyelere olan borçlarına ya da döner sermayeli kuruluşlar ile sermayesinin %51'i veya daha fazlası kamuya ait olan veya özelleştirme kapsamında bulunan işletmelerden temin ettikleri hizmet bedellerine ilişkin borçlarına mahsup suretiyle sınırlandırabilir.²⁸

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayımlanan 23 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğde²⁹ ifade edildiği gibi, diğer KDV istisnaları yanında konut ve iş yeri istisnasından yararlanacak mükelleflerin istisnaya tabi işlemin gerçekleştiği dönemi izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar ilgili dönem beyannamelerinde istisnaya ilişkin yüklenilen KDV sütununu doldurmaları ve en geç bu süre içinde standart iade talep dilekçesiyle birlikte ve ilgili belgelerle (teminatla talep edilen iadeleri dahil) vergi dairelerine başvurmaları gerekir.

²⁸ KDVK m. 32.

²⁹ 23 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ RG'nin 15.02.2019 tarih ve 30687 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

V. KONUT VEYA İŞ YERİ TESLİMLERİNDE KDV İSTİSNASININ ANAYASAL İLKELER OLAN MALİ GÜÇ VE EŞİTLİK İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6824 sayılı Kanununun 7. maddesi ile 3065 sayılı KDVK'nın (13/i) maddesinin 1. fıkrasına eklenen konut ve iş yeri istisnası anayasal ilkeler açısından, özellikle mali güç ve eşitlik ilkeleri açısından eleştiriye tabi tutulmaktadır.

Eleştirinin kaynağı ise, Gelir Vergisi Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilenler hariç olmak üzere çalışma veya oturma izni olarak altı aydan fazla yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları ile Türkiye'de olmayan ve bir iş yeri ya da daimî temsilci vasıtasıyla Türkiye'de kazanç elde etmeyen kurumların döviz karşılığında yapacakları konut ve iş yeri alımları ile ilgili ilk teslimlerde KDV'nin ödenmemesi oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, konut veya iş yeri işlemlerinin döviz karşılığında gerçekleştirilmiş olması adı geçen istisnanın uygulanmasına haklılık oluşturamayabileceği ve vergilendirmede ayrıcalık yaratmaması gerektiği belirtilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, ilgili istisna mali güç ve vergi eşitlik ilkesi açısından da eleştirilmektedir. Mali güç ve eşitlik ilkeleri Anayasanın 73. maddesi ile 10. maddelerinde ifadesini bulmaktadır. Vergi Ödevi başlıklı Anayasanın 73. maddesi uyarınca, *“herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür”*. Buna göre verginin genel olması, mali güce göre ve kamu giderlerini finanse etmek için alınması gerekir.

Mali güce göre vergilendirme, verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke mali gücü fazla olanın, mali gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirler. Başka bir deyişle, mali güç, vergi ödeyebilme gücüdür. Özel kişilerde, mali güç iktisadi güçle eşdeğer bir anlam taşır. Anayasanın 73. maddesinde ifadesi bulunan mali güç çeşitli olgulara göre ölçülür. Bu olguların başlıcaları gelir, varlık, zenginleşme ve harcamalardır. Belirli bir toplum kesimine veya meslek kesimine dahil olmaya göre takdir edilmez.³⁰

Vergide eşitlik ilkesi ise mali gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır. Bu ilke yatay adalet ve dikey adalet ayrımı biçiminde de incelenir. Yatay adalet vergilendirme yönünden benzer durumda (gelir, gider, servet, aile durumu vb.) bulunan kişilerin eşit işleme tabi tutulmasını, dikey adalet ise benzer durumda olmayan farklı koşullar altındaki kişilere, farklılıkları ölçüsünde değişik işlem yapılmasını gerektirir.³¹ Başka bir deyişle, eşitlik yasa önünde eşitlik olup herkesin aynı

³⁰ KANETİ, EKMEKÇİ, GÜNEŞ, KAŞKÇI, a.g.e, s.50-51.

³¹ ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet, ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku Ankara, Turhan Kitapevi, 2017, s.43

hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı durumda olanlar arasında söz konusudur. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanların eşitsizliği, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bir Anayasa Mahkemesi Kararında da³² ifade edildiği gibi, “*vergilendirmede eşitlik ilkesi aynı ya da benzer durumda olmayan kişilerin farklı yöntem ve oranda vergilendirilmesine engel olmadığı gibi farklı nitelikteki gelirlerin farklı vergi sistemine tabi tutulması vergi adaletinin sağlanması yönünde de geçerlidir*”.

KDVK'nın (13/i) maddesi ile konutlara veya iş yerlerine tanınan istisna yukarıdaki belirtilen verginin mali güç ve vergide eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi ilgili kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme karar³³ gerekçesini şuna dayandırmıştır; “*Dava konusu olayda eşitlik yönünden ayırım yapılarak hukuksal açıdan aynı durumda mükellefler arasında farklılık yaratıldığı ileri sürülmekte ise de kuralın asıl muhatabı konut ya da iş yerini devreden mükellefler değil, konut yada işyerlerinin alıcıları yani nihai tüketicilerdir. Bu kapsamda KDV istisnasından yararlanması öngörülen Türkiye’de yerleşik olmayan Türk vatandaşları, yabancı gerçek ve tüzel kişiler ile kural kapsamı dışında kalan Türkiye’de yerleşik gerçek ve tüzel kişilerin farklı kurallara tabi tutulmalarında eşitlik ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır*”.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen kararının, vergi hukukunda uygulama alanı bulunan bir kısım anayasal ilkelere özellikle mali güç ve eşitlik ilkelerine uygun olmadığını değerlendirmekteyiz.

Bilindiği gibi mali güç, gelir, servet, zenginleşme ve harcama gibi çeşitli olgulara göre ölçülmektedir. Mükellef türü mali gücün ölçülmesinde bir ölçüt olarak kullanılmamaktadır. Vergi Ödevi başlıklı Anayasanın 73. maddesine göre de vergilendirmede temel ayırım ve karşılaştırma ölçütü mükellef türü değil mali güç ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesidir. Vergi yükü farklılaştırması mükellefin Türkiye’de yerleşik olup olmamasına göre değil harcama güçlerinin durumuna göre yapılması gerekir. Vergilendirmede verginin konusu kadar matrahına getirilen konut ve iş yerindeki KDV konut istisnası da vergilendirmenin adaletli dengeli ve mali gücüne göre alınması ilkesini doğrudan etkileme gücüne sahip bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin konut ve iş yeri istisnasının Anayasaya aykırı olmadığı ile ilgili verdiği karar, daha önce vermiş olduğu kararla da çelişmektedir.

³² AYMK, E. 96/73. AYMK., K.1998/41, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1998/K1998-41.HTM>

³³ Anayasa Mahkemesinin 28.02.2018 tarih ve E: 2017/117, K: 2018/28 sayılı kararı, 04.04.2018, tarih ve 30381 sayılı RG’ de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin E. 06/119 sayılı Kararında³⁴ “Anayasanın 73. maddesine göre herkes kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü tutulurken gelir unsuru yönünden mali güçleri tam mükellefler ile aynı olan dar mükelleflerin vergi oranını sıfıra indirmek suretiyle bunlardan vergi alınmaması Anayasayla örtüşmemektedir. Vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali güç sadece vergi konularak değil, mükellefler arasında ayırım yapılarak aynı gelir unsurundan vergi alınmayarak da bozulur. Verginin konulmasında olduğu gibi fiilen alınmamasına yol açan düzenlemelerde de Anayasanın vergilendirme ilkelerine uyulması gerekir” şeklinde bir karar vermiştir.

Daha öncede ifade edildiği gibi, mali gücün ölçülmesinde gelir yanında harcamalar da bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Buna göre vergilendirmeyle ilgili anayasal denetimde, sınıflandırma ve karşılaştırma mali güce, diğer bir deyişle harcamalardaki büyüklük ölçüsüne göre yapılmalıdır. Harcamanın niteliğinde de farklılık yoksa mükellefin mukimliği farklılığın nedeni olamaz.

Harcama unsuru yönünde eşit olan Türkiye’de mukim olanlarla olmayanlar arasında ikinciler lehine konut veya iş yeri istisnasının tanınması, mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların farklı vergilendirilmesini öngören mali güç ve vergide eşitlik ilkelerine uygun düşmemektedir.

Ayrıca Kanunen Türkiye’de mukim olduğu halde çeşitli şekillerde (eğitim ve sağlık amacıyla altı aydan uzun süreli oturma izni almış olanlar, yurt dışında belli bir değer üzerindeki mülkleri satın alarak, yatırımcı sıfatıyla süreli veya uzun süreli oturma müsaadesi almış olanlar gibi) elde edilmiş olabilecek yurt dışındaki oturma ve çalışma iznine bağlı olarak en az altı ay kalan vatandaş, yine Türkiye’de ikametgâhı olan ancak yurt dışında oturma ve çalışma iznine sahip olmayan Türk vatandaşının ödeyeceği KDV’yi istisna oranında ödemeyecektir. Dolayısıyla bu iki grup arasında konut veya iş yeri satın alınmasında KDV istisnası kadar bir iktisadi fark doğacaktır. Başka bir deyişle, ülkemizde ikametgâhı olup yurt dışında çalışma ve oturma iznine bağlı olarak altı aydan fazla yaşayan kişilerle, yurt dışında bu izne sahip olmayanlar arasında konut veya iş yeri alımındaki KDV istisnasından yararlanma açısından ilk grup lehine açık bir fark söz konusudur. Bu da Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine uygun düşmemektedir.

İkametgâhı Türkiye’de olup da yurt dışında çeşitli nedenlerle altı aydan fazla oturma müsaadesi almış vatandaşlar Türkiye’de konut veya iş yeri almaları durumunda bunun için gereken dövizi Türkiye’den çıkarıp tekrar yurt içine getirme ihtimalleri vardır. Bu yola başvurulması, istisnanın getiriliş amacına ters düşecektir. Yapılacak yasal bir düzenlemeyle yurt dışına çıkartılıp

³⁴ Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve E: 2006/119, K:2009/145 sayılı kararı RG’nin 08.01.2010 tarih ve 27450 sayısında yayımlanmıştır.

tekrar yurt içine getirilecek dövizle satın alınan konut ve işyerlerinde KDV istisnasının geçerli olmayacağı ile ilgili bir hüküm konulmalıdır.

SONUÇ

6824 sayılı Kanunun 7. maddesi ile KDVK'nın (13/i) maddesine konut ve iş yerleri ile ilgili KDV istisnasını getiren düzenleme eklenmiştir. İlgili düzenlemeye göre ;Konut veya iş yeri olarak inşa edilen binaların ilk tesliminde uygulanmak ve bedeli döviz olarak Türkiye'ye getirilmek kaydıyla, Gelir Vergisi Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının 2 numaralı bendinde belirtilenler hariç olmak üzere çalışma veya oturma izni alarak altı aydan daha fazla yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları, Türkiye'de yerleşmiş olmayan yabancı uyruklu gerçek kişiler ile kanuni ve iş merkezi Türkiye'de olmayan ve bir iş yeri ya da daimi temsilci vasıtasıyla Türkiye'de kazanç elde etmeyen kurumlara yapılan konut veya iş yeri teslimleri (Şu kadar ki bentte öngörülen şartları taşımadığı hâlde istisnanın uygulandığının tespit edilmesi hâlinde zamanında tahsil edilmeyen vergi, vergi ziyası cezası ve gecikme faizinden mükellef ile birlikte alıcı müteselsilen sorumludur. İstisna kapsamında teslim alınan konut veya iş yerinin bir yıl içerisinde elden çıkarılması hâlinde zamanında tahsil edilmeyen verginin, 6183 sayılı Kanunun 48 inci maddesine göre hesaplanan tecil faiziyle birlikte tapu işleminden önce elden çıkaran tarafından ödenmesi şarttır.)” hükmünü içermektedir.

Ancak yapılan bu yasal düzenleme ile aynı işlemi yapan ve aynı hukuki durumda bulunan mükellefler arasında yalnız mukimlikten ötürü farklılık yaratılarak, birinci grubun vergiye tabi tutulması ikinci grubun ise vergi dışı bırakılması vergide eşitlik ilkesi ve verginin mali güce göre alınması ilkelerine uygun düşmemektedir. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesine göre, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir. İster yerli ister yabancı olsun, Gelir Vergisi Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının 2 numaralı bendinde belirtilenler hariç olmak üzere çalışma veya oturma izni alarak altı aydan daha fazla yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları olsun veya yerleşmiş olmayan yabancı uyruklu gerçek kişiler ile kanuni ve iş merkezi Türkiye'de olmayan ve bir iş yeri ya da daimi temsilci vasıtasıyla Türkiye'de kazanç elde etmeyen kurumlar olsun söz konusu kişilerin kendilerine Türkiye'de yapılan konut veya iş yeri teslimlerinde katma değer vergisi uygulaması açısından aynı hukuksal durumda oldukları açıktır. Aynı hukuksal durumda olanlara ise aynı kuralların uygulanması gerekir. Farklı bir uygulama Anayasanın 10. maddesinde ifadesi bulunan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Vergi hukukunda uygulama alanı bulunan ilkelerden birisinde mali güce göre vergilendirilmez. Malî güce göre vergilendirme, verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, malî gücü fazla olanın, malî gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirler³⁵. Döviz karşılığı yapılan konut ve işyeri teslimlerde dar mükellefler ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının 2 numaralı bendinde belirtilenler hariç olmak üzere çalışma veya oturma izni alarak altı aydan daha fazla yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları lehine bir düzenleme yapılması Anayasa'nın 73. maddesinde de yer verilen 'malî gücüne göre' vergilendirme ilkesini zedelemektedir. Başka bir deyişle, harcamanın niteliğinde bir farklılık yok ise mukimlik farklı vergi ödemenin nedeni olmaması gerekir.

KAYNAKÇA

CANDAN Turgut, Katma Değer Vergisi İle İlgili Sorunlara Danıştay'ın Yaklaşımı, <http://turgutcandan.com/2015/11/04/katma-değer-vergisi-ile-ilgili-sorunlara-danistayin-yaklasimi/>,08.02.2019.

EKMEKÇİ Esra, Kurumlar Vergisinde Dar Yükümlülük, İstanbul, Kazancı Yayınları,(1994).

EREGİNAY Akif, Kamu Maliyesi, Ankara, Turhan Kitapevi, 1987.

KANETİ Selim, **EKMEKÇİ** Esra, **GÜNEŞ** Gülsen, **KAŞIKÇI** Mahmut, Vergi Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Yayınları Dizisi, Filiz Kitabevi, Kasım 2019,

KIZILOL Şükrü, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2010.

ÖNCEL Mualla, **KUMRULU** Ahmet, **ÇAĞAN** Nami, Vergi Hukuku Ankara, Turhan Kitapevi, 2017.

ÜREL Gürol, Katma Değer Vergisi Açısından Konut Teslimlerinin Vergilendirilmesi, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Ekim 2011, Sayı 9. http://www.lebibyalkin.com.tr/dergi_icerik.asp?dicerik_id=205.

YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, Yetkin Yayınları,2017.

³⁵ AYMK, E. 96/73. AYMK., K.1998/41, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1998/K1998-41.HTM>

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI*

Physical Bodily Examination and Taking Samples from the Body in Criminal Procedure Law

Yunus Emre BAĞLAR**

Geliş Tarihi: 10.06.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Günümüzde bilim ve teknolojiye yaşanan gelişmeler ceza muhakemesi hukukumuzu da etkilemektedir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri de bu gelişmelerin ışığında mevzuatımızda yer edinen ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayan tedbirler arasındadır. Mülga 1412 sayılı CMUK'a göre 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenen muayene ve örnek alma işlemleri, kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi sebebiyle ayrıca önem arz etmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde muayene ve örnek alma kavramlarının mevzuatımızda ve doktrindeki duruşlarından bahsedilmiş, ikinci bölümde de tedbirin hukuki niteliği tartışılmıştır. Üçüncü bölümde tedbirin uygulanma koşulları şüpheli ve sanık ile diğer kişiler açısından ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Yine özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan alınmasına ilişkin hükümler, soy bağı tespit edilecek çocuk ve tanıklıktan çekinme gibi özellik arz eden durumlar ayrıca incelenmiştir. Dördüncü bölümde tedbirin uygulanmasında rıza sorunu "nemo tenetur" ilkesi ışığında tartışılmıştır. Beşinci bölümde elde edilen verilerin akıbeti ve bu verilerin başka ceza muhakemesi işlemlerinde kullanılması hususlarında açıklamalar getirilmiştir. Son bölümde ise itiraz kanun yoluna ilişkin değerlendirmelerde bulunularak makale nihayete erdirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: beden muayenesi, vücuttan örnek alma, kişinin rızası, delil

ABSTRACT

In the modern day, the developments in science and technology effects our law on criminal procedure among other things. Physical examination and taking samples from the body processes are also among the injunctions that take place in our legislation and contribute to reveal tangible reality in the light of these developments. According to Former Law Period, examination and sample taking processes which were issued in more detail in 5271 numbered Law on Criminal Procedure present an exclusive importance in regard of concerning closely the individual rights and freedoms. In the first chapter of our study, the corresponding meanings of examination and sample taking concepts in our legislation and doctrine have been mentioned and in the second chapter, the legal eligibility of injunction has been discussed. In the third chapter, terms of the application of injunction has been approached under separate titles in terms of the suspect, the defendant and the other individuals. Also, the provisions regarding on conditions which are present importance such as breath test and blood drawing in the special law, paternity determination test for the kid and exemption from testifying. In the fourth chapter, the consent issue on the applying of injunction has been discussed under the light of "nemo tenetur" principle. In the fifth chapter, explanations have been made on the matters of the consequence of obtained data and using these data in other criminal procedures. In the last chapter, the article has been brought to an end by making evaluation regarding on objection by law.

Keywords: physical examination, taking body sample, consent of the individual, evidence

* Bu makale Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda yürütülen "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Adıyaman Cumhuriyet Savcısı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, e posta: emrebaglar94@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0755-8923.

GİRİŞ

İtham ve tahkik sistemlerinin zamanla etkisini yitirmesi ile karma sistem olarak adlandırılan ceza muhakemesi anlayışı etkisini göstermeye başlamıştır. Bu sistemde, savcılık teşkilatının yapısının güçlendirilmesi ile delillerin tespiti, temini ve yorumlanması hususlarında farklı bakış açıları ortaya çıkmıştır.¹ Günümüzde; bilim ve teknolojiadaki gelişmelerin ceza muhakemesini de etkilemesi sebebiyle delilden şüpheliye gitme anlayışı yerleşmiştir.² Ayrıca bu gelişmelerin bir sonucu olarak suçun aydınlatılmasında kullanabileceğimiz veriler çeşitlenmiş ve bu verilere daha rahat erişim sağlanması mümkün hale gelmiştir.³

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe giden yolda suça konu olayın aydınlatılmasını kolaylaştırmak ve muhakeme sonucunda verilecek kararların etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmek için bazı tedbirlere de başvurulmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen bu tedbirlerin bazıları, aynı zamanda keşif ve bilirkişi niteliği de taşımaktadır.⁴ Adli Tıp bilimindeki gelişmelerin ışığında özünde bir bilirkişilik faaliyeti olan muayene ve örnek alma işlemleri, suça konu olayın aydınlatılmasında daha etkin bir şekilde kullanılmaktadır.⁵

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında büyük önem arz eden delillerin temini, bilimdeki gelişmeler ile birlikte daha da kolaylaşmıştır. Ayrıca bilimin ışığında ceza muhakemesi sistemimizde yer edinen modern koruma tedbirleri ile birlikte neticeye daha hızlı ve etkili bir şekilde ulaşmak mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hüküm, bu amaca hizmet etmektedir. Yine olay yerinden elde edilen bulgular ile muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek delillerin karşılaştırılması neticesinde, teknolojik gelişmelerin de katkısıyla doğruluk oranı yüksek sonuçlar alınabilmektedir.⁶

Muayene ve örnek alma işlemleri kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmektedir. Bu durumda konunun anayasal boyutu karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerinin, muayene ve örnek alma

¹ Hakan Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücuttan Muayenesi ve Örnek Alma*, Kızıllarslan Serisi 1, Ankara, 2007, s.26

² Ferhat Karabulut/ Ersin Karapazarlıoğlu/ Hamza Tosun, "Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı", *TBB Dergisi*, S.120, 2015, s.409

³ Mahmut Kaplan/ Özgür Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3, 2016, s.114

⁴ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.257-258

⁵ Kızıllarslan, s.26

⁶ Aydın Aygün, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.8, 2016, s.50

tedbiri düzenlenirken göz önünde bulundurulması zorunludur. Bu sebeple 1412 sayılı CMUK döneminde konumuz olan tedbire ilişkin düzenleme yeterli güvenceyi sağlamaması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu husus yalnızca metin üzerinde bir eksiklik olarak kalmamış, tedbirin ifasında da bütünlüğün sağlanmasını engellemiştir.⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve 76. maddelerinde muayene ve örnek almaya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca "*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik* te" de muayene ve örnek alma işlemleri ele alınmıştır. CMK'da muayenenin yanında vücuttan örnek alınması da düzenlenmiştir. Ayrıca konu, 5271 sayılı CMK'da daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu sebeple her ne kadar eksiklikler olsa da; CMK'nın mülga CMUK'a göre daha güvenceli bir usulü benimsediğini söylemek doğru olacaktır.⁸

I. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMLARI

Muayene ve örnek almaya ilişkin hükümler, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda Birinci Kitap, Üçüncü Kısım ve Üçüncü Bölümde, "*Gözlem Altına alma, Muayene, Keşif ve Otopsi*" başlığı altında düzenlenmiştir. Madde başlığında vücuttan örnek alınması kavramının mevcut olmadığı gözümüze çarpmaktadır. Ancak CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması birlikte ele alınmıştır. CMK'nın 77. maddesinde ise kadının muayenesine ilişkin ayrıca bir düzenleme mevcuttur. Muayene işlemleri; iç ve dış beden muayenesi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Ayrıca tedbirin uygulanacağı kişiler bakımından da bir ayırım söz konusudur. Kanun koyucu şüpheli ve sanık ile diğer kişiler bakımından ayrı maddelerde düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin ise kanunda bir hüküm bulunmayıp, bu husus tamamıyla Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

5353 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile değişiklik yapılmadan önce CMK'nın 75. maddesinde "bedenin tıbbi muayenesi" kavramı kullanılırken değişiklik sonrası metinde; "şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması" kavramları kullanılmıştır.⁹ Her ne kadar 5271 sayılı CMK'da genel olarak beden muayenesi

⁷ Tevfik Gülsoy/Nezih Kök, "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.1-2, 2005, s.10

⁸ Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.19, S.2, 2013, s.1158

⁹ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.237

kavramı kullanılsa da; konumuz ile ilgili kavram konusunda kanun ve yönetmelikte bir bütünlüğün olmadığını söylemek doğru olacaktır. CMK'nın 75. maddesinde “beden muayenesi” tabiri karşımıza çıkmaktadır. CMK'nın 76. maddesinde ise “vücut” kelimesi kullanılmıştır. Devamında yine CMK'nın 81. maddesinde bu kez de “beden” kavramını görmemiz mümkündür. Ayrıca CMK'nın 82. maddesi uyarınca yürürlüğe giren Yönetmelik'te de kimi zaman “beden muayenesi” kavramı kullanılırken; kimi zaman da “vücut muayenesi” kavramı tercih edilmiştir. Her ne kadar beden ve vücut kavramları birbiri ile hemen hemen aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da; hem kanunda hem de yönetmelikte kavramsal tutarlılığın sağlanmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.¹⁰

Muayene kavramı; “*Bir kimsenin hasta olup olmadığını veya hastalığın ne olduğunu araştırma, sağlık muayenesi, gözden geçirme, araştırma, yoklama, kontrol*” şeklinde tanımlanmıştır.¹¹ Beden kavramı ise; “*Canlı varlıkların maddi bölümü, vücut ve vücudun, baş, kol ve bacak dışında kalan bölümü, gövde*” şeklinde ifade edilmiştir.¹² Yönetmelik'te beden tıbbî muayenesi; “*Tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler*” şeklinde tanımlanmıştır. Mevzuatımızda iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmiş olması sebebiyle Yönetmelik'teki buna ilişkin tanımlar da önem arz etmektedir. Buna göre dış beden muayenesi; “*Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi, İç beden muayenesi; Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” şeklinde açıklanmıştır. Tıp literatüründe iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrımın olmaması ve yönetmelikle kanunda kavramsal bütünlüğün bulunmaması, kavramların seçiminde özensiz davranıldığını göstermektedir.¹³

Ayrıca her ne kadar vücuttan örnek alınması ve iç beden muayenesi CMK'da aynı maddelerde ele alınmış olsa da; bunlar aynı işlemler şeklinde algılanmamalıdır. Öncelikle muayene işleminin konusu; tedbirin uygulandığı şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedenleridir. Vücuttan örnek alınmanın konusu ise; işlem neticesinde elde edilecek örneklerdir. Ayrıca iç beden muayenesi ve örnek alma işlemlerine muhakemede eş zamanlı ihtiyaç duyulabileceği gibi bu işlemlerin farklı zamanlarda da uygulanması mümkündür.¹⁴ Kişinin vücudundan alınacak örnekler; kan, gaita, cinsel salgı, tükürük, saç, kıl, idrar

¹⁰ Kızıllarslan, s.19-20

¹¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MUAYENE, Erişim tarihi: 06/10/2019

¹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BEDEN, Erişim Tarihi: 06/10/2019

¹³ Kızıllarslan, s.22

¹⁴ İpekçioğlu, Anayasaya Uygunluğu, s.1159

olabilir.¹⁵ Bu noktada CMK’da ve Yönetmelik’te herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Bu haliyle kişinin vücudundan alınabilecek örnekler hususunda sınırlı sayıda olma ilkesinin esas alınmayacağı söylenebilir.¹⁶

Doktrinde kavramların nasıl ele alındığına göz atacak olursak; Centel konumuz olan tedbir hakkında “vücudun muayenesi” kavramını kullanmış ve bunu; “Yaşayan insan vücudunun veya vücut kısımlarının niteliklerinin, özellikle vücut içindeki yabancı maddelerin varlığının saptanması” şeklinde ifade etmiştir.¹⁷ Nevzat Toroslu da “vücudun muayenesi” kavramını kullanmıştır.¹⁸

Özbek; “ İç organlarda yapılan muayene ile vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi, bunun dışında kalan vücudun dış yüzeyinde yapılan muayene ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesini de dış beden muayenesi” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹

İpekçioğlu beden muayenesini tanımlarken “inceleme” kavramını kullanarak; “Bedenin dış yüzeyinin ve içerisinin tıbbi yöntemlerle incelenmesi” şeklinde tanımlamıştır. Vücuttan örnek alınmasını ise; “Şüphelinin, sanığın, mağdurun, üçüncü kişilerin veya soy bağı belirlenecek olan çocuğun vücudundan kan, tükürük, saç, tırnak ve benzeri biyolojik örnekler alınması” şeklinde tanımlamıştır.²⁰

Öztürk/ Kazancı/ Güleç “beden muayenesi” kavramını kullanarak; “Bir suça ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı ile kişinin bedeninden örnekler alınmasına ve beden üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılması” şeklinde tanımlamıştır.²¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu ise; “şüphe sebebi veya delil elde etmek amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması” şeklinde ifade etmiştir.²²

¹⁵ Kızıllarslan, s.120

¹⁶ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.337

¹⁷ Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, *Polis Dergisi*, S.44, 2005, s.13

¹⁸ Nevzat Toroslu, *Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etme Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler*, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt II, Ankara, 2000, s. 327

¹⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.458

²⁰ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.70, S.19, 2012, s.21

²¹ Bahri Öztürk/ Behiye Eker Kazancı/ Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.214

²² Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 2010, s.889

Hem mevzuatımızda hem de doktrinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin kavramsal bir bütünlüğün bulunmadığını söylemek doğru olacaktır. Yine muayene için beden, örnek alma için vücut kavramlarının kullanılmasının bilimsel temelde bir açıklaması bulunmamaktadır. Kanaatimizce kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren muayene ve örnek almaya ilişkin kavramların özensiz seçilmesi, ceza muhakemesi hukukumuzun bilimselliğine de zarar vermektedir. Ayrıca şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunla değil de yönetmelik ile hüküm altına alınması, Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin, kişilik haklarının korunmasının kapsamını genişleteceği düşüncesindeyiz.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının 5271 sayılı CMK'da "gözlem altına alma, muayene, keşif ve otopsi" başlığı altında düzenlenmesi, işlemin hukuki niteliği noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir.²³ Bu müdahaleler, hâkim açısından keşif incelemesi olarak düşünülebilirken, işlemi uygulayan hekim bakımından bir bilirkişilik faaliyeti şeklinde ele alınabilir. Ayrıca muayene ve örnek alma işlemlerindeki amacın delil elde edilmesi olduğu göz önüne alındığında; bu işlem, kararın uygulanmasının takibini yaparak sonuçlarını adli makamlara ileten kolluk birimleri bakımından da bir delil toplama faaliyeti olarak nitelendirilebilir.²⁴ Yine CMK'da ayrıntılı bir şekilde hüküm altına alınması ve uygulanmasının sıkı koşullara tabi tutulması nedeniyle koruma tedbiri özelliği ön plana çıkmaktadır. Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının, hukuki açıdan karma nitelikli bir işlem olduğunu ifade etmek gerekir.²⁵

Keşif işlemi, suça konu olayın meydana geldiği yer, olayın gerçekleştiği saat, hava şartları vb. tüm koşullar birlikte değerlendirilerek bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilecektir.²⁶ Muayene ve örnek almada ise keşifte olduğu gibi işlemi

²³ Bahri Öztürk/ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma Gezer/ Yasemin F. Saygılar Kırıt./ Esra Alan Akcan/ Özdem Özaydın/ Efser Erden Tütüncü/ Derya Altınok Villemin/ Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.537; Nur Centel/ Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.307-308; Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.218; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.460-461; İpekçioğlu, Örnek Alma, s.22; Gizem Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, C.19, Özel Sayı, 2017, s.2959-2960

²⁴ Kızıllarslan, s.287

²⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.460

²⁶ Şahin, s.258

hâkim veya savcı bizzat gerçekleştirilmemektedir.²⁷ Bu işlem hekim veya diğer sağlık mesleği mensuplarınca icra edilmektedir. Bu sebeple her ne kadar muayene ve örnek alma Ceza Muhakemesi Kanunu'nda keşif başlığı altında düzenlenmiş olsa da; bizzat hâkim tarafından beş duyu ile gerçekleştirilmemesi sebebiyle özünde keşif faaliyetinin özelliklerini göstermediği kanaatindeyiz.

Her ne kadar mevzuatımızda bilirkişiliğe başvurma ihtiyari olsa da; hâkim veya savcılar açısından bilirkişi görevlendirmek bazı durumlarda bir zorunluluk halini almaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da bu hususa işaret etmektedir. Muayene ve örnek alma işlemleri yalnızca hekim veya sağlık mesleği mensuplarınca gerçekleştirilebilecek işlemlerdir. Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında bilirkişiye başvurma zorunlu olduğunu ifade etmek gerekir.

Koruma tedbirlerinin kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşıması sebebiyle yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir.²⁸ Bu tedbirlerin uygulanması, maddi gerçekliğe ulaşmada bir araç özelliği göstermektedir. Bir diğer yönden, bazı koruma tedbirleri aynı zamanda sonrasında uygulanacak bazı tedbirler açısından bir araç olma niteliğindedir. Arama ve el koyma işlemlerinde buna benzer bir ilişki karşımıza çıkmaktadır.²⁹ Yine mevzuatımızda genel olarak koruma tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının karar verebileceği ön görülmüştür.³⁰

Her ne kadar dış beden muayenesi yalnızca yönetmelik ile ele alınmış olsa da; iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kanun ile düzenlenmiştir. Yine koruma tedbirlerinin genelinde olduğu şekilde bu işlemlere hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar verebilmektedir. Ayrıca vücuttan alınan örneklerin moleküler genetik inceleme tedbirine veri sağlanması sebebiyle örnek alma işleminin moleküler genetik inceleme açısından araç olma özelliği taşıdığı söylenebilir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin ifade etmeye çalıştığımız tüm bu hususlar koruma tedbirlerinin genel özellikleri ile örtüşmektedir.

²⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu keşfi: “Hâkimin 5 duyu vasıtası ile yaptığı teftiş” olarak tanımlanmıştır; Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Kitap**, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.646

²⁸ Uğur Ersoy, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayıym Tayini**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.40

²⁹ Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.120

³⁰ “Ancak CMK 119. ve 90. maddelerinde farklı bir düzenleme gözümize çarpmaktadır. 119. maddede bazı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile de arama koruma tedbirinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. 90. maddede ise yakalama işlemleri açısından bazı hallerde vatandaşların da bu işlemi gerçekleştirebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu durumlar istisnai kabul edilmelidir.”, Ersoy, s.42

Uygulamada özellikle dış beden muayenesi ve arama koruma tedbiri arasındaki ilişki önem arz etmektedir. Aramaya ilişkin hükümler CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde mevcuttur. Dış beden muayenesi ise yalnızca Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Dış beden muayenesinin kanunda açıkça düzenlenmemesi ve arama ile benzer yönlerinin mevcut olması sebebiyle dış beden muayenesi hakkında aramaya ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini öne sürenler olmuştur.³¹ Dış beden muayenesinin Yönetmelik ile düzenlenmiş olması nedeniyle aramaya ilişkin hükümlerin uygulanmaması gerektiği de savunulmuştur.³²

Dış beden muayenesi sağlık personellerince yapılırken; arama faaliyeti genellikle kolluk görevlilerince icra edilmektedir. Arama ve dış beden muayenesi arasında tedbirin uygulanması sonucunda elde edilecek verilerin çeşitliliği bakımından da farklılık mevcuttur. Arama neticesinde; “yazılı belge, araç-gereç, fotoğraf, video ve benzeri” her türlü delil değeri taşıyan eşyaların ele geçirilmesi mümkündür. Bu noktada arama sonucunda elde edilecek delil niteliğindeki materyallerin çeşitlilik arz ettiği söylenebilir.³³ Dış beden muayenesi sonucunda ise sadece tıbbi veriler delil olarak elde edilebilecektir. Konuyu biraz daha özelde değerlendirdiğimizde; uygulamada en çok dış beden muayenesi ile üst aramasının arasındaki farklılık dikkatimizi çekmektedir. Üst araması kişinin bedeninin ve kıyafetlerinin üzerinde gerçekleştirilen bir delil arama faaliyetidir. Vücut içerisinde ve yüzeyinde gerçekleştirilen delil araştırma faaliyeti ise muayene niteliği göstermektedir. Üst araması yapılırken kişinin kıyafetleri üzerindedir. Muayene işlemlerinde ise kişinin bedeni çıplak gözle görülmek zorundadır.³⁴ Arama koruma tedbirinin konusu, gizli olan bir şeyin bulunmaya ve ortaya çıkarılmaya çalışılmasıdır.³⁵ İşitsel, kokusal ve görsel yolla ortaya çıkarılabilen şeylerin aramanın konusu olamayacağı belirtilmiştir.³⁶ Bu nedenle kişinin ağzında sakladığı bir delilin meydana çıkarılması, koltuk altında bulunan bir cismin ele geçirilmesi arama hükümleri kapsamındadır. Buradan cinsel bölgeler ve anüste gerçekleştirilecek işlemler haricinde koltuk altı, ağız gibi beden boşluklarına ilişkin faaliyetin arama niteliğinde olduğu söylenebilir.³⁷ Ancak arama sınırının aşılması işlemin muayene niteliğine varmamasına dikkat edilmelidir.³⁸

³¹ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırtı/ Akcan/ Özyaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.538

³² Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.317, aynı yönde; Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.220

³³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.319

³⁴ Centel/ Zafer, s.307

³⁵ Feridun Yenisey/ Rıfat Çulha/ Fahrettin Demirağ/ Ayşe Nuhoğlu/ Salih Oktar/ Durmuş Tezcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s.52

³⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.317

³⁷ Ayşe Nuhoğlu, “Beden Muayenesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2006, s.325

³⁸ “...Arama kişilerin konutları, iş yerleri, araçları, diğer yerleri, üstleri, eşyaları, özel

Sonuç olarak; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin uygulanması bir bilirkişilik faaliyetini zorunlu kılsa da; kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıması, kanunla düzenlenmesi ve uygulanma koşullarının koruma tedbirleri ile benzerlik göstermesi sebepleriyle koruma tedbiri özelliğinin ön planda olduğunu düşünüyoruz. Bu sebeple çalışmamızın genelinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminden “tedbir” şeklinde bahsedeceğiz.

III. AMACI

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olan deliller ilk olarak soruşturma aşamasında toplanmaktadır. Olayların gelişimine göre delil toplama faaliyeti kovuşturma aşamasında da devam edecektir. Bu sebeple muhakemenin bütünü deliller üzerine temellendirildiğini söylemek doğru olacaktır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının düzenlendiği CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde de amacın delil elde etmek olduğu belirtilmiştir.³⁹

Olay yeri inceleme ekiplerince olay yerinden elde edilecek bulgular ile şüphelinin CMK'nın 75. maddesi uyarınca vücudundan alınan örneklerinin DNA incelemeleri neticesinde maddi gerçeğe bir adım daha yaklaşmak mümkündür. DNA incelemesi neticesinde elde edilecek sonuçlar failin kimliğinin tespiti ve olayın tüm yönlerinin açığa kavuşturulmasında çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu gibi durumlarda şüpheli veya sanıktan alınan vücut örnekleri dosyadaki diğer delillerin tamamlayıcısı durumundadır. Her ne kadar bu bulgular, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında belge ve beyan delillerinde olduğu şekilde karşılaştırma yapılmaksızın tek başına sonuç vermese de; ilerleyen teknoloji ile birlikte delil değeri yüksek bilimsel veriler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰

Muayene işlemleri ise yaralama eylemleri açısından önem arz etmektedir. Mağdur şahıslar üzerinde yapılan dış beden muayenesi suçun vasfı noktasında bizlere yol gösterici olmaktadır. Örneğin; şahsın alınan doktor raporunda yaralama sonucu kemik kırığı meydana geldiyse TCK'nın 87/3. maddesi uyarınca verilecek ceza yarısına kadar arttırılacaktır. Yaralama eylemi mağdurun yüzünde sabit bir ize neden olduysa TCK'nın 87/1-c. maddesi

kâğıtları, kullandığı bilgisayar veya bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri üzerinde yapılmaktadır. Kişinin üstünde yapılan aramanın beden muayenesi boyutuna varmaması gerekir. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aramadan farklı hükümlere tâbi kılınmış olup cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılması iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu bölgeler haricindeki ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir...”, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2013/410 Esas, 2014/512 sayılı Kararı

³⁹ Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.695

⁴⁰ Recep Doğan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *TBB Dergisi*, S.142, 2019, s.96-97

uyarınca sanık hakkında verilecek ceza bir kat arttırılacaktır. Yine cinsel suçlarda mağdur üzerinde yapılan iç beden muayenesi sonucu elde edilen deliller, suçun sübutuna yönelik önemli veriler olarak karşımıza çıkmaktadır. Beden muayenesinin ayrıca adli olayların niteliğinin tespiti, kimliği meçhul şahısların kimliklerinin tespit edilmesi, kişinin gerçek yaşının tespit edilmesi, kişinin cezai ehliyetinin olup olmadığı, 12-15 yaş arası çocuklarda farik ve mümeyyizliğin tespiti amacıyla yapıldığını belirtmekte fayda olacaktır.⁴¹ Sonuç olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının amacının, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik delil elde etmek olduğunu söylemek gerekir.

IV. TEDBİRİN UYGULANMA KOŞULLARI

A. ŞÜPHELİ VE SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

1. Şüpheli Ve Sanığın İç Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması

a) Hâkim, Mahkeme veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı

CMK'nın 75. maddesinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesine hâkim, mahkeme veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının karar verebileceği düzenlenmiştir. Burada hâkim kavramı; soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimini, mahkeme kavramı ise kovuşturma aşamasında yargılamayı yürüten ceza mahkemesini ifade etmektedir.⁴² 5353 sayılı kanun ile CMK'nın 75. maddesinde yapılan değişiklikten önceki metinde "savcının şüpheli veya sanığın vücutundan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınmasına karar verebileceği" belirtilmiştir. Değişiklikten sonra ise savcının hem şüpheli veya sanığın iç beden muayenesine hem de vücutundan örnek alınmasına "gecikmesinde sakınca bulunan hal" kapsamında karar verebileceği düzenlenmiştir.⁴³ Savcının vereceği karar yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmadığı veya onaya sunulup da onaylanmadığı takdirde hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır. Bu durumda delil hukuka aykırı hale gelecektir.⁴⁴

⁴¹ Bıçak, s.696

⁴² Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırıt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.540

⁴³ Şahin, s.237

⁴⁴ "Anayasanın 38/6. maddesi gereğince kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez. CMK'nın 206/2a maddesi uyarınca kanuna aykırı delilin reddolunacağı, 217/2. maddesi uyarınca da sanığa yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş delille ispat edileceği ve CMK'nın 230/1b maddesi gereğince de mahkûmiyet hükmünde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. CMK'nın 75/1. maddesine göre de, "Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı Yönetmelik'in üçüncü maddesinde: “*Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâl*” şeklinde tanımlanmıştır. Burada savcı somut olayın durumuna göre gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunup bulunmadığı tahlil edecektir.⁴⁵ Eğer muhakeme açısından önem arz eden bir delilin kaybolma durumu söz konusuysa gecikmesinde sakınca bulunan bir halden bahsedilebilir. Kanunda tedbire karar verecek makam

*veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.” şeklinde hüküm mevcuttur. Somut olayda, Hatay Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunan sanığın uyuşturucu kullandığı yönündeki duyumlar üzerine, Hatay Cumhuriyet Başsavcılığının 30/07/2013 tarih ve 2013/10427 soruşturma numaralı evrakında Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla CMK'nın 75/1. maddesi gereğince sanığın vücutundan idrar örneği alınmasına karar verildiği, ancak kararın yasal sürede hâkim veya mahkeme onayına sunulmadığı, bu haliyle Cumhuriyet savcısının kararının hükümsüz kaldığı ve elde edilen bulguların delil olarak kullanılmasının mümkün bulunmadığı, Anayasanın 38/6, CMK'nın 206/2a, 217/2. maddeleri gereğince hükme esas alınamayacağı, hukuka uygun olarak elde edilmeyen bu delil dışında sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair başkaca delil bulunmaması karşısında, sanığın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmiş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 12.09.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.”, **Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2017/10820 E, 2018/9086 sayılı kararı***

⁴⁵ “...13/06/2017 tarihli olay tutanağına göre Elazığ 1. Sulh Ceza Hâkimliği'nin olay tarihini de kapsayan 17/05/2017 tarihli ve 2017/1196 değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden kollukça şüphe üzerine yapılan kaba üst aramaları esnasında şüphelilerin bulunduğu araçtan esrar kokusu geldiğinin fark edilmesi üzerine, araçta detaylı adli arama yapılması için kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği ve Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu değerlendirilerek hâkim kararı beklenmeksizin araçta arama yapılmasına ve ayrıca şüphelilerden kan veya idrar örneği alınmasına karar verildiği, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılan arama sonucunda şüphelilerin içinde bulunduğu araçta esrar ele geçirilerek el konulduğu ve idrar örneklerinde yapılan tahlillerde de esrar tespit edildiğinin anlaşılması karşısında, esasen önleme araması kararının dahi yeterli olduğu olayda kolluk tarafından talep edilmesi üzerine ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından da arama emri verilmiş olduğu, kaldı ki somut olayda suçüstü halinin varlığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında yapılan el koyma ve şüphelilerin vücutundan örnek alınması işlemlerinin Cumhuriyet savcısına CMK'nın 127 ve 75. maddeleri ile tanınmış yetkiler olduğu anlaşıldığından, yasaya uygun olan el koyma ve şüphelilerin vücutundan örnek alınması işlemlerinin hâkim tarafından onaylanması talebinin kabulü yerine reddine karar verilmesi yasaya aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerindedir...” , **Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2018/786 E, 2018/4486 Sayılı Kararı**

düzenlenirken muhakeme evreleri açısından bir ayırım gözetilmemiştir. Bu sebeple savcının kovuşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan bir hal durumunda tedbire karar verip veremeyeceği tartışma konusu olmuştur. Kovuşturma evresinde yetkinin yargılamayı yürüten mahkemede olduğu göz önüne alındığında; savcının kovuşturma aşamasında muayene ve örnek almaya ilişkin gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında karar alarak bunu mahkemenin onayına sunması muhakeme evrelerin temel özellikleri ile uyuşmamaktadır.⁴⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinin kesin sınırlar ile birbirinden ayrıldığını görmemiz mümkündür. İddia makamının ceza yargılamasında duruşmalara katılarak maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunduğu aşikârdır. Duruşma savcısı yargılamanın gelişimine göre yeni deliller ortaya çıktığında veya soruşturma aşamasındaki eksiklikleri gidermek adına mahkemeden beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanmasını talep edebilecektir. Ancak kovuşturma aşamasında karar vermeye yetkili merci yargılamayı yürüten ceza mahkemesidir. Bu haliyle her ne kadar tedbire karar verecek makam düzenlenirken muhakeme evreleri açısından bir ayırım gözetilmese de; savcının kovuşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcut bulunduğu iddiası ile tedbire karar veremeyeceği kanaatindeyiz.

Yine usulüne uygun alınmış karar bulunmadan iç beden muayenesinin gerçekleştirilmesi halinde cezai sorumluluk doğabileceğini hatırlatmakta fayda olacaktır. CMK'nın 75/4. maddesinde cinsel organlar ve anüste yapılacak muayenenin iç beden muayenesi sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, 5353 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra madde metnine girmiştir.⁴⁷ Türk Ceza Kanunu'nun 287/1. maddesi; “*Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklindedir. Kanun koyucu bu suretle toplumsal kaygılar nedeniyle bekâret kontrolü yaptırılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır. İç beden muayenesini gerçekleştirecek olan tabip öncelikle usulüne uygun alınmış hâkim, mahkeme veya savcı kararının bulunup bulunmadığına bakacaktır. Karar olmadan muayeneyi gerçekleştirmesi halinde tabip de muayeneyi yapan olarak sorumlu tutulabilecektir. Hâkim veya savcı kararının hukuka uygun olmadığı durumlarda yapılan muayeneler hususunda da kasıt olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer iç beden muayenesinin koşullarının mevcut bulunduğu zannedilerek bu şekilde bir yanılgıya düşülmüş ise bu noktada bir kasıt olmadığı kabulü gerekir. Bu durum, hâkim veya savcının o anki hukuki kanaati ile ilgilidir. Suçun taksirli halinin düzenlenmemesi sebebiyle hâkim veya savcı bu hususta TCK'nın 287. maddesi kapsamında

⁴⁶ Centel/Zafer, s.313

⁴⁷ Şahin, s.237

sorumlu tutulamayacaktır.⁴⁸ Ayrıca TCK'nın 257/2. maddesi: “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin ifasında ihmali davranışlarda bulunan sağlık personeli ve kolluk görevlilerinin, TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Karar alma sürecini başlatmak için şüpheli, sanık veya mağdur tedbirin uygulanmasını talep edebilecektir. Her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmese de; katılanın da kovuşturma aşamasında muayene ve örnek alma talebinde bulunabileceğinin kabulü gereklidir.⁴⁹

b) Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Bir Kişi Tarafından Uygulanması

CMK'nın 75/3. maddesinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişinin yerine getirebileceği hüküm altına alınmıştır. Sağlık mesleği mensupları TCK'nın 280. ve Yönetmelik'in 3. maddesine göre: “*Tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri*” ifade etmektedir. Yönetmelik'te ise şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması farklı maddelerde düzenlenmiştir. Yönetmelik'te şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin “*ancak tabip tarafından*”, vücuttan örnek alınmasının ise “*tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından*” gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.

5353 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile CMK'nın 75. maddesinde değişiklik yapılmadan önce; şüpheli ve sanığın muayene ve örnek alma işlemlerini “hekim veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi” gerçekleştirebilecek idi.⁵⁰ CMK'nın 75. maddesinin değişiklikten sonraki hali incelendiğinde, sağlık mesleği mensuplarının muayene ve örnek alma işlemlerini tabibin denetimi olmadan doğrudan gerçekleştirebileceği sonucu çıkmaktadır. Yönetmelik hükümleri şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak muayene tedbiri açısından “*ancak tabip tarafından*” yerine getirilebileceğine ilişkin düzenleme ile kanun hükmünü sınırlandırmıştır. Yine örnek alma tedbiri açısından sağlık mesleği mensuplarının hekim gözetimi olmadan doğrudan bu işlemi yapamayacağını hüküm altına alarak bir sınırlama yoluna gitmiştir.

⁴⁸ Ayşe, Nuhoğlu, “Genital Muayene Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s.2993

⁴⁹ Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Derleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.436

⁵⁰ Şahin, s.237

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin uygulanmasının, kişi hak ve özgürlükleri ile yakında ilişkili olması ve koruma tedbiri niteliği taşıması sebebiyle daha sıkı şartlara bağlanması, hakkında tedbir uygulanan kişi açısından kişilik haklarının korunması kapsamını genişletecektir. Kanaatimizce; sağlık mesleği mensuplarının muayene ve örnek alma işlemlerini ancak tabip gözetiminde yapması daha uygun olacaktır.

Ayrıca tedbiri uygulayacak kişiler bakımından yönetmelik ve kanun hükümleri arasında bariz farklılıklar bulunmaktadır. Kanun ile açıkça düzenlenmiş bir konunun kapsamının yönetmelikle sınırlandırılmasının doğru olmadığını ifade etmek gerekir. Yine kanun ve yönetmelikteki tedbiri kimlerin uygulayacağına ilişkin farklılıkların, uygulamada kafa karışıklıklarına yol açabileceği kanaatindeyiz. Bu sebeple, kanun tasarısına benzer şekilde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının “*ancak tabip veya tabip gözetiminde diğer bir sağlık mesleği mensubu kişi*” tarafından yapılabileceğine ilişkin bir kanuni düzenleme ve yönetmelikte de iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması ayırt edilmeksizin benzer bir uyarılma yapılması daha doğru olacaktır.

c) Tedbirin Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

CMK'nın 75/2. maddesi gereğince; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri uygulanırken kişinin sağlığına zarar vermeme şartı aranmaktadır. Bu husus Yönetmelik'te: “Açıkça ve öngörülebilir bir zarar tehlikesi” şeklinde ifade edilmiştir. Kanun koyucu böyle bir düzenleme yaparak; maddi gerçekliğe ulaşılması ile temin edilecek hukuki yararın kişinin sağlığından daha önemli olmadığını vurgulamıştır. Bu fıkra aslında bize orantılılık ilkesini hatırlatmaktadır. Eğer şüpheli ve sanık hakkında uygulanan tedbirin kişinin sağlığını tehlikeye sokma ihtimali mevcut ise bu durumda kişinin tedbire katlanma yükümlülüğü aşılmış ve orantılılık ilkesine aykırı hareket edilmiş olacaktır.⁵¹

Tedbir uygulanırken sağlığa zarar verme hususunun kuvvetli bir ihtimale dayanması gerekir. Yalnızca geçici korku, kaygı durumlarında sağlığa zarar verme tehlikesinin mevcut olmadığı kabul edilmelidir.⁵² Bu şekilde bir tehlike öngörülmesine rağmen tedbirin uygulanması durumunda elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Çünkü burada zarar, tedbiri uygulayan kişilerin hukuka aykırı davranışı neticesinde değil; bizzat müdahalenin gerçekleşmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır.⁵³

⁵¹ Kızıllarslan, s.234

⁵² Centel/ Zafer, s.312

⁵³ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Erişim: <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, s.9

Müdahalenin sağlığa zarar verme tehlikesinin mevcudiyetine ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için tıp bilgisi zorunludur. Bu sebeple tedbire karar verecek hâkim veya savcı bu hususta bir tereddüte düştüğü takdirde tabipten bilirkişi sıfatıyla görüş almalıdır.⁵⁴ Tedbirin daha sonraki bir tarihte uygulanması sağlığın zarar görme tehlikesini ortadan kaldıracaksa tedbirin uygulanmasının ertelenmesinde fayda olacaktır.⁵⁵

d) Üst Sınırı İki Yıl ve Daha Fazla Cezayı Gerektiren Bir Suça İlişkin Olması

CMK'nın 75/3. maddesinde kanun koyucu şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma işlemlerinde suçun niteliği açısından bir sınırlama yapma yoluna gitmiştir. Bu durumda üst sınırı iki yıldan daha az ceza ön görülen suçlara ilişkin yürütülen muhakemede şüpheli ve sanık hakkında iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri uygulanamayacaktır.

Bazı durumlarda soruşturma konusu suçun üst sınırının iki yıldan fazla olması nedeniyle şüpheli ve sanık hakkında muayene ve örnek alma tedbiri uygulansa da; kovuşturma evresinde suçun niteliği değişerek üst sınırı iki yıldan daha az bir suça dönüşmüş olabilir. Bu durumda elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelecek ve hükme esas alınamayacaktır.⁵⁶ Yine kovuşturma evresinde suçun niteliğinin değişmesi sebebiyle sanık hakkında yargılama yapılan suçun üst sınırı iki yıldan fazla bir suç haline gelebilir. Böyle durumlarda da; tedbir için ön görülen diğer koşulların da mevcut olması halinde kovuşturma evresinde tedbirin ifası için bir engel yoktur.⁵⁷

Üst sınırı iki yıldan az suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda; sanığın rızası ve talebi var ise tedbir uygulanabilmelidir.⁵⁸ Şüpheli ve sanığa bu hak tanınmadığı takdirde kendi lehine delil sunma ve savunma hakkı sınırlandırılmış olacaktır. Ancak şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak tedbir hakkında diğer kişilerde olduğu gibi rızası halinde karar gerekmediğine ilişkin bir düzenleme mevcut bulunmadığından, burada yine kanunda ön görülen karar prosedürünün uygulanması gerektiği unutulmamalıdır.

Ayrıca soruşturma evresinde şüpheli hakkında birden fazla farklı suçtan soruşturma yürütüldüğü de vakidir. Bu durumda konumuz olan tedbir uygulanırken her suç için ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Üst sınırı iki yıldan fazla ceza ön görülen suçlar bakımından tedbir uygulanabilecekken, üst sınırı iki yıldan az olan suçlar bakımından tedbir uygulanmamalıdır.⁵⁹

⁵⁴ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.463

⁵⁵ Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.259

⁵⁶ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırıt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.540

⁵⁷ Özen, s.434

⁵⁸ Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.230; aynı yönde diğer bir görüş için; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.271-272

⁵⁹ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırıt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.540

Yine cezasının üst sınırı “iki yıla kadar” olarak düzenlenen suçlarda, Yargıtay “iki yıla kadar” ifadesini iki yıldan az şeklinde değerlendirmeyerek bu suçlarda şüpheli ve sanık hakkında iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanabileceğine karar vermiştir.⁶⁰

2. Şüpheli Ve Sanığın Dış Beden Muayenesi

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi kanun ile düzenlenmediği için bu konuda yönetmelik hükümlerine göz atmakta fayda olacaktır. Yönetmelik’in 5/1. maddesinde: “Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.” şeklinde düzenleme mevcuttur. Yönetmelik’te tedbiri talep edebilecek kişiler düzenlenmiş ancak tedbir kararını hangi makamın vereceğine ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir. Şüphesiz bu noktada bir belirsizlik söz konusudur. Doktrinde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin CMK’nın 75. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunanlar⁶¹ olmakla birlikte; kanunda bir düzenleme olmaması sebebiyle yönetmelik hükümleri uyarınca yapılacak şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin hukuka aykırı olacağını da savunanlar mevcuttur.⁶²

Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi hakkında, kanunda bulunan eksiklikler ve yönetmelikle kanun arasındaki farklılıklar sebebiyle bir önceki bölümde de açıklamaya çalıştığımız şekilde eleştiriler mevcuttur. Kanaatimizce; şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi hakkında kıyasen CMK’nın 75. maddesinin uygulanmasından ziyade şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi kanun ile açıkça düzenlenmelidir. Çünkü önceki bölümlerde açıkladığımız

⁶⁰ ...” Dosya kapsamına göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak” başlıklı 191/1. maddesinde yer alan, “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması” başlıklı 75/5. maddesinde yer alan “Üst sınırın iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.” şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında, şüphelilerin üzerlerine atılı eylemin üst sınırının iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suç olmayıp, iki yıla kadar hapis cezası gerektirmesi karşısında, şüphelinin kan ve idrar örneklerinin alınabileceği cihetle, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu...”, Yargıtay 9. Ceza dairesinin 2015/6512 E. 2015/4911 sayılı kararı, Aynı yönde diğer kararlar için bakınız: “10. Ceza Dairesi 2012/20312 E. , 2013/63 K ve 10. Ceza Dairesi 2014/1869 E. , 2014/1563 K.

⁶¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.462

⁶² Yener Ünver/ Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.295

üzere; muayene ve örnek alma tedbiri kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşımaktadır. Yönetmelik ile yapılan düzenleme şüphesiz Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerine aykırılık oluşturarak kişilik haklarının korunmasının kapsamını daraltmaktadır. Yine soruşturma aşamasının amirinin savcı olduğu düşünüldüğünde, savcının talimatı olmadan kolluk görevlilerinin yalnızca bir yönetmelik hükmüne dayanarak şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirini uygulayabilmeleri doğru olmamıştır. Kanaatimizce kolluk birimlerinin bu işlemi gerçekleştirebilmesi arzu ediliyorsa bu durum açıkça kanunda düzenlenmelidir. Yine talep edebilecek makamın yanında karar verecek makamın da açıkça düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

Yönetmelik'in 5/2. maddesinde; şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin ancak tabip tarafından yapılabileceği öngörülmüştür. Yönetmelik'in 5/4. maddesinde ise; girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin dış beden muayenesi sayılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda; gözaltında yapılan muayene ve stetoskop ile yapılan dinleme de dış beden muayenesi sayılacaktır.⁶³ Yönetmelik hükmünün devamında; bu işlemlerin “tabip veya tabip gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu” tarafından gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Fizyoterapistin fizik tedavi uygulaması, radyoloji teknisyeninin röntgen çekmesi gibi işlemler; sağlık mesleği mensuplarının tabip gözetiminde yapabileceği işlemler arasında sayılabilir.⁶⁴ Yönetmelik'in 5/3. maddesinde: “müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması “ hususu düzenlenmiştir. Bu konuda da; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinde açıkladığımız hususlar geçerlidir. Temel anlamda şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin ayrıntılı bir şekilde tamamen kanunla düzenlenmesi gerektiğini söylememiz gerekir.

B. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

1. Hâkim, Mahkeme Veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı

Öncelikle kanunda diğer kişiler hakkında uygulanacak tedbir açısından, iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmeden uygulama koşullarının düzenlendiğini belirtmemiz gerekir. CMK'nın 76. maddesinin başlığı “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” olmasına karşın madde metninde yalnızca mağdurdan bahsedilmiştir. CMK'nın 76/3. maddesinde de soybağı tespit edilecek çocuktan bahsedilmesi sebebiyle diğer kişilerden

⁶³ Berrin Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.27, 2016, s.93

⁶⁴ Ayşe Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 s.32

kastedilenin, mağdur ve soybağı tespit edilecek çocuk olduğunu ileri sürenler olsa da; bu durum diğer kişilerin kapsamı ile ilgili soru işaretlerini ortadan kaldırmamaktadır.⁶⁵ Yönetmelik'in 7. maddesinde ise “mağdurun ve diğer kişilerin...” şeklindeki düzenleme ile diğer kişilerin kapsamına yalnızca mağdurun girmediği ifade edilmiştir. Kanaatimizce; kanunda yalnızca mağdur ve soybağı tespit edilecek çocuktan bahsedilerek, yönetmelik ile bunun sınırlarının genişletilmeye çalışılması doğru olmamıştır. Bu hususta diğer kişilerin kapsamının açıkça kanunda belirtilmesi faydalı olacaktır.

Diğer kişilerin hem iç ve dış beden muayenesine hem de vücutlarından örnek alınmasına, hâkim veya mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar verecektir. Madde metnindeki değişiklikten önce mağdurun muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin savcıya karar verme yetkisi tanınmamıştır. 5353 sayılı kanunla CMK'nın 76. maddesinde yapılan değişiklik ile mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında savcıya gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında karar verme yetkisinin tanındığını görmemiz mümkündür. Yine mağdurun rızasının varlığı halinde iç beden muayenesinin uygulanması için karar alınmasının gerekli olmadığına ilişkin CMK'nın 76. maddesinin 2. fıkrası da değişiklikle birlikte madde metnine girmiştir.⁶⁶ Bu konudaki rıza hukuka uygun ve geçerli bir rıza olmalıdır.⁶⁷ Ayrıca tedbire rıza gösterecek mağdura olayın önemine ilişkin ayrıntılı bilgilendirilme yapılmalıdır. Tedbire ilişkin bilgilendirme kişinin rızasını açıklamadan önce ve eksiksiz şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu koşullar yerine getirilmediği takdirde rıza hukuka aykırı olacağı için elde edilen deliller de hukuka aykırı sayılacaktır.⁶⁸

Rızaya ilişkin hükümde yalnızca mağdurdan bahsedilmesi sebebiyle mağdur dışındaki kişilerin tedbirin uygulanmasına rıza göstermesi durumunda aynı karar prosedürünün uygulanıp uygulanmayacağı noktasında da bir boşluk söz konusudur. Bu husus bizlere kanunda diğer kişilerin kapsamının açıkça belirlenmesinin önemini bir kez daha hatırlatmaktadır. Ayrıca diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinde olduğu şekilde cezanın miktarı açısından bir sınırlandırma yoluna gidilmemiştir. Bu haliyle tüm suçlar açısından diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanabileceği söylenebilir.

⁶⁵ Ünver/ Hakeri, s.301

⁶⁶ Şahin, s.243

⁶⁷ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.339

⁶⁸ Hakan Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2016, s.31-32

2. Muayenenin Tabip Tarafından Yapılması

CMK'da diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından yapılacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından gerçekleştirileceğinin kanunda açıkça belirtilmemesi sebebiyle bu hususta şüpheli ve sanığın iç beden muayenesine ilişkin CMK'nın 75. maddesindeki hükmün kıyas yolu ile uygulanması gerektiğini öne sürenler olmuştur.⁶⁹ Yönetmelik'e göre; diğer kişiler açısından iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmediğinden, diğer kişilerin hem iç hem de dış beden muayenesi ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecektir. Diğer kişilerin vücudundan örnek alınması ise "ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından" gerçekleştirilebilecektir. Yine bir önceki bölümde açıkladığımız üzere girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri dış beden muayenesi sayıldığından, diğer kişiler hakkında icra edilecek girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemleri de ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecektir. Bu durumda bir hastanede radyoloji teknisyeni bulunması halinde dahi mağdurun röntgenini yalnızca doktorun çekebileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Bu hususta "tabip veya tabip gözetiminde diğer bir sağlık mesleği mensubu" şeklinde bir düzenleme daha doğru olurdu. Kanaatimizce; muayene raporunda muayeneye yetkili olmayan bir kimsenin imzasının bulunmasının elde edilen verileri hukuka aykırı hale getirebileceği⁷⁰ de göz önüne alındığında; diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından gerçekleştirilebileceği hususunun açıkça kanunda düzenlenmesi doğru olacaktır.

3. Sağlığı Açıkça Ve Öngörülebilir Şekilde Tehlikeye Düşürmemesi

CMK'nın 76. maddesinde diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinde; "*kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemek*" koşulu ön görülmüştür. Yönetmelik'in 7. ve 8. maddelerinde diğer kişilerin hem muayene hem de örnek alma işlemleri bakımından "*sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek*" koşulu getirilmiştir. Sağlığı tehlike düşürmeme hususu mevzuatımızda soyut bir şekilde ifade edilmiş olup, bu konuda açıklayıcı bir hükme ihtiyaç vardır. Ayrıca bu durumda hâkim veya savcının eğitim alanı dışında kalması sebebiyle bilirkişi sıfatıyla tabipten görüş alınması gereklidir.⁷¹ Diğer kişiler hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma tedbiri açısından kişinin "*sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek*" şartının aranması, kanun koyucunun muhakeme neticesinde elde edilecek

⁶⁹ Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.239; Gülsoy/ Kök, s.17; Mahmutoğlu, s.21, Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.134

⁷⁰ Aydın, s.134

⁷¹ Kızılarıslan, s.236

kamusal menfaat ile kişinin sağlığı arasında bir denge gözeterek orantılılık ilkesini ön planda tuttuğunu göstermektedir.⁷²

4. Cerrahi Müdahalede Bulunmamak

CMK'nın 76. maddesinde diğer kişiler hakkında uygulanacak tedbire ilişkin cerrahi müdahale yasağı ön görülmüştür. Aynı husus Yönetmelik'in 7. maddesinde de belirtilmiştir. Buna göre diğer kişilerin sağlığına herhangi bir zarar verme tehlikesi olmasa dahi cerrahi müdahalede bulunulamayacaktır. Kanun koyucunun orantılılık ilkesini esas alarak bu şekilde bir düzenlemeye gittiği söylenebilir.⁷³

Mevzuatımızda her ne kadar diğer kişiler açısından cerrahi müdahale yasağı düzenlense de; bunun sınırları somut olarak belirlenmemiştir.⁷⁴ Ayrıca şüpheli ve sanık hakkında cerrahi müdahalenin yasaklanmamış olmasından, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması kapsamının şüpheli ve sanığa göre daha geniş tutulduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu durumu doktrinde eleştirenler de olmuştur. Buna göre, sağlığına zarar vermemek koşuluyla rızaları halinde diğer kişilere ilişkin delil elde etmek amacıyla cerrahi müdahalede bulunulması mümkün olmalıdır.⁷⁵

C. SOYBAĞI TESPİT EDİLECEK ÇOCUK

Soybağı; bir kimsenin geldiği soya ilişkin bir silsileyi ifade etmektedir. Bütün hukuk sistemleri açısından çocuğun soybağının tespiti özel önem arz etmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda da soybağı ile ilgili hukuk davaları ele alınmıştır⁷⁶ Çocuğun soybağının gerçek olup olmadığı, toplumsal ve ailevi açıdan da önem arz etmektedir. Ayrıca soybağı tespit edilecek çocuk ve ailesi açısından bunun bir de psikolojik yönünün olduğu söylenebilir.⁷⁷ CMK'nın 76/3. maddesinde soybağı tespit edilecek çocuk açısından da CMK'nın 76/1. maddesindeki karar alma prosedürünün uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.⁷⁸ Bu durumda, CMK'nın toplumsal hassasiyetleri göz önünde bulundurarak bu şekilde bir düzenleme yoluna gitmesi uygun olmuştur.

Çocuğun soybağının tespit edilmesi meselesi özellikle cinsel suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda önem arz etmektedir. Cinsel saldırı eylemi sonucu

⁷² Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.464-465

⁷³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.464

⁷⁴ Kızıllarslan, s.263

⁷⁵ Soyaslan, s.272-273

⁷⁶ Murat Uyumaz, *Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2014, s.1

⁷⁷ Sühely Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.141

⁷⁸ Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2020, s.249

hamile kalan veya doğum yapan bir kadının çocuğundan alınan örnekler ile şüpheliden alınan örneklerin karşılaştırılması neticesinde maddi gerçeğe ulaşmak mümkündür.⁷⁹ Bu gibi durumlarda çocuğun annesinden alınacak örneklerle ilişkin rızası halinde CMK'nın 76/2. maddesi uyarınca karar alınmasına gerek yok iken; soybağı tespit edilecek çocuk hakkında uygulanacak tedbirde annesinin veya çocuğun rızası geçerli olmayacaktır. Çünkü burada cinsel saldırı suçunun mağduru soybağı tespit edilecek çocuk değil annedir.⁸⁰

Çocuğun soybağının tespit edilebilmesi için alınan örnekler üzerinde karşılaştırma işlemlerinin yapılması gereklidir. Bu durum CMK'nın 79. ve devamı maddelerinde düzenlenen moleküler genetik inceleme tedbirine işaret etmektedir. Önceki bölümlerde vücuttan örnek alma tedbirinin moleküler genetik incelemeye veri sağladığını ve bu tedbirin uygulanmasında bir araç niteliğinde olduğunu belirtmiştik. CMK'nın 76/3. maddesi, vücuttan örnek alma ve moleküler genetik inceleme tedbirleri arasındaki ilişkiye güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Ayrıca soybağının tespitine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da hüküm bulunmaktadır. HMK'nın 292/1. maddesi: *“Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlıklı yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede ilk dikkatimizi çeken husus, kişinin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku örneği alınmasına katlanmak zorunda olmasıdır.⁸¹ Ceza muhakemesinde kişinin tedbire rızasının bulunmadığı durumlarda Yönetmelik'in 18. maddesinde; *“İlgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı”* belirtilmişken; HMK'da *“hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir”* şeklinde bu husus daha net ifade edilmiştir. Sağlık yönünden bir tehlike oluşturmaması şartı ceza muhakemesindeki muayene ve örnek alma işlemleri ile benzerlik göstermektedir. Yine CMK'nın 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme hallerinin mevcut olduğu durumlarda muayene ve örnek alma işlemlerinden kaçınılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak HMK'nın 292/2. maddesinde: *“Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz.”* şeklinde düzenleme mevcuttur. Hukuk mahkemesinde soybağının tespitine ilişkin yapılan inceleme neticesinde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı da önem

⁷⁹ Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.64

⁸⁰ Şahin, s.245

⁸¹ Özlem Tüzüner, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.62, S.4, s.1143

arz etmektedir. CMK'nın 217/2. maddesi: “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanaatimizce; hukuk davasında soybağının tespiti neticesinde usulüne uygun şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında da kullanılması mümkündür.

V. ÖZEL KANUNLARDAKİ ALKOL MUAYENESİNE VE KAN ÖRNEĞİ ALINMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

CMK'nın 75/7. maddesinde; özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğuna ilişkin ayrıca bir düzenleme mevcuttur. CMK'nın 75. maddesinin ilk halinde mevcut olmayan bu hüküm, 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte madde metnine girmiştir.⁸² Her ne kadar muayene ve örnek alma işlemlerinin kanunda ayrıntılı düzenlenmesi faydalı olsa da; bu işlemlerin bazı durumlarda daha hızlı ve sık uygulanması ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. CMK'daki tedbirin uygulanmasına ilişkin karar prosedürünün bu noktada bazı sınırlamalara sebebiyet vereceği açıktır. CMK'nın 75/7. maddesindeki bu özel hüküm de bu gibi sorunların önüne geçilmesi amacı taşımaktadır.⁸³

CMK'nın 75/7. maddesindeki bu düzenleme; Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/2. ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddelerini işaret etmektedir.⁸⁴ Buna göre bu maddeler ışığında yapılacak alkol muayenesi ve kan alınmasına ilişkin işlemlerde CMK'daki karar alma prosedürü uygulanmayacaktır. KTK'nın ilgili maddesinin devamında TCK'nın 179/3. maddesine de bir atıf söz konusudur. Alkol muayenesi ve kan örneği alınması işlemlerinde orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekliliği unutulmamalı ve ilgilinin rıza vermemesi durumunda nasıl bir yol izleneceği kanunda açıkça hüküm altına alınmalıdır.⁸⁵

Kolluğun sıklıkla yaptığı rutin kontrollerin aksamaması ve sürücülerdeki uyuşturucu madde ve alkol tespitinin kolaylaştırılması, tüm vatandaşlar açısından hem kaza oranlarının düşmesine olumlu yönde etki edecek; hem de trafik güvenliğinin daha etkin bir şekilde sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Bu sebeple CMK'nın 75/7. maddesinin yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

⁸² Şahin, s.237

⁸³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.463

⁸⁴ Özge Apiş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.18, S.1, 2012, s.286; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma Gezer/ Yasemin F. Saygılar Kırıt/ Esra Alan Akcan/ Efsar Erden Tütüncü/ Özdem Özyayın, *Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.351

⁸⁵ Ünver/ Hakeri, s.298-299

VI. TANIKLIKTAN ÇEKİNME BAKIMINDAN

CMK'nın 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme sebepleri ileri sürülerek muayene ve örnek alma işlemlerinden kaçınılabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı husus Yönetmelik'in 10. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu durum aslında Anayasa'nın: "*kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunamaya zorlanamayacağını*" düzenleyen 38. maddesinin bir yansımasıdır.⁸⁶

CMK'nın 76/4. maddesinde, tanıklıktan çekinmeye ilişkin CMK'nın 45. ve devamı maddelerine bir atıf söz konusudur. CMK'nın 45. maddesinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar açıkça ifade edilmiştir. Buna göre kanunda sayılanlar haricinde başkaca kişiler, tanıklıktan çekinme hakkını ileri sürerek muayene ve örnek almadan kaçınamayacaklardır.

Mağdur, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme sebeplerini ileri sürerek muayene ve örnek alma tedbirinden kaçınamayacağı kabul edilmektedir. Çünkü bu kişiler, muhakemede olayı gören, bilen üçüncü bir kişi sıfatında değil, doğrudan muhakemenin bir tarafı konumundadırlar.⁸⁷ Ayrıca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilere bu haklarının hatırlatılması önem arz etmektedir. Aksi halde bu durum, elde edilen delillerin hükme esas alınamamasına sebep olabilecektir.⁸⁸

CMK'ya göre; tanıklıktan çekinme konusunda çocuk ve akıl hastalarına ilişkin kararı kanuni temsilcisi verecektir. Kanuni temsilci aynı zamanda şüpheli veya sanık ise bu durumda hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Yine çocuk veya akıl hastalığı bulunan kişi olayın hukuki anlam ve önemini anlayabilecek durumda ise onun da görüşüne başvurulabilir. Ancak hâkim, çocuk veya akıl hastasının bu husustaki görüşü ile bağlı olmayacaktır.⁸⁹ Kanun koyucunun muayene ve örnek alma işlemlerinde tanıklıktan çekinme bakımından çocuklara ilişkin bu şekilde bir düzenleme getirmesi isabetli olmuştur. Nitekim Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de de bu hususa ilişkin

⁸⁶ Ünver/ Hakeri, s.268

⁸⁷ Özen, s.445

⁸⁸ "...Sanığın halası olan ve kendisini ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte sorulara yanıt vermektan çekinme hakkı bulunan ve ifadesi hükme esas alınan tanık G.. G..' e tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı bulunduğunun önceden Açıklanıp bildirilmemesi suretiyle 5271 sayılı CMK' nun 45/1-d-3, 48 ve 51. Maddelerine aykırı davranılması, Kabule göre de; Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13/5. maddesi gereğince beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık yararına hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafii ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA, 22.09.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.", **Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 22/09/2011 Tarihli 2009/56695 Esas, 2009/5695 Sayılı Kararı**

⁸⁹ Soyaslan, s.274

düzenleme mevcuttur. Bu sözleşme; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilip 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 14 Eylül 1990 tarihinde bu sözleşmeyi imzalamıştır.⁹⁰ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendinde; Taraf Devletlerin, “tanıklık yapmaya zorlanmama hususunda çocuklara güvence sağlamaları” gerektiği düzenlenmiştir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasına Dair Kanun Tasarısı'nın gerekçesinde de; “çocukların korunmaya en muhtaç toplumsal grubu oluşturduğu” ifade edilmiştir.⁹¹ CMK'nın 76/4. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde kanuni temsilcisinin rıza göstermediği durumda çocuk, muayene ve örnek alma işlemlerine zorlanamayacaktır. Bu haliyle CMK'nın 76/4. maddesinin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesinin ruhuna uygun olacak şekilde çocuk haklarının korunmasının kapsamını genişlettiği kanaatindeyiz.

VII. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASINDA RIZA SORUNU

Yalnızca beden muayenesi ve örnek alma değil; tüm koruma tedbirleri bünyesinde doğal bir zorlama barındırmaktadır. Bu tedbir kişinin kendi vücudu üzerinde tasarrufta bulunma özgürlüğü ile çatışmakta ve devamında da rıza sorunu gündeme gelmektedir.⁹² Buna göre muayene ve örnek alma tedbirine maruz kalacak kişinin bu işleme katlanma yükümlüğünün bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir.

Bu hususta “nemo tenatur” ilkesi esas alınarak bir değerlendirme yapmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu ilkenin iki temel yönü karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi susma hakkıdır. Buna göre hakkında muhakeme işlemleri yürütülen şüpheli veya sanık kendisine yöneltilen sorulara cevap verip vermemekte özgürdür. Susma hakkını ileri sürerek cevap vermekten kaçınabilecektir.⁹³

Nemo tenatur ilkesinin ikinci boyutu Anayasa'nın 38/5. maddesinde de düzenlendiği şekilde; kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmasının yasak olmasıdır. Bu hüküm yalnızca konumuz olan muayene ve örnek alma işlemleri için değil; tüm koruma tedbirleri açısından göz önünde bulundurulması gereken önemli bir husustur.⁹⁴

⁹⁰ Ali Naim İnan, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.44, S.1, 1995, s.766

⁹¹ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c073/tbmm19073049ss0017.pdf>, Erişim Tarihi: 16/10/2020

⁹² Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, 12 Levha Yayıncılık, Ankara, 2012, s.288

⁹³ Ali Yıldırım, “Şüphelinin Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.5-6, 1988, s.683

⁹⁴ Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve

Bu konuya ilişkin AİHM'nin de kararları mevcuttur. AİHM'nin Yazgülü/Türkiye kararında; kişinin jinekolojik muayenesinin kanunla düzenlenmesi gerektiği ve rızası dâhilinde bu işlemin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yine Almanya'da uyuşturucu temin etmek için kişiye kusturucu ilaç verilmesi susma hakkına müdahale niteliğinde kabul edilmiştir. Saunders/Birleşik Krallık davasında ise AİHM; kişinin kendisine yöneltilen suçlamalara karşı cevap vermeye zorlanmasını nemo tenatur ilkesinin ihlali kabul etmiştir.⁹⁵

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri değerlendirildiğinde, burada kişinin beyanına ilişkin değil; isnat edilen suçlamaya ilişkin bir durum söz konusudur. Bu sebeple kişi susma hakkını kullandığını ileri sürerek muayene ve örnek alma işlemlerinden kaçınamayacaktır. Yani kişi muayene ve örnek alma tedbirine katlanmak zorundadır.⁹⁶ Yine AİHM de kişinin beyanından bağımsız olarak alınan kan vb. örneklerin kişinin rızası hilafına dahi olsa yargılamada kullanılabileceğini ve bu durumun nemo tenatur ilkesinin ihlaline sebebiyet vermeyeceğini belirtmiştir.⁹⁷

Ceza muhakemesinde hakkında muayene ve örnek alma tedbiri uygulanacak kişi bu uygulamaya rıza göstermediğinde hangi usulün izleneceğine ilişkin Yönetmelik'in 18. maddesindeki hüküm karşımıza çıkmaktadır. Bu madde: *"Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır."* şeklindedir. Buna göre muayene ve örnek alma işlemleri gerçekleştirirken kişi zorla işlemin gerçekleştirileceği yere getirilebilecek, kıyafetleri çıkarılabilecek, elleri tutulabilecektir.⁹⁸ Ancak bu durumda orantılık ilkesine uygun hareket edilmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Yine zorlama durumunda, kanunda sayılan şartlardan biri olan sağlığa zarar verme açısından tehlike yaratacak bir hale sebebiyet verilmemelidir. Bu hususlara dikkat edildiği takdirde kişinin rızası

Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2 2017, s.135
⁹⁵ Aydın, s.131-132

⁹⁶ İpekçioğlu, Anayasaya Uygunluğu, s.1173

⁹⁷ "...Kendi aleyhine tanıklık etmemek hakkı öncelikle, sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Sözleşmeye Taraf Devletler'in hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılması mümkündür..."
AİHM'nin 17 Aralık 1996 Tarihli Saunders/Birleşik Krallık Kararı

⁹⁸ Centel/ Zafer, s.321

hilafına dahi olsa muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek veriler hukuka uygun olacak ve nemo tenatur ilkesinin ihlali sayılmayacaktır⁹⁹

Kişinin muayene ve örnek alma işlemlerine rıza göstermeyerek direnmesi hususunda işkence yasağı açısından da değerlendirilmede bulunmakta fayda olacaktır. Anayasa'nın 17/3. maddesinde işkence yasağı; *"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm Anayasa'nın insan onurunun korunmasına önem verdiğinin de bir göstergesidir.¹⁰⁰ AİHS'nin 3. maddesinde de; *"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Konumuz olan tedbir kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşımaktadır. Her ne kadar şüpheli veya sanık muayene ve örnek alma tedbirine katlanmak zorunda olsa da; bu durum tedbirin hangi şart altında olursa olsun uygulanabileceği şeklinde algılanmamalıdır. Tedbir uygulanırken kişiye karşı orantısız bir şekilde güç kullanılmamalı ve kişi küçük düşürülmemelidir. Tedbirin ifasında insan onuru daima ön planda tutulmalı ve hem tedbiri uygulayan sağlık personelleri hem de tedbirin ifasında görev alan kolluk personelleri insan onuruna yaraşır bir şekilde hareket etmelidir. Kişinin muayene ve örnek alma işlemlerine zorlandığı durumlarda tedbir uygulanırken işkence ve kötü muameleye varan davranışlarda bulunulmasının, elde edilecek delillerin hukuka uygunluğunu da tartışmalı hale getireceği unutulmamalıdır.¹⁰¹ TCK'nın 94. maddesinde; *"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 hükmolunur."* şeklinde ifade edildiği üzere işkence suç olarak düzenlenmiştir. Bu haliyle konumuz olan tedbirin uygulanmasında işkenceye varan davranışlar sergilenmesi halinde TCK'nın 94. maddesi uyarınca sorumluluk doğabileceği söylenebilir.

Son olarak orantılık ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri gözetilerek yapılsa dahi kişinin muayene ve örnek alma işlemlerine zorlanması, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşımaktadır. Bu sebeple; Yönetmelik'in 18. maddesinin kanun ile düzenlenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

VIII. ELDE EDİLEN VERİLERİN AKİBETİ

CMK'nın 80/1. maddesinde; CMK'nın 75, 76 ve 78. maddelerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu

⁹⁹ Ahmet Gökçen/ Murat Balcı/ Mehmet Emin Alşahin/ Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.351

¹⁰⁰ Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.40

¹⁰¹ Aydın, s.130

kabul edilmiştir. CMK'nın 80/2. maddesinde ise; “*Bu bilgilerin, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde*” imha edileceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik'in 14/3. maddesinde DNA örneklerinin de imha edileceği belirtilmiştir. Ancak moleküler genetik inceleme neticesinde çıkarılan DNA örnekleri ve bu incelemelerin sonuçlarının kanunda belirtilen hallerde imha edileceği düzenlenirken, incelemeye konu olan muayene ve örnek alma neticesinde elde edilen kan, kıl, biyolojik swap vb. örneklerin imha edilip edilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme yapma yoluna gidilmemiştir. Bu sebeple incelemeye konu örneklerin akıbeti ile ilgili kanunda düzenleme yapılması önem arz etmektedir.

CMK'nın 80. maddesinin 5353 sayılı kanun ile değişiklik yapılmadan önceki halinde; mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi durumunda da inceleme sonuçlarının imha edileceği belirtilmişti. Ayrıca verilerin imha edilmesi için on günlük bir süre sınırı öngörülmüştü. Ancak 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonraki madde metninde bu hususlar hüküm altına alınmamıştır.¹⁰²

Yine kanunda mahkûmiyet halinde inceleme sonuçlarının akıbetinin ne olacağı ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Buradan mahkûmiyet halinde elde edilen verilerin saklanabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Ancak mevzuatımızda verilerin saklanma koşullarını düzenleyen bir kanun mevcut değildir. Her ne kadar “*DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*” gündeme gelse de; bu tasarının günümüze dek yasalaşması mümkün olmamıştır.¹⁰³

Kanaatimizce usul ve esasları kanun ile açıkça düzenlenmek koşuluyla DNA örneklerinin muhafaza altına alınarak gelecekteki ceza muhakemelerinde kullanılması mümkün olmalıdır. Hatta uyuşturucu ticareti, terör gibi uluslararası düzeyde takibi yapılan suçlar açısından da daha hızlı sonuca ulaşmak adına oluşturulacak veri bankalarının uluslararası düzeyde de değerlendirilmesi ve paylaşılması önem arz edecektir. Bu sebeple DNA veri bankalarına ilişkin kanuni düzenleme yapılmasının, faili meçhul suçların sayısını azaltacağını ve suçla daha etkin mücadeleye katkı sağlayacağını düşünüyoruz.

IX. İTİRAZ KANUN YOLU

Ceza muhakemesi hukukunda amaca giden yolda her yolun mubah görüldüğü bir anlayış doğru değildir. Yalnızca muayene ve örnek alma tedbirinde değil; tüm ceza muhakemesi işlem ve uygulamalarında kişi hak ve özgürlüklerini ön planda tutan, insan onurunun korumasına önem veren bir bakış açısıyla

¹⁰² Şahin, s.251

¹⁰³ Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, “Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.5, S.2, 2017, s.36

hareket edilmelidir. Tüm bu hususların kanun yolları için de geçerli olduğu düşünüldüğünde; ceza muhakemesinin amacı ile kanun yollarının işlevinin bütünlük arz ettiği söylenebilir.¹⁰⁴

CMK'nın 75. maddesinin 6. fıkrasında: “*Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.*” şeklinde konumuz olan tedbir açısından itiraz kanun yoluna başvurulması kabul edilmiştir. Aynı hüküm CMK'nın 76/5. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu durumda CMK'nın itiraz kanun yoluna ilişkin 267. ve devamı maddeleri uygulanacaktır. CMK'da itirazı inceleyecek merciler açıkça sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Doktrinde ağır ceza mahkemesinin kararına yapılan itirazı diğer bir ağır ceza mahkemesinin ve sulh ceza hâkiminin verdiği karara yapılan itirazı diğer bir sulh ceza hâkiminin değerlendirecek olması, kanun yollarında asıl olanın değerlendirmenin üst bir yargı merciiince yapılması olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir.¹⁰⁵

Savcının gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verdiği muayene ve örnek alma kararlarına itiraz edilmesi mümkün değildir. Bu durumda savcı kararı hâkim onayına sunacak ve bundan sonra itiraz süreci başlamış olacaktır.¹⁰⁶ Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin uygulanması için hâkim veya mahkeme kararı gerekmediğinden bu karara itiraz edilmesi de mümkün gözükmemektedir. Kararına itiraz edilen merci verdiği kararı hatalı bulduğu takdirde itirazı kabul edebilecektir. Verilen kararın hukuken doğru olduğuna ilişkin bir kanaat hâsıl olursa, itirazı değerlendirecek merci durumu kararı bağlayacaktır. Ayrıca kanunda öngörülen 7 günlük itiraz süresi de unutulmamalıdır.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz diğer bir önemli husus da; itiraz kanun yoluna başvurulmasının muayene ve örnek alma tedbirinin uygulanmasını durdurup durdurmayacağıdır. CMK'nın 269. maddesinde; “*İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz.*” denilmektedir. Kural olarak itiraz kanun yoluna başvurulmasının muayene ve örnek alma tedbirinin uygulanmasını durdurmayacağını söylemek doğru olacaktır. Nitekim muayene ve örnek alma tedbirinin uygulanmasında delil kaybına sebebiyet vermemek adına hızlı hareket edilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca hukuka uygun bir şekilde uygulanan tedbir, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal edici nitelikte değerlendirilemez. Yine itirazın kabulü halinde de elde edilen veriler zaten muhakemede kullanılamayacaktır. Bu sebeple itiraz kanun yoluna

¹⁰⁴ Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.396

¹⁰⁵ Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı, 2015, s.4025-4027

¹⁰⁶ Özen, s.438

başvurulmasının muayene ve örnek alma tedbirinin ifasını durdurulması gerekir.¹⁰⁷

SONUÇ

Bilim ve teknolojideki gelişmeler ceza muhakemesi alanında da önemli sonuçlar doğurmuştur. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinden elde edilen veriler üzerinde, moleküler genetik inceleme sayesinde doğruluğu yüksek karşılaştırmalar yapılabilmektedir. Bunun neticesinde ceza muhakemesinde maddi gerçekliğe daha hızlı ve etkin şekilde mümkün olmaktadır. Muayene ve örnek alma işlemleri kişi hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilgili oldukları için Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanun ile düzenlenmeleri zorunludur. Bu sebeple şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi hakkında yönetmelikteki düzenlemeler ile yetinilmeyip ivedilikle kanuni düzenleme yapılması kişi hak ve özgürlüklerinin korunma kapsamını genişletecektir.

Kanunun kendi sistematigi içerisinde ve kanun ile yönetmelik arasında kavramsal bütünlüğün sağlanması önem arz etmektedir. Örneğin; muayene için beden, örnek alma için vücut kavramının kullanılmasının bilimsel bir açıklaması mevcut değildir. Mevzuatta kavramsal tutarlılığın olmaması doktrinde de farklı kavramların ve tanımların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu durum, ceza muhakemesi sistemimizin bilimselliğine de zarar vermektedir. Muayene ve örnek alma işlemleri tıp biliminin gereklerine göre ifa edildiği için tıpta kullanılan kavramlar ceza muhakemesi sistematigi içerisinde harmanlanarak kavramsal bütünlük sağlanmalıdır.

Muayene ve örnek alma tedbirini uygulayacak doktor ve sağlık görevlilerinin tedbir hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmeleri de faydalı olacaktır. Örneğin; şüpheli şahıstan alınan saç örneği kökünden ve yeterli miktarda koparılmadığı takdirde mukayeseye elverişsiz olmaktadır. Yine kan örneklerinin bozulmaması açısından inceleme yapılacak merciye ulaştırılırken elverişli koşulların sağlanması çok önemlidir. Tüm bu hususlarda kolluk görevlilerinin ve hatta kalem personelinin bilgilendirilmesi de meydana gelebilecek ihmalleri azaltacaktır.

Muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek verilerin karşılaştırma işlemlerinin sonuçlarının mahkûmiyet kararının kesinleşmesi halinde akıbetinin ne olacağına ilişkin kanundaki boşluğun giderilmesi de önemlidir. Bu sonuçlar her ne kadar kanunda yazılı hallerde imha edilecekse de; hem mahkûmiyet halinde hem de diğer hallerde bu verilerin kaydının tutulması ve gelecekteki muhakemelerde kullanılabilmesi sağlanmalıdır. Avrupa ülkelerinde ve Amerika'da çok daha önce kurulan DNA veri bankalarına

¹⁰⁷ Kızıllarslan, s.327

ilişkin bizim mevzuatımızda da kanuni bir düzenleme yapılması elzemdir. Bu durum, ceza muhakemesinde maddi gerçekliğe ulaşmada tüm adli makamların elini kuvvetlendirecektir.

Muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek veriler kişisel veriler arasında sayıldığından bu bilgilerinin gizliliği önem arz etmektedir. Aksi durumda TCK'nın 134. ve devamı maddeleri uyarınca sorumluluk söz konusu olabilecektir. Yine tedbiri ifa eden sağlık görevlilerinin üzerlerine düşen özen yükümlülüğünü göstermemeleri ve bunun neticesinde tedbir uygulanan kişide zarar meydana gelmesi durumunda taksirle yaralama hükümleri gündeme gelebilecektir. Ayrıca hakkında tedbir uygulanan kişinin genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır. Kolluk görevlilerinin de tedbirin uygulanmasında orantılılık ilkesini aşan kötü muamelede bulunmaları halinde TCK'nın 94. maddesi hükümlerinin uygulanma ihtimali mevcuttur.

Tedbire karar veren ve tedbirin uygulayıcısı konumunda bulunan tüm kişileri ilgilendiren en önemli hususlardan biri de; tedbir uygulanırken hukuka uygun davranılması ve orantılılık ilkesinin daima göz önünde bulundurulmasıdır. Kanunda yazılı şartlar yerine getirilmeden uygulanacak muayene ve örnek alma tedbiri neticesinde elde edilecek veriler hukuka aykırı olacaktır. Hukuka aykırı elde edilen delillere dayanarak kurulan mahkûmiyet hükümleri de yüksek yargıda bozulacaktır. Bu sebeple muayene ve örnek alma tedbiri uygulanırken kanunda düzenlenen koşullar ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, “Dış Beden Muayenesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.27, 2016
- Apış, Özge, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.18, S.1, 2012
- Aydın, Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- Aygün, Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.8, 2016
- Bıçak, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- Centel, Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, *Polis Dergisi*, S.44, 2005
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017
- Çakal, Ayşe, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- Doğan, Recep, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *TBB Dergisi*, S.142, 2019
- Donay, Süheyl, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015
- Dursun, Gizem, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017
- Ersoy, Uğur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayıym Tayini*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- Ersoy, Uğur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- Gökcen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020
- Gülsoy, Tevfik/ Kök, Nezih, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.1-2, 2005
- Hakeri, Hakan, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2016
- İnan, Ali Naim, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.44, S.1, 1995

- İnci, Özen, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, 2017
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.70, S.19, 2012 (İpekçioğlu, Örnek Alma)
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.19, S.2, 2013 (İpekçioğlu, Anayasaya Uygunluğu)
- Kaplan, Mahmut/ Aydın, Özgür, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3, 2016
- Karabulut, Ferhat/ Karapazarlıoğlu, Ersin/ Tosun, Hamza, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, *TBB Dergisi*, S.120, 2015
- Kızıllarslan, Hakan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma*, Kızıllarslan Serisi 1, Ankara, 2007
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Kitap*, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 2010
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Erişim: <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>
- Nuhoğlu, Ayşe, “Beden Muayenesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C.3, S.2
- Nuhoğlu, Ayşe, “Genital Muayene Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020
- Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020
- Öztürk, Bahri/ Kazancı, Behiye Eker/ Güleç, Sesim Soyer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019

- Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Gezer, Özge Sırma/ Kırıt, Yasemin F. Saygılar/ Akcan, Esra Alan/ Özaydın, Özdem/ Tütüncü, Efser Erden/ Villemin, Derya Altınok/ Tok, Mehmet Can, ***Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku***, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- **Öztürk**, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Gezer, Özge Sırma/ Kırıt, Yasemin F. Saygılar/ Akcan, Esra Alan/ Tütüncü, Efser Erden/ Özaydın, Özdem, ***Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku***, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, ***Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku***, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Soyaslan, Doğan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018
- Şahin, Cumhur, ***Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005,
- Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku II***, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Şahin, Meral Ekici, ***Ceza Hukukunda Rıza***, 12 Levha Yayıncılık, Ankara, 2012
- Toroslu, Nevzat, ***Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler***, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt II, Ankara, 2000
- Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 20. Baskı, Savaş Yayınları, **Ankara, 2020**
- Tüzüner, Özlem, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.62, S.4
- Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmez, “Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri”, ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi***, C.5, S.2, 2017
- Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmez, “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, Özel Sayı, 2015
- Uyumaz, Murat, ***Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler***, Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2014

- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, **Adalet Yayınevi, Ankara, 2020**
- Yenisey, Feridun/ Çulha, Rifat/ Demirağ, Fahrettin/ Nuhoglu, Ayşe,/ Oktar, Salih/ Tezcan, Durmuş, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017
- Yıldırım, Ali, “Şüphelinin Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.5-6, 1988
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, **Adalet Yayınevi, Ankara, 2019**
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, **Adalet Yayınevi, Ankara, 2019** (Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku)
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MUAYENE, Erişim tarihi: 06/10/2019
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BEDEN, Erişim Tarihi: 06/10/2019
- <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c073/tbmm19073049ss0017.pdf>, Erişim Tarihi: 16/10/2020

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NDE “SÜREKLİLİK İLKESİ” ÇERÇEVESİNDE “ARA VERME” VE “TATİL” ÜZERİNE

On the “Adjournment” and “Recess” of Grand National Assembly of Turkey in the Light of Continuity Principle

Doç. Dr. Fahri BAKIRCI* - Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ**

Geliş Tarihi: 08.06.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'nin çalışmalarını kesintiye uğratmasının anayasal iki yöntemi bulunmaktadır: ara verme ve tatil. Ara verme ve tatilin üst sınırları sırasıyla onbeş gün ve üç aydır. Buna rağmen TBMM zaman içinde bu sınırların aşılmasına neden olabilen “aç-kapa” başlığı altında toplanabilecek iki teamül daha geliştirmiştir. Yakın zamanda ortaya çıkan “Covid 19 Pandemisi”, TBMM’yi çalışmalarını durdurmaya zorlamış ve TBMM bu teamüllere yeni uygulamalar eklemiştir. Ancak TBMM parlamentonun sürekliliği kuralını benimsemiştir ve sözkonusu teamüller ve uygulamalar süreklilik ilkesini zedelemektedir. Makale bu yeni uygulamaları süreklilik ve süreksizlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar sözcükler: Parlamento, Ara verme, Tatil, Parlamentonun Sürekliliği İlkesi, Parlamentonun Süreksizliği İlkesi.

ABSTRACT

There are two ways of constitutionally stopping the functioning of Grand National Assembly of Turkey (GNAT) and these are adjournment and recess. The upper limits of adjournment and recess are fifteen days and three months, respectively. Nevertheless, the GNAT has developed two traditions that can be collected under the title of “open-close”, which may cause these limits to be exceeded over time. The recently emerging “Covid 19 Pandemic” forced the GNAT to stop its work, and the GNAT added new practices to these traditions. However, the GNAT has adopted the principle of parliamentary continuity and these traditions and practices undermine this principle. The article aims to evaluate these traditions and new practices in the light of continuity and discontinuity principles.

Keywords: Parliament, Adjournment, Recess, Principle of Parliamentary Continuity, Principle of Parliamentary Discontinuity.

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: fahribakirci@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4783-2336.

** Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: abbas.kilic@atilim.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1279-4747.

GİRİŞ

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), ulusal kurtuluş mücadelesini yürütmek üzere kurulan bir organ olduğundan kesintisiz toplanma ihtiyacı hissetmiş ve tereddüde yer bırakmayacak biçimde "*süreklilik ilkesi*"ni benimsemiştir. Bu gelenek daha sonra 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları tarafından da korunmuş ve günümüze kadar gelmiştir. Ancak 1973 tarihli İçtüzükte kimi zaman bu ilkeye aykırı kurallar yer alabilmiştir. İçtüzükte 1996 yılında yapılan değişiklikle bu aykırılıkların bir kısmı giderilirken, daha önce İçtüzükte yer almayan yeni aykırılıklar eklenmiştir. Öte yandan TBMM yasama ve denetim faaliyetlerini sadece İçtüzük kurallarına göre değil zaman içinde oluşturduğu teamülleri de kullanarak yürütmektedir. Bu teamüller, İçtüzükteki Anayasaya aykırılıkları giderecek nitelikte olabileceği gibi, aykırılıkların sayısını artıracak durumda da olabilirler.

"Süreklilik ilkesi", sadece meclislerin seçim dönemleri arasında bir boşluk olmadığını gösteren bir tanımdan ibaret olmayıp, Anayasa Hukuku ve Parlamento Hukukunda çok önemli sonuçları olan bir ilkedir. Anayasalarda benimsenen süreklilik ve süreksizlik ilkeleri, meclislerin tatil kararını hangi yöntemle alacakları, ne kadar süre toplanmak ve ne kadar süre tatil yapma hakkına sahip olacakları, genel kurulları temsil eden minyatür genel kurullara ihtiyaç olup olmadığı gibi birçok konuda karar verirken yön gösteren önemli ilkelerdir. Örneğin Türkiye'de olduğu gibi süreklilik ilkesini benimseyen bir Mecliste belirli bir sürenin üstünde tatil yapmanın olanaklı olmaması gerekir. Üstelik Meclisin tek yükümlülüğü tatil ve ara vermenin sınırlarının aşılması değildir. Meclis yukarıda sözü edilen kural ve teamüllerle, dolaylı yoldan da olsa, bu sınırları aşmamalıdır. Bu sınırlar bir kez aşıldığında, bu amaçla bulunan yeni yöntemler, yeni teamüllerin yolunu açmakta ve bu teamüller de zaman içinde kurumsallaşmaktadır. Sonuçta ortada bir ilke kalmamakta ve parlamento çoğunluğunun tercihlerine göre belirlenen hukuksal dayanağı bulunmayan uygulamalar oluşmaktadır. Bu tür bir sonuçtan kaçınmak için süreklilik ilkesinin kapsamının belirlenmesi ve süreklilik ilkesinden kaynaklanan diğer uygulamaların ana ilkeye uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçeve içinde değerlendirildiğinde, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından ilan edilen "*Covid 19 Pandemisi*"nden sonra TBMM'de süreklilik ilkesiyle bağdaşmayan ve ilkeyi fazlaca erozyona uğratan yeni uygulamalar görülmüştür. Bu makalede bu uygulamalar süreklilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmekte ve ilkenin aşılması için çeşitli öneriler geliştirilmektedir.

1. Süreklilik ve Süreksizlik İlkeleri Çerçevesinde Parlamento

Parlamento, devlet organlarının yürüttükleri temel görevler ve kullandıkları yetkiler bakımından bir paylaşıma dayalı olarak siyasi kurumsallaşma

çerçevesinde ortaya çıkan temel organdır.¹ Ancak parlamentoları diğer organlardan ayıran en önemli yön, ulusal düzeyde, siyasal karar üretme ve asli norm koyma işlevinin yerine getirildiği ve hatta Anayasa’yı da değiştiren güç olarak en yüksek organ olmasında yatmaktadır.² Genel oy esasına dayalı olarak belirli bir süre için seçilen temsilcilerden oluşan bir parlamentonun bulunması, her ne kadar demokrasinin varlığı için tek yeterli koşul olmasa da, temsili demokrasi için “olmazsa olmaz (*sine qua non*)” bir koşuldur. Bu doğrultuda, parlamentoların çalışma düzenleri göz önüne alındığında, günümüzde parlamentoların işlevleri şu unsurlardan oluşmaktadır: “*Temsil, müzakere, kanun yapmak, bütçeği kabul etmek ve hükümeti denetlemek*”.³ Görüldüğü üzere parlamentoların varlığı ve buna bağlı olarak işleyen çalışmalarını sürdürmesi “temsil yetkisi”nin kullanımını esasına dayanmaktadır. Seçmen ile temsilci arasında siyasal karar alma sürecini belirleyen de temsil bağıdır.⁴ Ancak parlamentoları var eden bu ilişki, çağdaş demokratik siyasal rejimlerde parlamentoların yalnızca temsil işleviyle sınırlı olmayıp yukarıda sayılan diğer isterlere de cevap vermesiyle anlam kazanmaktadır. Yani parlamentoların yalnızca biçimsel veya fiziki yapıları itibarıyla var olmaları bir anlam ifade etmemekte, söz konusu işlevleri yerine getirmek üzere çalışmalarını sürdürüyor olmaları gerekmektedir. Buna göre, parlamento, “siyasi temsil” bağı ile seçmenlerin demokratik siyasi karar alma süreçlerine ilişkin istem ve kanaatlerini ortaya koyması ve parlamento tekniği ile bir kararın alınmasını “başlatma” veya “engelleme” yoluyla anayasal karara dönüştürme ve “meşrulaştırma” organıdır.⁵

İşte parlamentoların bu işlevleri kullanabilmeleri ve çalışmalarını sürdürebilmeleri ise, Anayasal hükümler ile iç çalışma düzeni ve faaliyetlerini

¹ Turan Güneş (1965), **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 7; Leon Duguit (1954) **Kamu Hukuku Dersleri**, (Çeviren: Süheyy Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 98; Abbas Kılıç (2010), **Parlamentar Rejimlerde ve Türkiye’de Bakanların Bireysel Siyasi Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 37.

² Leslie Lipson (1984), **Demokratik Uygarlık**, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara, s. 375.

³ Erdal Onar (2007), “Güncel Demokrasilerde Parlamentonun Rolü: Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 91.

⁴ Kaare Strøm (2000), “Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies”, **European Journal of Political Research**, Vol: 37 No: 3, s. 266; Ludger Helms (2006), “The Changing Parameters of Political Control in Western Europe”, **Parliamentary Affairs**, Vol: 59, No: 1, s. 79. “Vekalet teorisi (*agency theory*)” olarak adlandırılan ve buna göre; bir tarafta bir temsilcinin (vekil-*agent*), diğer tarafta ise temsil edilenlerin (asil-*principals*) yer aldığı demokratik bir kurumsal ilişki meydana gelmektedir. Bkz. Kılıç (2010), s. 3.

⁵ Abbas Kılıç (2020), **Türkiye’de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 25-34.

belirleyen temel belgelerle gerçekleştirilmektedir. Bir başka ifadeyle, parlamentolar faaliyetlerini belirtilen özelliklere bağlı olarak belirli bir zaman periyodu içinde gerçekleştirmektedir ki, bu durum parlamento hukuku literatüründe "*parlamentonun sürekliliği*" ve "*parlamentonun süreksizliği*" olmak üzere iki temel ve birbirine zıt ilke ile karşılık bulmakta ve parlamentoların, çalışma düzenine ilişkin normları da benimsenen bu ilkeler doğrultusunda şekillendirdiği görülmektedir.⁶ Bu çerçevede bu çalışma kapsamında, TBMM çalışmalarının yürütülmesinde "tatil", "ara verme", toplantı" ve "ara verme ve tatilde iken toplantı (gündelik dilde olağanüstü toplantı)" kurumlarına ilişkin hükümler ve uygulamalar ile "parlamentonun sürekliliği" ilkesi arasındaki ilişki üzerinde durulmakta ve son kısımda ise "parlamentonun süreksizliği ilkesi" ele alınarak kimi ülkelerdeki uygulamalarına yer verilmektedir.

2. Ara Verme ve Tatil

Parlamentolar, çalışmalarını çeşitli zaman birimlerine göre yürütmektedirler. Söz konusu zaman birimlerinin taşıdığı önem sebebiyle, bunların genellikle doğrudan ve ayrıntılı olarak Anayasa ile düzenlenmesi yoluna gidilmektedir. Buna göre, parlamentoların çalışma süreleri konusundaki düzenlemelerin; ya doğrudan Anayasa hükümleriyle ya da genel hükümleri Anayasa ile belirlenip ayrıntılı hükümlerin İttüzüğe bırakıldığı görülmektedir.

TBMM'nin çalışma düzeni ve bu kapsamda çalışma sürelerine ise, 1982 Anayasası'nın "*Üçüncü Kısım*"ının, "*III. Türkiye Büyük Millet Meclisinin faaliyetleri ile ilgili hükümler*" başlığı altında, "*A. Toplanma ve tatil*" kenar başlığı altındaki hükümler çerçevesinde ve ayrıca ayrıntılı düzenlemeye ise TBMM İttüzüğünde yer verilmiştir. Ancak zaman birimlerinin işletilmesi veya düzenlenmesinde, söz konusu kurallar yanında, uygulamada benimsenen, ancak yerleşik hale gelmeyen kimi yöntemlere de başvurulduğu görülmektedir.

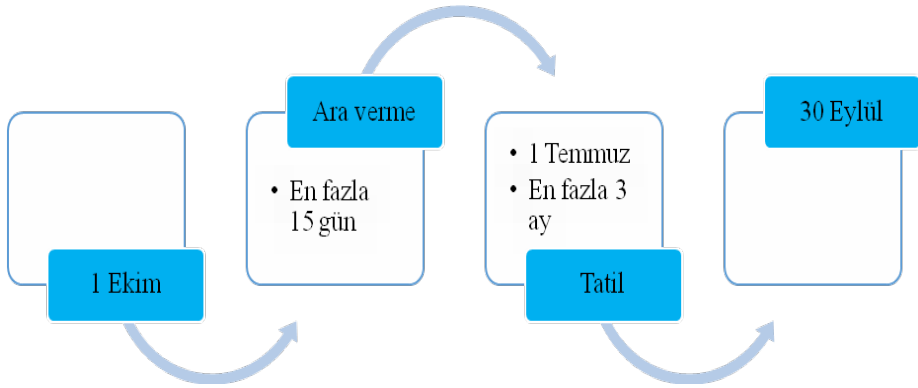
1982 Anayasası'nda her ne kadar TBMM çalışmalarının kesintisiz olarak yürütüleceği şeklinde açık bir hükme yer verilmemiş olsa da, TBMM öteden beri süreklilik ilkesini benimsemiştir. Ancak, süreklilik ilkesini benimseyen TBMM'nin Anayasa'daki "tatil" ve "ara verme" hükümlerine dayalı olarak çalışmalarını "kesintiye uğratması" veya daha doğru bir ifade ile "ertelemesi" söz konusudur. Şu halde TBMM'nin çalışmalarını süreklilik esasına göre yürüttüğü ve bu çalışmaları "parlamento zaman birimleri"ne bölerek gerçekleştirdiği söylenebilir.⁷

⁶ Kemal Gözler (2011), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: I, Ekin Basım Yayın, Bursa, s. 806-808; Kılıç (2020), s. 178-183, 292-303.

⁷ Bu konuda bkz. Erdoğan Teziç (1980), *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İÜHF Yayınları, İstanbul, s. 157 vd.; İrfan Neziroğlu (2005), "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplanması: Sorunlar ve Öneriler", *DEÜHFD*, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 1-32; Volkan Has (2009), *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni*, Adalet Yayınevi,

İlk olarak, TBMM’nin çalışma düzeninde, bu zaman birimlerinin en geniş “yasama dönemi”dir. TBMM İçtüzüğü’nün 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Yasama dönemi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iki milletvekili genel seçimi arasındaki süre olup, bu süre, Anayasa uyarınca uzatılmadığı veya seçimler yenilenmediği takdirde, beş yıldır*”. İkinci olarak, TBMM İçtüzüğü’nün 1. maddesinin 2. fıkrasında ise yasama döneminden sonra en geniş zaman dilimi, yani “yasama yılı” tanımlanmaktadır; “*Yasama yılı, 1 Ekimde başlayıp 30 Eylülde sona eren süredir*”. Üçüncü olarak, yasama yılı içinde çalışma yapılmamasına izin verilen üst sınırı üç ay olan bir tatil dilimi bulunmaktadır. Dördüncü olarak, Anayasayla belirlendiği halde süresi İçtüzüğe bırakılan ve İçtüzükte üst sınırı 15 gün olarak belirlenen bir ara verme dilimi bulunmaktadır. Beşinci olarak, bir yasama yılının toplantı halinde geçen bölümü çeşitli parçalardan oluşur ki bu parçaların en büyüğü “birleşim”dir. Bunun TBMM çalışmalarındaki karşılığı ise TBMM İçtüzüğü’nün 1. maddesinin 3. fıkrasında; “*Birleşim, Genel Kurulun belli bir gününde açılan toplantısıdır*” şeklinde tanımlanmıştır. Son olarak, ise, TBMM çalışmalarının yürütüldüğü en küçük zaman birimi “oturum” olup, TBMM İçtüzüğü’nün 1. maddesinin 4. fıkrasına göre; “*Oturum, bir birleşimin ara ile bölünen kısımlarından her biridir*”.

Şu durumda, “1 Ekim’de başlayıp 30 Eylül’de sona eren” olağan bir “yasama yılı” şu bileşenlerden oluşmaktadır:



Şekil 1. Bir yasama yılında tatil ve araverme

Ankara, s. 353-359; Harun Gündüz (2012), “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Olağanüstü Toplanması: Tatilde veya Ara Vermede Toplantı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 103, s. 285-289; Şeref İba (2017), **Parlamento Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 75-85; Şeref İba. (2001), **Türkiye’de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı**, Nobel Yayınevi, Ankara, s. 185 vd.

a) Anayasalarda Ara Verme ve Tatil

1921 Anayasası'nda (20.01.1921 tarih ve 85 sayılı *Teşkilat-ı Esasiye Kanunu*) tatil ve ara vermeye ilişkin bir kural bulunmadığı gibi Anayasa'nın, tatil ve ara vermeyi dolaylı olarak yasakladığı görülmektedir. 05.09.1920 tarih ve 18 sayılı *Nisab-ı Müzakere Kanunu*'nun 1. maddesine göre;

*"Büyük Millet Meclisi, hilâfet ve saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesinin husulüne kadar şeraiti âtiye dairesinde müstemirren inikateder."*⁸

Madde, Meclisin tatilinden söz etmediği gibi, belli bir amacın gerçekleştirilmesine kadar toplanmasını zorunlu kılmaktadır. 1921 Anayasası da "*Madde-i Münferide*"⁹ başlıklı maddesinde, Nisabı Müzakere Kanunu'nun 1. maddesinin devamını öngörmekteydi.¹⁰ Dolayısıyla, 1921 Anayasası'nda, "*sürekli toplanma*" kuralının geçerli olduğu; tatil ve ara vermenin yasaklandığı söylenebilir. "Sürekli toplantı" kuralı geleneği bundan sonraki Anayasalarda da sürdürülmüştür. Ancak bu Anayasalar, tatil ve ara vermeye ilişkin kurallar da koymuşlar; tatil ve ara vermeyi "*sürekli toplantı/ kesintisiz toplanma kuralı*" ya da "*süreklilik ilkesi*"yle bağdaştırmaya çalışmışlardır.

1924 Anayasası'ndan (20.04.1924 tarih ve 491 sayılı *Teşkilatı Esasiye Kanunu*) itibaren ara verme ve tatil, "Tatil" genel başlığı altında düzenlenmiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları da tatil ve ara vermeyi aynı maddede düzenleme yönünden 1924 Anayasası'na benzemekle birlikte, 1924 Anayasası ile 1961 ve 1982 Anayasaları arasında hem nitelik hem de nicelik yönünden önemli farklılıklar bulunmaktadır.

1924 Anayasası'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında bu husus şöyle düzenlenmiştir:

*"Meclis, azasının memleket dâhilinde, devir, tetkik ve murakabe vazifelerinin ihzarı ve teneffüs ve istirahatleri için senede altı aydan fazla tatili faaliyet edemez."*¹¹

⁸ Suna Kili & A. Şeref Gözübüyük (1985), **Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, s. 89.

⁹ "*İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren meri olur. Ancak eylevm münakit Büyük Millet Meclisi 5 Eylül 1336 tarihli nisabı müzakere kanununun birinci maddesinde gösterildiği üzere gayesinin husulüne kadar müstemirren müctemi bulunacağı cihetle işbu Teşkilatı Esasiye Kanunundaki 4 üncü, 5 inci, 6 ncı maddeler gayenin husulüne eylevm mevcut Büyük Millet Meclisi adedi mürettebinin sülüsünü ekseriyetle karar verildiği takdirde ancak yeni intihabdan itibaren meriyül icra olacaktır*". Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa21.htm> (04.16.2020).

¹⁰ Kili & Gözübüyük (1985), s. 93.

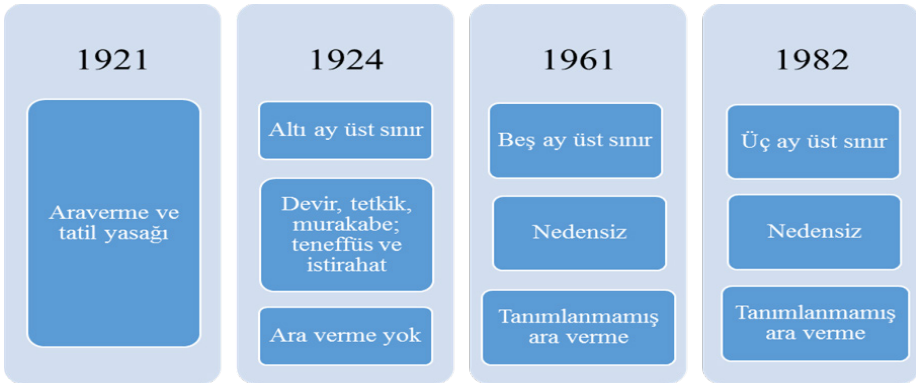
¹¹ 10.01.1945 tarih ve 4695 sayılı Kanun ile Türkçeleştirilen 1924 Anayasası metni şöyledir: "*Meclis, üyelerinin memleket içinde dolaşmaları, inceleme yapmaları, denetleme vazifelerine hazırlanmaları ve dinlenmeleri için yılda altı aydan fazla ara veremez.*"

1961 Anayasası’nın 83. maddesinin 2. fıkrasında ise şu hükümlere yer verilmiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, en çok beş ay tatil yapabilir...”

1982 Anayasası, öngördüğü süre dışında 1961 Anayasası’ndaki hükmü tekrarlar niteliktedir. Öyle ki Anayasa’nın 93. maddesinin 2. fıkrasına göre;

“Meclis bir yasama yılında en çok üç ay tatil yapabilir...”



Şekil 2. Anayasalarda ara verme ve tatil

Yukarıdaki şekilde göze çarpan hususlar şöyle özetlenebilir:

İlk olarak, 1921 Anayasası’nın diğer Anayasalardan keskin biçimde ayrıldığı görülmektedir. Çünkü tatil ve ara vermeye yasak getirilmiştir. Bunun nedeni hiç kuşkusuz Kurtuluş Savaşının sürmekte olması ve TBMM’nin bütün erkleri bünyesine alarak bir “meclis hükümeti sistemi” ile bu savaşı yönetiyor olmasıdır. Burada parlamentonun sürekliliği ilkesi saf anlamda uygulanmıştır. Bundan sonraki dönemde, bu ilke olağan koşullara uyumlu hale getirilerek devam ettirilmiştir. Dolayısıyla parlamento hukukumuzda egemen olan “*parlamentonun sürekliliği*” ilkesinin bu dönemden kaynak bulduğunu belirtmek gerekir.

İkinci olarak, daha sonraki dönemlerde tatil belirli bir üst sınırla tanımlanmıştır. Başka bir anlatımla TBMM’nin ne kadar tatil yapacağı değil, hangi süreden daha fazla tatil yapamayacağına ilişkin olumsuz bir yöntem kullanılmıştır. Bu yöntemin sonucu, tatil yapma ve ara vermenin bir zorunluluk olmadığı, ancak yılda en az belirli bir süre toplantı yapmanın zorunluluk olduğudur. Bu zorunluluk “*parlamentonun sürekliliği*” ilkesinin

doğal bir sonucudur.¹² Çünkü bu ilkeye göre tatil yapmak zorunlu değil, toplantı yapmak zorunludur ve tatil yapılacaksa da bunun belirli bir süreyi aşmaması gerekmektedir.

Üçüncü olarak, tatil yapmaya ilişkin üst sınırın giderek düşürülmekte olduğu görülmektedir. 1924 Anayasası'nda "6 ay" olan üst sınır, 1961 Anayasası'nda "5 ay" olarak belirlenmiş, 1982 Anayasası'nda ise "3 ay"a düşürülmüştür. Arsel, bu gelişmeyi parlamenter denetim yönünden savunmaktadır. Arsel'e göre, parlamenter sistemin bir "*siyasi mes'uliyet*" rejimi olmasından dolayı, yasamanın uzun süre tatil yapması parlamenter sistemin mantığıyla bağdaşmamaktadır. Ayrıca Arsel'e göre, yasamanın uzun süre tatil yaparak yürütmeyi denetlemekten uzak durması sorumluluk mekanizmasıyla bağdaşmamaktadır.¹³ Belirtmek gerekir ki parlamentonun daha uzun süre çalışmasına yönelik daha sonraki düşünceler, denetimin sürekli kılınması amacına değil daha çok kanun yapılması amacına dayandırılmıştır.

Dördüncü olarak, 1924 Anayasası'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında "tatil" için öngörülen koşul "*Meclis, üyelerinin memleket içinde dolaşmaları, inceleme yapmaları, denetleme vazifelerine hazırlanmaları ve dinlenmeleri için...*"¹⁴ olarak belirlenmişken, sonraki Anayasalarda tatil ve ara verme için hiçbir neden gösterilmemiştir.

Son olarak, Anayasaların hiçbirinde ara verme tanımlanmamış olmakla birlikte, 1961 ve 1982 Anayasaları ara vermeden dolayılı olarak söz etmişlerdir.

b) "Tatil" Sürecinde Öngörülen Sürenin Alt ve Üst Sınırı

1982 Anayasası'nın 93. maddesinin 1. fıkrasına göre, tatile bir üst süre sınırı belirlenmiş ve bu durum, "*Meclis, bir yasama yılında en çok üç ay tatil yapabilir*" ifadesiyle düzenleme altına alınmıştır. TBMM İçtüzüğü ise tatili, "*TBMM çalışmalarının belli bir süre ertelenmesi*" biçiminde tanımlamış ve tatilin başlangıcını açık bir zaman öngörerek "*1 Temmuz*" olarak belirlemiştir.¹⁵ İçtüzüğün 1. maddesinin son fıkrasında da Anayasa'daki hüküm tekrarlanarak tatilin üst sınırı üç ay olarak belirlenmiştir.

Buna göre "tatil", olağan koşullarda "1 Temmuz"da başlayan ve üç ay sürmesine bağlı olarak 30 Eylül'de sona eren süredir. Bir başka anlatımla TBMM İçtüzüğü kurallarının tam uygulanması halinde, TBMM, yasama yılının son üç ayını tatille geçirecektir. Ancak İçtüzüğün 5. maddesinin 2. fıkrasında,

¹² Server Tanilli (1982), *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Say Yayınları, İstanbul, s. 83.

¹³ İlhan Arsel, (1965), *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları -Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu*, Mars Matbaası, Ankara, s. 276-277.

¹⁴ <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> (17.04.2020).

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Fahri Bakırcı (2000), *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, İmge Yayınevi, Ankara, s. 87.

Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurul tarafından başka bir karar alınmasının olanaklı olduğu hüküm altına almıştır.

Aksine karar alınmadıkça TBMM'nin “1 Temmuz” tarihinde tatile girmesi, “*parlamentonun sürekliliği*” ilkesine aykırıdır. 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü'nün, 1996 yılında yapılan değişiklikten önceki halinde, tatilin ne zaman başlayacağı belirtilmemiş ve tatile girme tarihinin belirlenmesi TBMM Genel Kurulunun kararına bırakılmıştı. Söz konusu kural şöyleydi: “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin tatile girmesi için Millet Meclisince karar alınması, Danışma Kurulunun kararı alındıktan sonra teklifin Genel Kurulca onaylanması suretiyle olur*”. Buna göre, TBMM'nin bir karar almadığı sürece tatile girmesi söz konusu değildi ve bu anlayış parlamentonun sürekliliği kuralına da uymaktaydı. İçtüzükte 1996 yılında yapılan değişiklikten sonra TBMM'nin tatile girmek için değil, “tatile girmemek için” karar almak zorunda oluşu, karar alınmadığı durumlarda, çalışmaların kesilerek tatile girilmesini zorunlu hale getirmektedir. Oysa Anayasa, TBMM'nin en çok üç ay tatil yapabileceğini öngörmekle, hiç tatil yapmamasını da olanaklı kılmıştır. Tatil yapmak istemeyen bir Meclis, hiçbir işleme gerek duymaksızın çalışmalarını sürdürebilir olmalıydı. 1996 yılında yapılan değişiklik, Anayasa'nın bu mantığını tersine çevirerek, kuralın Anayasayla uyumunu bozmuş ve çalışmaların sürdürülmesi için bir karar alınmasını zorunlu tutmuştur. Bu nedenle TBMM'nin aksine karar alınmadığı sürece “1 Temmuz”da tatile gireceğine ilişkin kural “*parlamentonun sürekliliği*” ilkesine uygun değildir.¹⁶

Bu süreçte, Danışma Kurulunun yetkisinin kapsamı da tartışılabilir. Öyle ki, *ilk olarak*, Danışma Kurulunun tatilin başlangıç tarihinin daha ileri bir tarihe ertelenmesi konusunda bir öneri sunma yetkisine sahip olduğu konusunda hiçbir kuşku yoktur. Türkiye’de parlamentonun tarihsel gelişiminde “*parlamentonun sürekliliği*” ilkesinin benimsenmesi ve Anayasa'nın bu ilkeyle tutarlı olan düzenlemesine göre, TBMM en fazla üç ay tatil yapabilir. Ayrıca Anayasa’da bir alt sınır öngörülmemesi sebebiyle, tatil süresinin örneğin bir haftaya düşürülmesi mümkündür ve bu tür bir kararın Anayasa’ya aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

İkinci olarak, “1 Temmuz” tarihinin geriye çekilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu sorulabilir. Anayasa, tatilin ne zaman başlayacağı konusunda bir düzenleme öngörmemiştir. Dolayısıyla İçtüzüğe göre, tatilin başka bir aydan da başlatılması mümkün olabilirdi. Hatta TBMM İçtüzüğü, tatilin başlangıcının “1 Temmuz” olduğunu belirtmekle birlikte; bu tarihin Danışma Kurulu önerisi üzerine Genel Kurul kararıyla değiştirilmesine olanak tanıdığına göre, tarihin geriye çekilmesinin de Anayasa’ya aykırı olmayacağını söylemek gerekir. Ancak TBMM’de istikrar kazanmış teamül bunun tersi yönündedir.

¹⁶ Bakırcı (2000), s. 87-94.

Kural, TBMM'nin bu tarihi erteleyebileceği, ancak geriye çekemeyeceği biçiminde anlaşılmaktadır ve bunun aksini gösteren bir örneğe ya da tartışmaya rastlanılmamaktadır. Ancak bu makalenin konusu olan hatalı uygulamalar, TBMM'nin "1 Temmuz" öncesinde de tatil kararı alabileceği şeklinde bir yorumla önlenebilirdi. TBMM Anayasa ve İçtüzükte bulunmayan toplanmama kararı olarak yeni bir usul ihdas edeceğine, istediği tarihler arasında tatil kararı olarak "*Covid 19 Pandemisi*" nedeniyle ortaya çıkmış olan olağanüstü durumun gereklerini yerine getirebilirdi.

Üçüncü olarak, TBMM'nin kendisine tanınan tatil hakkının süresini bölerek kullanıp kullanamayacağı sorusu sorulabilir. Bu süre TBMM'ye tanınan bir üst sınır olduğuna göre ve bu sürenin nasıl kullanılacağına ilişkin bir sınırlama öngörülemediğine göre, sürenin bölünerek kullanılmasında bir sakınca olmaması gerekir. Öte yandan tatil sırasında toplantıya çağrılan meclis yeniden tatile girebildiğine göre, burada zaten tatil süresinin bölündüğü görülmektedir. Bu durum "1 Temmuz" gününün İçtüzükte kendiliğinden tatile girmenin başlangıç günü olarak belirlenmesinin iki sakıncasını daha ortaya çıkarmaktadır:

(1) 1 Temmuz'da tatile giren meclis tatilde iken toplantıya çağrıldığında, toplantıdan sonra yeniden tatile girmektedir. Ancak TBMM "1 Ekim'de zorunlu olarak açılacağından, ikinci kez tatile girildiğinde kullanılabilir tatil süresi "1 Ekim" ile sınırlı olmak zorundadır. Bu durumda TBMM kendisine tanınan "3 aylık tatil" hakkını kullanamamış olacaktır. TBMM bu hakkı kendi iradesiyle kullanmak istemediğinde, süreklilik ilkesi açısından hiçbir sorun doğmaz. Ancak TBMM'nin bu haktan kendi iradesinin sonucu değil, tatile "1 Temmuz'da başlamak zorunda olmasından dolayı mahrum kaldığında, Anayasal bir hakkını kullanamamış olur ve bu durum Anayasaya aykırılık oluşturur.

(2) Meclisin tatile istediği tarihlerde girebilmesi ve tatil süresini bölerek kullanabilmesi, gerektiği durumlarda başka araçlara başvurmadan tatil süresini kullanarak toplantılara ara vermesine olanak tanır. Tatil süresinin bölünmesine izin verilmediğinde, TBMM erken bir tarihte tatile girerek yaz tatili hakkını tüketmek istemeyebilir. Oysa tatilin bölünmesine ve daha erken bir tarihte tatile başlanmasına izin verildiğinde bütün sorunlar ortadan kalktığı gibi, süreklilik ilkesinin aşılmasına da gerek kalmaz.

Dördüncü olarak, TBMM'nin tatil yapmama kararı vermesinin olanaklı olup olmadığı tartışılabilir. Parlatmentonun sürekliliği ilkesi gereğince TBMM'nin hiç tatil yapmaması hali olanaklı olduğundan, teorik olarak bu tür bir kararın alınabileceğini kabul etmek gerekir. Hatta Arsel, Meclislerin çok uzun süre tatil yapabilmesinin parlamenter sistemin mantığıyla bağdaşmadığını, yürütmenin uzun süre yasama tarafından yapılan denetimden uzak kalmasının sistem için tehlikeli olduğunu ve bu yüzden Meclise tanınan sürenin bir üst sınır olduğu dikkate alınarak tamamıyla kullanılmaması ve gerekiyorsa hiç

tatil yapılmaması gerektiğini dile getirmiştir.¹⁷ Ancak bugüne kadar yapılan uygulamalara bakıldığında hiç tatil yapılmayan bir örneğe rastlanmadığını belirtmek gerekir.

c) Ara Verme Kavramı ve Bu Sürece İlişkin Alt ve Üst Sınırlar

“Ara verme”¹⁸, “tatil” kavramına göre çok daha belirsiz bir kavramdır. Bunun nedeni Anayasa’nın ara verme kavramını tanımlamamış, sadece dolaylı olarak söz etmiş olmasıdır. Ara vermeyi tanımlamayan Anayasa, 92¹⁹ ve 93.²⁰ maddelerinde dört ayrı yerde “ara verme”den söz etmektedir.

Anayasa’nın tatile bir üst sınır koyup ara vermeye bu tür bir sınır koymamış olması farklı soru işaretlerinin ve belirsizliklerin kaynağı olarak değerlendirilebilir. *Öncelikle*, ara verme süresinin tatil süresinin içinde olup olmadığı soru işareti yaratmaktadır. Oysaki Anayasa’nın tatil ve ara verme kavramlarını genellikle birlikte kullanırken süre sınırını koyduğu yerde ara vermeyi kullanmamış olması ara verme süresinin tatil süresi içinde düşünülmediğinin kanıtıdır. Nitekim İçtüzük de, ara vermeyi tatil süresinin içinde görmediğinden, ara verme için Anayasa’da dayanağı olmayan bir süre belirlemiştir.

TBMM İçtüzüğü’nün 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Araverme, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onbeş günü geçmemek üzere çalışmalarını ertelemesidir*”. İçtüzük tatile benzer biçimde ara vermeyi de “15 günlük üst sınır” ile tanımlamış ve bu tanımın odağına da “erteleme” kavramını yerleştirmiştir. Bu noktada *iki soruya* cevap vermek gerekmektedir. Bunlar:

(1) Birden fazla 15 günü aşmayan ara verme kararı alınabilir mi?

(2) 15 günlük ara verme süresi parçalara bölünerek, kısımlar halinde kullanılabilir mi?

Birinci soruya kolaylıkla olumsuz yanıt verilebilir. Zira birden fazla ara verme kararı verilemez. Çünkü buna olanak tanınırsa, TBMM çok sayıda ara verme kararı alarak tatil süresini aşabilir. Böylece Anayasa’nın tatil için getirdiği üst sınır, ara verme kararlarıyla aşılmış olur ve bu üst sınırın

¹⁷ Arsel (1965), s. 276.

¹⁸ Belirtmek gerekir ki, “ara verme” kavramının yazımı konusunda Anayasa ile İçtüzük arasında uyum bulunmamaktadır. Anayasa doğru bir biçimde “ara verme” sözcüğü şeklinde kelimeleri ayrı olarak kullanırken; TBMM İçtüzüğü “araverme” şeklinde bitişik olarak hatalı bir biçimde kullanmaktadır. TDK Sözlük’te ise her ne kadar “ara verme” bulunmasa da “ara vermek” şeklinde ayrı yazımın doğru kullanım olduğu görülmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (16.04.2020).

¹⁹ Anayasa m. 92/2: “*Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede (vba) iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması...*”.

²⁰ Anayasa m. 93/2: “*Meclis, bir yasama yılında en çok üç ay tatil yapabilir; ara verme (vba) veya tatil sırasında (...) Cumhurbaşkanınca toplantıya çağrılır.*”

Anayasa m. 93/4: “*Ara verme veya tatil sırasında toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisinde, öncelikle bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ara verme (vba) veya tatile devam edilemez*”.

anlamı kalmaz. Oysa Anayasanın abesle iştigal etmeyeceği yaklaşımı esas alındığında, bu soruya duraksamaksızın 15 günü aşacak biçimde ara verme kararı alınmayacağı biçiminde cevap verilebilir.

İkinci soruyu tatile paralel şekilde yanıtlamak gerekir. Teamül tersine olmasına rağmen, ara vermenin parçalar halinde kullanımına izin verilmesi, yeni usuller geliştirme arayışını sonlandıracak ve bu durum süreklilik ilkesini ihlal etmeyi önleyecektir.

Ne var ki TBMM'de tatil ve ara vermenin birden fazla ya da bölünerek kullanılmadığının kanıtı, kimi zaman kısa süreli ara vermeye ihtiyaç duyan TBMM'nin bu amaçla farklı teamüller geliştirmiş olmasıdır. Bu yöntemlere ilişkin genel teamülün adı "aç-kapa"dır. Birinci yöntemde "toplantı yetersayısı bulunamayarak" nedenine bağlı olarak birleşim kapatılırken; ikinci yöntemde "Başkanlık Divanı teşekkül etmediğinden" birleşim kapatılmaktadır. Siyasal parti grupları arasında çalışmama yönünde bir anlaşma olduğunda, parti disiplininin de etkisiyle,²¹ grupların milletvekillerini toplantıya sokmayarak taktiksel bir girişimle toplantı yetersayısının bulunamaması sağlanmaktadır. Ancak gerçekte toplantı yetersayısı sağlanamaması gibi bir sorun yoktur; bu anlaşmalı bir durumdur. Yani parlamento bünyesindeki iktidar-muhalefet veya çoğunluk-azınlık denkleminin bu konu kapsamında askıya alındığı söylenebilir. Zira, toplantı yetersayısı bilinçli olarak bulundurulmayarak o günkü çalışmaların yapılmaması sonucu yaratılmaktadır. Bu uygulamanın iki sakıncası vardır. *Birincisi*, milletvekilleri toplantıda olmadıkları için yok sayılırlar ve bu devamsızlığı olan milletvekilleri için sorun meydana getirir. *İkincisi* ise, partiler arasında mutabakat olmaması halinde ortaya çıkar. Partiler arasında mutabakat oluşmamışsa, muhalefet partilerinin Genel Kurula gelerek istedikleri görüşmeleri iktidar veya çoğunluk grubu olmaksızın yapmaları gibi bir hal bulunmaktadır. Bu yüzden de iktidar veya çoğunluk partileri bu tür bir mutabakat olmadığında, bu yöntem yerine ikinci yöntemi kullanırlar.

"Başkanlık Divanının teşekkül etmemesi" adını taşıyan ikinci yöntem, Başkanlık Divanında görevli kâtip üyelerden birinin Divanda yerini almaması

²¹ Parlamentoların çalışmalarında ve karar alma sürecinde parti disiplininin de önemli bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Özellikle parti lideri ve parti yönetici kadrosu veya parti programı, siyasi parti üyelerini bir siyasi fikir etrafında, bağlı bir şekilde hareket etmeye yönlendirmektedir. Bu hususun siyasi partilerin özellikle parlamento içi işleyişinde "grupçu anlayış" doğrultusunda belirleyici olması ve uygulamaya konulması, üyelerin bu odakta hareket etmeye zorlanmasını sağlamak üzere bazı yöntem ve araçlara sahip olmasını ifade etmektedir. Bu konuda bkz. Ergun Özbudun (1968), **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 1-4; William A. Robson (1960) **İngiliz Hükümet Sistemi** (Çeviren: Kemal Fikret Arık), Türkiye ve Orta Doğu Amme İdare Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 12 vd.; Vincenzo Miceli (1946) **Modern Parlamentolar**, (Çeviren: Atif Akgüç), Ulus Basımevi, Ankara, s. 41, 47; Kılıç (2010), s. 25.

hususuna dayanmaktadır. Bu duruma karşılık gelen kimi örnekler gösterilebilir. Örneğin TBMM Genel Kurulu’nun 31 Aralık 2013 tarihli 41. Birleşiminden şu örnek verilebilir:

“BAŞKAN - Sayın milletvekilleri, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 41’inci Birleşimini açıyorum.

Başkanlık Divanı teşekkül etmediğinden çalışmalarımıza başlayamıyoruz.

Bu nedenle, kanun tasarı ve teklifleri ile komisyonlardan gelen...

BAŞKAN - ...diğer işleri sırasıyla görüşmek için 2 Ocak 2014 Perşembe günü saat 15.00’te toplanmak üzere birleşimi kapatıyorum.”²²

Bu örneğin yaşandığı hafta, “Divanın teşekkül etmemesi” ve “toplantı yetersayısı bulunmaması” araçlarını kullanarak, 24 Aralık 2013’ten 2 Ocak 2014 tarihine kadar uzun sayılabilecek bir “çalışmama” evresine gidilmiştir.²³ Zira görüleceği üzere ne ara verme ne de tatil kararı alınmıştır. Bu uygulama, ara vermenin birden fazla ya da bölünerek uygulanmamasının sonucudur. Yapılan uygulamayla bir ara verme kararına da gerek kalmadan, Genel Kurul’un dolaylı yoldan “ara vermesini” olanaklı kılmıştır.

Bir başka örnek ise, 31 Mart 2019 tarihinde yapılan Mahallî İdareler Genel Seçimleri öncesindeki gelişmelerden verilebilir. TBMM Genel Kurulu 24 Şubat 2019 tarihli 57. Birleşiminde, çalışmalarına ara verme kararı almıştır.²⁴

“...Bugün çalışmalarımızı tamamlarsak Meclisimizin seçimlerden önceki son çalışma günü. Pazar günü sadece Meclis Başkanlığı seçimi için toplanacağız. Bugünkü görüşmelerin de bugün ortaya çıkan bu güzel tablo içerisinde cereyan etmesini diliyorum. Görüşmeleri de sonuçlandırarak pazar günü yapılacak olan seçimlere kadar kısa bir ara; ondan sonra, martın sonuna kadar da diğer tatil programımızı değerlendirmek üzere ara vereceğiz...”

²² TBMM Genel Kurul Tutanağı, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 41, 31.12.2013, s. 23.

²³ Bakırcı (2015), s. 50-52.

²⁴ Bkz. Kılıç (2020), s. 300-301. TBMM Genel Kurul Tutanağı, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 56, 21.02.2019, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil2/ham/b05601h.htm> (24.03.2019).

TBMM Genel Kurulu, tutanaklarda da görüldüğü üzere Mart ayının sonuna kadar çalışmalarını sürdürmemiş, fakat 27 Mart 2019 Çarşamba günü toplanması gerekirken bu birleşimde de "*Başkanlık Divanı teşekkül etmediğinden*" taktiğine başvurulmuş, yani Başkan "aç-kapa" yöntemini işletmiş ve bu durum tutanaklara şöyle yansımıştır:

"BAŞKAN – Türkiye Büyük Millet Meclisininin 58'inci Birleşimini açıyorum.

Başkanlık Divanı teşekkül etmediğinden çalışmalarımıza başlayamıyoruz.

Bu nedenle, denetim konuları ve kanun teklifleri ile komisyonlardan gelen diğer işleri sırasıyla görüşmek için, 28 Mart 2019 Perşembe günü saat 14.00'te toplanmak üzere birleşimi kapatıyorum".²⁵

Öyle ki bu taktik yalnızca 27 Mart 2019 tarihli birleşimde işlememiş, 28 Mart, 2 Nisan, 3 Nisan, 4 Nisan, 9 Nisan, 10 Nisan, 11 Nisan, 16 Nisan ve son olarak 17 Nisan 2019 tarihlerinde olmak üzere on defa "*Başkanlık Divanı teşekkül etmediği*" gerekçesiyle TBMM Genel Kurulu "yirmi bir gün" çalışma yapmamış, yani fiili olarak ara verme süresinin de üst sınırını aşarak adı konulmamış bir yöntemle gerek Anayasa'ya gerekse İçtüzüğe aykırı bir şekilde adeta adı konmamış bir "*tatil*" yapılmıştır.²⁶ Bu durumun ise yukarıda vurgulanan "parlamentonun sürekliliği" ilkesine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

Aç-kapa taktiklerine, dünya ölçeğinde yayılım gösteren ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın bir hastalık olarak kabul edilen "*corona virüsü (covid-19)*"²⁷ vakıası sebebiyle ortaya çıkan süreçte yeni yöntemler eklenmiştir. Salgın hastalık devlet düzenlerinde ve toplumsal hayatın işleyişinde önemli aksamalara yol açmış ve insan yaşamı bakımından önemli bir tehdit meydana getirmiştir. Özellikle kolektif olarak çalışma düzenine dayalı olarak faaliyet yürüten parlamentolar bakımından çalışmaların aksamasına ve Meclislerin

²⁵ "...BAŞKAN – Sayın milletvekilleri, gündemimizdeki konular tamamlanmıştır. Alınan karar gereğince, denetim konuları ve kanun teklifleri ile komisyonlardan gelen diğer işleri sırasıyla görüşmek için 27 Mart 2019 Çarşamba günü saat 14.00'te toplanmak üzere birleşimi kapatıyorum".

Bkz. **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 57, 24.02.2019, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil2/ham/b05701h.htm> (24.03.2019).

²⁶ Kılıç (2019), s. 302-303.

²⁷ <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (16.04.2020).

çeşitli tedbirler almalarına ve çalışmalarına ara vermelerine neden olmuştur. Ancak vurgulamak gerekir ki bu tür salgın hastalıklar konusunda TBMM'nin çalışmalarını yapamaması sonucuna götürecek bir sebep olarak ne Anayasa'da ne de İçtüzükte bir hüküm bulunmaktadır. Buna bağlı olarak “ara verme” veya “tatil”e karar verme koşuluna rastlanmamaktadır. Bu gelişmeler doğrultusunda TBMM kimi birleşimleri bakımından yukarıda belirttiğimiz “*Başkanlık Divanı teşekkül etmediği*” gerekçesine dayanarak “aç-kapa” yoluyla çalışmalarını yürütmemiştir.²⁸ Bu durum 27. Yasama Döneminin, 3. Yasama yılında 73, 74 ve 77. Birleşimlerde sürdürülmüş ve bu husus tutanaklara şöyle yansımıştır:²⁹

“BAŞKAN - Sayın milletvekilleri, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 77'nci Birleşimini açıyorum.

Başkanlık Divanı teşekkül etmediğinden çalışmalarımıza başlayamıyoruz.

Bu nedenle, alınan karar gereğince kanun teklifleri ile komisyonlardan gelen diğer işleri sırasıyla görüşmek için 7 Nisan Salı günü saat 15.00'te toplanmak üzere birleşimi kapatıyorum.”

Bu konuda son gelişme ise, salgın hastalığa karşı alınan tedbirler çerçevesinde TBMM Genel Kurulunun çalışmalarını ertelemesi, Genel Kurulun 15 Nisan 2020 tarihli 86. Birleşiminde, hem “toplanmama” hem “ara verme” kararlarını birlikte kullanması yoluyla gerçekleştirilmiş; 16 Nisan 2020 tarihli 87. Birleşimde ise yine “*Başkanlık Divanı teşekkül etmediği*” gerekçesine dayanarak “aç-kapa” yoluna başvurulmuştur. TBMM Genel Kurulunun 15 Nisan 2020 tarihli 86. Birleşiminde aldığı karar şöyledir:

“...Genel Kurulun 21, 22, 28, 29 ve 30 Nisan 2020 Salı, Çarşamba ve Perşembe günleri toplanmaması,

²⁸ **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 57, 24.02.2019.

²⁹ **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 3, Birleşim: 73, 26.03.2020, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?PAGE1=1&PAGE2=1&p4=23431&p5=H (08.04.2020); **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 3, Birleşim: 74, 26.03.2020, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?PAGE1=1&PAGE2=1&p4=23432&p5=H (08.04.2020); **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 3, Birleşim: 77, 02.04.2020, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?PAGE1=1&PAGE2=1&p4=23435&p5=H (08.04.2020).

Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarına 5 Mayıs 2020 tarihinden başlamak üzere on gün süreyle ara verilmesi...".³⁰

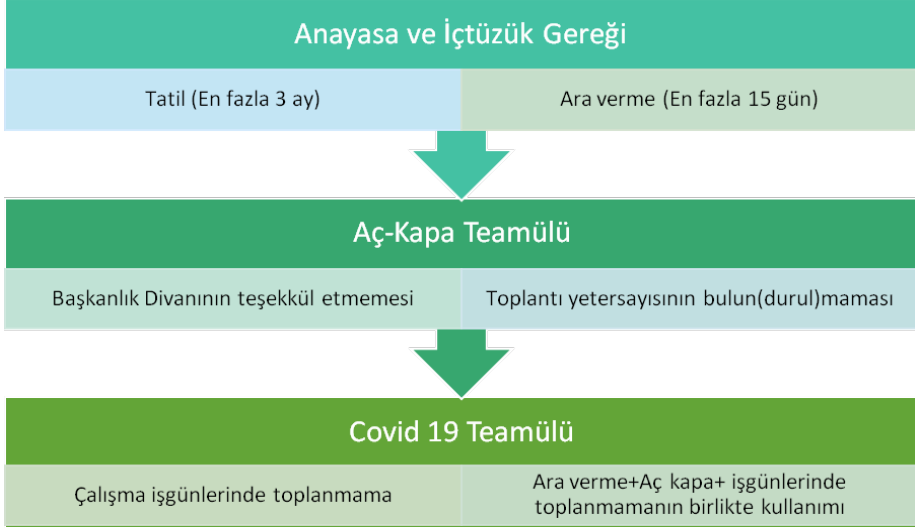
Alınan kararda ilk olarak, teker teker gün sayımı yoluyla TBMM Genel Kurulunun toplanmayacağı günler seçilerek "iş günü" hesabına başvurulmuş ve 21, 22, 28, 29 ve 30 Nisan günleri olmak üzere "5 gün" belirlenmiş; ikinci olarak da Genel Kurulun çalışmalarına 10 gün ara vermesine karar verilmiştir. Anayasa ve TBMM İçtüzüğünde düzenleme altına alınmamış bir usulle, iki tarih arasında geçen süre hesabı yerine Genel Kurulun çalışmalarını yürüttüğü günler üzerinden gün seçimi usulüyle adeta "iş günü" hesabı yaparak yeni bir taktik geliştirmiştir. Bu kararda az evvel de vurgulandığı üzere, TBMM "ara verme" ile birlikte "toplanmama" biçiminde bir yöntem geliştirerek ara verme süresinin aşılmasını olanaklı kılmıştır. Teorik olarak TBMM'nin ara verme ve tatil dışında "toplanmama" kararı olması mümkün değildir. Nitekim "Başkanlık Divanının teşekkül etmemesi nedeniyle toplanamama" ve "toplantı yetersayısının bulunamaması nedeniyle toplanamama" yöntemleri, tatil ve ara vermenin aşılması için geliştirilmiş araçlardır. TBMM'nin toplanmama kararı alması biçiminde bir yetkisi olsaydı, bu tür yöntemlerin neden geliştirildiği ve birer günlük toplanmama kararları yerine neden uzun süreli toplanmama kararlarının alınmadığı soruları yanıtız kalırdı. Bu tür bir karar muhtemelen TBMM İçtüzüğü'nün 54. maddesinin 2. fıkrasındaki şu hükmüne dayandırılmıştır:

"Danışma Kurulunun teklifi üzerine Genel Kurul, toplantı hafta, gün ve saatlerini değiştirebileceği gibi, diğer günlerde de toplantı yapılmasına karar verebilir".

Bu hükmün, Anayasa'nın tatilin üst sınırını üç ay olarak belirleyen hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda değişiklik yapma yetkisi, "toplanmama" yönünde değişiklik yapma yetkisi verecek biçimde yorumlanamaz. Genel Kurul, örneğin Salı günü yerine Pazar günü toplanmayı ya da ayrıca Cumartesi günü toplanmayı kararlaştırabilir, ancak belli bir günde toplanmamayı kararlaştıramaz. Aksi takdirde Genel Kurulun üç aylık tatil üst sınırını aşma yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Özetlemek gerekirse, son gelişmelerle birlikte TBMM'nin çalışmalarına ara vermesine olanak tanıyan yöntemler şu şekilde gösterilebilir:

³⁰ **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 3, Birleşim: 87, 16.04.2020, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?PAGE1=1&PAGE2=1&p4=23445&p5=H (17.04.2020).



Şekil 3. Tatil ve ara verme kural ve teamülleri

3. Tatil ve Ara Verme Esnasında (Olağanüstü) Toplantı

Gündelik dilde tatilde ve ara vermede iken toplantıya çağrılan meclisin toplantısı “*olağanüstü toplantı*” olarak adlandırılmaktadır. Öğretide de, tatil veya ara verme sırasında, TBMM’nin toplantıya çağrılması *olağanüstü toplantı* olarak tanımlanmaktadır.³¹ Ancak bu tür toplantılar, parlamentonun sürekliliği ilkesinin uygulandığı ülkelerde *olağanüstü toplantı* olarak adlandırılmaz. Nitekim 1982 Anayasası ve yürürlükteki İçtüzükte olduğu gibi daha önceki Anayasa ve İçtüzüklerde de *olağanüstü toplantı* kavramı hiç kullanılmamıştır. Bunun nedenini anlamak için, yukarıda ele alınan “*parlamentonun sürekliliği*” ve “*parlamentonun süreksizliği*” ilkelerinin anlamını açıklığa kavuşturmak ve olağanüstü toplantı kavramını bu ilkeler çerçevesinde yorumlamak gerekir.

a) Parlamentonun Sürekliliği Kuralı ve Anayasalardaki Yansımaları

(1) 1921 Anayasası Dönemi

“*Parlamentonun sürekliliği*” kuralı, bir meclisin yasama dönemi boyunca sürekli olarak toplanmak zorunda olduğunu ve toplantılarına belli bir sürenin üstünde ara veremeyeceğini ifade etmektedir.

Bu kuralın nedeni yasama organının milli egemenlik ilkesiyle ilişkilendirilmesidir. Egemenlik kavramı doğası gereği süreklidir. Devletin kurucu unsurlarından biri olan egemenlik kavramı, sürekliliği sayesinde

³¹ Tanilli (1982), s. 280.

devletin sürekliliğini sağlar. Dolayısıyla egemenliğin kesintiye uğraması, devletin de kesintiye uğraması anlamına geldiğinden devletin yıkımı anlamına gelir. Yasama organı egemenliğin somutlaştığı organ olarak düşünüldüğünde, egemenliğin sürekliliğini sağlamak adına yasama organının da sürekliliği sağlanmaya çalışılır. Nitekim Osmanlı Devleti'nin çöküşünden sonra milli egemenlik ilkesini hayata geçirmek için 23 Nisan 1920'de oluşturulan TBMM, yasama, yürütme ve yargı erklerini uhdesinde toplamış ve daha önce aktarılan Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun 1. maddesiyle, "*Büyük Millet Meclisi(nin), hilâfet ve saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesinin husulüne kadar şeraiti âtiye dairesinde müstemirren inikat eder*" düzenlemesini getirmiştir.

TBMM aynı zamanda Kurtuluş Savaşı'nı da yönetmekle görevli olduğundan, bütün yetkileri kendisinde toplamış ve savaşta işi şansa bırakmamak için ara verme ve tatili kesin olarak yasaklamıştır. Aynı madde daha sonra 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile anayasal dayanağa kavuşturulmuştur. Bu nedenlerle Kuruluş Savaşı'nın yürütüldüğü dönemdeki kurallar, "meclis hükümeti sistemine (*conventional system*)" dayanan ve her üç erki bünyesinde barındıran TBMM'nin sürekli olarak toplanmak zorunda olduğunu ve çalışmalarına hiçbir şekilde ara veremeyeceğini öngörmektedir. Dolayısıyla parlamentonun sürekliliği kuralının 1921 Anayasası'nda en saf biçimiyle yer aldığını belirtmek gerekir.

(2) 1924 Anayasası Dönemi

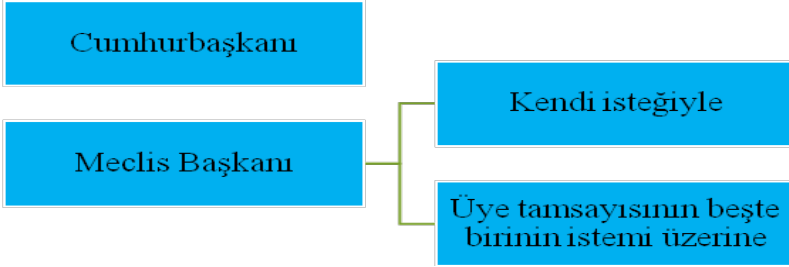
1924 Anayasası'nın süreklilik ilkesini sürdürdüğü söylenebilir. *İlk olarak*, Anayasa'nın 13. maddesinde "*Sabık Meclis lâhik Meclisin içtimaina kadar devam eder (Eski Meclis yeni Meclisin toplanmasına kadar devam eder)*" biçimindeki hüküm, görevi sona eren Meclis ile yeni seçilen Meclis arasında hiçbir boşluğa izin vermeyerek süreklilik ilkesini benimsemiştir. Eski Meclisin görevinin, yeni Meclisin seçilmesine kadar değil toplanmasına kadar sürdüğü hüküm altına alınarak daha sonraki anayasalarda ortaya çıkan duraksamalara yer verilmemiştir. Meclislerden biri toplanmadan eski Meclisin görev süresi sona ermediğinden Meclisin bulunmadığı tek bir an bile bulunmadığından, süreklilik ilkesi benimsenmiştir denebilir.

İkinci olarak, tatilin tanımlanma biçimi süreklilik ilkesinin varlığının kanıtıdır. Süreklilik ilkesini uygulayan sistemlerde esas olan "toplantı hali" olduğundan tatil bir üst sınırla tanımlanır. "Süreksizlik ilkesi" ise toplantılara bir üst sınır getirir ve geriye kalan zamanın tatilde geçirilmesini zorunlu kılar. 1924 Anayasası, Meclisin altı aydan fazla tatil yapamayacağını öngörerek tatile bir üst sınır getirmiş ve toplantı halini olağan durum olarak tanımlamıştır.

Üçüncü olarak, olağanüstü toplantı kavramı ile süreklilik ilkesi bağdaşmadığından,³² Anayasa, tatilde iken toplantıya çağrılan Meclisin toplantısını olağanüstü toplantı olarak adlandırmamış ve böylece Meclisin olağan halinin toplantı hali olduğunu; tatilde iken toplantıya çağrılan Meclisin olağan haline geri döndüğünü üstü örtülü olarak kabullenmiştir. Anayasa’nın 19. maddesi kuralı şöyledir:

“Tatil esnasında Reisicumhur veya Meclis Reisi lüzum görürse Meclisi içtimaa davet edebileceği gibi âzadan beşte biri tarafından talep vukubulursa Meclis Reisi dahi Meclisi içtimaa davet eder”.

Düzenlemeye göre tatildeki Meclisi toplantıya çağırma yetkisi olanlar şu şekilde gösterilebilir:



1924 Anayasası’nın süreklilik ilkesiyle uyumlu olan bu düzenlemeleriyle ilk bakışta çelişkili görülen bir başka düzenlemesi bulunmaktadır. Sözü edilen düzenleme şöyledir:

“İntihap devresinin hitâmından evvel Meclis aded-i müretbinin ekseriyet-i mutlakasüle intihâbât tecdit olunursa yeni içtimâ eden Meclisin intihap devresi ilk Teşrîn-i-sânîden başlar. Teşrîn-i-sânîden evvel vaki olan içtimâ, fevkalâde bir içtimâ addolunur.”

Teziç, bu düzenlemeyi eleştirmekte ve bu maddede geçen “fevkalâde bir içtimâ addolunur” ibaresinden yola çıkarak bu deyim in süreklilik ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmektedir.³³ Aslına bakılırsa, buradaki “olağanüstü bir toplantı sayılır” ibaresinin tatildeki bir meclisin toplantıya çağrılmasıyla hiçbir ilgisi yoktur. Yukarıda açıklandığı gibi bu tür toplantılar “Tatil esnasında... içtimaa davet edilen” Meclisin toplantısına olağanüstü toplantı

³² Teziç (1980), s. 159.

³³ Teziç (1980), s. 157.

adı verilmemiştir ve burada da olağanüstü toplantıdan değil olağanüstü sayılan bir toplantıdan söz edilmektedir.

Bu maddede dönemle ilgili bir başka sorun çözülmeye çalışılmaktadır. Sorun daha önce yasama yılı tanımlanırken ortaya konulmuş bir sorundur. Seçimler sonunda toplanan Meclisin ilk toplantısı, genellikle yasama yılının ilk toplantısıyla örtüşmediğinden, bir yasama yılında yasama dönemindeki yıl sayısından fazla yıl bulunabilmekteydi. 1924 Anayasası yasama yılı ile yasama dönemindeki yıl sayısını örtüştürmek için, Meclisin ilk toplantısından yasama yılının ilk toplantısına kadar geçecek süreyi dönem hesabından çıkarmayı uygun bulmuştur. Böylece birinci yasama yılı da diğer yasama yılları gibi "Kasım ayının ilk günü" başlamış olacak ve dönemdeki yıl sayısı yasama yılı sayısına eşit olacaktı. Seçimlerden sonra toplanan Meclisin ilk yasama yılının başlangıcına kadar geçireceği süre ise bir yasama yılı olarak adlandırılmak yerine artık yıl anlamında olağanüstü bir toplantı sayılmaktadır. Aslında toplantının olağanüstü bir niteliği yoktur ve bu yüzden bu tür yasama yıllarının "*olağanüstü bir toplantı*"³⁴ olarak adlandırılması yerinde olmamıştır.³⁵ Ancak bu noktadan yola çıkarak, 1924 Anayasası'nın olağanüstü toplantıyı tanımlamakla, süreklilik ilkesi yönünden tutarsızlık içinde olduğu eleştirisinde haklılık bulunmamaktadır. Özetle söylemek gerekirse 1924 Anayasası "*olağanüstü bir toplantı*" ibaresini kullanmışsa da, "parlamentonun sürekliliği" ilkesini zedeleyecek bir *olağanüstü toplantı* kavramını kesinlikle kullanmamıştır. Dolayısıyla bütün söylenenler birlikte değerlendirildiğinde, 1924 Anayasası'nın süreklilik ilkesini benimsemiş olduğu söylenebilir.

(3) 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası da önceki Anayasalara hâkim olan geleneği sürdürmüş ve süreklilik ilkesini korumuştur. Yani, 1961 Anayasası da, 1924 Anayasası gibi yeni seçilen Meclis ile eski Meclis arasında bir kesintiye izin vermek istememiştir. Anayasa'ya göre "*Yenilenmesine karar verilen meclisin yetkileri, yeni meclisin seçilmesine kadar sürer*".

Esasında, 1924 Anayasası'nın bu konuda öngördüğü ilke, süreklilik kuralıyla çok daha büyük bir uyum içerisindedir. Çünkü eski Meclisin yetkilerinin, yeni Meclisin seçilmesine kadar değil toplanmasına kadar süreceği öngörülmüştür. Buna göre, eski Meclisin görev süresi, bir miktar kısaltılmış gibi görünmektedir. Bu durumda, yeni seçilen Meclisin seçildiği gün yetkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Oysa yeni Meclis ancak toplandıktan sonra tüzel kişilik

³⁴ Burada "*olağanüstü toplantı*" değil "*olağanüstü bir toplantı*" ibaresinin kullanılması da olağanüstü toplantıdan değil yasama yılı yönünden olağan nitelikler taşımayan bir toplantının kastedildiğini göstermektedir.

³⁵ Bu tür yasama yılları "*artık yasama yılı*" olarak adlandırılabilirdi. Bu sayede bu sürelerin özel bir yasama yılı olduğuna da vurgu yapılmış ve yasama yılıyla bağlantısı tümüyle koparılmamış olurdu.

kazanabilmekte ve görev ve yetkilerini kullanmaya başlayabilmektedir. Dolayısıyla Anayasa’daki bu düzenlemeye rağmen, eski Meclisin görev ve yetkilerinin yeni Meclis seçilinceye kadar değil toplanıncaya kadar sürdüğünü kabul etmek bir zorunluluktur. Bu durumda maddede geçen “seçilmesine” sözcüğünü 1924 Anayasası’nda olduğu gibi “toplantısına” olarak anlamak gerekmektedir.

1961 Anayasası’nın süreklilik ilkesini koruduğuna ilişkin bir başka kanıt yine 1924 Anayasası’nda olduğu gibi “olağanüstü toplantı” kavramını hiçbir yerde kullanmamış olmasıdır. 1961 Anayasası, 1921 Anayasası’nda olduğu gibi seçimlerden sonra yasama yılının başına kadar geçecek süreyi de yasama yılının kapsamı dışına çıkarmak istemediği için, bu tür süreler için “olağanüstü bir toplantı” deyimini de kullanmamıştır. Dolayısıyla 1961 Anayasası’nın olağanüstü toplantı kavramına yer vermeyerek süreklilik ilkesine uygun davranmaya çalıştığı sonucuna ulaşılabilir. Anayasa’nın ara verme ve tatilde iken toplantı çağrısına ilişkin 83. maddesi şöyledir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, araverme veya tatil sırasında, doğrudan doğruya veya Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, Cumhurbaşkanınca toplantıya çağrılır. Meclis Başkanları da, kendi Meclislerini doğrudan doğruya veya üyelerinin beşte birinin istemi üzerine toplantıya çağırırlar”.

1961 Anayasası’ndaki düzenlemelerin ana hatlarıyla benzer olmakla birlikte bazı ayrıntılar bakımından 1924 Anayasası’ndan farklılaştığı söylenebilir. 1961 Anayasası “ara verme” kavramını da getirdiğinden, sadece tatilde değil ara vermedeki meclisin de toplantıya çağrılabilceğini öngörmüştür. İki Anayasa arasındaki bir başka fark, 1961 Anayasası’nın çift meclisli bir parlamento kurmuş olmasından kaynaklanmıştır. 1961 Anayasası’na göre her iki Meclisin de ara verme ve tatilde toplantıya çağrılması olanaklıdır.

Düzenlemeye göre, ara verme ve tatilde Meclisleri toplantıya çağırma yetkisi olanlar şu şekilde gösterilebilir:



1961 Anayasası'nın süreklilik ilkesiyle tutarlı olan bu kuralı 1973 tarihli TBMM İttüzüğüne doğru yansıtılmamış ve Anayasa'ya aykırı İttüzük düzenlemeleri süreklilik ilkesini zedelemiştir. Bu Anayasa'ya aykırılıkları görmek için 1973 İttüzüğü'nün 7. maddesindeki ilk düzenlemeyi aktarmak yararlı olacaktır:

"Tatil veya araverme sırasında Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisini; Millet Meclisi Başkanı Millet Meclisini ... olağanüstü toplantıya (vba) çağırdığı takdirde, Millet Meclisi çağrı günü toplanır.

Millet Meclisi Başkanı, olağanüstü toplantı çağrısını doğrudan doğruya veya en az doksan milletvekilinin imzasını taşıyan gerekçeli bir önerge üzerine yapar. Bu çağrıda, olağanüstü toplantı gün ve saatinin ve bu toplantıyı gerektiren konunun belirtilmiş olması şarttır.

Olağanüstü toplantıda birleşim açılınca, Başkan, ilkönce çağrı yazısını okutur ve bu toplantıyı gerektiren konu görüşülür.

Olağanüstü toplantıyı gerektiren konu üzerinde Yasama Meclislerince yapılması gerekli işlemler tamamlanınca, Millet Meclisi çalışmalarına devam karar verebilir".

Maddedeki ilk ve en belirgin Anayasa'ya aykırılık, Anayasa'da hiç öngörülmediği halde "olağanüstü toplantı" teriminin kullanılmış olmasıdır. Teziç, bu düzenlemenin Anayasa karşısında hukuken bir anlam taşımadığını belirtmektedir. Bunun nedeni olağanüstü toplantıyı kabul eden sistemlerdeki Meclislerin sürekli değil belirli bir zaman dilimi ile sınırlı olarak faaliyet göstermeleridir.³⁶

Meclisler, "süreksizlik ilkesi"nin geçerli olduğu sistemlerde ancak belirli sürelerde toplanma hakkına sahip olduklarından, ihtiyaç olduğunda belli kişilerin isteği üzerine olağanüstü olarak toplanırlar. Olağan durumlarda isteseler de toplanamayacakları durumlar için, özel koşullar olduğunda özel istem üzerine toplandıklarından olağanüstü hale geçmişlerdir. Oysa süreklilik ilkesinin geçerli olduğu ülkelerde meclisler isterlerse hiç tatile girmeyebilirler. Bu durumda istem üzerine toplantıya çağrıldıklarında, olağan durumlarına geri dönmüş olurlar, toplanmış olmalarını "olağanüstü" olarak adlandırmayı gerektiren bir durum sözkonusu değildir. Dolayısıyla, 1973

³⁶ Teziç (1980), s. 157-158.

tarihli TBMM İktüzüğünün Anayasa’da kullanılmayan “olağanüstü toplantı” kavramını kullanmış olması Anayasa’ya açıkça aykırılık oluşturur. İktüzükteki *ikinci* Anayasa’ya aykırılık, İktüzüğün “toplantıyı gerektiren konu görüşülür./ Olağanüstü toplantıyı gerektiren konu üzerinde Yasama Meclislerince yapılması gerekli işlemler tamamlanınca, Millet Meclisi çalışmalarına devam karar verebilir” biçimindeki hükmüdür. Teziç’in haklı olarak belirttiği gibi bu düzenleme süreksizlik ilkesini uygulayan parlamentolara özgü bir düzenlemedir. Çünkü bu parlamentolar olağanüstü toplanmış olduklarından, bu süreyi fazlaca uzatmadan çağrı konusu olan düzenlemeyi görüştüktan sonra tatile girerler. Bunların tatile girmek için yeni bir karar almaya ihtiyacı yoktur. Olağan koşullarda toplanma yetkileri olmayan bir zaman diliminde, aciliyeti olan önemli bir konuyu görüşmek üzere toplanmışlardır ve bu görüşmeyi tamamlar tamamlamaz tekrar tatile girmek zorundadırlar.

Dolayısıyla Millet Meclisi’nin toplantılara devam için karar vermek zorunda olması, ancak süreksizlik ilkesini uygulayan ülkeler için geçerli olabilir. Süreklilik ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde toplantıya çağrılan Meclis diğer konuları görüşmek için karar almak zorunda değildir; gündemindeki diğer konuları görüşmeye devam etmek zorundadır. Meclis olağan haline geri dönmüştür ve yeniden tatile girebilmek için yeni bir tatil kararı almak zorundadır. Meclisin tatilden dönmüş olması olağan durumuna geri döndüğü ve kendisi için olağanüstü hal olan tatil durumuna son verdiği anlamına gelir. Çağrı konusu işi görüştüktan sonra tatile geri dönerek tatilini tamamlaması gerekmez. Nitekim 1961 Anayasası’nın 83. maddesinin bu konudaki hükmü şöyledir:

“Araverme veya tatil sırasında toplantıya çağrılan Meclisler, önce, bu toplantıyı gerektiren konu üzerinde görüşme yaparlar”.

Bu hüküm uyarınca, tatilde ve ara vermede iken toplantıya çağrılan Meclislerin *öncelikle* toplantıyı gerektiren konuyu ve ardından gündemlerindeki diğer konuları görüşmeleri gerekmektedir. Başka bir anlatımla Anayasa, ara verme ve tatilde iken toplantıya çağrılan Meclislerin *sadece* toplantı çağrısı konuyu görüşmelerini öngörmemiş, bu konuyu öncelikle görüşmeleri zorunluluğu getirmiştir. Dolayısıyla İktüzükte, “diğer konular”ın görüşülmesi için karar alma zorunluluğu getirilmiş olması Anayasaya açıkça aykırılık oluşturmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 18 ve 22.11.1976 tarihli kararında bu durumu son derece anlaşılır biçimde ortaya koymuştur:

“... Anayasa’nın yukarıda belirtilen 83. maddesinin son fıkrası ile, ara verme veya tatil sırasında toplantıya çağrılan meclislerin önce bu toplantıyı gerektiren konu üzerinde görüşme yapmaları zorunluluğu öngörülmüş, başka konu-

ların görüşülemeyeceği yolunda ise engelleyici bir hüküm getirilmemiştir.

Anayasa'nın 64. maddesinin ilk fıkrasında, yasama meclislerinin genel olarak belirtilen görevlerinin başında kanun yapma işi gelmektedir.

Öte yandan yalnız İçtüzükler, tatil sırasında yapılan toplantıları 'olağanüstü' olarak nitelendirdikleri halde Anayasa'da böyle bir ayırma gidilmemiş, meclislerin tatil sırasında çağrı üzerine yapacakları toplantılar için sadece öncelikle görüşülecek konuya ilişkin bir ayrıcalık ve özellik öngörülmüştür. Bundan, Anayasa koyucunun, ister yasama yılı içinde, ister tatilde iken çağrı üzerine olsun meclislerin yapacakları toplantılar arasında bir ayırma gerek görülmediği ve görev bakımından tüm toplantıları aynı nitelikte kabul ettiği açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu durum karşısında, gerek yasama yılında gerek çağrıya uyararak, toplantı halinde bulunan meclisler; Genel Kurullarınca saptanan belirli günlerde, gündemlerine göre yasama çalışmalarını sürdürmek zorundadırlar".³⁷

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, İçtüzük kuralını eleştirmekte ve kararını doğrudan Anayasa hükmüne dayandırmaktadır. Anayasa Mahkemesi, İçtüzük hükmünün Anayasa'ya aykırılığını saptamakla birlikte, hüküm dava konusu olmadığından herhangi bir karar vermemiştir.

İçtüzükteki üçüncü Anayasa'ya aykırılık toplantı çağrısının "gerekçeli bir önerge" ile yapılması zorunluluğudur. İçtüzükçe toplantıya çağrı önergesine gerekçeli olma zorunluluğu getirilmiş olması çeşitli nedenlerle Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırıdır. Bunun sebebini aşağıda sıralayacağımız şu gerekçelere dayandırabiliriz:

i) Anayasa'da, çağrının biçimi hakkında herhangi bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla İçtüzükte bu yetkinin kullanımını zorlaştıran ya da ortadan kaldırılmasına yol açan kurallar koymak Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Nitekim İçtüzük, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarının toplantı çağrısı ile Cumhurbaşkanının kendi isteği üzerine ya da Bakanlar Kurulunun istemi üzerine yapacağı çağrıda herhangi bir gerekçe koşulu aramamıştır. İçtüzük, Anayasa'nın sözüne aykırı biçimde, üye tamsayısının beşte birinin çağrı

³⁷ **Anayasa Mahkemesi Kararı**, Esas 1976/27, Karar 1976/51, Karar Tarihi: 18 ve 22.11.1976, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 16.05.1977-15939.

isteminde bulunması durumunda gerekçe aranmasını zorunlu öngörmüştür. Milletvekillerinin toplantı çağrısında görüşülmesini istedikleri konuyu belirtmelerini istemek olağan bir durumdur. Çünkü toplantı konusunun diğer çağrı önergelerinde de belirtilmiş olması Anayasa gereğidir. 1961 Anayasası, “*Meclisler, önce, bu toplantıyı gerektiren konu üzerinde görüşme yaparlar*” cümlesinde, toplantı çağrısında, “toplantı konusu”nun açıklanmış olmasını dolaylı biçimde zorunlu kılmıştır. Ancak Anayasa’da gerekçe ile ilgili bir zorunluluk bulunmamasına rağmen milletvekillerine gerekçe zorunluluğu getirilmesi Anayasa ile bağdaşmamaktadır.

ii) Milletvekilleri tarafından yapılan çağrılarda gerekçe aranması, gerekçeyi değerlendirecek kişi ve kuruma gerekçenin ikna edici olup olmamasına göre farklı kararlar verme yetkisi tanır. Bu durumda TBMM Başkanı milletvekillerinin sunduğu çağrı önergesindeki gerekçeyi inceleyerek, kendi tutumu ve kanaatlerinden hareketle, uygun bulmadığı gerekçelere dayanarak toplantı çağrısını işleme koymama yetkisine sahip hale gelir. Böyle bir netice, Anayasa’nın amaçlamadığı bir sonuçtur. Anayasa yeterli sayıda milletvekilinin istemi üzerine TBMM Başkanının toplantı çağrısı yapmasını zorunlu kılmış ve bu konuda Başkana hiçbir takdir yetkisi vermemiştir. Ancak Anayasa’daki açık kurala rağmen İttüzkte çağrı önergelerine “gerekçe zorunluluğu” getirilmiş olması, Meclis Başkanlarının kimi zaman milletvekillerinin çağrı istemini “işleme koyup koymama” yetkisi verdiği şeklinde yorumlara neden olmuştur.

iii) Anayasa, araverme ve tatil sırasında toplanan Meclisin yetkileri bakımından tek sınır koymuştur: Önce “toplantı çağrısının konusunun görüşülmesi zorunluluğu”. Bu görüşmeler tamamlandıktan sonra, Meclis çalışmalarına devam edecek ve gündemindeki diğer konuları görüşmeye başlayacaktır. Toplantı çağrısının gerekçeli olması, Anayasa maddesinin bu şekilde anlaşılmasını engelleyecek ve bu tür bir doğru yorumun önünü kapatacaktır. Çünkü gerekçe, çağrı konusuna ilişkindir ve Meclisin gündeminde bulunan bütün konuları kapsayan bir gerekçe olamayacağı için, gerekçede belirtilmeyen diğer konuların görüşülmesi mümkün olmayabilecektir. Öte yandan milletvekilleri tarafından yapılmayan diğer çağrılarda gerekçe koşulu aranmadığından, bu tür çağrılarda diğer konuların görüşülmemesi gibi bir sorun doğmayacaktır. Bu da çağrı önergeleri arasında Anayasa’da öngörülmemen bir farklılaşmanın yaratılması anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak 1961 Anayasası’nda süreklilik ilkesiyle uyumlu biçimde düzenlenen tatilde ve ara vermede toplantı konusu, 1973 İttüzüğünde çeşitli yönlerden Anayasaya aykırı biçimde düzenlenmiştir.

(4) 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’ndaki düzenlemeleri ana hatlarıyla korumuştur. Anayasa’nın 93. maddesinde 1995 ve 2017 yıllarında değişiklikler

yapılmıştır. 1982 Anayasası'nın kabul edildiği ilk halinde, Anayasa'nın 93. maddesi şöyle düzenleme altına alınmıştır:

"... araverme veya tatil sırasında, doğrudan doğruya veya Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, Cumhurbaşkanınca toplantıya çağrılır.

Meclis Başkanı da doğrudan doğruya veya üyelerin beşte birinin yazılı istemi üzerine Meclisi toplantıya çağırır.

Ara verme veya tatil sırasında toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisinde, öncelikle bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ara verme veya tatile devam edilemez".

1982 Anayasası'nın, kabul edildiği ilk biçiminde, 1961 Anayasası dönemine göre yapılan değişikliklerden *birincisi*, çift meclisli sistemden tek meclisli sisteme geçilmesinin sonucu olarak, Senato Başkanına ait yetkiler maddeden ayıklanmıştır. Şu halde, 1982 Anayasası'nın kabul edildiği ilk biçimindeki düzenlemeye göre, ara verme ve tatilde Meclisi toplantıya çağırma yetkisi olanlar şu şekilde gösterilebilir:



1982 Anayasası'nda 1961 Anayasası'na göre yapılan değişikliklerin *ikincisi*, milletvekilleri tarafından yapılacak toplantı çağrısının "yazılı" yapılmasına ilişkin düzenlemedir. Ancak önergelerin yazılı sunulması zorunluluk haline getirilmesine rağmen, önergelere gerekçe eklenme zorunluluğu getirilmemiştir.

Getirilen *üçüncü* değişiklik "Ara verme veya tatil sırasında toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisinde, öncelikle bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ara verme veya tatile devam edilemez" biçimindeki hükümdür. 1961 Anayasası'nda sadece çağrı konusunun öncelikle görüşüleceği belirtilmekte, konunun görüşülmesinden sonrasına ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktaydı. 1982 Anayasası'nda ise, bu konu görüşülmeden ara verme ve tatile devam edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu konudaki yorumlardan ilkinde göre, aslında süreklilik ilkesini benimsemiş olan 1982 Anayasası da

yeniden ara verme ve tatile dönmek için yeni bir karar verilmesini zorunlu kılmıştır. 1996 yılında yapılan İçtüzük değişikliğine yansıyan ikinci yorum ise bunun tersini ileri sürmektedir. Süreklilik ilkesine aykırı olan bu ikinci yoruma göre görüşülen konu tamamlandıktan sonra, çalışmalara devam kararı alınmadığı takdirde, ara verme ve tatile devam edilmelidir.³⁸

1982 Anayasası döneminde, 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü yürürlükte kalmaya devam ettiğinden, bu İçtüzüğün neden olduğu sorunlu uygulamalar varlığını sürdürmüştür. Nitekim yukarıda sözü edilen örnekler aslında 1982 Anayasası döneminde yaşanan örneklerdir. Ama örneklerde yaşanan sorunların kaynağı 1973 tarihli İçtüzüktür. İçtüzüğün sözü edilen sorunlu maddesi 1996 yılında yapılan İçtüzük değişiklikleri sırasında gündeme gelmiş ve yeniden düzenlenmiştir. Maddede yapılan değişikliklerle Anayasa’ya aykırılıkların bir kısmı giderilmekle birlikte, kimi yönleri açısından ise yeni anayasaya aykırılıklar oluşturulmuştur.

Yeni düzenlemenin olumlu yönlerinden *birincisi*, İçtüzüğün 7. maddesinde yer verilen “*olağanüstü toplantı*” teriminin İçtüzükten tümüyle çıkarılmış olmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi süreklilik ilkesinin uygulandığı ülkelerde olağanüstü toplantı olamayacağından, süreklilik ilkesini benimseyen İçtüzükten bu terimin çıkarılması yerinde olmuştur. *İkincisi* ise, maddede milletvekilleri tarafından verilen toplantı çağrısı önergelerinin “gerekçeli” olması zorunluluğunu sürdürmekle, gerekçeli olma zorunluluğunun yarattığı en önemli sorunu çözmüştür. İçtüzüğün 7. maddesinin 2. fıkrasına, “*Üyelerin beşte birinin imzasını taşıyan gerekçeli önergedeki çağrı istemini ise en geç yedi gün içinde yerine getirir*” biçiminde bir hüküm eklenerek, Meclis Başkanının, milletvekillerinin istemi üzerine yapılan çağrıda takdir yetkisine sahip olmadığı hususu kesinleştirilmiştir.

Bununla birlikte, Meclis Başkanlarının kimi zaman milletvekillerinin çağrı istemini “işleme koyup koymama” yetkileriyle ilgili tartışmaların yaşandığı bir örnekte³⁹ TBMM Başkanı bu konuda takdir yetkisi bulunduğunu iddia ederek toplantı çağrısı yapmamıştır. Olayda Siirt Milletvekili Aydın Baran ve 100 milletvekili, 01.10.1987 tarihinde, seçimlerle ilgili yasalarda değişiklik yapılmasını sağlamak amacıyla, 03.10.1987 tarihinde toplanılmak üzere TBMM Başkanlığına toplantıya çağrı önergesi vermişlerdir. Başkanlık çağrı istemini şu gerekçeyle işleme koymamıştır:

“...TBMM İçtüzüğünün 7 nci maddesi, *olağanüstü toplantı isteğinin bir gerekçeye dayandırılmasını şart koşmuştur.*

³⁸ Bu konuya 1996 İçtüzük değişiklikleri kapsamında değinilecektir.

³⁹ Burada incelenecek örnekler 1982 Anayasası döneminde yaşanmasına rağmen, bu dönemde çıkarılan İçtüzükteki hatalı düzenlemeye dayandıklarından bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Başkanın bu gerekçe üzerinde her türlü değerlendirme ve incelemeyi yapması İçtüzüğü'nün Başkanlığa verdiği bir görevdir. Yapılacak inceleme sonucunda, gösterilen gerekçenin, olağanüstü durumların doğurduğu nadir hallerde Başkanlıkça paylaşılmaması mümkündür. Nitekim, başvurunuza konu olan gelişme böyle bir durumla yakından ilgilidir.

(...) siyasi ve toplumsal törelerle bağdaştırılması uygun görülmeyen ve toplumumuzda pek çok çalkantı ve ihtilat-lara yol açması kaçınılmaz bulunan ... Meclisin toplantıya çağırılması mümkün görülmemiştir..."⁴⁰

Anayasa'ya aykırılığı konusunda hiçbir tereddüt bulunmayan bu tür bir işlemin nedeni İçtüzükte getirilmiş olan gerekçe zorunluluğudur. Önergede gerekçe zorunluluğu olmasaydı, önerge gerekçeli olarak sunulmazdı ve Başkan da bu konuda bir takdir yetkisi kullanmaya kalkışmazdı. Bu örnek daha sonra tekrarlanmamış olmakla birlikte benzer tartışmaların yaşandığı görülmüştür. Örneğin 1999 yılında "Küskün Milletvekilleri Olayı (küskünler hareketi)" olarak bilinen olayda benzer tartışmalar yaşanmıştır. 20. yasama döneminin sonunda TBMM'nin seçim kararı almasından sonra, çok sayıda milletvekili siyasi partilerin aday listelerine konmayınca, buna tepki göstermiş ve farklı siyasi partilerden olmalarına rağmen ittifak yaparak toplantı çağrısı isteminde bulunmuşlardır. TBMM Başkanı, 116 milletvekilinin istemi üzerine, 13.03.1999 tarihinde toplantı çağrısı yapmış ve Tunceli Milletvekili Kamer Genç'in "Her seçim kararı sonrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi tam seçime giderken, devlet büyük masraflar yaparken, o zaman listeye girmeyenler" tarafından yapılan bu çağrının gereğinin yerine getirilmemesi konusunda bir "usul tartışması" başlatmak istemiştir.⁴¹ Ancak Başkan şu sözlerle usul tartışması istemini reddetmiştir:

"Sayın Genç, ben, Anayasa ve İçtüzüğü'nün çok açık hükümleri karşısında, Meclis Başkanının Meclisi toplantıya ça-

⁴⁰ TBMM Başkanlığı Genel Sekreterliği, Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü'nün 01.10.1987 tarih ve 9480/36930 sayılı yazısı. TBMM, Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü Arşivi.

⁴¹ "KAMER GENÇ (Tunceli) - Sayın Başkan, bu konuda, Meclis Başkanının Meclisi olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi var mıdır yok mudur konusunda, Anayasa ve İçtüzük konusunda, müsaade ederseniz, usul tartışması yapalım. Bu usul tartışması sonunda Meclisimizde oylanıp, bu oylama sonucunda bir karar verilecektir. Bana göre, bu konuda en yetkilisi Anayasa Mahkemesi. Bu bir karardır, eylemli bir tüzük değişikliğidir. Bunun bir Anayasa Mahkemesinin de kontrolünden geçmesinde yarar var; memleketin geleceği bakımından da... Rica ediyorum Sayın Başkan, isterseniz, bir usul tartışması açalım. Ben, aleyhte söz istiyorum". Bkz. **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 20, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 54, 13.03.1999, s. 7.

*ğır mama gibi bir yetkisi olmadığı görüşündeyim. Kaldı ki, bu benim görüşüm değil, ben, Anayasa maddesini okuyorum. Ben, bu çağrı kararını vermeden önce, bu konuda, ilgili kişilerden, gerekli bilgileri, gerekli yorumları ve sonuçta da değerlendirmelerini aldım. O nedenle, Anayasa ve İçtüzüğüün çok açık hükümleri karşısında, ben, burada bir usulsüzlük görmüyorum, bir usul müzakeresi açılmasına gerek duymuyorum”.*⁴²

Sonuç olarak çağrı isteminin “gerekçeli” olması Meclis Başkanlarının toplantı çağrısı yapıp yapmamaya ilişkin bir takdir yetkisi bulunduğu şeklinde yorumlara yol açtığından Anayasa’ya aykırılığın kaynağı olmuştur.

Nitekim yukarıda aktarılan 1999 yılında yaşanan örnekte, TBMM Başkanı tereddütsüz biçimde toplantı çağrısı yapmış ve bu konuyu tartışmaya bile açmamıştır. Çünkü maddenin açık hükmüne göre Başkan istem bulunması halinde yapıldığında çağrı yapmak zorunda olduğu gibi aynı zamanda bu çağrıyı da “en geç yedi gün içinde” yapmak zorundadır. İçtüzüğüün 7. maddesinin 4. fıkrasında süreklilik ilkesiyle bağdaşmayan olumsuz yön ise “konu üzerinde gerekli işlemler tamamlanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarına devam karar vermediği takdirde, tatile veya aravermeye devam olunur” hükmünde yer almıştır. Bu hüküm aslında 1982 Anayasası’nın 93. maddesinin yukarıda aktarılan ikinci yorumuna dayanmaktadır.

1982 Anayasası, aslında 1961 Anayasası’nda olduğu gibi önce toplantı çağrısı konunun görüşülmesini güvenceye almak istemiştir. Meclis bu konuyu görüştüğten sonra çalışmalarına devam edebileceği gibi, tatil ve ara vermeye de devam edebilir. Ara verme ve tatile devam edebilmesi için yeniden karar vermesi gerekir. Çünkü toplantı haline dönen Meclis olağan çalışma düzeninde çalışmalarını sürdürebilecektir. Ancak bu halden çıkmak için ise yeni bir karar almak zorundadır. İçtüzük ise maddeyi böyle anlamamış ve çalışmalara devam edebilmek için yeni bir karar alınmasını zorunlu kılmıştır.⁴³ Bu düzenlemenin süreksizlik ilkesini uygulayan ülkelere ait bir düzenleme olduğuna hiçbir kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğunu söyleyebiliriz.⁴⁴ “Olağanüstü toplantı” terimine karşı çıkmayan Tanilli bile “Olağanüstü toplantıda tatile girmek, yeni bir kararı gerektirir” diyerek aynı görüşü paylaşmıştır.⁴⁵

⁴² **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, Yasama Dönemi: 20, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 54, 13.03.1999, s. 7.

⁴³ Bu konuda örnekler, Anayasa Mahkemesi kararları ve öneriler için bkz. Bakırcı (2000), s. 94-112.

⁴⁴ Teziç (1980), s. 156-161.

⁴⁵ Tanilli (1982), s. 296.

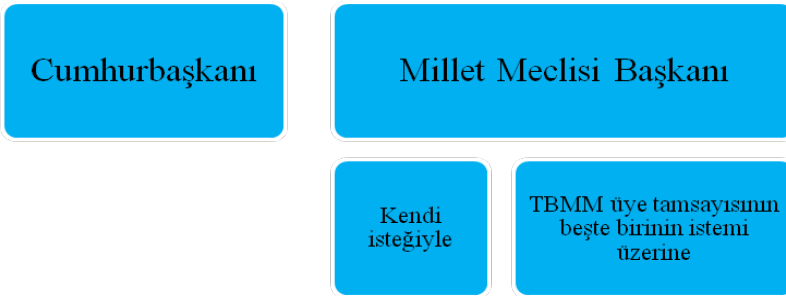
21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikler, TBMM'nin ara verme ve tatil esnasında iken toplantı konusunun da yeniden düzenlenmesini gerektirmiştir. Bunun nedeni, "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" olarak nitelendirilen yeni Anayasal sistemde, Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca yürütme yetkisi ve görevinin yalnızca "Cumhurbaşkanı" tarafından kullanılacak olması sebebine bağlı olarak Bakanlar Kurulunun lağvedilmiş olmasıdır. Zira Bakanlar Kurulu olmayınca, bu Kuruldan gelecek bir talebin varlığı da sözkonusu olamayacaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 93. maddesinden "Bakanlar Kurulu" ibaresi çıkarılmış ve 09.10.2018 tarih ve 1200 sayılı TBMM Kararı ile yapılan İçtüzük değişikliğinde, bu durum İçtüzüğün 7. maddesine de yansıtılmıştır. Anayasa'da yer alan yeni düzenleme şöyledir:

"...ara verme veya tatil sırasında Cumhurbaşkanınca toplantıya çağrılır.

Meclis Başkanı da doğrudan doğruya veya üyelerin beşte birinin yazılı istemi üzerine, Meclisi toplantıya çağırır.

Ara verme veya tatil sırasında toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisinde, öncelikle bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ara verme veya tatile devam edilemez."

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişikliklerle birlikte, ara verme ve tatildeki Meclisi toplantıya çağırma yetkisi olanlar şu şekilde gösterilebilir:



b) "Parlamentonun Süreksizliği" İlkesi

"Parlamentonun süreksizliği" ilkesi, bir meclisin yasama dönemi boyunca sürekli olarak toplanamayacağını ve toplantılarının süresinin bir üst sınırı bulunduğunu ifade etmektedir. "Parlamentonun sürekliliği" ilkesi, egemenliğin sürekliliği ilkesinden türetilmekle birlikte, kuvvetler ayrılığı

ilkesinin uygulandığı sistemlerde “egemenliğin sürekliliği” ile “parlamentonun sürekliliği” ilkesi arasındaki bağ kopmaktadır.

Egemenliğin kaynağı olan halk, temsili rejimlerde, egemenliğini yetkili organları aracılığıyla kullanmaktadır. Bu organlar yasama, yürütme ve yargıdır. Egemenliğin sürekli olması bu organların sürekliliğiyle ilişkili değildir. Bu organlardan birisinin işleyişi pekâlâ belirli bir dönem kesintiye uğrayabilir. Nitekim kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan 1982 Anayasası’nın 6. maddesinde “egemenliğin, kayıtsız şartsız Millete ait olduğu” belirtildikten sonra, Türk Milletinin, egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre, “yetkili organları eliyle” kullanacağı anayasal güvence altına alınmıştır. Sonraki maddeler (7, 8, 9. maddeler) “yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinin olduğunu”; “yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını”; “yargı yetkisinin ise Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağını” öngörmüştür. Bu nedenle Anayasa’da değişiklik yapılarak süreklilik ilkesi yerine “süreksizlik ilkesi”nin benimsenmesi, egemenliğin sürekliliği ilkesine herhangi bir aykırılık yaratmamaktadır. Bu nedendir ki “milli egemenlik” ilkesini benimseyen çok sayıda gelişmiş demokratik parlamenter sistemde süreksizlik ilkesi benimsenmiştir. Süreksizlik kuralının siyasal teoride de önemli savunucuları vardır. Nitekim, John Locke parlamentonun sürekli olarak toplanmaması gerektiğini şu sözlerle ortaya koymaktadır:

“Yasama İktidarı, devlet gücünün, topluluğun ve topluluk üyelerinin korunması için nasıl kullanılacağını yönlendirme hakkı olan iktidardır. Ancak sürekli olarak yürütülmesi gereken ve her zaman yürürlükte kalmaları gereken bu yasaların çok küçük bir zaman diliminde çıkarılabilmelerinden dolayı yasamanın her zaman yapacak bir işi olmadığından her zaman toplantı halinde olmasının gereği yoktur. Yasalar yapma iktidarına sahip aynı kişilerde de, bu yasaların yürütülmesi iktidarını da ellerine geçirmek için iktidarı elde tutmaya yönelik insani zayıflığın cezbediciliği aşırı büyüklükte olabilir; yasalar yapma iktidarına sahip olanlar yasaların yürütülmesi iktidarının ele geçirerek, kendilerini, yaptıkları yasalara itaat etmekten muaf tutabilir ve hem yapımı hem de yürütülmesi aşamalarında yasayı kendi özel çıkarlarına uydurabilir ve böylece toplumun ve yönetimin amacına aykırı biçimde topluluğun geriye kalanından farklı bir çıkara sahip hale gelebilirler: Bu neden-

le, bütünüün iyiliğinin gerektiği gibi dikkate alındığı doğru düzenlenmiş devletlerde, yasama iktidarı, yeteri kadar toplanan, kendi başlarına ya da başkalarıyla birlikte müşterek biçimde yasalar yapma iktidarına sahip, yasaları yaptıktan sonra yeniden dağılarak kendileri de kendi yaptıkları yasalara tabii hale gelen çeşitli kişilerin ellerine verilir; Yasamacıların yasaları kamu yararı için yapmış olmaları, gözetmeleri gereken yeni ve yakın bağıdır".⁴⁶

Benzer biçimde Montesquieu da yasama organının sürekli toplanmaması gerektiğini şu sözlerle açıklamaktadır:

"Yasama organının kesintisiz biçimde toplanması yararlıdır. Bu şekilde toplanmak temsilcilere yük olacağı gibi yürütme organı için de aşırı bir yük oluşturur. Çünkü yasama sürekli toplantı halinde olursa yürütme organı yürütme işlevini yerine getireceği yerde ayrıcalıklarını ve yürütme yetkisini savunmaktan başka bir şey düşünmeyecektir. Ayrıca yasama organı sürekli olarak toplanacak olsaydı, ölmüş olan milletvekillerinin yerine yenilerini seçmekten başka bir şey yapmazdı ve bu durumda da yasama organının bir kez yozlaşması halinde buna çare bulunamazdı...".⁴⁷

Bu düşünceler çeşitli ülkelerin anayasalarına da yansımış ve bu ülkelerde süreksizlik ilkesi benimsenmiştir. Süreksizlik ilkesini benimseyen İspanya Anayasası, tatilin üst sınırını değil toplantıların üst sınırını saptamıştır. İspanya Anayasası ve İttüzüğüne göre yasama meclisleri yılın "Eylül-Aralık" ve "Şubat-Haziran" olmak üzere sadece iki döneminde toplanabilir. Bu iki dönem dışında Meclis toplanmamaktadır. Olağanüstü durumlar varsa, yapılacak şey parlamentoyuolağanüstü toplantıya çağırmaaktır. Anayasa'ya göre olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi olanlar, "hükümet", "Süreklilik Temsilciler Heyeti" ve "Meclislerin her birinin üye tamsayısının salt çoğunluğu"dur. İspanya Anayasası'nın 73. maddesi ve İttüzüğün 61. maddesi uyarınca; Meclisler, süreksizlik ilkesine uygun biçimde, özel bir gündemle olağanüstü toplantıya çağırılabilir ve bu konu görüşülür görüşülmez toplantıya son verilmesi zorunludur.⁴⁸ Bu ilkenin bir başka sonucu milletvekili ve senatörlerin görev

⁴⁶ John Locke (2019), **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, (Çeviren: Fahri Bakırcı), Serbest Kitaplar, Ankara, s. 153-154

⁴⁷ Montesquieu (2005), **The Spirits of the Laws** (A. M. Cohler, B. C. Miller, & H. S. Stone) Cambridge: Cambridge University Press, Book 11, C. VI, s. 161.

⁴⁸ Fahri Bakırcı (2014), "İspanya Parlamentosu'nun Yapı ve İşleyişi Üzerine", **AÜHF Dergisi**, Cilt: 63, Sayı: 1, s. 12-13.

sürelerinin dönemin sonunda ya da fesih kararının alındığı gün sona ermesidir; yani, yeni Meclisin seçilip toplanmasına gerek yoktur.⁴⁹

İspanya’da parlamentonun süreksizliği kuralı nedeniyle oluşturulan önemli bir kurul “Sürekli Temsilciler Heyeti”dir. Meclis feshedildiğinde ya da görev süresi bittiğinde, yeni meclis henüz seçilmemiş olsa bile, görevi sona eren Meclisin yeniden toplanması mümkün değildir. İşte bu dönemlerde bir boşluk oluşmaması için 21 üyeli, adeta minyatür bir yasama organı veya geçici Meclis oluşturulmaktadır. Parlamentonun kanatlarından her biri, asgari 21 üyeden oluşan ve parlamento gruplarının her birinin güçleri oranında katılımının sağlandığı bir “*Sürekli Temsilciler Heyeti’ne (Diputación Permanente)*” sahiptir. Anayasa’nın 78. maddesine göre, bu Heyetlere ilgili Meclis Başkanı başkanlık etmektedir. Heyet bir tür küçük Meclistir. Bu Heyet, Meclisin toplantı halinde olmadığı zamanlarda, sınırlı sayıda işi Meclis adına yapmakla yetkilidir.⁵⁰

Süreksizlik kuralını uygulayan ülke örneklerinden bir başkası ise Avusturya’dır. Bu ilke gereğince, Meclisin ne kadar toplanacağı değil, ne kadar tatil yapması gerektiği belirtilmiştir. Avusturya Anayasası’nın 28. maddesine göre; Federasyon Başkanı, Ulusal Meclisi her yıl 15 Eylül’den önce başlayamayan ve bir sonraki yılın 15 Temmuz tarihini aşamayan olağan bir yasama için toplantıya çağırarak yetkili kılınmıştır. Meclisin kendiliğinden toplanamaması ve toplantı çağırmasının Federal Başkan tarafından yapılması “süreksizlik ilkesi”nin sonucudur. Meclisin toplantı döneminin tatil zorunluluğu ile tanımlanmış olması da süreksizlik kuralının sonucudur. Meclis yılda en az iki ay tatil yapmak zorundadır. Ancak bu ‘en az’ tatil süresidir. Zira çok daha uzun süre tatil yapılabilir. Örneğin Meclis, 15 Eylül yerine 15 Mart tarihinde toplantıya çağırılabilir ve bu durumda dahi 15 Temmuz’da tatile girmek zorundadır. Bu durumda yıllık çalışma süresi dört ayla sınırlandırılmış olmaktadır. Anayasa’nın 28. maddesi ve İçtüzüğü’nün 46. maddesi uyarınca, bu inisiyatif tümüyle Federasyon Başkanına aittir. Başkanın Meclisi çalıştırmamasının bir alt sınırı yoktur ama Meclisi çalıştırmasının 10 aylık bir üst sınırı vardır.⁵¹

SONUÇ

Devletler anayasal tercih olarak “*parlamentonun sürekliliği*” veya “*parlamentonun süreksizliği*” ilkelerinden birini seçme hakkına sahiptirler. Bu seçimin ülkelerin siyasal-anayasal kültür ve geleneklerinin etkisinde gerçekleşeceği çok açıktır. Bu ilkelerin her birinin kendine göre avantaj ve

⁴⁹ Bakırcı (2014), s. 11-12.

⁵⁰ Bakırcı (2014), s. 34-35.

⁵¹ Fahri Bakırcı (2013), “Avusturya Parlamentosu Üzerine”, **GÜHF Dergisi**, Cilt: 27, Yıl: 2013, Sayı: 1-2, s. 1198.

dezavantajları bulunmaktadır. Bu tercihlerin yerindeliliği de kuşkusuz ayrı bir tartışma konusudur. Tartışma konusu olmaması gereken sorun şudur: Belli bir ilkeyi benimseyen bir ülkenin, diğer ilkenin bazı bileşenlerini kendi ilkesine eklememesi ve norma karşı uygulamalarla eklektik bir sistem yaratması doğru değildir. Türkiye'de, Anayasacılık gelişmeleri ve parlamentonun çalışma düzeni de göz önüne alındığında, 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü'nün bu yönden sorunlu olduğu ve ayrıca özellikle son dönemlerde TBMM'nin aldığı kararlarla "ara verme" ve "tatil" bakımından kimi sorunları doğurabilecek yöntemlere veya taktiklere başvurduğu söylenebilir.

1982 Anayasası'nda toplantı yapılmamasını olanaklı kılan iki araç "ara verme" ve "tatil"dir. Anayasa'ya göre, TBMM her yıl 3 ay tatil yapma hakkına sahiptir ve süreklilik ilkesi gereğince bu karar alınmaksızın tatile girmek mümkün değildir. TBMM'nin "1 Temmuz"da kendiliğinden tatile girmesi, tatil yapılmasını zorunlu kılar ki bu tür bir anlayış Anayasa'ya aykırıdır, çünkü bu durumda TBMM sürekli toplanarak tatil yapmama hakkını İçtüzük nedeniyle kaybetmiş olur. Tatil yapmama için yeni bir karar almak gerekir. TBMM dilediği zaman tatile girme ve tatilini bölerek kullanma hakkına sahip olduğunda, yasama yılının başından itibaren gerek duydukça belirli uzun aralarla tatile girebilir ve toplantı yapmama ihtiyacını kullanabilir. Örneğin tatilini birer aylık üç ayrı parça halinde kullandığında, uzun tatil ihtiyacını karşılayabilir. TBMM, İçtüzükte 15 gün olarak belirlenmiş olan ara verme hakkını da aynı anlayışla kullanabilir. Bütün bu uygulamalar süreklilik ilkesine uygun olduğu gibi, TBMM'nin uygulanması güç teamüller geliştirmesini de gereksiz kılar.

TBMM tatil ve ara vermeyi süreklilik ilkesine uygun yorumlamadığından "aç-kapa" başlığı altında iki yöntem ve "*Covid 19 Pandemisi*" nedeniyle de iki yeni yöntem geliştirmiştir. Bu yöntemler yaşanan *Pandemi* nedeniyle haklı görülebilir ve desteklenebilir. Ancak daha sonraki dönemlerde emsal olarak kullanıldıklarında yasama organı açısından son derece tehlikeli sonuçlar üretebilirler. Çünkü TBMM Genel Kurulunun "12 işgünü" *toplannama* kararı alarak bir ay hiç toplanmaması sonucu ortaya çıkabilir. Bu durumda "48 işgünü" *toplannama* kararı Genel Kurul'un 4 ay toplanmaması anlamına gelecektir. Bu sonuç Anayasa ve İçtüzükte ara verme ve tatile getirilen 3 ay 15 günlük sınırın 4 ay daha aşılması anlamına gelecektir. Bu, süreklilik ilkesinin keyfi biçimde ortadan kaldırıldığı anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Arsel, İlhan (1965), **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları -Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu**, Mars Matbaası, Ankara.
- Bakırcı, Fahri (2000), **TBMM'nin Çalışma Yöntemi**, İmge Yayınevi, Ankara.
- Bakırcı, Fahri (2014), “İspanya Parlamentosu'nun Yapı ve İşleyişi Üzerine”, **AÜHF Dergisi**, Cilt: 63, Sayı: 1.
- Bakırcı, Fahri (2013), “Avusturya Parlamentosu Üzerine”, **GÜHF Dergisi**, Cilt: 27, Yıl: 2013, Sayı: 1-2.
- Duguit, Leon (1954) **Kamu Hukuku Dersleri**, (Çeviren: Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Gözler, Kemal (2011), **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt: I, Ekin Basım Yayın, Bursa.
- Gündüz, Harun (2012), “Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplanması: Tatilde veya Ara Vermede Toplantı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 103, s. 285-289.
- Güneş, Turan (1965), **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Has, Volkan (2009), **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Helms, Ludger (2006), “The Changing Parameters of Political Control in Western Europe”, **Parliamentary Affairs**, Vol: 59, No: 1.
- İba, Şeref (2017), **Parlamento Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara.
- İba, Şeref (2001), **Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı**, Nobel Yayınevi, Ankara.
- Kılıç, Abbas (2010), **Parlamentar Rejimlerde ve Türkiye'de Bakanların Bireysel Siyasi Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Kılıç, Abbas (2020), **Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kili, Suna & Gözübüyük, A. Şeref (1985), **Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara.
- Lipson, Leslie (1984), **Demokratik Uygarlık**, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara.
- Locke, John (2019), **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, (Çeviren: Fahri Bakırcı), Serbest Kitaplar, Ankara.

- Miceli, Vincenzo (1946) **Modern Parlamentolar**, (Çeviren: Atıf Akgüç), Ulus Basımevi, Ankara.
- Montesquieu (2005). **The Spirits of the Laws** (A. M. Cohler, B. C. Miller, & H. S. Stone) Cambridge: Cambridge University Press, Book 11, C. VI, s. 161.
- Neziroğlu, İrfan (2005), "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplanması: Sorunlar ve Öneriler", **DEÜHFD**, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 1-32.
- Onar, Erdal (2007), "Güncel Demokrasilerde Parlatentonun Rolü: Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Özbudun, Ergun (1968), **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Robson, William A. (1960) **İngiliz Hükümet Sistemi** (Çeviren: Kemal Fikret Arık), Türkiye ve Orta Doğu Amme İdare Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Strøm, Kaare (2000), "Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies", **European Journal of Political Research**, Vol: 37 No: 3.
- Tanilli, Server (1982), **Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)**, Say Yayınları, İstanbul.
- Teziç, Erdoğan (1980), **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, İÜHF Yayınları, İstanbul.
- Anayasa Mahkemesi Kararları.
- TBMM Genel Kurul Tutanakları.
- TDK Sözlük.

İDARİ YARGIDA MASUMİYET KARİNESİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Presumption of Innocence in Administrative Law Jurisdiction: A Review Considering European Court of Human Rights and Constitutional Court' Case- Law

Gökhan ÇAYAN*

Geliş Tarihi: 12.06.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Masumiyet karinesi, tüm uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri tarafından, Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemiyle benzer bir biçimde, adil yargılanma hakkının unsuru olarak tanınmaktadır. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde ise karine, ispat yükünü ve standardını belirleyen bir ilke olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık her hukuk sisteminde masumiyet karinesi, Anglo-Sakson ve Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemlerinin öngördüğü şekilde kabul edilmeyebilir. Karinenin ortak bir değer olarak kabul edilebilmesi, belirli bir düzeyde asgari mutabakat seviyesinin belirlenmesiyle mümkündür. Bu asgari mutabakat seviyesine göre karine, suç ile itham edilenleri yanlış mahkûmiyetten koruma amacına hizmet eder ve kişinin, suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılmasını sağlar. Masumiyet karinesinin anlaşılabilmesi, ilkenin doğasının tespit edilmesiyle mümkündür. Bu makalede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında masumiyet karinesinin doğası, idari yargı açısından inceleme konusu yapılmıştır. Makalenin birinci kısmında genel prensipler, ikinci kısmında masumiyet karinesinin amaçları, üçüncü kısmında idari yargıda masumiyet karinesi ve dördüncü kısmında mahkeme kararları yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Masumiyet karinesi, masumiyet karinesinin amaçları, idari yargıda masumiyet karinesi, masumiyet karinesinin felsefesi, masumiyet karinesinin doktrini, ispat yükü, delil standardı.

ABSTRACT

The presumption of innocence is accepted by its position in all international and regional human rights treaties as a standard of fair trials, which similar to that Continental Law System. According to Anglo-Saxsons Law System, the presumption is described in principle of burden and standard of proof. Whereas, the presumption of innocence in every legal system may not be understood as an accepted by Anglo-Saxons and Continental Law Systems. A level of abstraction is necessary, for accepted to common principle, a search for the minimum standard that universally hold. According to this minimum standard level; the presumption has long been regarded as fundamental to protecting accused persons from wrongful conviction; and the basic principle is that the accused is to be considered innocent until proven guilty of a criminal offer. Understanding the presumption of innocence is possible with determining the nature of the right. In this article, the presumption of innocence in light of European Court of Human Rights and Constitutional decision is examined. There are general principles in first part, the purposes of the presumption of innocence in second part, presumption in administrative law jurisdiction in third part and court decisions in fourth part.

Key Words: The presumption of innocence, the purposes of the presumption of innocence, presumption of innocence in administrative law jurisdiction, philosophy of the presumption of innocence, doctrine of the presumption of innocence, burden of proof, standard of proof.

* Hâkim: Ankara İdare Mahkemesi, LL. M: Kırıkkale Üniversitesi, LL. B: Kırıkkale Üniversitesi, D. eP: Pazmany Peter Üniversitesi, www.gcayan.com, ORCID ID: 0000-0001-8704-2884, Web of Science Researcher ID: AAH-9475-2019, e-posta: gcayan@yandex.com .

GİRİŞ

Masumiyet karinesine doktrinde farklı anlamlar yüklenmiştir. Karinenin tanımının, amacının, hedefinin ve doğasının ne olduğu noktasında ittifakla bir tanım vermek mümkün değildir¹. En genel anlamıyla masumiyet karinesi, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmamasını ifade eder².

Tabii hukuk ekolü; masumiyet karinesini, bireyin özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmektedir. Bu ekole göre karine, suç işlendiği mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar kişinin yaşama ve özgürlük hakkını güvence altına almaya yarayan³ ve doğuştan kazanılan bir haktır⁴. Bu sebeple masumiyet karinesinin, normatif hukukta düzenlenip düzenlenmemesinin bir önemi yoktur⁵.

Tarihi epey eskiye dayanan ve kadim bir hukuk doktrini olan masumiyet karinesinin ilk çıkış noktası İsa'dan Önce 1792 yıllarında düzenlenen Hammurabi Kanunlarına dayanır. Yunan şehir devletleri ve Roma Hukuku'nda basit uygulamalarına rastlanan karinenin gelişiminde Anglo-Sakson hukuk sistemi önemli bir yer tutar⁶. İslam hukuk sisteminde de karine, istikrarlı bir biçimde uygulama alanı bulmuştur⁷. Öte yandan, Kıt'a Avrupası Hukuk sisteminin, karinenin gelişimine ve genişlemesine yardımcı olduğunu söylemek mümkündür.

Masumiyet Karinesi, Anglo-Sakson hukuk sisteminde (*Anglo-Saxsons System*) “*The Presumption of Innocence*” terimiyle ifade edilmiştir.

¹ Laudan, L. (2006), *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge Üniversitesi Yayınları, s.92.

² Jackson, D. J., Summers J. S. (2012), *The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge Üniversitesi Yayınları, s. 200; Lippke, R. L (2015), The Presumption of Innocence in The Trial Setting, *Tatio Juris Dergisi*, C. 28, S. 2, s. 160; Campbell, L. (2013), Criminal Labes, the European Convention on Human Rights and Presumption of Innocence, *The Modern Hukuk Dergisi*, C. 76, S. 4, s 682.

³ Laufer, S. W. (1995), The Rhetoric of Innocence, *Washington Hukuk Dergisi*, S.17, Washington, s. 332-333.

⁴ Wilkinson, J. H. (2018), the presumption of Civil Innocence, *Virginia Hukuk Dergisi*, C. 104, S. 4, s. 603.

⁵ Wilkinson, J. (2018), s. 604; Gray, A. (2017), *Presumption of Innocence in Peril*, Londra, Lexington Yayınları, s. 1-2.

⁶ Gray, A. (2017), s. 1-2.

⁷ Eş- Şeybani, M., (Çeviren: Mehmet Boynu Kalın), *Beyrut, Dar İbn Hazm*, X. Cilt, s. 477-478; ŞEBBE Ö., (Çeviren: Mehmet Boynukalın), *Tarihü'l-Medine Daru'l-Uleyeyani*, II. Cilt, s. 345-346; Erturhan, S. (2002), İslam Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi (In Dubio Pre Reo), *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, s. 185; ARI, A. (2003), Hz. Ömer'in Ebu Musa El Eş'ariye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi*, S. 2, s. 94-96; Çayan, G. (2016), *Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, Legal Yayınları, s. 16.

“*Innocence*” kelimesi masumiyet, “*Presumption*” kelimesi varsayım, “*The Presumption of Innocence*” tamlaması ise “masumiyet varsayımı” anlamına gelir. “*Presumption*” kelimesi, Amerikan ve İngiliz Hukukunda, hukuki ve fiili karineleri tanımlamak için de kullanılmaktadır⁸.

İslam ve Osmanlı hukuk sistemlerinde masumiyet karinesi, “*Beraat-i zimmet asıldır*”, “*Şek ile yakın zail olmaz*”, “*Yakin ile sabit olan ancak yakın ile ortadan kalkar*” ve “*Yakin ile sabit olan şek ile ortadan kalkmaz*” ilkeleriyle işlerlik kazanmıştır.⁹ Osmanlı kadı sicilleri değerlendirildiğinde, ispat ve ispat külfeti temelinde masumiyet karinesinin 18. yüzyıla kadar istikrarlı bir biçimde uygulandığını söylemek mümkündür¹⁰.

“Eşitlik, Özgürlük ve Kardeşlik” mottosuyla başlayan Fransız İhtilali sonucunda yayımlanan 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisi’nin 9.paragrafında, suç işlediği mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar herkesin suçsuz sayılacağı ilan edilmiştir¹¹. Kıt’a Avrupası Hukuk sisteminin, masumiyet karinesine verdiği en önemli katkı olarak görülen Bildiri, diğer uluslararası metinlerin ilan edilmesini de hızlandırmıştır.

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na yapılan oturumda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 11.maddesinin birinci fıkrasında, “*Bir suç işlemekten sanık olan herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu açık bir yargılama ile kanunen suçlu olduğu tespit edilmedikçe masum sayılır*” hükmüne yer verilmiştir. Bir temenni niteliğinde olan Beynamede, savunma hakkı masumiyet karinesiyle bütünleşik bir biçimde düzenlenmiş ve suçluluğun açık yargılamayla ve kanunen sabit olması gerektiği ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 2. paragrafında, bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*” başlıklı 38.maddesinin dördüncü fıkrasında, masumiyet karinesi temel bir hak olarak düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre, “*Suçluluğu*

⁸ Anılan terim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesinin 2.paragrafında “presumed innocence” ifadesi kullanılmaktadır. Söz konusu ifade, “masum sayılır” anlamına gelir.

⁹ Erturhan, S. (2002) s. 185; Arı, A. (2003) 94-96; Çayan, G. (2016), Adil Yargılanma Hakkı, s. 16.

¹⁰ Çayan, G. (2020), Masumiyet Karinesi Doktrini, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 42, s.60- 61.

¹¹ Üstün, K. T. (2019), İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Ankara, Seçkin Hukuk Yayınları, s. 50.

hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz". Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin durdurulması" başlıklı 15.maddesinin dördüncü fıkrasında, masumiyet karinesinin; savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi dokunulması mümkün olmayan çekirdek haklar kategorisinde düzenlendiğini de belirtmek gerekir¹².

Çalışmamızın devamında Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında idari yargıda masumiyet karinesi inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmanın birinci bölümünde genel prensipler, ikinci bölümünde masumiyet karinesinin amaçları, üçüncü bölümünde idari yargıda masumiyet karinesinin uygulanması ve dördüncü bölümünde masumiyet karinesinin özel görünüş biçimleri ve idari davalara uyarlanması ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK

Zaman içerisinde farklı anlamlar yüklenen masumiyet karinesi, bugün, sadece "suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça kimse suçlu sayılmaz" ifadesiyle tanımlanamaz. Karinenin anlamını açıklarken ortaya çıkan ilk sorun, paradoksal doğasından kaynaklanır. *Weingend*'e göre masumiyet karinesinin paradoksal doğası, bir suçla itham edilen kişiyi, hayatın tecrübelerine ve insanların sezgilerine karşı korumaktır¹³.

Ferzan ve Campbell ise, Devletin suçluların tespit edilmesi, tutuklanması, kovuşturulması ve mahkûm edilmesinde birinci derecede sorumluluğa sahip olduğunu; bu süreçte sanığın, her zaman kendisinden daha güçlü olan Devletle karşı karşıya geldiğini; hukuk sisteminin adaletini tesis etmek için devletin üstün gücüne karşı sanığın korunması gerektiğini; masumiyet karinesinin devletin zor kullanma, delil getirme, gizli bilgilere ulaşma, itham etme, koruma tedbirleri uygulama, suçlu bulma ve ceza verme gücü ile sanığın gücünü dengelemeye yarayan bir ilke olduğunu savunmaktadır¹⁴.

Yukarıda açık düzenlemelerine yer verdiğimiz 1982 Anayasası masumiyet karinesini, "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" şeklinde kabul ederken; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, "bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı" şeklinde düzenlemiştir.

Weingend, Ferzan ve Campbell'in ifadeleri ile Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki pozitif düzenlemelerden hareket edecek olursak,

¹² Feyzioğlu, M. (1999), *Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf> s. 136., Erişim Tarihi: 31/12/2019, s. 136.

¹³ De Jong, F., Van Lent L. (2016), The Presumption of Innocence as a Counter Futual Principles, *Utrecht Hukuk Dergisi*, S. 2, s. 37.

¹⁴ Campbell, L. (2013), s. 682; Ferzan, K. (2014), Preventive Justice and The Presumption of Innocence, *Law and Philos Dergisi*, S. 8, s. 283.

masumiyet karinesinin işlerlik kazanabilmesi için ortada bir suç ithamının olması gerekir. Eğer ortada herhangi bir suç ithamı ya da ithamla bütünlük bir durum söz konusu değilse, masumiyet karinesinin uygulama alanı bulacağını söylemek, kural olarak, imkânsızdır.

Görüldüğü gibi masumiyet karinesinin, suç işlediği konusunda şüphe duyulan kişiyi koruduğu noktasında duraksama yoktur. Karineyle korunan kişi, bir taraftan masum olduğu varsayılırken, diğer taraftan da işlendiği iddia edilen suçun makul şüphelisi olmaya devam eder. İşte tam bu noktada masumiyet karinesinin kendisine has paradoksal çelişkisi ortaya çıkar. Bu çelişki paradoksu, teorik olarak karinenin varsayımsal ve bilişsel olmayan normatif karakteriyle açıklanabilir¹⁵.

Karinenin normatif karakteri konusunda hukuk sistemlerinde farklı görüşler mevcuttur. Kıt'a Avrupası Hukuk sistemi (*Continental System*) masumiyet karinesini, adil bir yargılama için varsayımsal başlangıç noktası olarak kabul ederken¹⁶; Anglo- Sakson hukuk sistemi, prosedürel bir himaye olarak kabul etmektedir¹⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Kıt'a Avrupası hukuk sistemine benzer bir biçimde, adil yargılanma hakkının varsayımsal başlangıç noktası olarak kabul etmektedir¹⁸.

Prosedürel bir ilke mi yoksa adil yargılanma hakkının varsayımsal başlangıç noktası mı olduğu bir kenara bırakılacak olursa karinenin, yargılama öncesi ve sonrasında suçla itham edilen kişinin itibarını korumaya yönelik bir ilke olduğunu söylemek mümkündür¹⁹. *Weingend*'in ifade ettiği gibi suçlanan kişi, hayatın tecrübelerine ve insanların sezgilerine karşı masumiyet karinesi zirhıyla korunmuş olur²⁰.

¹⁵ De Jong, F. vd. (2016), s. 37.

¹⁶ Jackson, D. vd. (2012), s. 212.

¹⁷ De Jong, F. vd. (2016), s. 37; Çayan, G. (2016), *Adil Yargılanma Hakkı*, Legal Yayınları, s. 189; Sherman, J. C. (2014), *The Juror, The Citizen, and The Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgement*, *Crim Law and Philos Dergisi*, S. 8, s. 423..

¹⁸ Phillips/Birleşik Krallık, B. N.: 41087/97, 12/12/2001, § § 39- 40; Grayson ve Barnham/ Birleşik Krallık, B.N: 19955/05 ve 15085/06, 23/12/2008, § § 37- 39. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi masumiyet karinesinin esas itibariyle ceza hukukuna ait bir ilke olduğunu ve ceza yargılamasının bütününde uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir (Poncelet/ Belçika, B.N. 44418/07, 04/10/2010, § 50; Minelli/İsviçre, B. N.: 8660/79, 25/03/1983, § 30; Garycki/Polonya, B.N.: 14348/02, 06/05/2007, § 68.).

¹⁹ Trachsel, S. (2005), *Human Rights in Criminal Procedure*, Oxford Yayınları, s. 164; Campbell, L. (2013), s. 684.

²⁰ De Jong, F. vd. (2016), s. 7.

II. MASUMİYET KARİNESİNİN AMAÇLARI

Anglo- Sakson Hukuk Sistemi'nde masumiyet karinesinin en bariz amacı, masum insanı yanlış mahkumiyetten korumaktır²¹. Bu amaç, Kıt'a Avrupası'nda da benimsenir. Zira mahkûmiyet kararı; sansür, lekelenme ve toplumdaki dışlanma gibi çeşitli sonuçları ortaya çıkarmanın yanında, mahkumiyetin resmi veya gayri resmi olarak tescil edilmesi, stigmatizasyon, bazı istihdam biçimlerinden diskalifiye veya topluma ifşa edilme gibi önlemlerle de sonuçlanabilir. Bu sonuçların kişiye dayatılması için sağlam gerekçelerin olması gerekir²². Sağlam gerekçe ihtiyacının karşılanması için de suçluluğun makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanması ilkesi kabul edilmiştir²³.

Masumların mahkumiyetini önlemeye yönelik epistemik ihtiyacın gerektirdiği varsayım ile suçlu bulunmadan önce herkesin masum sayılmasına yönelik ihtiyacın gerektirdiği varsayım birbirinden farklı amaçlara hizmet eder. Biri işlemlerin sonuçlarıyla ilgilenirken, diğeri kişinin itibarıyla ilgilenir. Özellikle *Trachsel*, masumiyet karinesinin, kişi itibarını koruma ilkesinden türetildiğini kabul etmektedir²⁴. Anglo- Sakson Hukuk Sisteminden farklı olarak Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemi, karinenin her iki yönünü de korur. Dolayısıyla Kıt'a Avrupası'nda masumiyet karinesi, masumların mahkumiyetini önlemeye yönelik epistemik ihtiyaçtan çok daha fazlasıdır.

Masumiyet karinesinin amaçlarından birisi de delil standardını düzenlemektir²⁵. Delil standardı, mahkemenin adil bir karara varabilmesi için gereken ikna gücünü ve ispatın eşik düzeyini ifade eder²⁶. Kişinin suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır ifadesinin anlam kazanabilmesi için delil standardının belirlenmesi gerekir. Söz gelimi, şüpheliyle

²¹ Stummer, A. (2010), A. (2010), *The Presumption of Innocence Aidental and Human Rights Perspective*, Oxford ve Portland, Oregon Yayınları, s. 29.

²² Asworth, A. (2006), *Four Threats to the Presumption of Innocence*, Sweet and Maxwell Yayınları, s. 247.

²³ Sherman, J. (2014), s. 434.

²⁴ Trachsel, S. (2005), s. 164

²⁵ Masumiyet karinesiyle delil standardı arasındaki ilişki hakkında doktrinde farklı görüşler vardır. Laudan, L. (2006), masumiyet karinesiyle delil standardı kavramının birbirinden farklı olduğunu savunurken (Laudan, L. (2006), s. 116-117); Lacey, N. (2016), delil standardının belirlemeyle masumiyet karinesi arasında ciddi bağlantı olduğunu, hatta suçluluğun makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanması ilkesinin masumiyet karinesinin kökenini oluşturduğunu savunmaktadır (Lacey, N. (2016), *in Search of Criminal Responsibility; Ideas, Interests and Institutions*, Oxford Üniversitesi Yayınları, s. 252). Lacey ile aynı yönde, Gray, A. (2017), s. 8.

²⁶ Scheiner, R. (2007), Standard of Proof, Presumption of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure, *California Wesrern Hukuk Dergisi*, S. 55, s. 58.

kanıt standardının uygulandığı bir hukuk sisteminin, masumiyet karinesine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.

Masumiyet karinesi, masumları koruma, ispat standardını düzenleme ve ispat külfetini tahsis etmenin yanında, sadece suçluluğu kesin ve net delillerle ispat edilen kişilerin mahkûm edilmesini gerektirdiğinden, hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi amacına da hizmet etmektedir²⁷.

III. İDARİ YARGIDA MASUMİYET KARİNESİNİN UYGULANMASI

A. İDARİ SUÇ İTHAMLARI AÇISINDAN MASUMİYET KARİNESİ

Masumiyet karinesi, suç sabit olana kadar “kişinin suçlu sayılmama” hakkını güvence altına aldığından, karinenin işlerlik kazanabilmesi için evvela ortada bir suç ithamının olması gerekir.

Suç ithamı denildiğinde akla ilk olarak Ceza Kanununda suç olarak düzenlenen bir fiilin işlendiği iddiası gelmektedir. Fakat cezalandırma ve suç alanı sadece Ceza Kanunu düzenlemeleriyle sınırlı değildir. Türkiye, Almanya, Fransa, İngiltere ve İspanya gibi ülkelerde cezalandırma alanı üç kısma ayrılmıştır. Bunlar: ceza kanunu kapsamındaki klasik cezalandırma alanı, basit cürüm veya kabahatlerin cezalandırma alanı ve idarenin cezalandırma alanıdır²⁸. Burada tartışılması gereken asıl mesele, Ceza Kanunu kapsamında düzenlenmemekle birlikte, idari cezalandırma alanına dahil olan eylemlerin işlendiği iddiasında masumiyet karinesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesidir²⁹.

Bu meseleyi çözüme kavuşturmak için genel olarak suç ithamı kavramının tespit edilmesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, suç isnadı kavramını, otonom (özerk) yorum prensibi çerçevesinde açıklamaktadır. Otonom yorum prensibi uyarınca AİHM, dava konusu olayı ulusal nitelendirmelerden farklı ve bağımsız bir biçimde her somut olaya özgü olarak değerlendirir. Mahkeme, suç isnadı kavramını özsel olarak açıklamakta ve görünenin ötesine giderek suç isnadı kavramını tespit etmektedir.³⁰

İç hukukun bir ithamı Ceza Hukuku sistemine almaması, sırf bu nedenle ithamın, suç isnadı olarak değerlendirilmesine engel olmaz. Gerçekten de AİHM, *Engel ve Diğerleri/ Hollanda* başvurusunda, ulusal mevzuatta askeri

²⁷ Stummer, A. (2010), s. 37.

²⁸ Çayan, G. (2016), The Right to a Fair Trial, the Coverage of the Right and Application in the Tax Cases, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 12, s. 445-446.

²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: Çayan, G. (2016), Tax Cases, 445 v.d. ve Çayan, G. (2016), The Right to a Fair Trial in the Discrepancies Originating from Public Officials' Status, *İnsan Hakları Dergisi*, S. 11, 2016.

³⁰ Deweer/Belçika, B.N: 6903/75, 27/02/1980, § § k.b.a.

disiplin hukukuna dahil olan³¹ bir konuyu suç isnadı olarak kabul etmiş ve bu isnada ilişkin yargılamanın 6. maddedeki güvencelerden yararlanacağını ifade ederek otonom yorum prensibi uyarınca başvuruyu sonuca bağlamıştır.

Bir isnadın suç isnadı olarak kabul edilebilmesi ve 6. maddenin uygulanabilmesi için aşağıdaki üç kriterden birinin gerçekleşmesi gerekir. Buradaki kriterlerin kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmez. Birisinin varlığı halinde itham, AİHM tarafından suç isnadı olarak kabul edilir. Buna göre³²,

1. İsnat edilen eylemin ulusal mevzuatta suç olarak sınıflandırılması: Burada eylemin salt olarak ulusal mevzuatta suç sayılmış olması yeterlidir. Ayrıca başka bir şartın gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur.³³

2. Eylemin Doğası: İsnat edilen eylemin ulusal mevzuatta suç olarak sınıflandırılan eylemlerle benzerliği, diğer Akit Devletlerde nasıl düzenlendiği, demokratik bir hukuk devletinde bu eylemin karşılığının ne olması gerektiği ve eylemin herkesi etkileyen bir niteliğe sahip olup olmadığı gibi esasların ele alınarak isnat niteliğinin belirlenmesine eylemin doğası denir.³⁴ Bu ölçütte eylemin, doğası gereği suç olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği üzerinde durulur. İsnat edilen eylem, ulusal mevzuatta suç olarak sınıflandırılan eylemlere benziyorsa veya isnat edilen eyleme uygulanacak usul ile cezalara uygulanacak usul arasında benzerlik varsa isnat, eylemin doğası gereği suç isnadı olarak kabul edilir. İsnat edilen fiil ile ulusal mevzuatta suç olarak sınıflandırılan eylem arasında nitelik veya uygulanacak usul bakımından bir benzerlik bulunmuyorsa, fiilin akit devletlerde suç sayılıp sayılmadığına veya demokratik hukuk devletinde bu eylemin karşılığının ne olması gerektiğine bakılarak itham durumunun tespit edilmesi gerekir³⁵.

3. Olası cezanın türü ve şiddet seviyesi: Ceza verilmesinde güdülen amaç ve cezanın kişi hürriyetini kısıtlayıcı sonuç doğurup doğurmadığı üzerinde durularak isnadın niteliğinin belirlendiği üçüncü ve son ölçüte, olası cezanın türü ve şiddet seviyesi ölçütü denir.³⁶ Bu ölçütte suç isnadı, işlendiği iddia edilen eyleme verilecek cezanın türü ve şiddeti dikkate alınarak belirlenir³⁷. AİHM, karşılığında hürriyeti kısıtlayıcı ceza verilen eylemlerin hemen hemen hepsini suç isnadı olarak kabul etmektedir.³⁸

³¹ Çayan, G. (2016), Adil Yargılanma Hakkı, s. 38.

³² Anılan kriterler için Bakınız: Engel ve Diğerleri/Hollanda, § 82- 83.

³³ Vitkauskas, D., Lewis- A. S. (2012), *Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights*, Integrights Yayınları, s. 18.

³⁴ Adolf/Avusturya, B.N: 8269/78, 26/03/1982, § 30.

³⁵ Bentham/Birleşik Krallık, BN: 19380/92, 10/06/1006, § 56.

³⁶ Bendenoun/Fransa, BN: 12547/86, 24/02/1994, § 47.

³⁷ Lutz/Almanya, B.N: 9912/82, 25/08/1087, § 55; Öztürk/Almanya, § 54; Nicoleta George/Romanya, B.N: 23470/05, 03/07/2012, § 26.

³⁸ Vitkauskas, D. vd. (2012), s. 18.

İdari yaptırımların, AİHM tarafından belirlenen üç ölçütten birisini bünyesinde barındırması halinde, suç isnadı olarak kabul edilmesi ve masumiyet karinesinden yararlanması gerekir. Nitekim *Jussila/ Finlandya* başvurusunda AİHM, idari para cezalarını söz konusu kriterlere göre değerlendirerek, idari yaptırımı ikinci ve üçüncü kriter açısından suç isnadı olarak kabul etmiştir³⁹.

AİHS, daha önce suç olan bir eylemin, suç olmaktan çıkarılmasına yönelik ulusal düzenlemelerin sevk edilmesini yasaklamamaktadır. Ancak, ceza kanununda suç olarak düzenlenen bir fiil, daha sonra suç olmaktan çıkarılarak sadece disiplin cezasını gerektiren bir fiil şeklinde düzenlenmiş ise suç isnadı olarak kabul edilir ve masumiyet karinesinin işletilmesi gerekir⁴⁰.

Cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlüler açısından uygulanan disiplin rejimleri, kural olarak, suç isnadı kapsamında olmadığından, masumiyet karinesinin işletilmesi mümkün değildir. Buna karşılık AİHM, olası cezasının şiddet seviyesi ve ağırlığını dikkate alarak bazı yaptırımlara sebebiyet veren fiilleri suç isnadı olarak kabul etmiştir⁴¹. *Ezeh ve Connors/ Birleşik Krallık* başvurusunda AİHM, başvuruçulara verilen 47 günlük hücre cezasına sebebiyet veren eylemi, suç isnadı olarak değerlendirmiş ve bu eylem açısından masumiyet karinesinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁴².

Duruşmanın sukut ve inzibatını bozan eylemlere karşı uygulanan disiplin cezaları, suç isnadı olarak kabul edilemez⁴³. Ancak cezanın ağırlığı ve niteliği, mahkumiyete uygulanabilecek bir sonuç doğurursa veya olası cezanın şiddet seviyesi yüksekse, bu tür fiiller de suç isnadı olarak kabul edilir ve masumiyet karinesi uygulama alanı bulur. Örneğin *Kyprianou/ Kıbrıs* başvurusunda AİHM, duruşmanın inzibatını bozduğu gerekçesiyle başvuruçuya verilen beş günlük disiplin tazyikini suç isnadı olarak kabul etmiştir⁴⁴. Duruşmanın inzibatını bozan hallerde uygulanacak disiplin cezalarına hükmedecek mahkemenin niteliği bu tür durumlarda önem kazanır. Zira masumiyet karinesi, mahkemelerin yargılamaya önyargılı olarak başlamamasını güvence altına alır. Eğer inzibatı bozulan mahkeme, aynı zamanda bu eylem sebebiyle verilecek cezaya hükmedecek mahkeme ise masumiyet karinesi sırf bu sebeple ihlal edilmiş olur.

AİHM, para cezası, ihtar puanı veya ehliyetin geri alınması gibi kısıtlama öngören trafik suçlarının⁴⁵; gürtlü yapma veya asayışı bozma gibi kabahat suçlarının⁴⁶; işçiyi sosyal güvenlik sistemine bildirmeme sebebiyle verilen para

³⁹ *Jussila/Finlandya*, B.N: 73053/01, 23/11/2006, § 38.

⁴⁰ *Öztürk/Almanya*, B.N.: 8544/79, 21/02/1984, § 49.

⁴¹ *Stitic/Hırvatistan*, B.N: 29660/03, 31/03/2018, § § 51- 63.

⁴² *Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık*, 39665/98 ve 40086/98, 09/10/2003, § 82; *Enea/İtalya*, B.N: 74912/01, 17/09/2009, § 98.

⁴³ *Ravnsborg/İsveç*, B.N: 14220/88, 23/03/1994, 34; *Putz/Almanya*, B.N: 18892/91, 22/02/1996, § § 33- 37.

⁴⁴ *Kyprianou/Kıbrıs*, B.N: 73797/01, 15/12/2005, § § 61- 64.

⁴⁵ *Lutz/Almanya*, § 182.

⁴⁶ *Nicoleta Gheorge/Romanya*, § 25- 26.

cezalarına ait sosyal güvenlik suçlarının⁴⁷ suç isnadı olduğunu kabul ederek, masumiyet karinesinin bu tür eylemlerde işlerlik kazanacağına hükmetmiştir.

Yabancıların sınırdışı edilmesiyle ilgili davalarda, 6.maddedeki güvenceler uygulanmaz⁴⁸. Bu sebeple idari bir kararla sınırdışı edilen kişi, masumiyet karinesinin sağladığı güvencelerden yararlanamayacaktır⁴⁹.

AİHM, suç isnadı dışında kalan bazı disiplin yaptırımlarını medeni hak ve yükümlülüğe ait uyuşmazlık olarak kabul etmektedir. Tabipler Odası'nca yapılan ve başvurucunun meslekten çıkarılması sonucunu doğuran disiplin muhakemesinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/ Belçika* başvurusunda AİHM, verilen cezanın suç isnadı niteliği taşımadığını fakat başvuruçuların mesleki faaliyeti konusunda karar verildiğini, bu haliyle uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülükler ait olduğunu kabul ederek işin esasına girmiş ve yapılan muhakemeyi Sözleşmenin 6. maddesi açısından incelemiştir. Ancak burada, disiplin cezasının suç isnadı olarak kabul edilmeyip; medeni hak ve yükümlülüğe ait bir uyuşmazlık olarak değerlendirildiği ve bu başvuru açısından karinenin uygulanmasına olanak bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

B. CEZA YARGILAMASIYLA BAĞLANTILI İDARİ DAVALARDA MASUMİYET KARİNESİ

Masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bu güvencenin sağlanabilmesi için suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin, yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilmemesi ve suçlu muamelesine tabi tutulmaması gerekir⁵⁰. Zira yargı makamları ve kamu otoritelerinin, kişinin suçlu olduğu önyargısıyla hareket etmesine imkân tanınması halinde, masumiyet karinesinin sağladığı güvencelerin teoriden öteye geçemeyeceği açıktır⁵¹. Bu sebeple ceza davasıyla bağlantılı idari davalarda masumiyet karinesine özen gösterilmesi gerekir⁵².

Masumiyet karinesinin her şart ve koşulda, ceza yargılamasıyla bağlantılı idari davalarda uygulama alanı bulacağını söylemek imkânsızdır. Karinenin takip eden davalarda uygulanabilmesi için ceza davasıyla takip eden dava

⁴⁷ Hüseyin Turan/Türkiye, B.N: 23470/05, 03/07/2012, § 18-21.

⁴⁸ Maaouia/Fransa, B.N: 39652/98, 05/11/2000, § 39.

⁴⁹ Suçluların iadesi kapsamında tesis edilen sınırdışı işlemlerinde masumiyet karinesi uygulama alanı bulabilir. Bu husus idari yargılama alanından çok ceza yargılamasıyla ilgili bir konudur. Detaylı bilgi için bakınız: Çayan, G. (2014), Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısında; Suçluların İadesi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Yargıtay İçtihatları Bakımından Bir Değerlendirme, *Legal Hukuk Dergisi*, 12 (142), s. 117-145.

⁵⁰ Kürşat Eyol, § 26.

⁵¹ Allen/Birleşik Krallık, § 94.

⁵² Kürşat Eyol, § 29.

arasında makul bir bağın olması gerekir. Uyuşmazlığın çözümü için ceza mahkemesince verilen kararın veya ceza dosyasındaki delillerin incelenmesinin gerektiği durumlarda, söz konusu makul bağın var olduğu kabul edilir⁵³. Ceza yargılamasının, idari davayı ilgilendirmemesi halinde masumiyet karinesinin takip eden davada uygulanması mümkün değildir.

Kişi, ceza davasında suçlu bulunursa, idari davayla ilgili bir şüphe söz konusu olmaz. Çünkü masumiyet karinesi artık devreden çıkmıştır. Buna karşılık kişi, ceza davasından beraat eder ve daha sonra idari davada mahkûm edilirse, mahkûmiyetin beraat kararına olumsuz yansıtacağı açıktır. Burada incelenmesi gereken asıl mesele, ceza davasından beraat eden kişiye karşı idari dava açılabilmesi ve dava sonucunda mahkûmiyete hükmedilebilmesinin karineye uygun olup olmadığı meselesidir⁵⁴. Başka bir anlatımla kişi, ceza yargılamasından mahkûmiyet dışındaki bir hükümlerle beraat etmiş ise, idari davada masumiyet karinesinin rolü daha da önem kazanır. Burada ceza davasından beraat eden kişinin, idari davada mahkûm edilmesinin masumiyet karinesine uygun düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekir. Bilindiği gibi ceza yargılaması ve idari yargılama farklı amaçlara hizmet eder. İdari yargılamada delil standardı, ceza yargılamasına göre daha düşüktür. Bu sebeple beraata karar veren ceza mahkemesince kullanılan delillerin, hukuk mahkemesince değerlendirilmesi masumiyet karinesiyle çelişmemektedir⁵⁵. Başka bir anlatımla kişinin beraatına karar verilirken değerlendirilen deliller, idari davada kişinin mahkûm edilmesine sebebiyet verebilir⁵⁶.

C. MÜNFERİT İDARİ DAVALARDA MASUMİYET KARİNESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Trachsel'e göre masumiyet karinesi bireyin lekelenmeme hakkını korumaktadır. Lekelenmeme hakkı ise yargılama öncesi ve sonrasında bireyin, Devlet ve toplum tarafından damgalanmamasını güvence altına alır⁵⁷.

⁵³ Allen/Birleşik Krallık, § 104.

⁵⁴ Smith, E. (2012), *The Presumption of Innocence, Scandinavian Studies in Law*, s. 490. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceza davasının mahkûmiyet dışında bir hükümlerle sona ermesi halinde, suç konusu eylemin, daha düşük ispat külfetini gerektiren hukuk davalarına konu olabileceğini ve hukuk davalarında kişi aleyhine hüküm kurulabileceğini kabul etmektedir (Ringwald/Danimarka, B.N. 34964/97, 11 Şubat 2003; Y./Norveç, 56568/00, 11 Şubat 2003, Campbell, L. (2013), s. 686).

⁵⁵ Mustafa Akın, § 38.

⁵⁶ Smith, E. (2012), s. 496; Campbell, L. (2013), s. 686. Diğer taraftan ceza yargılaması mahkûmiyet dışındaki bir hükümlerle sonuçlanırsa, aynı olay sebebiyle tam yargı davasında tazminata hükmedilmesi sırf bu sebeple masumiyet karinesine aykırı değildir (Ringvold/Norveç, B.N: 34964/97, 11/05/2003, 38; Y./Norveç, § 41; Lundkvist/İsveç, B.N: 48518/99, 13/11/2003, § § k.b.a.).

⁵⁷ Trachsel, S. (2005), s. 164; Campbell, L. (2013), s. 685; Roberts, P. vd. (2012), s. 263.

Bazen öyle fiiller vardır ki, Ceza Kanunu kapsamında suç olmamakla birlikte bu fiillerin işlenmesi kişinin toplum tarafından suçlu olarak damgalanmasına sebep olur. Suç ithamı, Devlet gücüne muhatap olmanın yanında toplumsal dışlanma, baskılanma ve bazı kısıtlamalara tabi tutulma gibi sonuçlar da doğurur⁵⁸. Eğer toplum, bir fiilin işlenmesi sebebiyle kişiyi damgalama eğilimi içerisindeyse, artık eylemin ceza kanununda düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın, masumiyet karinesinin işletilmesi gerekir. Biz bu kavramı, Medeni Masumiyet Karinesi olarak adlandırmaktayız.

Burada tartışmak istediğimiz konu, herhangi bir cezalandırma alanında düzenlenmeyen fiilin, idari davaya konu olmasıyla masumiyet karinesinin işler hale gelip gelmeyeceği meselesidir. Başka bir anlatımla, ceza mahkemesini ilgilendirmeyen ve konusu herhangi bir cezalandırma alanına dahil olmayan fiilin, idare mahkemesince incelenmesi aşamasında masumiyet karinesinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Ülkemiz açısından zina fiili, bu duruma uygun düşen bir örnektir. Bugün Türkiye’de yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu “Zina” fiilini suç olarak düzenlememiştir. İslam Hukukunun tesir ve etkisiyle Selçuklu ve Osmanlı Devletleri ile Türkiye Cumhuriyeti döneminde zina eylemi suç olarak kabul edilmiştir. 1996 ve 1998 tarihlerinde, zinanın suç olmasını düzenleyen 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nun 440 ve devamı maddeleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁹.

Bugün, zina eylemi ceza kanununda suç olarak düzenlenmediğinden klasik cezalandırma alanına dahil değildir. Buna karşılık Türk toplumu, zina fiilini halen ayıplamakta ve bu fiilin kötü bir eylem olduğunu kabul etmektedir. Zina faillerinin, toplum tarafından dışlanması, baskılanması ve damgalanması da söz konusudur. Zira Türk hukukunda halen zina fiili belirli sonuçlar doğurmaktadır. Bunlardan ilki, Türk Medeni Kanunu’nun 161.maddesinin ikinci fıkrasında, eşlerden birisinin zina etmesi halinde diğer eşin, zina fiilini öğrenmesinden itibaren altı ay içinde boşanma davası açabileceği, zina olgusunun sabit olması halinde eylemi icra eden eşin, boşanmada kusurlu olacağı ve diğer eşin bu suretle uğradığı maddi ve manevi zararları gidereceği kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi Türk Medeni Kanunu, evlilik birliği içerisindeki zina eylemini kusurlu bir davranış olarak kabul etmiştir. İkinci olarak, devlet memurunun zina eylemi sebebiyle disiplin cezasıyla tecziye edilmesi de mümkündür. Türk Ceza Kanununca eylem suç olarak düzenlenmediğinden, zina sebebiyle açılacak boşanma davası ile disiplin cezasına karşı açılacak idari davanın, ceza yargılamasıyla bağlantılı olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir.

⁵⁸ Gray, A. (2017), s. 17; Lippke, R. (2015), s. 106.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 23/09/1996 tarih ve 1996/15 Esas, 1996/34 sayılı Kararı ile Anayasa Mahkemesi’nin 23/06/1998 tarih ve 1998/3 Esas, 1998/28 sayılı Kararı.

Az önce yukarıda ifade ettiğimiz gibi, ceza kanununda suç olarak düzenlenmemesine karşın zina eylemi, Türk toplumu tarafından halen kötü bir davranış olarak kabul edilmekte ve zina fiili sebebiyle failin, toplum tarafından dışlanması, baskılanması veya damgalanması mümkün olmaktadır. Masumiyet karinesi bir yönüyle mahkeme kararıyla suçu sabit oluncaya kadar kişinin suçlanmasını engellerken, diğer yönüyle de kişiyi toplumun baskısından korur. Zina sebebiyle açılan davalarda, eylemi icra ettiği iddia edilen bireyin bu toplumsal damgalanmaya karşı korunması gerekir. O halde mahkeme, hüküm verinceye kadar fail olduğu iddia edilen kişi, masumiyet karinesinin korumasından yararlanmalı, fiili işlediği noktasında önyargılı davranılmamalı, ispat külfeti müddeiye bırakılma ve topluma karşı korunmalıdır.

AİHM ile Anayasa Mahkemesi tarafından medeni masumiyet karinesine ilişkin olarak verilmiş net bir kararı bulunmamaktadır. Buna karşılık AİHM, ceza kanununda suç olmaktan çıkarılarak sadece disiplin cezasını gerektiren eylem olarak düzenlenen fiilin, suç isnadı olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁰.

IV. İÇTİHATLAR IŞIĞINDA MASUMİYET KARİNESİNİN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE KARİNEİN İDARİ DAVALARA UYARLANMASI

A. MAHKUMİYET DIŞI KARARLARIN SORGULANMASI

Masumiyet karinesiyle ulaşılmak istenen amaç, masumları yanlış mahkumiyetten korumaktır. Suç işlediği kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit olan kişiler açısından masumiyet karinesinin ortadan kalktığı ve bağlantılı idari davada karinenin uygulama alanı bulmayacağını söylemek mümkündür⁶¹.

Fakat, ceza davasının mahkûmiyet dışındaki hükümle sonuçlanması durumunda, takip eden idari davalarda masumiyet karinesinin rolü önem kazanır. Burada, masumiyet karinesinin idari davada ne şekilde uygulanması gerektiği hususu tespit edilmelidir.

Gerçekten de ceza davası sonucunda suçu işlemediğinin sabit olduğu veya suçun işlendiğine kesin olarak kanaat getirilemediği durumlarda, masumiyet karinesinin devam ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Bu duruma idari davalarda da saygı gösterilmeli ve mahkûmiyet dışındaki kararlar sorgulanmamalıdır⁶². Anayasa Mahkemesi de ceza davasından mahkûmiyet dışı bir karar verilmesinin idari ceza tecziye edilmesini engellemeyeceğini ancak verilen beraat kararının sorgulanmaması gerektiğini istikrarlı bir biçimde vurgulamaktadır⁶³.

⁶⁰ Öztürk/Almanya, B.N.: 8544/79, 21/02/1984, § 49.

⁶¹ Ali Atlı, B.N: 2013/500, 20/03/2014, § 35.

⁶² Uğur Ayyıldız, B.N: 2012/574, 06/02/2014, § 76.

⁶³ Uğur Ayyıldız, 79; Mustafa Akın, B.N: 2013/2696, 09/09/2015, § 41.

Kişinin masumiyetini sorgulayan veya ceza davasına konu olan fiilin sübuta erdiğini kabul eden kararlar, ceza soruşturmasının devam ettiği hallerde karinenin birinci yönüyle, kovuşturmanın mahkûmiyet dışındaki bir hükümlerle sona erdiği hallerde de ikinci yönüyle bağdaşmayacaktır⁶⁴. Görüldüğü gibi masumiyet karinesinin ilk yönü, hakkında ceza soruşturması yürütülen kişiyi; ikinci yönü ise hakkındaki ceza davası mahkûmiyet dışındaki bir hükümlerle sonuçlanan kişiyi korumaktadır.

Masumiyet karinesinin birinci yönünün ihlal edilmesiyle ikinci yönünün ihlal edilmesi arasında herhangi bir sonuç farklılığı olmadığı gibi aynı yargılamada her iki yönün birlikte ihlal edilmesi de mümkündür.

AİHM, *Seven/ Türkiye* başvurusunda, masumiyet karinesinin her iki yönünün de ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuruda, S.K. isimli şahıs, 12 Nisan 2002 tarihinde, şüpheli olduğu gerekçesiyle iki polis memuru tarafından bir araca bindirildiğini, bir müddet araç içerisinde dolaştırıldıktan sonra polis memurlarından birisinin boş bir arazide kendisine tecavüz ettiğini ileri sürerek suç duyurusunda bulunmuştur⁶⁵. Başvuran, şüpheli sıfatıyla verdiği ifadesinde, suçlamaları reddederek, S.K. isimli şahsın sarhoş olması sebebiyle araca alındığını ve güvenliği için evine bırakıldığını, daha sonra anılan şahsın cinsel açıdan davetkâr bir biçimde kendisine yöneldiğini, fakat S.K. ile herhangi bir cinsel münasebette bulunmadığını ifade etmiştir⁶⁶. Başvuran aleyhine ceza soruşturması başlatılmış; S.K. isimli şahsın adli tıp muayenesinde, vücudunda zorlama izine rastlanmadığı tespit edilmiş⁶⁷; 15 Nisan 2002 tarihinde hazırlanan adli tıp uzman raporunda ise anılan şahsın çamaşırında ve evinde bulunan çöp kutusunda başvurucuya ait sperm örneklerinin bulunduğu belirlenmiştir⁶⁸.

13 Eylül 2005 tarihinde Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, S.K. isimli şahsın tecavüze uğradığına dair bir emarenin bulunmadığını, vücudunda herhangi bir zorlama ya da darp izinin olmadığını belirterek başvurucunun beraatına karar vermiştir. Anılan beraat kararı temyiz edilmeksizin, 21 Eylül 2005 tarihinde, kesinleşmiştir⁶⁹.

Olay tarihinden yaklaşık 12 gün sonra, başvurucu aleyhine disiplin soruşturması başlatılmış ve 28 Kasım 2002 tarihinde Yüksek Disiplin Kurulu tarafından başvurucunun kamu görevinden çıkarma cezasıyla tecziye edilmesine karar verilmiştir⁷⁰.

⁶⁴ Sekania/Avusturya, 25/08/1993, Seri 266-A, § 30.

⁶⁵ Seven/Türkiye, 23/01/2018, B.N: 60392/08, § 8.

⁶⁶ Seven/Türkiye, § 10.

⁶⁷ Seven/Türkiye, § 13.

⁶⁸ Seven/Türkiye, § 14.

⁶⁹ Seven/Türkiye § § 21, 22.

⁷⁰ Seven/Türkiye, § 27.

Başvurucu, disiplin cezasıyla tecziye edilmesinin masumiyet karinesini ihlal ettiğini ileri sürerek Ankara İdare Mahkemesi nezdinde iptal davası açmıştır. İdare Mahkemesi, 4 Temmuz 2003 tarihinde, “*Davacının (başvurucunun) S. K. isimli şahsa rızası olmadan tecavüz ettiğinin sabit olduğu*” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir⁷¹. Bu karara karşı yapılan temyiz ve karar düzeltme talepleri sırasıyla, 13 Mart 2006 ve 17 Haziran 2008 tarihinde, herhangi bir ek gerekçe gösterilmeksizin reddedilmiştir⁷².

Başvurucu, masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM’ne başvurmuştur. Başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına giren AİHM, “*Başvurucunun kamu görevinden çıkarma cezasıyla tecziye edilmesine sebep olan fiilin suç ithamından kaynaklandığını, ceza soruşturmasının devam ettiği 4 Temmuz 2003 tarihli İdare Mahkemesi kararında, başvurunun S.K. isimli şahısla rızası dışında cinsel ilişki kurduğu hususunda akıl yürütüldüğünü, bu suretle de tecavüz suçunun sübuta erdiğinin ilan edildiğini, yargı okuyucusuna başvurunun suçlu olduğu izlenimini ileten kararın, masumiyet karinesinin birinci yönüne aykırı olduğunu*” ifade etmiştir⁷³.

AİHM, masumiyet karinesinin birinci yönünün ihlal edildiğini tespit ettikten sonra başvuruyu nihayetlendirmemiş ve ikinci yönün ihlal edilip edilmediğini de incelemiştir.

Karinenin ikinci yönü bakımından AİHM, “*Temyiz mahkemesinin herhangi bir ek gerekçe göstermeksizin idare mahkemesi kararını onadığı, temyiz incelemesi yapıldığı sırada tüm suçlamalardan beraat ettiğinin açık olmasına rağmen başvurunun masumiyetine şüpheyle yaklaşıldığı ve beraat kararının sorgulandığı*” gerekçesiyle masumiyet karinesinin ikinci yönünün de ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁴.

Bir kovuşturmanın zamanaşımının dolması sebebiyle sona ermesi de mümkündür. Böyle bir durumda ortada, mahkûmiyet dışında bir karar söz konusu olur. Mahkûmiyet dışında sona eren kovuşturmalara ait ithamları, ceza davasıyla bağlantılı idari davalarda değerlendirmek ve fiilin sübuta erdiğine hükmederek kişinin söz konusu suçu işlediğini ima etmek masumiyet karinesiyle bağdaşmaz.

Nitekim Anayasa Mahkemesi *Sebğatullah Altın* başvurusunda, mahkûmiyet dışı kararlar sona eren kovuşturmalara ait ithamları değerlendirerek kişinin masumluğunun sorgulanmasını masumiyet karinesine aykırı bulmuştur. Anılan başvuruda, Hizbullah terör örgütünün sair efradı olmak suçunu işlediğinden

⁷¹ Seven/Türkiye, § 28.

⁷² Seven/Türkiye, § § 29-31.

⁷³ Seven/Türkiye, § 53.

⁷⁴ Seven/Türkiye, § § 54-57.

bahisle başvuru aleyhine kamu davası açılmıştır⁷⁵. Kamu davasının açılmasına müteakiben İmam- Hatip olarak görev yapan başvuru yapanın, kamu görevinden çıkarılmasına karar verilmiştir⁷⁶. Hakkında açılan ceza davası, zamanaşımı sebebiyle sona eren⁷⁷ başvuru, ceza mahkemesi kararı doğrultusunda göreve dönme istemiyle idareye başvurmuş ise de anılan başvurunun reddine karar verilmiştir⁷⁸.

Başvuru tarafından, göreve dönme istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle Ankara İdare Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmıştır. Davayı esaslan karara bağlayan idare mahkemesi, “*Açıktan atama konusunda idarenin takdir yetkisinin olduğunu, davacının Hizbullah terör örgütüne özgeçmiş ve fotoğraf vererek örgütün mensubu olma noktasında irade ortaya koyduğunu, ceza mahkemesi kararıyla suçun zamanaşımı nedeniyle sona erdiğini, bu durumun da suçun varlığını ortadan kaldırmadığını*” gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Anılan karara karşı yapılan temyiz ve karar düzeltme başvurularının da reddedilmesi üzerine idare mahkemesi kararı kesinleşmiştir⁷⁹.

Başvuru, idare mahkemesi kararıyla masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına giren Mahkeme, “*Masumiyet karinesinin ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken, yargılamayı yapan makamın kişiye suç isnat edip etmediği ve beraat kararını sorgulayıp sorgulamadığının değerlendirilmesi gerektirdiğini⁸⁰, derece mahkemesi kararının ilk kısmında disiplin eylemine ilişkin olgu ve delillerin değerlendirildiğini, bu kısmın kişinin masumiyetine aykırı düşecek nitelikte olmadığını, ancak gerekçenin devamında “ceza mahkemesi kararıyla suçun zamanaşımı nedeniyle sona erdiği, bu durumun da suçun varlığını ortadan kaldırmadığı” ifadesiyle isnat edilen suçun işlendiği izlenimi verilerek⁸¹, zamanaşımı sebebiyle hakkındaki ceza davası ortadan kaldırılan başvuru yapanın suçlu olduğu inancının yansıtıldığını⁸²” gerekçe göstererek, masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.*

Ceza yargılamasında aynı eylemden dolayı birden fazla ceza verilmemesi evrensel bir hukuk kaidesidir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, aynı eylemden dolayı hem ceza soruşturması ve kovuşturması hem de idari

⁷⁵ Sebğatullah Altın, BN: 2013/1503, 02/12/2015, § 7.

⁷⁶ Sebğatullah Altın, § 8.

⁷⁷ Sebğatullah Altın, § 9.

⁷⁸ Sebğatullah Altın, § 10.

⁷⁹ Sebğatullah Altın, § 11.

⁸⁰ Sebğatullah Altın, § 30.

⁸¹ Sebğatullah Altın, § 32.

⁸² Sebğatullah Altın, § 33.

soruşturma yapılmasını engellemez. Aynı şekilde ispat standardının ceza yargılamasına göre daha düşük olduğu idari davalarda, kişinin aleyhine hüküm kurulması, sırf bu sebeple Sözleşmenin ihlal edildiği anlamına da gelmez⁸³. Başka bir anlatımla kişi hakkında aynı eylemden dolayı suç soruşturması veya kovuşturması ile disiplin soruşturmasının tekemmül ettirilmesi mümkün olduğu gibi; ceza davası mahkûmiyet dışında bir hükümle sona ermesi halinde, idari davada kişi aleyhine hüküm kurulması da mümkündür. Zira *Sebğatullah Altın* başvurusunda Anayasa Mahkemesi, “beraat kararını sorgulamak” kavramıyla “kişi aleyhine hüküm kurulması” kavramının, birbirinden farklı kavramlar olduğunu vurgulamıştır. İncelenen kararda, başvuru aleyhine hüküm kurulması sebebiyle değil “zamanaşımıyla sona ermenin suç varlığını ortadan kaldırmadığı” şeklindeki mahkeme gerekçesi sebebiyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

B. SUÇLULUĞUN İMA EDİLMESİ

Kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın, itham edilen suçun işlendiği imasında bulunan bütünleşik hükümler, bir dereceye kadar mahkûmiyet dışı kararları sorgulayan hükümlerle benzerlik gösterir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi işlendiği iddia edilen suçun sübuta erdiğine yönelik kabuller, mahkûmiyet dışı kararın sorgulanması sonucunu doğurur. Buna karşılık, itham edilen suçun sübutunu veya ceza mahkemesince verilen hükmü değerlendirmeyen bazı kararlar da masumiyet karinesini ihlal edebilir. İthamın sübuta erip ermediğini değerlendirmemekle birlikte; iddia edilen suçun işlendiğini ima eden kararlar, masumiyet karinesine uygun düşmemektedir. Zira 6. maddenin ikinci paragrafının sağladığı korumanın ikinci yönü, bir suç isnadı olduğunda ve ceza yargılamaları mahkûmiyet dışındaki bir kararla sonuçlandığında, yargılamaya maruz kalan kişinin hukuk nazarında masum olduğunu ve bu masumiyete uygun bir şekilde muamele görmesini güvence altına alır. Bu minvalde 6. maddenin ikinci paragrafının sağladığı güvencenin, ceza yargılaması dışındaki işlemlerde de uygulanarak kanıtlanmamış herhangi bir itham karşısında kişinin hali hazırdaki masumiyet durumunun korunması amaçlanır⁸⁴.

⁸³ Jakumas/Litvanya, B.N: 6924/02, 18/07/2006, § 58; Çelik (Bozkurt)/Türkiye, B.N: 34388/05, 12/04/2011, § 30; Vella/Malta, BN: 69122/10, 11/02/2014, § 56.

⁸⁴ Allen/Birleşik Krallık, § 103. AİHM, hukuken suçlu olduğu önceden kanıtlanmayan ve özellikle de savunma hakkını kullanamayan kişilerin (Tsvetkova ve Diğerleri/Rusya, § 192.), suçlu olduğunun ima edilmesini masumiyet karinesine aykırı bulmuştur (Bikas/Almanya, B.N: 76607/13, 23/06/2018, § 44). AİHM, bütünleşik yargılamalarda kullanılan dilin ve vurgulanan sözcüklerin önemli olduğunu sıklıkla vurgulamaktadır (Daktaras/Litvanya, B.N: 42095/98, AİHS 2000-X, 41, § 42). Bu sebeple bütünleşik davalarda gerekçeli kararlar yazılırken kullanılan kelimeler özenle seçilmelidir (Konstas/Yunanistan, B. N: 53466/07, 24/05/2011, § 33; El Kaada/Almanya, B.N: 2130/10, 12/05/2015, § 55; Güç/Türkiye, B. N: 15374/11, 23/04/2018, § 39).

Urat/Türkiye başvurusunda, Hizbullah terör örgütünün İstanbul'daki hücre evinde el konulan belgeler arasında özgeçmiş profillerinin bulunduğundan bahisle kardeş olan başvurucular hakkında, yasadışı örgüte üye olma suçundan ceza soruşturması ve kovuşturması başlatılmıştır⁸⁵. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, “*başvurucuların eyleminin terör örgütüne özgeçmiş bilgilerini verme şeklinde olduğunu, bu durumun örgüte üyelikten ziyade yardım ve yataklık etme kapsamında girdiğini, iddia edilen suçun 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlendiğinden 4616 sayılı yasanın tatbik edilmesi suretiyle başvurucular aleyhindeki cezai kovuşturmanın ertelenmesi*” gerektiğine hükmetmiştir⁸⁶.

Özgeçmiş profilinin bulunmasından sonra başvurucular hakkında disiplin soruşturması başlatılmış, soruşturma sonucunda da yasadışı terör örgütü Hizbullah'a üye oldukları ve iş yerinde ideolojik ve siyasi amaçlarla kurumun huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozdukları gerekçesiyle başvurucuların meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir⁸⁷.

Birinci başvurucu meslekten çıkarma cezasıyla tecziye edilmesine ilişkin karara karşı iptal davası açmıştır. Açılan davada Diyarbakır İdare Mahkemesi, “*Cezai takibatın ertelenmesi sebebiyle ortaya çıkan muafiyetin disiplin suçunun oluşmasını engellemeyeceği, örgüte özgeçmiş profilini verdiği, derslerine ve toplantılarına katıldığı sabit olan davacının disiplin suçunu işlediğini*” ifade ederek davanın reddine karar vermiştir. Anılan karar, temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleşmiştir⁸⁸.

İkinci başvurucu da meslekten çıkarma kararına itiraz ederek işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. Açılan davada Mardin İdare Mahkemesi, “*Davacının özgeçmişinin örgütün hücre evinde bulunduğu, örgüte üye olduğu ve yeni üyeler topladığı, örgütün ideolojilerini üçüncü kişilere aktardığı sabit olduğundan*” davanın reddine karar vermiştir⁸⁹.

Başvurucular, masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Birinci başvurucu açısından başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına giren AİHM, Diyarbakır İdare Mahkemesi'nin kararının ilk kısmının, “sadece davaya konu olay ve hukuki arka planın bir özetini içerdiğini ve başvurucunun yasadışı örgüt üyeliğinden dolayı suçlu olduğuna dair bir görüş beyan edilmediğini”, kararın ikinci kısmının da, Sözleşmenin 6.maddesinin ikinci paragrafı açısından sorun teşkil etmediğini ifade etmiştir. Kararın devamında

⁸⁵ Urat/Türkiye, B.N: 53561/09, 13952/11, 27/11/2018, § 10. Ayrıntılı Bilgi İçin Bakınız: Çayan, G., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölümünün Urat v. Türkiye Kararı, Yargıtay Dergisi, C: 46, S: 3, 46 (3), s. 975- 1002.

⁸⁶ Urat/Türkiye, § 14.

⁸⁷ Urat/Türkiye, § 15-17.

⁸⁸ Urat/Türkiye, § 24-28.

⁸⁹ Urat/Türkiye, § 34-35.

AİHM, yerel mahkeme kararındaki son cümlenin, yani “*başvurucunun örgüte özgeçmiş profilini vermesi, derslerine ve toplantılarına katılması sebebiyle suçlu bulunması*” ifadesinin, bir sorun oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. AİHM, terör örgütüne üye olma suçunun işlendiğinin kararda ima edilmediğini, özgeçmişin örgüte verilmesi, örgütün derslerine ve toplantılarına gidilmesi eylemlerinin, disiplin cezası tecziyesi için yeterli görüldüğünü, bu sebeple de birinci başvuru açısından kullanılan dilin, Sözleşmenin 6.maddesinin ikinci paragrafında düzenlenen masumiyet karinesine aykırı olmadığını tespit etmiştir⁹⁰.

İkinci başvuru açısından AİHM, Mardin İdare Mahkemesi’nin kararında, ceza dava dosyasında bulunan belgelerle başvuruçunun örgüte üye olduğunun ifade edildiğini ve bu ifadenin cezai sorumluluğa ilişkin bir değerlendirme niteliğinde olduğunu gerekçe göstererek masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁹¹.

C. İSPAT YÜKÜ VE STANDARDI AÇISINDAN MASUMİYET KARİNESİ

1. Genel Olarak

Masumiyet karinesi gereğince ispat yükü iddia makamına bırakılmalıdır⁹². İspat yükünün iddia makamından alınarak savunma makamına bırakıldığı hallerde, kural olarak, masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur⁹³.

İspat yükünün tersine çevrilip çevrilemeyeceği ya da masumiyet karinesinin ispat yüküne ilişkin etkisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu her ortaya çıktığında doktrinde çeşitli tartışmalar gündeme gelir. Zira ispat yükünün müddeiden alınarak savunma makamına verilmesi, masumiyet karinesinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir⁹⁴.

AİHM, ispat yükünün hukuki ve fiili karneler getirilmek suretiyle sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Zira AİHM, üzerinde belirli miktarda uyuşturucu bulunduran kişinin uyuşturucu kaçakçılığından cezalandırılmasını⁹⁵ ve trafik kurallarına aykırı hareketler sebebiyle otomobil malikine ceza verilmesini⁹⁶ Sözleşmeye aykırı bulmamış, bu tür durumlarda fiili ve hukuki karneler sayesinde ispat külfetinin savunma makamına bırakılabileceğine karar vermiştir.

AİHM, hukuki veya fiili karnelere dayanılmasının Sözleşmeye aykırı

⁹⁰ Urat/Türkiye, § 56, 57.

⁹¹ Urat/Türkiye, § 58, 59.

⁹² Telfner/Avusturya, B.N: 33501/96, 20/06/2001, § 15; Üstün, K. T. (2019), s. 54-55.

⁹³ Barbera, Messague ve Jabardo/İspanya, B.N: 19590/83, 06/12/1988, § 77.

⁹⁴ Doktrinsel tartışmaların detayları için bakınız: Gökhan, Ç. (2020), 75- 77.

⁹⁵ Janoseviç/İsveç, B.N: 34619/97, 21/05/2003, § 100.

⁹⁶ Salibiaku/ Fransa, B.N: 10519/83, 07/10/1998, § 28.

olmadığını kabul ederken davanın konusu ve kamu yararını da gözetmektedir. Başka bir anlatımla, hukuki ve fiili karinelere dayanılarak ispat yükünün terse çevrilmesiyle toplum için önemli bir yararın elde edilmesi amaçlanmalıdır⁹⁷. Toplum açısından önemli bir yararın bulunmadığı durumlarda hukuki veya fiili karinelere otomatik olarak dayanılması ve sanığın suçlu ilan edilmesi Sözleşmeye aykırıdır⁹⁸.

AIHM ile benzer bir şekilde Anayasa Mahkemesi de, suçun kanıtlanması yükümünün, iddia makamında kaldığı sürece ispat yükünü sanığa devreden kuralların masumiyet karinesine aykırı olmadığını kabul etmiştir⁹⁹.

Öte yandan, ceza yargılamasının mahkûmiyet dışındaki bir hükümlerle sona ermesi halinde, aynı olaylar sebebiyle sanığın tazminat ödemeye mahkûm edilmesi veya aleyhine karar verilmesi sırf bu nedenle Sözleşmeyi ihlal etmez¹⁰⁰. Fakat bu halde dahi, haklı bir sebep olmaksızın, ispat külfetinin tersine çevrilmesi, başka bir anlatımla, ispat yükünün müddeiden alınarak sanığa tahsis edilmesi Sözleşmeye bağdaşmaz¹⁰¹.

2. İdari Yargı Açısından İspat Külfetinin Değerlendirilmesi

Bilindiği gibi idari işlem; yetki, şekil, sebep, konu veya maksat yönlerinden hukuka aykırı olduğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanıyor olması, her durum ve koşulda davacının haklılığını ispat etmekle yükümlü olduğu şeklinde yorumlanamaz¹⁰². Zira bir idari işlemi tesis eden mercii, onun hukuka uygunluğunu ortaya koymak zorundadır. Özellikle suç ithamı niteliğine haiz olan idari yaptırımlarda, işlemin sebebi ile hukuka uygunluğunun kanunen kabul edilebilir somut bilgi ve belgelerle ortaya konulması gerekir.

İdarenin, işlemin hukuka uygunluğunu ortaya koyarken hukuki veya fiili karinelere dayanması mümkündür. Hukuki ve fiili karinelere dayanıldığı durumlarda, söz konusu karinelerin gerçekte uyumlu olmadığını ve işlemin hukuka aykırı olduğunu ispat etme yükü davacıya geçer. Burada, hukuki veya fiili karineler vasıtasıyla ispat yükünün terse çevrilmesinin, idari suç

⁹⁷ Vastberga Taxi Aktiebolag ve Vulic/İsveç, B.N: 36985/97, 23/07/2002, 114, 116; Radio France ve Diğerleri/France, B.N: 53984/00, AIHM 2004 Seri B- II, § 24.

⁹⁸ Janoseviç/İsveç, § 101.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi 27/03/2014 tarih ve E. 2013/38, K. 2014/58 sayılı kararı.

¹⁰⁰ Ringvold/Norveç, 38; Y./Norveç, § 41.

¹⁰¹ Capeau/Belçika, B.N: 42914/98, 13/06/2005, § 25.

¹⁰² Üstün, K. T. (2019), s. 69; Çağlayan, R. (2018), İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Hukuk Yayınları, s. 124; Ethem, A. E. (2018), İdari Yargılama Hukuku (2018), Seçkin Hukuk Yayınları, s. 82; Kalabalık, H. (2019), İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Hukuk Yayınları, s. 161, 169.

ithamları veya idari yargılamalar açısından masumiyet karinesine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Ahmet Altuntaş başvurusunda Anayasa Mahkemesi, suç ithamı olarak kabul ettiği münferit bir idari yaptırım açısından konuyu ele alarak, idari ithamlarda hukuki ve fiili karinelerle ispat külfetinin terse çevrilebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, davacıya karinenin aksini ispat edebilme fırsatı verilmesi ve otomatik olarak karineye dayanılmaması gerektiğini de vurgulamış; davacıya karinenin aksini ispatlama imkânı verilmediği durumlarda masumiyet karinesinin ihlal edileceğini ifade etmiştir¹⁰³.

Anılan başvuruda, Batman İlinin Merkez İlçesinin İkiztepe Köyü sınırları içerisinde bulunan bir kısım tarım arazisinin belirli oranda malikleri olan başvuruçuların, mülkiyetindeki tarım arazisinde anız yakıldığı tespit edilerek idari para cezasıyla tecziye edilmelerine karar verilmiştir¹⁰⁴. Başvuruçular, idari para cezasının iptal edilmesi istemiyle Batman İdare Mahkemesi nezdinde dava açmışlardır. Uyuşmazlığı esastan karar bağlayan İdare Mahkemesi, *“anız yakılması nedeniyle verilebilecek para cezasının anız yakanlara tecziye edileceği hususunun açık olduğu, taşınmazın maliki olan davacılara anız yakma eylemi sebebiyle ceza tecziye edilip edilmeyeceğinin bakılan uyuşmazlık açısından tespit edilmesi gerektiği, olayda kolluk kuvvetlerinin, davacıların maliki olduğu arazide gerçekleştirilen anız yakma eylemine müteakip olay mahalline gittiği, mahalde anız yakma eylemini gerçekleştiren kişilerin tespit edilemediği, anız yakan kişinin ancak suçüstü halinde yakalanabileceği hususunun açık olduğu, davacıların taşınmazında anız yakıldığı hususunda herhangi bir ihbar veya şikayette bulunmadığı anlaşıldığından, anız yakan kişinin, taşınmazın maliki olan davacılar olduğunun kabul edilmesi gerektiği”* gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir¹⁰⁵. İdare Mahkemesi kararı, Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi kararıyla onanarak kesinleşmiştir¹⁰⁶.

Bunun üzerine başvuruçular, anızı bizzat yakanların tespit edilemediğini, sadece mülk sahibi olduklarından bahisle haklarında idari para cezası tecziye edilmesinin suç ve cezaların şahsiliği ilkesiyle uyumlu olmadığını ileri sürerek yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuşlar ise de Anayasa Mahkemesi, başvuruçular tarafından yapılan hukuki nitelendirmeye bağlı olmadığını ifade ederek başvurunun, masumiyet karinesi açısından incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁰⁷.

¹⁰³ Ahmet Altuntaş, B.N: 2015/19616, 17/05/2018, § § 28, 29, 33.

¹⁰⁴ Ahmet Altuntaş, § § 9-10.

¹⁰⁵ Ahmet Altuntaş Başvurusu, § § 11-12.

¹⁰⁶ Ahmet Altuntaş Başvurusu, § 14.

¹⁰⁷ Ahmet Altuntaş Başvurusu, § 26.

Başvuruyu kabul edilebilir bularak¹⁰⁸ için esasına giren Anayasa Mahkemesi, “*Somut olayda İdare Mahkemesince, başvuruçuların anız yakılan tarım arazisinin maliki olmalarının, idari para cezası tecziye edilmesi için yeterli görüldüğü, anızı yakan kişiye ait herhangi bir bulguya rastlanılmadığı, derece mahkemesince anız yakıldığı tespit edilen arazinin malikleri olan başvuruçuların anız yakıldığı yönünde herhangi bir ihbar veya şikâyette bulunmadığı dikkate alınarak eylemin mülk sahiplerince gerçekleştirildiğine dair fiili karineden yararlanıldığı, anılan fiili karineyle başvuruçuların otomatik olarak suçlu konumuna düşürüldüğü, bu durumun başvuruçuları savunma açısından idareye karşı dezavantajlı konuma getirdiği ve eylemin ispatında kullanılan fiili karinenin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı*”¹⁰⁹ hususlarını ifade ederek masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Fameka İnş. Plastik San. ve Tic. Ltd. Şirketi başvurusunda, izin verilen azami yük ağırlığının aşılması sebebiyle Karayolları Trafik Kanunu uyarınca başvuruçuya idari para cezası verilmiştir. Bu karara karşı açılan davada derece mahkemesi, başvuruçuyu haklı gösterecek herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, anılan karar kesinleşmiştir. Başvuruçucu şirket, azami sınırı aştığı iddia edilen yükün göndericisi konumunda olduğunu, anılan yükün taşınması hususunda herhangi bir eylem icra etmediğini ve kendisine izafe edilemeyecek eylem sebebiyle para cezasıyla tecziye edilmesinin masumiyet karinesini ihlal ettiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Masumiyet karinesi açısından başvuruyu kabul edilebilir bularak uyuşmazlığın esasına giren Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun, taşınan eşyanın göndericisi olmasının para cezası tecziye edilmesi için yeterli görüldüğünü, başka bir ifadeyle salt belirli bir statüde (gönderici) olmanın yaptırım uygulanmasına gerekçe yapıldığını, bu durumun da masumiyet karinesine uygun düşmeyeceğini hüküm altına almıştır.

3. İspat Standardı Açısından Masumiyet Karinesi

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi ispat standardı, mahkemenin adil bir karara varabilmesi için gereken ikna gücünü ve delilin eşik düzeyini ifade eder¹¹⁰. Kişinin suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır ifadesinin anlam kazanabilmesi için delil standardının belirlenmesi gerekir. Anglo- Sakson Hukuk Sistemi, masumiyet karinesinin, suçluluğu makul şüphenin ötesinde kesin ve açık delillerle ispatlanmasına hizmet ettiğini net bir biçimde ifade ederken; Kıt’a Avrupası Hukuk Sistemi, maddi gerçeğe ulaşmaya odaklanır. Kıt’a Avrupası, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat

¹⁰⁸ Ahmet Altuntaş Başvurusu, § § 28- 29.

¹⁰⁹ Ahmet Altuntaş Başvurusu, § § 35-38.

¹¹⁰ Scheiner, R. (2007), s. 58.

yükünü açıkça kabul etmese de maddi gerçeği arayarak bu standarda yakın bir eşik değeri kabul eder¹¹¹.

Bilindiği gibi ceza ve hukuk yargılaması, gece ve gündüz kadar farklıdır. Bu farklılık hem muhakeme usullerinde hem de delil standardı ve ispat külfetinin tahsisinde ortaya çıkar. Ceza mahkemelerine göre hukuk mahkemelerinin delil standardı daha düşüktür. Çünkü ceza mahkemeleri, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayarak failin suç işlediğini makul şüphenin ötesinde açık delillerle ispatlanması eşliğini kabul eder. Hukuk mahkemelerinde ise üstün belgeyle ispat, karineyle ispat veya kayıtlara dayalı ispat da mümkündür¹¹².

Makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ya da maddi gerçeğin aranması yoluyla ispat, genel olarak, idari yargılama hukukunun mantıksal paradoksuyla bağdaşmamaktadır. Bu sebeple idari suç ithamlarında, kişinin eylemlerinin makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanması beklenemez¹¹³.

Zira AİHM *Grande Stevens/ İtalya* başvurusunda, idari yargıda makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat standardının kabul edilmesinin yargılama doğasıyla bağdaşmadığına hükmetmiştir. Standardının keyfi bir biçimde belirlenmediği, mahkeme üyelerinin önyargılı olmadığı, davacıya savunma imkânı tanındığı¹¹⁴ ve sunulan delillerin tümü değerlendirildiği sürece makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat standardından daha düşük bir standardın benimsenmesi, sırf bu sebeple, masumiyet karinesinin ihlal edildiği anlamına gelmez¹¹⁵.

S.A. Capital O.Y./ Finladiya başvurusunda¹¹⁶, asfalt sektöründe limited şirket olarak faaliyet gösteren başvuru şirketi, rekabet kurallarını ihlal edici kartel anlaşması yaptığından bahisle idari para cezasıyla tecziye edilmiştir. Bunun üzerine başvuru, anılan cezanın iptali istemiyle idare mahkemesi nezdinde dava açmış ise de “kanıtların üstünlüğü” ispat standardı gereğince yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir. Karar iç hukukta onanarak kesinleşmiştir.

Başvuru şirketi, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat edilmedikçe para cezasıyla cezalandırılmayacağını ve kanıt üstünlüğü standardının kabul edilerek masumiyet karinesinin ihlaline sebebiyet verildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

¹¹¹ Stummer, A. (2012), s. 37-38.

¹¹² Çayan, G. (2020), s. 70.

¹¹³ Angel/Romanya, B.N: 28183/03, 04/11/2007, § § 62, 69.

¹¹⁴ Tsvetkova ve Diğerleri/Rusya, § 192.

¹¹⁵ Grande Stevens/İtalya, B.N: 18640/10, 07/07/2014, § 159.

¹¹⁶ S.A. Capital O.Y./Finladiya, B. N: 5556/10, 14/05/2019.

Başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına giren AİHM, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat standardının ceza yargılamasında sanığa tanınan asgari bir güvence olduğu¹¹⁷, idari suç ithamlarında ya da hukuk yargılamalarında anılan standardın kabul edilmemesinin sırf bu sebeple masumiyet karinesine aykırı olmayacağı, fakat bu halde dahi masumiyet karinesinin idari yargılamanın delil standardı konusunda herhangi bir güvence sağlamadığını söylemenin imkânsız olduğu, karinenin pratik ve etkili olabilmesi için “delil standardının keyfi biçimde belirlenmemesi, mahkeme üyelerinin önyargılı olmaması, savunma hakkının tanınması ve mahkemenin sunulan bütün delilleri incelemesi” gerektiği¹¹⁸, rekabet ihlallerinin ispatının uygulamada oldukça güç olduğu, incelenen başvuru açısından mahkemenin keyfi olarak delil standardını aşağıya çektiğinin veya önyargılı olduğunun söylenemeyeceği ve taraflarca sunulan bütün delillerin mahkeme tarafından incelendiği hususlarını bir bütün olarak değerlendirerek, derece mahkemesince yapılan yargılamanın masumiyet karinesine aykırı olmadığına hükmetmiştir¹¹⁹.

Aynı eylemden dolayı hem ceza davası açıldığı hem de idari yaptırım tecziye edildiği durumlarda, idari yargılamalar açısından ispat standardının aşağı çekilmesi AİHS tarafından engellenmemektedir. Başka bir anlatımla, hakkındaki ceza davası mahkûmiyet dışındaki bir hükümle sonuçlanan kişi tarafından açılan idari davanın reddedilmesi, sırf bu sebeple masumiyet karinesine aykırı olmaz¹²⁰. Nitekim yukarıda ayrıntılı bir biçimde incelediğimiz *Urat/ Türkiye* başvurusunda AİHM, kovuşturmanın ertelenmesi hükmüne ait dosyada mevcut olan delillerin, idare mahkemesince değerlendirilerek başvuru aleyhine karar verilmesini masumiyet karinesine aykırı görmemiştir¹²¹.

D. ÖNYARGILI BEYANLARIN MASUMİYET KARİNESİNE ETKİSİ

Sözleşmenin 6. maddesinin ikinci paragrafı, bir ceza davasıyla ilgili önyargılı ifadelerin kullanılmasını önler. Ceza davasıyla bağlantılı idari davalar ile idari ithamlar açısından davayla ilgili önyargılı ifadelerden kaçınılması gerekir¹²².

İtham edilen eylemin işlendiğine dair bir şüphenin bulunduğu dair beyanlar ile kesin bir mahkeme kararı olmaksızın eylemin icra edildiğine dair beyanlar arasında temel bir ayırım yapılması zorunludur¹²³. Eylemin icra

¹¹⁷ S.A. Capital O.Y./Finladiya, § 107.

¹¹⁸ S.A. Capital O.Y./Finladiya, § 109

¹¹⁹ S.A. Capital O.Y./Finladiya, § § 121, 122.

¹²⁰ Çelik (Bozkurt)/Türkiye, § 30; Vella/Malta, B. N: 69122/10, 11/02/2014, § 56.

¹²¹ *Urat/Türkiye*, s. § § 56, 57.

¹²² *İsmoilov ve Diğerleri/Rusya*, B.N: 62902/00, 27/11/2003, § 160.

¹²³ *Nestak/Slovakya*, B.N: 65559/02, 27/05/2007, § 89.

edildiği yönündeki net beyanlar, masumiyet karinesine uygun düşmezken; şüpheli ifadeler, bir dereceye kadar karineyle bağdaşabilir¹²⁴.

Mahkeme üyelerinin beyanları, soruşturma makamı ve diğer kamu görevlilerinin beyanlarına göre daha katı bir biçimde incelenmelidir. AİHM, mahkeme üyelerinin ara kararlarında, duruşmada, basın demeçlerinde veya herhangi bir biçimde beyanda bulunurken diğer kamu görevlilerine göre daha dikkatli ve özenli davranması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁵. Mahkeme üyelerinin uyuşmazlık hakkında karar vermeden önce kişinin eylemi icra ettiği yönündeki ara kararları veya duruşma beyanları masumiyet karinesine uygun düşmez¹²⁶.

Masumiyet karinesi ilkesi yalnızca mahkeme üyeleri ve savcılar tarafından değil, aynı zamanda diğer kamu görevlilerinin önyargılı beyanlarıyla da ihlal edilebilir¹²⁷. AİHM'ne göre Sözleşmenin 6.maddesi, devam eden yargılamalarla ilgili olarak kamu görevlilerinin önyargılı beyanda bulunmalarını yasaklamaktadır¹²⁸. Bu sebeple kamu görevlileri, devam eden yargılamalarla ilgili beyanda bulunurken seçtikleri kelimelere ve kullandıkları dile özen göstermek zorundadır¹²⁹.

E. DİĞER DURUMLAR

1. Bilgi Vermeme Sebebiyle İdari Yaptırım Uygulanması

Masumiyet karinesi, kendi aleyhine delil vermeme ve susma haklarıyla yakından ilgilidir. Fakat kamu güvenliği ve esenliğinin, kimlik tespiti için beyan verilmesini gerektirdiği durumlarda, masumiyet karinesi “beyan verilmemesi hakkını” güvence altına almaz.

O'Halloran ve Francis/ Birleşik Krallık başvurusunda, trafikte aşırı hız suçu işlediğinden şüphelenilen başvuruçulardan kimliklerini beyan etmeleri istenmiş; başvuruçular, kimlik ibrazından kaçınmışlardır. Bunun üzerine kolluk yetkilileri, kimlik bildirmeme fiilinden dolayı başvuruçuların idari para cezasıyla tecziye edilmesine karar vermiştir. Karara karşı idare mahkemesi nezdinde iptal davası açılmış ise de dava reddedilmiştir. Başvuruçular idari suç şüphesiyle kimlik ibrazının istenilmesinin, aleyhe delil vermeme ilkesine ayrı olduğunu, böylelikle de masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurunun esası hakkında karar veren AİHM, trafik suçlarının kamu güvenliği ve esenliği için gerekli olduğunu, trafik suçunun işlendiği şüphesine binaen sürücünün kimliğinin tespit edilebilmesi için kimlik bilgilerinin verilmesinin

¹²⁴ Garycki/Polonya, § 67.

¹²⁵ Pandy/Belçika, B.N: 13588/02, 12/02/2007, 43 (Aktaran; STUMMER, A. (2010), s. 67).

¹²⁶ Nerattini/Yunanistan, B.N: 43529/07, 18/12/2008, § 88.

¹²⁷ Dakaras/Litvanya, § 42.

¹²⁸ Butkevicius/Litvanya, BN: 48297/99, 26/06/2002, § 53; Dakaras/Litvanya, § 41.

¹²⁹ Fatullayev/Azerbaycan, B.N: 40984/07, 22/04/2010, § 159.

zorunluluk arz ettiğini, bu olay açısından kendi aleyhine delil vermeme veya susma hakkının işletilmesinin mümkün olmadığını ifade ederek Sözleşmenin 6.maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹³⁰.

Aynı şekilde alkollü araç kullanılıp kullanılmadığının tespiti amacıyla sürücülerin zorunlu kan veya alkol testine tabi tutulmaları da masumiyet karinesi ilkesine aykırı değildir¹³¹.

2. İdari Yaptırım Tekerrüründe Masumiyet Karinesi

Daha önce işlenmiş olan idari suçun tekraren işlenmesi halinde ulusal mevzuat hükümlerinin daha ağır cezayla tecziye edilmesini öngördüğü durumlarda tekerrür uygulaması söz konusu olur. Burada incelenmesi gereken konu, tekerrüre esas olan ilk fiil karşılığında verilen cezanın iptali istemiyle dava açılmışsa ve dava henüz sonuçlanmadan aynı eylemin işlendiği iddiası söz konusuysa, kişi hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kangers/ Letonya* başvurusunda¹³², idari yargıda tekerrür uygulamasını masumiyet karinesi açısından ayrıntılı bir biçimde incelemiştir.

Anılan başvuruda başvuru, 20 Kasım 2008 tarihinde 5 promil alkollü araç kullandığından bahisle 685 Euro idari para cezası, 15 gün idari gözetim ve 2 yıl trafikten men cezasıyla cezalandırılmıştır. Ceza, Bölge Mahkemesi'nin denetiminden geçerek 28 Nisan 2009 tarihinde kesinleşmiştir¹³³.

31 Temmuz 2009 tarihinde trafik kurallarına aykırı araç kullandığından bahisle başvuru hakkında ikinci kez tutanak düzenlenerek 343 Euro para cezasıyla tecziye edilmesine karar verilmiştir. Başvuru cezaya karşı itiraz etmiş ise de yerel mahkemece, itiraz reddedilmiş ve karar bu haliyle iç hukukta kesinleşmiştir¹³⁴.

23 Eylül 2009 tarihinde, trafik kurallarının ihlal edildiğinden bahisle davacı hakkında üçüncü bir tutanak daha düzenlenmiştir. Davacı bu tutanağın iptali istemiyle dava açmıştır. Yerel mahkeme, davacının bir yıl içerisinde üçüncü kez trafik kurallarını ihlal ettiğini belirterek davacı hakkında tecziye edilen “trafikten men, 5 gün idari hapis ve 549 Euro idari para cezasını” onamıştır. Temyiz başvurusunun reddedilmesi üzerine karar iç hukukta kesinleşmiştir¹³⁵.

Başvuru, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden bahisle bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına giren

¹³⁰ O'Halloran ve Francis/Birleşik Krallık, B.N: 15809/02, 25624/02, 29/06/2007, § § 60-63.

¹³¹ Tirado Ortiz ve Lozano Martín/İspanya, B.N: 43486/98, 15/06/1999, § § *k.b.a.*

¹³² Kangers/Letonya, B.N: 35726/10, 09/09/2019.

¹³³ Kangers/Letonya, § § 6-9.

¹³⁴ Kangers/Letonya, § § 12-15.

¹³⁵ Kangers/Letonya, § § 16-19.

AİHM, yerel mahkeme tarafından hüküm tesis edilirken 1 yıl içerisinde üçüncü kez trafik suçunun işlendiğinin dikkate alındığı, bu yapılırken 30 Temmuz 2009 tarihli ikinci ceza tutanağına atıfta bulunulduğu, tekerrür hükümlerinin uygulanması ve bu uygulamada ikinci cezanın esas alınmasının henüz kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçun işlendiğinin kabul edilmiş tarzını yansıttığı¹³⁶, bu durumun da masumiyet karinesini ihlal eder nitelikte olduğunu ifade etmiştir¹³⁷.

Görüldüğü gibi daha önceki cezaya karşı açılan davanın devam ettiği durumlarda, aynı fiilin tekrar işlendiğinin kabul edilmesi ve tekerrür hükümlerinin uygulanması suretiyle kişi hakkında daha yüksek bir ceza verilmesi masumiyet karinesiyle bağdaşmaz. Böyle bir usulde, önceki cezaya karşı açılan davanın sonucunun beklenmesi gerekir. Aksinin kabulü, önceki fiilin işlendiği konusunda bir ön kabul yaratılmasına sebep olacağından masumiyet karinesi ihlal edilmiş olacaktır.

3. Basın Yoluyla Masumiyet Karinesinin İhlal Edilmesi

Demokratik bir toplumda, idari veya suç eylemi konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi, kamu menfaatini ilgilendiren davalarda kaçınılmazdır. AİHM, Sözleşmenin 10.maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, bilgi alma ve verme hakkı da dahil olmak üzere bilgiye erişme hakkını da içerdiğini¹³⁸, bu sebeple, devam eden bir idari veya suç soruşturması ya da kovuşturması konusunda kamu görevlilerinin kamuoyunu bilgilendirmesinin 6.madde tarafından doğrudan doğruya engellenmediğini¹³⁹, ancak bilgilendirme yapılırken kişinin lekelenmeme hakkına saygı gösterilmesinin zorunlu olduğunu kabul etmektedir¹⁴⁰.

İdari veya cezai bir suç işlediği iddia edilen kişinin fotoğraflarının basında yer alması, tek başına masumiyet karinesinin ihlaline sebep olmaz¹⁴¹. Bununla birlikte fotoğrafın yayımlanmasıyla birlikte yapılan yorumlar veya verilen bilgiler, iddia edilen eylemin işlendiğini net bir biçimde kabul etmekteyse masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur¹⁴².

¹³⁶ Kangers/Letonya, § 53.

¹³⁷ Kangers/Letonya, § 61.

¹³⁸ Magyar Helsinki Bizzottsag/Macaristan, B.N: 18030/11, 08/11/2016, § 155-156.

¹³⁹ Karakaş ve Yeşilirmak/Türkiye, B.N: 43925/98, 28/06/2005, § 50.

¹⁴⁰ Batiasvili/Gürcistan, B.N: 8284/07, 10/10/2019, 86. Anılan kararda başvuruçuya ait manipüle edilmiş bir ses kaydı kamu görevlileri eliyle basına sızdırılmıştır. AİHM, kamu görevlileri eliyle manipüle edilmiş bir ses kaydının basına servis edilmesini kamuoyunu bilgilendirme sınırları içerisinde görmemiştir. Mahkeme, anılan ses kaydının basın tarafından yayımlanmasının mahkeme kararı olmadan kişiyi lekelediğini kabul ederek masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁴¹ Y.B. ve Diğerleri/Türkiye, 48173/99, 483/99, 28/10/2014, § 47.

¹⁴² Rupa ve Romanya, B.N: 58478/00, 16/03/2009, § 232.

4. Maddi Hukuk Düzenlemeleri Açısından Masumiyet Karinesi

Delil standardını aşağıya çeken veya hataen işlenen fiillerden ya da işlendiği zaman yürürlükte olmayan bir suçtan dolayı bireylerin cezalandırılmasını öngören maddi hukuka ilişkin düzenlemelere karşı, masumiyet karinesinin güvence sağlayıp sağlamadığı noktasında doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş, karinenin bireysel yargılamalara ilişkin usul koruması olduğunu savunurken¹⁴³, diğer bir görüş, karinenin usul korumasının yanında maddi hukuka ilişkin düzenlemelere karşı da koruma sağladığını kabul etmektedir¹⁴⁴. Kanaatimizce masumiyet karinesi hem usul hem de maddi hukuk alanında uygulama alanı bulmalıdır. Esasen bu durum hukukun üstünlüğü ve hukuka dayanan devlet ilkeleriyle daha ilintilidir. Delil standardının aşağı çekilmesi ya da hataen işlenen fiillere ceza verilmesini öngören maddi hukuk düzenlemeleri, masumların mahkûm edilme riskini artırır. Elbette ki hiçbir hukuk sistemi, masumların mahkûm edilme riskini tamamen ortadan kaldıramaz. Dün olduğu gibi bugün de masumların mahkumiyeti söz konusudur ve gelecekte de masumlar, mahkûm edilmeye devam edecektir. Bu noktada masumiyet karinesinin asıl amacı, masumun mahkûm edilme riskini minimize etmektir¹⁴⁵. İster usule isterse maddi hukuka ilişkin olsun masumların mahkûm edilme riskini arttıran düzenlemelerin ve uygulamaların, karinenin özünü anlamsız hale getireceği açıktır¹⁴⁶. Bu sebeple karinenin, hem maddi hem de usul hukukuna ilişkin güvence sağladığını kabul etmek gerekir.

AİHM, maddi hukuka ilişkin düzenlemeleri, özellikle de kanun hükümlerini, masumiyet karinesi açısından değerlendirirken oldukça temkinli yaklaşmakta, maddi hukuka ilişkin düzenlemelerin yerel mahkemeler tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁷. Kanaatimizce bu temkinli yaklaşımın sebebi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Anglo Sakson Hukuk Sistemine tabi devletlerin de imza koymasıdır. Zira Anglo Sakson Hukuk Sistemi, Kıt'a Avrupası'ndan farklı olarak maddi hukuka ilişkin düzenlemelerde masumiyet karinesinin uygulanması konusunda oldukça tutucu davranmaktadır¹⁴⁸.

SONUÇ

Masumiyet karinesi, kişinin, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanmadıkça suçlu sayılmasını ve toplum tarafından damgalanmasını

¹⁴³ Jackson, D. vd. (2012), s. 205-206.

¹⁴⁴ a.g.e., s. 208-209.

¹⁴⁵ Stummer, A. (2010), s. 33; Üstün, K. T. (2019), s. 51.

¹⁴⁶ Wilkinson, J. (2018), s. 599.

¹⁴⁷ Engel ve Diğerleri/Hollanda, B.N. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08/07/1976, § 81; Stummer, A. (2010), § 57.

¹⁴⁸ Stummer, A. (2010), s. 35.

önleyen; hakimler ve savcılar ile diğer kamu görevlilerinin, kişinin masum olduğunu varsayarak hareket etmesini sağlayan kadim bir hukuk doktrindir.

Adaletsizliğin yaşattığı acıların, insan onuruna yakışmayan muamelelerin ve önyargılı muhakemelerin verdiği ıstırap ve acı temeline bina edilen masumiyet karinesi, bugün, modern hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinde kabul görmüştür.

Bazıları masumiyet karinesini, Anglo- Sakson Hukukunun bir armağanı olarak niteler. Buna karşılık farklı kültürlerde masumiyet karinesinin değişik şekillerde uygulandığını söylemek mümkündür. Zira hem Anglo Sakson hem Kıt'a Avrupası hem de İslami Hukuk Sistemleri karinenin gelişmesine katkı sağlamıştır. Suçlamaların, dürüst tanıklar veya kesin belgeler ya da açık fiili kanıtlarla ispatlanması gerektiğini ve ispat olmadıkça kimsenin suçlu sayılmayacağını hüküm altına alan Corpus Iuris Civilis'teki düzenlemeyle, Hz. Ömer'in Basra valisine gönderdiği Direktifnamedeki düzenleme benzerlik gösterir. Bu benzerlik, doğu ve batı hukuku doktrinlerini açısından da geçerlidir. Zira Blackstone ve Ebu Hanife'nin ortak gayesinin, masumların yanlış yere mahkûm edilmesini önlemek olduğunu söylemek imkânsız değildir. Bu sebeple biz, masumiyet karinesinin ilk çıkış noktasının Anglo- Sakson Hukuk Sistemi olduğunu şiddetle reddediyoruz. Bize göre masumiyet karinesi, Hammurabi Kanunlarıyla hukuki alana dahil olan; Yunan Şehir Devletleri, Roma ve Bizans İmparatorlukları, İslam Devleti, Anglo- Sakson Hukuku ve Kıt'a Avrupası Hukukuyla geliştirilen ve genişletilen bir ilkedir. Bu ilkeyi tek başına bir medeniyete veya millete izafe etmek, masumiyet karinesi için doğu ve batının verdiği ortak mücadeleyi hiçe saymak anlamına gelir. Buna karşılık Anglo- Sakson Hukuk Sisteminin, masumiyet karinesine önemli katkılar yaptığı ve karinenin gelişiminde ciddi rol oynadığı hususları da reddedilemez bir gerçektir.

Masumiyet karinesinin suç ithamıyla işlerlik kazanacağı noktasında duraksama yoktur. Zira karinenin çıkış noktası, masum insanların mahkûm edilmemesi ve suç işlediği mahkeme kararıyla sabit olmadıkça kişilerin toplum tarafından damgalanmasının önüne geçilmesidir.

Fakat burada suç ithamının nasıl yorumlanması gerektiği noktasında bir çelişki vardır. 19. yüzyılın sonlarına kadar suç ithamıyla, ceza kanununda düzenlenen fiillerin kastedildiği söylenebilir. Peki suç ithamı sadece, ceza kanunlarıyla sınırlı mıdır?

Modern doktrinlerde cezalandırma alanlarının üç kısma ayrıldığı bilinmektedir. Bunlar sırasıyla, ceza hukuku, kabahatler hukuku ve idare hukuku alanlarına aittir. Örneğin kamuya açık alanlarda hayasızca davranışlarda bulunmanın kabahatler hukukunda düzenlenmesi, onun suç

ithamı olduğu gerçeğini değiştirmez. O halde, suç ithamı değerlendirilirken ceza kanunuyla sınırlı kalınmamalı, suç ve cezanın ağırlığı da dikkate alınarak, diğer cezalandırma alanlarındaki ithamlarda da masumiyet karinesine işlerlik kazandırılmalıdır.

Peki suç ve cezanın ağırlığı neye göre belirlenmelidir? Bir suçun karşılığında hürriyeti kısıtlayıcı ceza verilmesi durumunda cezanın ağır olduğu söylenebilir. Zira özgürlük, yaşama hakkının içeriğinde yer alan ve insanın, sırf insan olması sebebiyle doğuştan kazandığı bir haktır. Gözaltı cezaları ya da kısa süreli hapis cezaları, kişiyi hürriyetten yoksun bırakmaktadır. Buna karşın, hürriyetten yoksun bırakmayı gerektirmeyen cezalarda, suç ve cezanın ağırlığının neye göre belirlenmesi gerektiği noktasında bir netlik yoktur.

Kanaatimizce suç ve cezanın ağırlığı belirlenirken ölçü alınması gereken kıstas, *toplumsal damgalama* ölçütüdür. Eğer bir fiille itham edilmek. Sırf bu sebeple kişinin, toplum tarafından damgalanmasına, dışlanmasına ve baskılanmasına sebebiyet verecekse bu fiil, suç ithamı olarak kabul edilmeli ve masumiyet karinesi işlerlik kazanmalıdır.

Masumiyet karinesine işlerlik kazandıracak suç ithamı günden güne veya toplumdaki topluma değişir mi? Burada, trafikte kırmızı ışıkta geçme (seyre devam etme) fiilinden hareket edelim. A ülkesinde, kırmızı ışıkta geçme fiili için öngörülen cezanın “para cezası”; B ülkesinde, “üç gün hapis cezası” olduğu ve C ülkesinde, kırmızı ışıkta geçme fiili için herhangi bir ceza öngörülmediğini düşünelim. C ülkesinde eylem, herhangi bir cezalandırma alanına dahil olmadığından masumiyet karinesinin uygulama alanı bulmayacağı noktasında duraksama yoktur. Diğer taraftan, kişiyi hürriyetten yoksun bırakan üç gün hapis cezasını düzenleyen B ülkesi açısından fiilin, suç ithamı olduğu ve masumiyet karinesinin işlerlik kazanacağını söylemek de kolaydır. Peki itham için para cezasını öngören A ülkesinde durum ne olacaktır?

A ülkesindeki duruma geçmeden önce, suç ithamının toplumdaki topluma ve ülkeden ülkeye değiştiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Zira verilen örnekte B ülkesinde suç ithamı mevcuttur ve masumiyet karinesi uygulama alanı bulacaktır; C ülkesinde ise işlenen fiil hiçbir cezalandırma alanına dahil olmadığından suç ithamı ve masumiyet karinesinin uygulanması mümkün değildir. C ülkesinin bir kanun değişikliği yaptığı ve kırmızı ışıkta geçme fiilinin karşılığını bir ay hapis cezası olarak belirlediğini düşünelim. İşte bu halde, suç ve cezanın şiddetine göre fiil, artık C ülkesi için de bir ithamdır ve masumiyet karinesi uygulama alanı bulacaktır. Görüldüğü gibi C ülkesinde aynı fiil için eskiden masumiyet karinesi işlerlik kazanmazken, yeni düzenlemeyle işler hale gelmiştir. Bu durumda masumiyet karinesinin uygulanabilirliğinin zamandan zamana değiştiğini söylemek mümkündür.

Daha önce yarım bıraktığımız konuya geri dönecek olursak A ülkesinde fiilin karşılığı olarak öngörülen para cezası suç ithamı olarak kabul edilecek midir? *Kangers/ Letonya* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, böyle bir durumu, suç ithamı olarak kabul etmiş ve masumiyet karinesinin uygulanacağına karar vermiştir¹⁴⁹. Biz de İnsan Hakları Mahkemesiyle aynı görüşü savunarak idari para cezaları halinde de masumiyet karinesinin uygulama alanı bulacağını kabul etmekteyiz.

Bir fiilin hem hukuki hem de cezai sorumluluk doğurması mümkündür. Örneğin, kasten yaralama suçu hem cezai sorumluluğu hem de hukuki sorumluluğu gerektirebilir. Aynı fiilden dolayı hem ceza hem de hukuk davasına maruz kalan failin, ceza mahkemesinden beraat etmesine rağmen hukuk mahkemesince tazminata mahkûm edilmesi mümkün müdür?

Bilindiği gibi ceza ve hukuk yargılaması, gece ve gündüz kadar farklıdır. Bu farklılık hem muhakeme usullerinde hem delil standardında hem de ispat külfetinin tahsisinde ortaya çıkar. Ceza mahkemelerine göre hukuk mahkemelerinin delil standardı daha düşüktür. Çünkü ceza mahkemeleri, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayarak failin suç işlediğini makul şüphenin ötesinde açık delillerle ispatlanması eşliğini kabul etmektedir. Hukuk mahkemelerinde ise üstün belgeyle ispat, karineyle ispat veya kayıtlarla ispat da mümkündür. Delil eşliğinin düşüklüğü sebebiyle ceza mahkemesinde beraat eden kişinin, aynı delillerin kullanılması suretiyle hukuk mahkemesince mahkûm edilmesi, masumiyet karinesiyle çelişmemektedir. Burada suçu işlemediği mahkeme kararıyla sabit olanların durumu farklıdır. Suç işlenmediğinin sabit olduğu durumlarda, fiilin işlenmediği sabittir ve hukuk mahkemesince kişinin tazminata mahkûm edilmesi, fiilin işlendiğinin ima edilmesine sebebiyet verdiği için masumiyet karinesine uygun düşmeyecektir.

Bugün, idari yargılama alanına dahil olan birçok uyuşmazlıkta masumiyet karinesinin uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir. Hukuk Devleti ilkesine işlerlik kazandırma amacına hizmet eden idare mahkemeleri, bir yandan işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlerken diğer taraftan idarece masumiyet karinesine aykırı iş ve işlemlerin hukuk aleminde sonuç doğurmamasını temin etmek zorundadır. İdari makamları masumiyet karinesine uygun davranmaya zorlamada birincil kuvvetin, idari yargının kendisi olduğunu söylemek yargılama diyalektiğinin mantıksal paradoksuyla bire bir örtüşmektedir.

¹⁴⁹ *Kangers/Letonya*, §, § 52, 61.

Peki, bir idari işlemin iptali istemiyle dava açıldığında, iddia makamınca ileri sürülmemiş olsa bile idare mahkemesi, işlemin masumiyet karinesine uygun olup olmadığını re'sen değerlendirmek zorunda mıdır?

Bilindiği gibi Türk İdari Yargısında re'sen araştırma ve inceleme usulü geçerlidir¹⁵⁰. Bu usulde yargıç, tarafların iddia ve savunmalarına bağlı kalmaksızın işlemin bir bütün olarak hukuka uygun olup olmadığını denetler. Denetleme yapılırken idari işlemlerle başat insan haklarına müdahale edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, davacı tarafından ileri sürülmemiş olsa bile mahkeme, iptali istenen işlemlerle yaşama hakkı, özel hayata saygı ilkesi, din ve vicdan hürriyeti ve masumiyet hakkı gibi başat haklara müdahale edilip edilmediğini incelemeli, bu konuda vardığı kanaati gerekçeli kararında göstermelidir.

Suç işleyenlerin, ceza adaleti sayesinde suçtan kurtulması söz konusu olursa, toplumda büyük bir kaos ortamı oluşur ve bu durum, zamanla toplumu ve Devleti yıkar. Bu sebeple masumiyet karinesini olabildiğince geniş uygulamak yanlış beraatları çoğaltacak, bu da ceza adaletini içinden çıkılmaz bir hale sürükleyecektir. Bazen, bir masumun mahkûm edilmesinden on suçlunun beraat etmesinin daha iyi olduğu söylenebilir. Bazen binlerce suçlu vardır. Rakamlar önemlidir. Binlerce suçlunun, bir masumu mahkûm etme korkusuyla özgürleştirilmesine izin veren bir sistem, toplumu yeterince koruyamayabilir. Toplum yeterince korunmazsa, kaos ortamı kaçınılmaz olur. Bu sebeple masumiyet karinesine aşırı derecede önem atfetmek, onu kutsamak ve sınırlandırılmaz bir hak olarak tanımak imkansızdır. Eğer toplum yararı gerektiriyorsa masumiyet karinesinin sağladığı güvencelerin sınırlandırılması mazur görülebilir.

Üstün kamu yararının gerektirdiği önemli durumlar, masumiyet karinesine aykırı hareket edilmesini gerektiriyorsa bu durumda idari yargılamada nasıl önlemler alınması gerektiği sorunu gündeme gelmektedir. Esasen bu sorun derindedir. Yani masumiyet karinesinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı doktrinde çokça tartışma yaratır. Biz bu tartışmalara çalışmanın ana muhtevası izin verdiği ölçüde yukarıda değindik ve masumiyet karinesinin belirli şart ve koşullarda sınırlandırılabilceği görüşünü ileri sürdük. Burada bahsetmek istediğimiz husus, durumun koşulları ve üstün kamu yararı, masumiyet karinesinin sınırlandırılmasını gerektiriyorsa, bu sınırlandırmanın telafi edilmesinin gerekli olup olmadığıdır.

Örneğin bir Devlet, istihbarat elemanı, asker, polis, hâkim ve savcı istihdam ederken, ceza soruşturması açılmamış olmasını şart koşabilir ve hakkında ceza soruşturması olan bir kişiyi, anılan istihdam pozisyonuna kabul etmeyebilir.

¹⁵⁰ Üstün, K. T. (2019), s. 98; Çağlayan, R. (2018), s. 124.

Normal şartlarda kesinleşmiş mahkeme kararı olmaksızın kişilerin belirli istihdam pozisyonlarından diskalifiye edilmesi ve stigmatizasyon masumiyet karinesine aykırıdır. Fakat asker, polis, hâkim ve savcı pozisyonunda görev yapanlarla Devlet arasında özel bir sadakat bağı kurulmalı ve bu mesleklerde istihdam edileceklerin üzerinde en ufak bir şüphenin dahi bulunmaması gerekir. Çünkü bu istihdam pozisyonları, devletin egemenlik yetkisini direkt olarak kullanmaktadır. Devletin egemenlik yetkisini direkt kullanan pozisyonlara atamalar yapılırken kişi hakkında soruşturma açılmamış olması şartının aranmasında üstün kamu yararı olduğu kabul edilebilir. Zira hakkında hırsızlık suçundan soruşturma açılanın polis, resmî belgede sahtecilik suçundan soruşturma açılanın hâkim ve savcı ya da Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan soruşturma açılanın asker olarak istihdam edilmesi toplumsal güven ve adalet duygusunu zedeleyebilir.

Bu tür durumlarda kesinleşmiş mahkûmiyet kararı olmaksızın belirli pozisyonlarda istihdam edilmeden diskalifiye edilen kişinin masumiyet karinesine aykırı hareket edildiği söylenebilir. Kişinin masumiyet karinesine aykırı hareket edilmiş biçimi ile toplum yararının dengelenmesi gerekir. Kanaatimizce kişinin masumiyetine aykırı davranış karşısında belirli miktarda tazminat ödenmesiyle dengeleme yapılmalıdır. Zira toplum yararı gerektiriyor olsa bile masumiyet karinesine aykırı hareket edildiği hususu, halihazır bir gerçekliktir ve Devlet, masumiyet karinesine olabildiğince saygı göstermek zorundadır. Aksini kabul etmek, kişi hakkının toplum yararı aleyhine önemli ölçüde çığnemesi anlamına gelir ki çağdaş ve modern bir hukuk devletinde bu durum mazur görülmemelidir.

KAYNAKÇA

- **ALEXY, Robert (2003)**, Constitutional Rights, Balancing and Rationality, *Ratio Juris Dergisi*.
- **ARI, Abdülselem (2003)**, Hz. Ömer'in Ebu Musa El Eş'ariye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi*, S. 2.
- **ASWORTH, Andrew (2006)**, *Four Threats to the Presumption of Innocence*, Sweet and Maxwell Yayınları.
- **ATAY, Ender Ethem (2018)**, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Hukuk Yayınları.
- **BENTHAM, John (1982)**, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Methuen Yayınları.
- **CAMPBELL, Liz (2013)**, Criminal Labes, the European Convention on Human Rights and Presumption of Innocence, *The Modern Hukuk Dergisi*, C. 76, S. 4.
- **ÇAĞLAYAN, Ramazan (2018)**, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Hukuk Yayınları.
- **ÇAYAN, Gökhan (2020)**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölümünün Urat v. Türkiye Kararı, *Yargıtay Dergisi*, C: 46, S: 3, 46 (3).
- **ÇAYAN, Gökhan (2020)**, Masumiyet Karinesi Doktrini, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 42.
- **ÇAYAN, Gökhan (2019)**, Geçiş Adaleti ve Avrupa Arındırma Hukuku, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 40.
- **ÇAYAN, Gökhan (2016)**, *Adil Yargılanma Hakkı*, Legal Hukuk Yayınları.
- **ÇAYAN, Gökhan (2016)**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 28.
- **ÇAYAN, Gökhan (2016)**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Bölüm: Borg v. Malta Davası, *Küresel Bakış Dergisi*, S. 20.
- **ÇAYAN, Gökhan (2016)**, Kamu Görevlilerinin Statüsüyle İlgili Uyuşmazlıklarda Adil Yargılanma Hakkı, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 116.
- **ÇAYAN, Gökhan (2016)**, The Right to a Fair Trial, the Coverage of the Right and Application in the Tax Cases, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 12.
- **ÇAYAN, Gökhan (2016)**, The Right to a Fair Trial in the Discrepancies Originating from Public Officials' Status, *İnsan Hakları Dergisi*, S. 11.
- **ÇAYAN, Gökhan (2014)**, Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından; Suçluların İadesi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Yargıtay İçtihatları Bakımından Bir Değerlendirme, *Legal Hukuk Dergisi*, 12 (142).

- **De JONG, Ferry, Van LENT, Leonie (2016)**, The Presumption of Innocence as a Counter Futual Principles, *Utrecht Hukuk Dergisi*, S. 12.
- **DEBUSİ İsa b., (Çeviren: Mehmet Boynukalın)**, Takvimü'l-edille, Beyrut, Dar'ul Kütüb'il İlmiyye.
- **DUFF, R. Antony (2001)**, *Punishment, Communication and Community*, Oxford Yayınları 2001.
- **ERTURHAN, Sabri (2002)**, İslam Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi (In Dubio Pre Reo), *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 6, A. 2.
- **EŞ- ŞEYBANİ, Muhammed bin, (Çeviren: Mehmet Boynukalın)**, Beyrut, Dar İbn Hazm, X. Cilt.
- **FERZAN, Kimberly Kesler (2014)**, Preventive Justice and The Presumption of Innocence, *Law and Philos Dergisi*, S. 8.
- **FEYZİOĞLU, Metin (1999)**, *Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 30/12/2019 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf> s. 136. isimli internet sitesinden alındı.
- **GRAY, Anthony (2017)**, *Presumption of Innocence in Peril*, Lexington Yayınları.
- **HABERMAS, Jürgen (1996)**, (Çeviren W. REGH), *Between Facts and Norms*, Polity Yayınları.
- **KALABALIK, Halil (2019)**, İdari Yargılama Usulü, Seçkin Hukuk Yayınları.
- **KITAI, Rinat (2002)**, Presuming Innocence, *Okla Hukuk Dergisi*, S. 63.
- **JACKSON, D. John, SUMMERS, J. Sarah (2012)**, *The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge Üniversitesi Yayınları.
- **LACEY, Nicola (2016)**, *in Search of Criminal Responsibility; Ideas, Interests and Institutions*, Oxford Üniversitesi Yayınları.
- **LAUDAN, Larry (2006)**, *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge Üniversitesi Yayınları.
- **LAUFER, S. William (1995)**, The Rhetoric of Innocence, *Washington Hukuk Dergisi*, S. 17.
- **LIPPKE, Richard (2016)**, *Taming the Presumption of Innocence*, Oxford Üniversitesi Yayınları.
- **ROBERTS, Paul, HUNTER, Jill (2012)**, *Criminal Evidence and Human Rights*, Hart Yayınları.

- **ROBERTS, Paul, ZUCKERMAN, Adrian (2004)**, *Criminal Evidence*, Oxford Yayınları.
- **SCHEINER, Robert (2007)**, Standard of Proof, Presumption of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure, *California Wesrern Hukuk Dergisi*, S. 55.
- **SHERMAN, J. Clark (2014)**, The Juror, The Citizen, and The Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgement, *Cirim Law and Philos Dergisi*, S. 8.
- **SMITH, Eva (2012)**, *The Presumption of Innocence, Scandinavian Studies in Law*, 31/12/2019 tarihinde <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-23.pdf> isimli internet adresinden erişilmiştir.
- **STUMMER, Andrew (2010)**, *The Presumption of Innocence Aidental and Human Rights Perspective*, Oregon Yayınları.
- **ŞEBBE, Ömer bin, (Çeviren: Mehmet Boynukalın)**, Tarihü'l-Medine Daru'l-Uleyyani II. Cilt.
- **TRACHSEL, Stefan (2005)**, *Human Rights in Criminal Procedure*, Oxford Üniversitesi Yayınları.
- **ÜSTÜN, Kamile Türkoğlu (2019)**, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Hukuk Yayınları.
- **WILKINSON, Harvaie (2018)**, the presumption of Civil Innocence, *Virginia Hukuk Dergisi*, C. 104, S. 4.
- **VITKAUSKAS, Dikov, LEWIS- ANTONY Sian (2012)**, *Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights*, Integrights Yayınları.
- **Von HIRSCH, Andrew, ASWORTH, Andrew (2005)**, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford Yayınları.
- **ZEDNER, Lucia (2004)**, *Criminal Justice*, Oxford Yayınları.

CEZA HUKUKUNDA HATA VE HATAYA BAĞLANAN SONUÇLAR

Error in Criminal Law and Consequences Related to Error

Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER* - Onur ÖZKAN** - Merve BAKDUR***

Geliş Tarihi: 28.07.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Bu çalışma ile ceza hukukundaki en tartışmalı konulardan biri olan “hata” açıklanmaya çalışılmıştır. Hataya dair inceleme yapılırken bilhassa ceza kanunlarının hata olarak ne kastettiği ve hangi türden hataya anlam ve sonuç yüklediği dikkate alınmıştır. Bununla bağlantılı olarak da suç teorisi içerisinde hangi hataya hangi sonucun bağlandığı irdelenmiştir. Hata, suç teorisi içerisinde kastı kaldıran hata olarak tipiklikte ve kusurluluğu etkileyen hata olarak kusurluluk içerisinde etkiye sahiptir. Bu iki hata türü birbirinden ayrılmıştır. Keza, failin davranışını gerçekleştirdiği anda suçun maddi unsurlarının tamamına yönelik kastının bulunması gerekir. Bunlardan birinde hataya düşülmesi failin kastının varlığı için gereken şartı sağlamayacağından kastı etkilenecek, dolayısıyla suçun tipikliği oluşmayacaktır. Suçun nitelikli hallerinde ve hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düşülen hatada da aynı şekilde hukuki değil fiili bir hata söz konusu olmaktadır ve kastı kaldıran hata altında ele alınmıştır. Kusurluluğu etkileyen hallerde hataya düşülmesi ise eğer hata söz konusu olmasaydı suçun tipikliğinin oluşumunu etkilemeyecek ve yalnızca failin kınanabilirliğini etkileyecektir. Dolayısıyla failin bu hatasının kınanabilirliğini etkileyeceği kabul edilmiş ve inceleme bu başlık altında yapılmıştır. Hatanın bu önemli ayrımı sonrasında, sıklıkla hata altında gündeme gelen hedefte sapma ile şahısta hata arasındaki farklar da incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hata, Kast, Kastı kaldıran hata, Kusurluluk, Kusurluluğu kaldıran hata, Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, Haksızlık bilinci

ABSTRACT

With this article, one of the most controversial issues in criminal law “error” is tried to be explained. While examining of the error, it was taken into account especially what error means in criminal law and which type of error has the meaning and result in criminal law. At the same time, it was explained, in crime theory which error is connected to which results. The error has an effect in the crime theory, which the error that removes the intent and the error that affects the fault. These two types of errors are separated. Likewise, as soon as the perpetrator acts, he must have intent on all the definition elements of the crime. Error in one of these will affect the intent of the perpetrator, because the condition for the existence of the intent is not met. So, the crime will not be suitable for the definition of crime (in German, Tatbestand). The error made in the qualitative elements of the crime and the material conditions of the reason for legality criterias are also a de facto, not legal, errors, and is addressed under the error that effect the intent. Error in cases affecting the fault would not affect the formation of the typicality of the crime and it would only affect the culpability of the perpetrator. Consequently, it was accepted that this error affects the condemnability of the perpetrator and the examination was made under this heading. After this important distinction of the error, the differences between the deviation in the target, which often comes under the error, and the error in the person were also examined.

Keywords: Error, Intent, Error that removes the intent, Culpability, Error that removes the culpability, Misconduct in the material conditions of legality criterias, Unfairness awareness

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: volkan.dulger@dulger.av.tr, ORCID ID: 0000-0003-4034-5436.

** Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisansı, e-posta: onur.ozkan@dulger.av.tr, ORCID ID: 0000-0002-3391-4728.

*** Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn L.L.M., e-posta: merve.bakdur@dulger.av.tr, ORCID: 0000-0003-0150-916X.

GİRİŞ: Hatanın Anlamı ve Türleri

Hata, failin sorumluluğu değerlendirilirken doğurduğu sonuçlar bakımından ceza hukukunun en zor konularından biri olarak görülür. Zira hataya ilişkin örgüyü kurabilmek, suç teorisinin tamamına hâkim olmayı gerektirir. Hata başlığı altında failin algısındaki eylemi ve bunun hukuki sonuçları ile gerçekte var olan duruma ilişkin hukuki sonuçların karşılaştırılması, bu bakımdan hatanın hangi unsuru etkileyip etkilemediği, bunun tipikliğe mi ait olduğu ya da ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan bir nedene mi ilişkin olduğu gibi soruların yanıtlanması gerekir. Yine hata konusunun ileri seviyelerinde, tersine hata ve çifte hata gibi konular tartışılır. Dolayısıyla hata ve hataya ilişkin sonuçların bulunabilmesi için suç teorisine bütünüyle hâkim olunmalıdır¹.

Hata, bilmemek (Lat. ignorantia) ya da yanlış bilmek (Lat. error) şeklinde ortaya çıkan, kişinin iradesi ile gerçeklik arasındaki fark olarak tanımlanabilir². Gerçekten günlük hayatta da hataya düştüğümüz, zihnimizdeki düşünce ile gerçeğin uymadığı pek çok olay ile karşılaşırız. Örneğin, eski bir dostumuzu gördüğümüzü zannederek yanına gittiğimiz ve omzuna dokunduğumuz kişinin tanımadığımız başka bir kişi çıkması veya ünlü bir kişiyi gördüğümüzü sanıp yanına gittiğimizde o kişinin tahmin ettiğimiz kişi çıkmaması gibi durumları çoğumuz yaşamışızdır³. İşte böylesi bir hata, ceza hukukunda da kastı ya da kusurluluğu kaldıran bir hal olarak karşımıza çıkabilir. Failin zihnindeki düşüncenin dış dünyadaki gerçeklikle örtüşmemesi durumunda yanlış olduğundan bahsedilir⁴. Hata, TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir.

Hata öğretide ilk olarak, fiili ve hukuki hata şeklinde ikiye ayrılarak incelenmiştir⁵. Bu ayrıma göre, hata dış dünyaya ilişkin bir hata olabileceği gibi normatif dünyaya (kurallar alanına) ilişkin de olabilir⁶. Bu ikinci halinde hukuki hatadan bahsedilir ve bir ceza normunun varlığında veya onun yorumlanmasında hataya düşülmüş olur. Fail bu durumda eylemine yönelik hukuki düzenleme konusunda hata içerisinde. TCK'nın 4. maddesinde “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” şeklinde açık bir düzenlemeyle kural olarak hukuki hataya düşen failin bu hatasından yararlanamayacağı belirtilmiştir. Ancak bu kural, m. 30/4'teki yasak hatası kuralı ile aslında ortadan kaldırılmış, işlevsiz hale getirilmiştir⁷. Daha doğru bir ifadeyle,

¹ Heinrich, C. II, kn. 1062.

² Önder, Genel Hükümler, C. II-III, s. 311.

³ Koca, Hata, s. 81.

⁴ B. Erman, Yanılma, s. 4.

⁵ S. Erman, Hata, s. 510, 511; Önder, C. II-III, s. 311; Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, (10) s. 417; Hakeri, Genel Hükümler, (22), s. 449; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (10), s. 430.

⁶ Koca, Hata, s. 82.

⁷ Göktürk, s. 99, 100.

yasak hatasının kabul edildiği bir sistemde, kanunları bilmemenin mazeret sayılmaması mümkün değildir; zira yasak hatası tam da bir kanun hükmünün bilinmemesi olasılığı üzerine kurgulanmıştır. Ayrıca belirtmeliyiz ki yasak hatası yalnızca normatif anlamda suç olarak tanımlanan davranışın, kanuni olarak bilinmemesi üzerine düzenlenmemiştir. Aşağıda da anlatılacağı üzere kişilerin suç işlemekten ziyade genel bir haksızlıkta bulunma bilincinin yokluğunu kastetmektedir. Ancak bu, kanunların bilinmemesini de içerisinde barındıran bir üst kavram konumundadır. Dolayısıyla gerek Türk hukuku gerekse uluslararası ceza normları nezdinde kanunları bilmemek de mazeret sayılmayacağından bu maddenin ayrıca düzenlenmiş olmasına gerek yoktur.

Fiili hatada ise fail, fiili durum veya koşul hakkında yanlış bir değerlendirmede bulunur⁸. Bu hata; fiilin unsurlarına, hukuka uygunluk nedenlerine, nedensellik bağına, neticeye veya nitelikli hallere ilişkin olabilir⁹. Örneğin C, kendisine silah yöneltildiğini düşünmektedir. Kendisine silah yönelttiğini düşündüğü kişiye (siluete) karşı savunmada bulunmuş ve sopayla vurarak muhtemel saldırıyı defetmiştir. Daha sonra C'nin yaraladığı kişinin ev arkadaşı E olduğu ve elinde tarağını tutmakta olduğu anlaşılmıştır. C, bulunduğu ortamın karanlık olması nedeniyle yanılmış ve E'yi evine izinsiz giren bir kişi sanmıştır. Burada meşru savunmada bulunduğunu düşünerek hareket etmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenine yönelik bir hatası söz konusudur. Hukuki hata – fiili hata ayırımını algılayabilmek adına, burada esasında failin bir hukuk kuralına ilişkin bir hataya düşmediği söylenmelidir. Esasında C, fiili duruma ilişkin bir hata içerisinde. Yanılması fiili durumda kendisine yönelik bir saldırıda bulunduğu şeklinde olup bir hukuk kuralının hukuk dünyasındaki yerine ya da uygulama alanına ilişkin değildir. Bu hatanın hukuka uygunluk nedenlerine yönelik bir hata olup olmadığına, ancak eylem sonrasındaki (ex post) normatif değerlendirmeyle ulaşılmaktadır. Dolayısıyla fiili hatanın hukuka uygunluk nedenine ilişkin olduğu söylendiğinde, bu hukuki hata ile karıştırılmamalıdır¹⁰.

Günümüzde fiili hata – hukuki hata ayırımının aşıldığı ve artık öğretilde büyük ölçüde terk edildiği söylenmelidir¹¹. Bunun yerine, kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata şeklinde bir ayırım takip edilmektedir.

Hata konusu TCK'nın 30. maddesinde “dört” fıkra halinde düzenlenmiştir. Hatanın bulunması ya faildeki kastı ya da kusurluluğu etkiler. Dolayısıyla aslında hata konusunun, iki ana başlık altında ve alt başlıklar halinde incelenmesi gerekir. Buna göre hatanın inceleme sistemi şöyledir:

⁸ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (10), s. 430

⁹ Soyer Güleç, s. 60.

¹⁰ Heinrich, C. II, § 30, kn. 1120-1124.

¹¹ Bkz: B. Erman, Yanılma, s. 10 vd.

- Kastı kaldıran hata halleri
 - o Tipikliğin unsurlarında hata (m. 30/1)
 - o Suçun nitelikli unsurlarında hata (m. 30/2)
 - o Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata (m. 30/3)
- Kusurluluğu etkileyen hata halleri
 - o Kusurluluğu kaldıran ve azaltan hallerde hata (m. 30/3)
 - o Hukuka aykırılık bilincinde hata (yasak hatası) (m. 30/4)

Yukarıda görüldüğü üzere, TCK'daki hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen hallerin ayırım yapılmaksızın bir arada düzenlenmesine ilişkin bize göre hatalı yöntem burada da devam ettirilmiştir. TCK'nın 30. maddenin 3. fıkrasındaki hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ile kusurluluğu etkileyen nedenlerde hata ayırım yapılmaksızın bir arada düzenlenmiştir. Olması gereken bunların ayrı ayrı düzenlenmesidir. Her ne kadar kanundaki düzenleme bu şekilde olsa da olması gereken hukuk ve sistematik tutarlılık açısından ayırım bu şekilde yapılmalıdır. Nitekim öğretide de bu konuda neredeyse görüş birliği vardır.

I. KASTI KALDIRAN HATA HALLERİ

Kastı kaldıran hata halleri; tipiklikte hata ya da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata şeklinde karşımıza çıkabilir¹².

Tipiklikte hata, suçun normatif unsurlarında hata anlamına gelir. Bu hata, tipikliğin unsurlarını oluşturan; suçun konusuna ya da mağdura ilişkin hata olabileceği gibi nedensellik bağına ya da suçun nitelikli unsurlara ilişkin bir hata da olabilir.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, hırsızlık suçunun konusunu (m. 141) “başkasına ait taşınır eşya” oluşturur. Failin eşyanın kendisine ait olduğu

¹² Bununla birlikte öğretide *Koca*, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halini de kastı kaldıran hata arasında kabul etmektedir, **Koca**, Hata, s. 84. Ancak biz sınırın (taksirle) aşılması kurumunu, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata (m. 30/3) benzeri ancak ondan daha farklı ve özel bir düzenleme olarak kabul etmekteyiz. Zira burada farklı olarak, kişi hukuka uygunluk nedenlerinin var olup olmadığına ilişkin bir hataya düşmemekte ancak var olan bir koşula ilişkin taksir kaynaklı bir hatalı davranış gerçekleştirmektedir. Bu itibarla TCK'da sınırın taksirle aşılmasına, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatadan farklı olarak yer verilmesi isabetli olmuştur. Zira bu iki kurum, birbirine benzese de farklı özellikler içerir. Bununla birlikte, *Koca*'nın da kabul ettiği gibi, Alman ceza hukukunda da sınır aşılması kurumu doğrudan düzenlenmediğini ancak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde; bu sınır aşımı hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına ilişkin ise kastı kaldıran hata hali (Alman Ceza Kanunu m. 16), hukuka uygunluk nedenlerinin izin verdiği sınırlara ilişkin ise haksızlık hatası (m. 17) hükümleri çerçevesinde çözümler getirildiğini belirtmemiz gerekir, bkz. **Ersan**, s. 67 vd.

konusunda bir hata içerisinde olması halinde, bunun suçun konusuna ve dolayısıyla tipikliğin maddi unsurlarına ilişkin bir hata olduğu görülür. Failin tipte yanlışlığı bu türden hallerde, kastının ortadan kalktığı kabul edilir. Zira kast, suçun oluşumu için gerekli olup, kısa tanımıyla, tipikliğe ilişkin bütün unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (m. 21/1). Haksızlığı oluşturan ve kastın kapsamında bulunması gereken bu unsurların herhangi birinde yanlış failin artık bilgisizliği söz konusu olacağından, kastından da bahsedilemeyecektir. Kastı ortadan kalkmakla birlikte, şayet suçun taksirli hali düzenlenmiş ise ve şartları varsa, bu halden ötürü sorumluluğu gündeme gelecektir. Baştaki örnek ele alındığında, hırsızlık suçunun taksirli hali düzenlenmemiş olup hatası nedeniyle kastı kalkan failin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Öğretide esaslı hata – esaslı olmayan hata ayrımı, hatayı açıklamada kullanılmaktadır. Ancak kast, maddi unsurların tamamını kapsamalıdır. Dolayısıyla kişinin tipikliğin maddi unsurlarından birinde dahi hataya düşmesi kastını ortadan kaldıracaktır. Bu tip bir hata için esaslı ya da esaslı olmayan incelemesine gerek olmayacaktır. Hukuki manada hatadan anlaşılması gereken zaten ceza hukukunun önem verdiği hatadır, yani düşülen hata söz konusu olmasaydı başka bir suç oluşacak veya hiç suç oluşmayacaktıysa hata değerlendirmesi yapılır. Bu yüzden değerlendirmenin hukuken önem verilen ya da önem verilmeyen hata olarak yapılması daha doğrudur.

Tipte hata, TCK m. 30/1’de tipikliğin maddi unsurlarında hata ve m. 30/2’de nitelikli hale dair unsurlarda hata olarak iki fıkroda düzenlenmiştir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif bir yönü olduğunu kabul ettiğimiz için yani fail hukuka uygunluk nedenlerinden ancak bunun bilincinde ve iradesi buna yönelmiş olduğunda yararlanacağından, fail bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarında hataya düşebilir ve bu hatası hukuka uygunluk nedeninin sübjektif yönüne bir etkide bulunur. Yani gerçekte olmadığı halde bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu düşünerek ve bu kastla hareket edebilir. İşte bu durumda da failin hukuka uygun hareket ettiği kabul edildiği için suç işleme kastı bulunmamaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı da bu başlık altında inceleyeceğiz. Bir hukuk kuralının olup olmadığına ilişkin hata ise haksızlık bilinci ve yanlışlığı ile ilgili olup, kusurluluğu etkileyen hata başlığı altında incelenecektir.

A. Tipikliğin Maddi Unsurlarında Hata

Tipte hata hallerinin ilki, tipikliğin maddi unsurlarında hata ya da diğer ismiyle, unsur yanlışlığıdır. Bu, suçun normatif unsurlarına ilişkin bir hatadır. Tipikliğin maddi unsurlarında hata TCK’nın 30. maddesinin 1. fıkrasında aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”¹³

Kast, tipikliğin maddi unsurlarını kapsamalıdır. Maddi unsurdan yoksun bir bilme ve isteme kabul edilemeyeceğinden, bu bilgisizlik suçun manevi unsurunu yani kastı kaldırmaktadır. Tipikliğin maddi unsurları ile kastedilen, dışarıdan algılanabilen objektif konu ve olgulardır. Bunlar, duyu organları ile algılanabilen; doğrudan konunun maddi varlığıyla ilişkilendirilebilecek unsurlar olabileceği gibi (örneğin hırsızlık suçunda eşyanın taşınabilir olması ya da ateş edilen kişinin bir insan olması), manevi dünyayla ilişkilendirilebilecek unsurlar da (örneğin öldürme suçunun ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi) olabilecektir¹⁴. Aynı şekilde, duyu organları ile algılanamayacak olup da bir normun varlığıyla tasavvur edilebilen “kişisel veri”, “resmî belge” ya da “özel hayat” gibi normatif unsurlara ilişkin de hata mümkündür¹⁵. Zira suçun oluşabilmesi için failin kastının bu unsurları da kapsamaması gereklidir.

Normatif unsurlara dair yanılma, kimi durumlarda geçerli bir hata olarak kabul edilmez. Fail suçun kanuni tanımında yer alan unsurun maddi içeriğini bilmesine karşın, bunun ceza hukukundaki nitelendirilmesi konusunda “yorum hatasına” (Alm. Subsumtionsirrtum) düşebilir¹⁶. Örneğin fail, çaldığı eşyanın koyun ya da akıcı bir sıvı madde olduğunu bilmekte ancak bunun hırsızlık suçunun (m. 141) konusunu oluşturan “taşınır mal” kapsamına

¹³ Öğretide Ünver, anılan maddenin formülasyonunu bilmemenin bir hatadan kaynaklanması gerektiğinin belirtilmemiş olması nedeniyle eleştirmektedir. Buna göre bu madde, hata halini değil; kastın ne zaman kalktığını gösteren lüzumsuz bir düzenlemedir. Ünver, Kusurluluk, s. 47. Oysa bu doğru bir tespit değildir. Ceza hukukunda hata ile bilmeme aynı anlama gelmektedir. Yine aynı şekilde söz konusu durum ilgili düzenlemenin ikinci cümlesinde “*bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*” denilmekle belirtilmiştir. Kaldı ki hataya, bilmeme noktasında değil; suçun işlenmesi esnasında düşülmektedir.

¹⁴ Öztürk/Erdem, (18), § 5, kn. 579.

¹⁵ Koca, Hata, s. 85.

¹⁶ Kindhauser yorum hatasının tipiklikteki unsurlara dair diğer hata halinden ayırt edilebilmesi için bir yardımcı soru kullanılabilirliğini söylemiştir. Buna göre, failin hatasını düzeltmek için yapması gerekenin ne olduğu sorusunun cevabına bakılır. Örneğin kişinin kendi aracı zannederek başkasının aracının gaz deposunu boşaltması olayında, daha dikkatli davranması halinde plakayı farkedebileceği ve bu hatayı yapmayacaktır. Bu bir yorum hatası değildir. Yorum hatasında ise failin hatasını düzeltmek için yapması gereken hukuki dile dair daha fazla bilgi edinmektir. Örneğin verilen bu örnekte kişinin gazı mala zarar verme kapsamında zarar verilebilecek cismi bir madde olarak görmemesi dolayısıyla suç olduğunu düşünmemesi yorum hatasıdır, çünkü failin “mala zarar verme”yi yanlış yorumlaması ile ilgili bir durum söz konusudur. Böyle bir hatayı düzeltmek için failin hukuk terminolojisini bilmesi gerekirdi. İşte bu soruya verilecek cevap üzerinden ayırım ile yorum hatası bu şekilde tespit edilebilir. Bkz: Kindhäuser, AT, § 27, kn. 19-20.

girmeyeceğini düşünmekte olabilir. Bu gibi durumlardaki hatası hukuken dikkate alınmayacaktır. Zira kastın oluşumu için doğru hukuki yorumun yapılması gerekli değildir. Tipikliğin maddi unsuru konusunda bilgiye sahip olan failin, bu maddi unsuru hukuken farklı şekilde yorumlamasından ötürü kastı kalkmayacaktır¹⁷. Bunun nedeni olarak, “ortalama bir kişiden yalnızca normun temelinde yatan ceza normunun çekirdeği (nüvesi, özü) hakkında bilgiye sahip olması beklenir” kuralı gösterilir¹⁸. Bununla birlikte öğretilerde, yorum hatasının istisnai olarak kastı kaldırdığı haller de bulunduğu ifade edilmektedir. Fail, suçun maddi unsurunu doğru şekilde kavramış olmasına karşın toplumun genel kanaatine uygun olacak şekilde hukuki bir yorum hatasında bulunmuş ise bu hatası kastını kaldırabilir. Örneğin, A arabasını B’ye satmış ancak B satış sözleşmesindeki satış bedeli ödeme borcunu zamanında ifa etmemiştir. A arabasının mülkiyetinin satış bedelinin ödenmesi ile geçtiğini düşündüğünden, hala malik olduğunu düşünmektedir. Elinde bulunan ikinci anahtar ile B’den arabayı geri alır. Görüleceği gibi A tipikliğin maddi unsuru olan “başkasına ait taşınır eşya” konusunda hukuki bir yorum hatası içinde olup kendisini arabanın maliki zannetmektedir. Böyle bir örnekte, Alman ceza hukuku öğretisinde bu hatanın toplumsal kanaate (Alm. Parallelwertung in der Laiensphäre) uygun bir yorum hatası olduğu, toplumun üyelerinin genel olarak böyle bir hataya düşebileceğinden bahisle tipikliğin maddi unsurlarında hatanın söz konusu olduğu ve failin kastının kalktığı belirtilmektedir¹⁹. Oysa bize göre, “ihkak-ı hak yasağı” (kendiliğinden hak alma yasağı) toplumca daha geniş çapta kabul gören bir yasak olduğundan failin eşyanın kendisine ait olduğunu düşünmesi şeklinde bir hata kastı kaldırmamalıdır²⁰. Öte yandan, failin yorum hatası nedeniyle eylemine izin verildiği (izin hatası) düşüncesine sahip olduğu durumlar ise aşağıda detaylarını göreceğimiz üzere, haksızlık yanılıgısı kapsamında değerlendirilecektir.

Bununla birlikte, suçun maddi unsurlarından birisinin var olup olmadığına dair failin emin olamaması ve şüphe duyması hata olarak kabul edilmemektedir. Örneğin, çocuğun cinsel istismarı suçunda (m. 103) failin, mağdurun 15

¹⁷ **Koca/Üzülmez**, (12), s. 258.

¹⁸ **Yerdelen**, Yorum Hatası, s. 88; **Roxin**, AT/I, § 12, kn. 101.

¹⁹ **Heinrich**, C. II, § 30, kn. 1084-1086; **Kühl**, § 13, kn. 11, § 5, kn. 93; **Rengier**, § 15, kn. 4, 8 vd.; **Jescheck/Weigend**, AT, s. 295.

²⁰ Bu görüşe katılmaya görüş için ayrıca bkz: **Kindhäuser**, AT, § 27, kn. 28; *Kindhäuser’e* göre de bu değerlendirme kolaylıkla yanlış anlaşılmalara sebep olabilir. Kanunun özünün, amacının anlaşılması yeterli görülmalıdır: Örneğin kişinin bir eşyanın kendisine ait olmadığını bilmesi, mülkiyet hakkı üzerinde başkasının söz sahibi olma ya da olabileme ihtimalini bilmesi yeterli görülmalıdır. Keza kastın varlığı için kişinin mülkiyetin devrine ilişkin medeni hukuk kurallarını bilmesi gerekmez. Kişinin başkasına ait mal üzerinde el koyma hakkı verilip verilmediğine dair yanılıgı kastını etkilememelidir. Aynı yönde bkz: **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, s. 94.

yaşından büyük olup olmadığı yönünde şüpheye düşmüş olması, hata halinde olduğunu göstermez. Yargıtay’ın da somut olayın koşullarını dikkate alarak (fail ile mağdurun uzun zamandan beri tanışması, aynı evde yaşamaları ve mağdurun ailesinin yaş küçüklüğü nedeniyle evlenmelerine karşı çıkması gibi) failin şüpheye düşmesinin hatayı kaldırmayacağı ve bu konuda bilgisizliği yönündeki savunmanın hayatın olağan akışıyla bağdaşmayacağına ilişkin kararları bulunmaktadır²¹. Elbette failin bu konuda mağdur tarafından açıkça yanıtlanmış olması ya da mağdur ile yaşına ilişkin hatalı bilgisini ya da şüphesini sınavacak zaman ve imkâna sahip olmaması durumu farklı değerlendirilecektir. Ancak buradan çıkartılması gereken sonuç, failin maddi unsura ilişkin şüphesinin değil; hatasının kastını kaldıracağıdır.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, failin, tipikliğin bir parçasını oluşturmayan; objektif cezalandırılabilme koşulu, şahsi cezasızlık sebebi, cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebepleri bilmemesi, hata kapsamında değerlendirilemeyecek ve failin sorumluluğuna herhangi bir etkide bulunmayacaktır. Hırsızlık suçunun “üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın” zararına olarak işlenmesi şahsi cezasızlık sebebidir (m. 167). Fail çaldığı malın başkasına ait olduğunu düşünse ve babasına ait olduğunu bilmesede dahi söz konusu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır. Şahsi cezasızlık sebebinin oluşturduğu unsura ilişkin yanılması, kastın kapsamında bulunması gerekmediğinden hata bakımından da değerlendirilmeyecektir²².

1. Eşdeğer ve Eşdeğer Olmayan Hata Halleri

Tipte hata açısından önem taşıyan bir sorun, suçun maddi konusundaki hatanın her durumda kastı etkileyip etkilemeyeceğidir. Türk ceza hukuku

²¹ “Sanıkla mağdurenin olaydan önce 2-3 aydan beri arkadaş oldukları, mağdurenin yaşı küçük olduğu için ailelerin evlenmelerine karşı çıktığı somut olayda; suç tarihi itibarıyla 29 yaşının içerisinde olan sanığın, mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, savunmasının dahi hataya dayalı olmayıp mağdurenin kaydı yaşına itiraz ve gerçek yaşının tespiti talebi niteliğinde olduğu, mağdurenin hastanede doğduğunun, ceza davası kesinleşmeden ve hastane kayıtları araştırılmadan görülen hukuk davası sonucunda değiştirilen doğum tarihine göre bile mağdurenin suç tarihinde 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılması karşısında bu savunmaya itibar edilmesi mümkün değildir.” YCGK, E. 2013/14-462, K. 2014/13, 21.01.2014.

“Sanıkla mağdurenin iki yıldır devam eden duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu ve bir süre aynı evde yaşadıkları hususlarının sabit olduğu somut olayda, sanığın kendisiyle birlikte bir süre aynı evde kalan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, sanık da hiç bir aşamada mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde bir savunmada yapmadığından, mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus bulunmamaktadır. Dolayısıyla, somut olayda 5237 Sayılı T.C.K.nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir.” YCGK, E. 2014/14-88, K. 2014/334, 17.06.2014.

²² **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, (12), s. 91, 92.

öğretisinde sıklıkla “kişide hata” veya “şahısta hata” (Lat. error in persona) başlıkları altında incelenen bu sorun, yalnızca mağdurla (kişiyile) sınırlı olarak ele alınmamalıdır. Gerçekte failin, suçun konusu olarak suç tipinde belirtilmiş olan kişi veya şeyi, hata sonucunda karıştırmaması ve eyleminin yönelik olduğu konu dışında başka bir konu üzerinde tipik sonucun ortaya çıkması söz konusudur²³.

Suçun (maddi) konusunda hata iki şekilde ortaya çıkabilir: Failin düşüncesine göre var olduğunu sandığı koşul ile gerçekte var olan koşul birbiriyle aynı nitelikte (eşdeğer) olabileceği gibi bunlar nitelik açısından birbirinden farklı koşullar da kabul ediliyor olabilir²⁴. İlk duruma eşdeğer hata denilir ve ceza hukukunda eşdeğer hatalar failin kastı bakımından dikkate alınmaz. Eşdeğer hataya örnek olarak, bir insanı öldürmek için hareket eden failin, gerçekte hedefi olan kimse zannederek ateş etmesi ancak yanlış bilgisi nedeniyle hedeflediği kişi sandığı başka bir kişiyi öldürmesi verilir.

Eşdeğer olmayan hatada, bu kez fail bir hayvanı avlamak için ateş etmekte ancak gerçekte ormanda bulunan bir insanı öldürmektedir. İlk örnekte fail bir insana ateş ettiği gerçeğini bilmekte iken ikinci örnekte ise bu gerçeği bilmemektedir. Av hayvanına ateş ettiği zannıyla hareket etmektedir.

Suçun maddi konusunda eşdeğer hataya düşen failin eylemi, eyleminin yönelik olduğu kişi veya eşya üzerinde sonuç doğurmaktadır. Örnekte olduğu gibi fail, zihninde hedeflediği şahsı öldürmek için hareket etmekte ancak onun yerine başka bir şahsı öldürmektedir (şahısta hata). Failin eylemi bir kişiyi öldürmek üzere yönelmekte ve bu kişinin kim olduğu konusundaki hatasına karşın, yine bir insanı öldürmekle eylemi neticelenmektedir. Dolayısıyla eşdeğer hata halinde failin, bu kişinin veya eşyanın niteliğinde (insan olup olmaması gibi) değil, kimliği veya özelliği konusunda hataya düştüğü görülmektedir²⁵.

Eşdeğer hata konusunda öğretisi ve uygulamadaki görüş birliği, suçun maddi konusunda hatanın kural olarak kast açısından önem taşıyormaması ve failin suçu kasten işlediğinin kabul edilmesidir²⁶. “Zira kanun aynı nitelikteki konuları aynı şekilde korur”²⁷. Eşdeğer hata halinde, düşülen hata sırf motivasyon (saik) (Alm. Motivirrtum) hatası olarak görülecektir²⁸. Dolayısıyla saiki kimi öldürmek olursa olsun, halihazırda bir insanı öldürmek yönünde kasten davranmış olduğundan failin kastı kalkmayacaktır. Kanunun düzenlemesi bakımından da öldürülenin niteliği bir insan olduktan sonra, bu insanın kim

²³ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, (12), s. 257; **Heinrich**, C. II, § 30, kn. 1099; **Jescheck/Weigend**, AT, s. 311.

²⁴ **Jescheck/Weigend**, AT, s. 295.

²⁵ **B. Erman**, Yanılma, s. 82, 83.

²⁶ **B. Erman**, Yanılma, s. 83.

²⁷ **Önder**, C. II-III, s. 352.

²⁸ **Jescheck/Weigend**, AT, s. 295.

olduğunun bir önemi bulunmamaktadır²⁹. Çünkü kastın önemli noktası eylemin (*bir insanı öldürme*) gerçekleşmesidir, eylem ile ulaşılmak istenen amaç ya da sonuç değildir³⁰.

Eşdeğer olmayan hata söz konusu ise yani failin zihnindeki ile gerçekleşen konular arasında bir nitelik farkı bulunmaktaysa, bu hatası dikkate alınır. Zira fail bu halde, zihnindeki kurguda ya hiçbir suçu meydana getirmemekte ya da başkaca bir suçu işlemekte olabilir. Örneğin, yukarıda incelediğimiz failin av hayvanı sanarak bir insanı öldürmesi gibi bir durumda, maddi koşullar zihnindeki şekilde gerçekleşmiş olsa eylemi hiçbir suç oluşturmayacaktır. Fail, ateş ettiği cismin niteliğine ilişkin bir yanılığa düşmüştür. Failin zihnindeki gerçeklik ile objektif gerçeklik kıyaslandığında; hayvan ile insan, ceza hukuku bakımından eşdeğer olmayan konulardır. Eşdeğer olmayan bu konular üzerindeki hata dikkate alınacak, failin öldürme suçu bakımından kastı ortadan kalkacaktır. Failin kastının kalkması ile birlikte, söz konusu suçun taksirli hali düzenlenmiş ise (öldürmede düzenlenmiştir) şartları oluşması durumunda, bu suçtan (m. 85) sorumlu tutulması mümkün olacaktır³¹.

Taksirli sorumluluğun ne zaman uygulanabileceği de tartışılmalıdır. 30. maddenin 1. fıkrasının sonunda “*Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*” denilmektedir. Metnin bu şekilde düzenlenmiş olması, suçun taksirli halinin bulunması durumunda failin doğrudan taksirli sorumluluğuna gidileceği sonucunu doğurmamalıdır. Söz konusu düzenleme, taksire ilişkin genel hükümlere bir yollama olarak anlaşılmalı ve failin bu hataya düşme konusunda taksirinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Şayet fail bu hataya, gereken dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle düşmüş ise failin taksirinin bulunduğu kabul edilir. Aksi takdirde, failin taksirinin de bulunmamasından ötürü ceza sorumluluğunun doğmadığı kabul edilir. Öğretide bu konuda verilen klasik örneğe göre, hastanın ölüp ölmediğini kontrol etmeden otopsi gerçekleştiren hekimin mağdurun ölümünden ötürü taksirle öldürme suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Ancak otopsi için hekime getirilen kişinin mezardan çıkarılmış olması durumunda, artık bu kişinin de ölü olup olmadığını kontrol etmesi kendisinden beklenemeyeceği ve bu durum özen yükümlülüğüne aykırılık kabul edilemeyeceğinden, bu defa taksirli sorumluluk gündeme gelmeyecektir³².

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da önüne gelen; failin evdeki pencere önünde bulunan cismi sincap olarak algılayıp ateş ettiği ve gerçekte bir kişinin ölümüne sebebiyet verdiği olayda, somut şartları da inceleyerek (failin

²⁹ Koca, Hata, s. 89.

³⁰ Bkz: Heinrich, C. II, § 30, kn. 1102; Kühn, § 13, kn. 23, 25.

³¹ Sokullu-Akıncı, s. 102 vd.

³² Dönmezer/Erman, C. II, (12), kn. 1043; Demirbaş, Genel Hükümler, (14), s. 437.

evinin önünde çok sayıda sincap bulunması, fail ile mağdur arasında husumet bulunmaması gibi) failin hatasının kastını kaldırdığı ve davranışının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğunu kabul ederek taksirle öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiği yönünde karar vermiştir³³. Dolayısıyla

³³ “(...) Şu halde çözülmesi gereken ikinci problem; “sanığın maktule görerek mi, görmeden mi ateş ettiği” ile ilgilidir.

Sanık tüm savunmalarında; pencerenin önünde kırmızımsı bir cismin gürültü çıkartarak hareket ettiğini, bu nedenle sincapların geldiğini zannederek hiç düşünmeden av tüfeğinin tetiğine bastığını, zira evlerinin etrafında çok sayıda sincap bulunduğunu ve bunların evdeki cevizlere zarar verdiğini ifade etmiştir.

Yapılan keşiflerde ise; olayın meydana geldiği hava ve ışık şartlarında pencereye takılı olan naylonun kirlilik derecesi ne olursa olsun, içeriden bakıldığında dışarıdaki cismin insan olduğunun farkedilebildiği belirlenmiştir.

Maktulün üzerindeki kazak kahverengi olduğuna göre, sanığın gördüğünü ifade ettiği “kırmızımsı şey’in” maktul olma ihtimali büyüktür. Yani, sanık pencerenin önündeki maktülü görmüştür. Sanığın gözlerinde bir bozukluk da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, normal şartlarda sanığın gördüğü şeyin insan olduğunu da algılaması beklenir. Bununla birlikte, gerçekten orada bir cisim görmüş, ancak herhangi bir sebeple (örneğin, aydınlık olan dışarıdan, loş olan içeriye girmesi nedeniyle gözlerinde oluşması muhtemel kamaşma sebebiyle) onun ne olduğunu tam algılayamamış da olabilir.

Bu durumda; arada bir husumetin bulunduğu da kanıtlanamadığına göre, görgü tanığı bulunmayan olayda, şahsi hayatında ciddi sorunlar yaşaması nedeniyle dikkatini yeterince toparlayamadığı anlaşılan sanığın “penceredeki cismin ne olduğunu tam olarak algılayamadığını ve onu sincap zannederek ateş ettiğini” ifade ettiği savunmanın aksi dosyadaki diğer delillerle hiçbir kuşkuyla yer kalmayacak açıklıkta ortaya konulamamaktadır. Her ne kadar yapılan keşiflerde pencerenin önünde durmakta olan insan ile sincabın birbirinden rahatlıkla ayırt edilebileceği net bir biçimde belirlenmiş ise de, sanığın “ışıklı ortamdaki, ışiksiz ortama geçmiş olma gibi” geçici bir nedenle yanlış algılamada bulunmasının mümkün olmadığı da söylenemeyeceğinden, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince, savunmaya itibar edilmesi gerekir.

Hukuki değerlendirme:

765 sayılı Yasa döneminde; her cürüm için, o suç kalıbında tanımlanan ya da belirlenen davranışla bu davranışın sonucunu bilmek ve karar verip irade etmek veya öngörülen ve suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade anlamına gelen kast, 5237 sayılı Yasa sisteminde kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Bu sistemde; sadece hareket ve neticenin değil, suçun kanuni tanımındaki tüm maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi kastın varlığı için zorunludur. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işleme halinde ise olası kasttan söz edilebilir. Kural olarak, suçlar ancak kasten işlenebilir. Buna karşılık; 5237 sayılı Yasanın 30. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” şeklindeki düzenleme suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgiyi ifade eder. Fail suçun tanımındaki tüm maddi unsurları bilmelidir. Failin bilmesiyle gerçek arasında bir çelişki, uyumsuzluk varsa burada hata vardır. Bu hata suça ilişkin kastı ortadan kaldırır. Ancak, bu kişi gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, böyle bir netice ile karşılaşmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliriyorsa, taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur. Bu haksızlık kanunda suç olarak tanımlanmışsa, fail taksirle sorumluluğundan cezalandırılır. Somut

isabetli şekilde, başta hatanın uygulanıp uygulanamayacağı ve devamında taksirli sorumluluk halinin oluşup oluşmadığı incelenmiştir.

Bununla birlikte, öğretide kastı kusurluluğun altında değerlendiren bir görüşe göre, tipte hata, ancak “esaslı” kabul edilebilir ise kusurluluğu

olayda, sanık kardeşini sincap zannederek ona ateş etmiş ve onu öldürmüştür. Bu durumda, kasten öldürme suçunun konusu insan olduğundan, suçun maddi unsurlarından olan “suç konu”unda yanılığa düşen sanığın “suç kastı” ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla “kasten öldürme” veya “olası kastla öldürme” suçlarından cezalandırılmayacaktır.

Kural olarak suçların ancak kastla işlenebileceği yukarıda belirtilmişti. Yasada açıkça gösterilen durumlarda ise taksirle de suç işlenebilir. Bir suçun tanımında kasten veya taksirle işlenebileceği gösterilmemişse o suç sadece kasten işlenebilir.

Gerek 765 sayılı Yasa’da, gerekse 5237 sayılı Yasa’da “öldürme” suçu taksirle işlenebilecek suçlar arasında düzenlenmiştir. 765 sayılı Yasanın 455. maddesinde; “Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne neden olma...” biçiminde yer alan bu suç, 5237 sayılı Yasanın 85. maddesinde düzenlenirken, taksirin tanımı aynı Yasanın 22/2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre; “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesidir.” Bu durumda, taksirli suçlarda gerçekleştirilen haksızlıklarda da fail iradi davranmakta, ancak, hukukun önem taşımayan bir neticeyi öngörürken, hukuken önem taşıyan başka bir neticenin meydana gelmesine neden olmaktadır. Öngörülemeyen bu neticenin meydana gelmesine failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebep olur. Yani, taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır.

5237 sayılı Yasanın getirdiği sistemde, taksirli haksızlıktan dolayı sorumluluk için fail kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır. Burada, ortama bir insan ve sair ölçü olarak alınmaz. Failin kendi içinde bulunduğu durum ve kişisel özellikleri dikkate alınmalıdır. Taksirli haksızlıkta fail, suçun kanuni tanımındaki neticenin gerçekleşmesini öngörmemiştir. Ancak, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı, bu neticeyi öngörebilirdi”, şeklinde bir yargıya varmamız durumunda, failin kusurunun varlığı sonucuna ulaşmaktayız.

Somut olaya dönüldüğünde; pencerenin önünde hareket eden cismin sincap olduğunu zannederek ateş ettiği kabul edilen sanığın eylemi sırasında; “suçun konusu” ile ilgili olarak hataya düşmesi nedeniyle “doğrudan kastla”, orada bir insan olduğunu öngörmediği kanaati hasıl olduğundan da “olası kast” veya “bilinçli taksirle” hareket ettiği söylenemez.

Buna karşılık; sanık, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi ya da başka bir deyişle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı kardeşinin ölümü şeklinde gerçekleşen neticeyi öngörebilirdi.

Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi, hem 765 sayılı Yasa açısından, hem de 5237 sayılı Yasa yönünden “taksirle öldürme” suçunu oluşturacağından Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde değildir.” YCGK, E. 2008/1-150 K. 2008/192 T. 15.7.2008.

ortadan kaldıracaktır. Esaslı olan ile esaslı olmayan hatanın ayırımında, “failin düşündüğü, aklından geçirdiği, zihninde canlandırdığı olay gerçeğe uygun olsaydı eylemi suç oluşturmayacak ise hatanın esaslı kabul edileceği” şeklinde bir ölçüt kabul edilmektedir³⁴. Fail, esaslı olan bu hatasından yararlandırılarak kusuru kaldırılmaktadır. Esaslı olmayan hatada ise ya failin düşüncesi eylemi üzerinde herhangi bir hukuki değişiklik yaratmayacak olabilir (yine aynı suç tipini oluşturur) ya da yanılması gerçek olsa idi farklı bir suç oluşturacak olabilir. Esaslı olmayan hata eğer başka bir suçu oluşturacak şekilde bir hata ise fail, gerçekte işlediği suçtan değil; iradesinde işlemeyi kast ettiği suçtan dolayı sorumlu tutulacak yani irade lehine çözüm benimsenecektir. Örneğin fail, hakaret ettiği kişinin Cumhurbaşkanı olduğunu bilmeden eylemde bulunursa, gerçekte Cumhurbaşkanına hakaret (m. 299) suçunu işlemesine karşın, esaslı olmayan bu hatası da dikkate alınacak ve herkese karşı işlenebilen hakaret suçunun temel halinden (m. 125) sorumlu tutulacaktır. Bir başka örnekte fail, kendisini adliyeye çağırın savcının dolandırıcı olduğunu düşünerek kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret etme (m. 125/3a) suçunu işlemesine karşın esaslı olmayan bu hatası da göz önüne alınabilecektir ve herkese karşı işlenebilen hakaret suçunun temel halinden (m. 125) sorumlu tutulacaktır.

Esaslı-esaslı olmayan hata ayırımının, pratik sonuçları bakımından uyuşsa da 5237 sayılı TCK sistematüğinde benimsenmediği belirtilmelidir. TCK yalnızca kaçınılabilirlik- kaçınılmazlık şeklinde bir ayırımı takip etmekte olup bunun dışında herhangi bir ayırımın normatif temeli bulunmamaktadır. Ayrıca esaslı-esaslı olmayan şeklinde bir ayırım, esaslı olma ölçütünün belirsizlik ve görecelilik yaratacağını belirtmeliyiz. Bunun yanında böyle bir ayırımın bir işlevi de bulunmamaktadır. Zira “esas” olanın; failin suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmemesi olduğunu, suçun kanuni tanımındaki unsurlar arasında esaslı ya da esaslı değil gibi bir astlık-üstlük ilişkisi ya da başkaca bir hiyerarşinin de bulunmadığını, kastın kanuni tanımındaki unsurların tümünü içermesi gerektiği düşünöldüğünde, bu unsurlardan herhangi birinde hataya düşmenin bilgisizliğe yol açtığını ve failin kastının kaldıracağını da belirtmemiz gerekir.

2. Seçimlik Hareketli Suç Tiplerine İlişkin Hata

Başka bir durumda, failin işlemeye kast ettiği suçun seçimlik hareketlerinin düzenlendiği hallerde hatanın ne şekilde uygulanacağı açıklanmalıdır. Fail, seçimlik hareketlerden birini işlerken, suçun maddi unsurlarının gerçekleşmediği tasavvuru ile hareket etmekte ise burada bir sorun bulunmaz. Zira faile, tipte hata hükümleri uygulanır ve kastının ortadan kalktığı sonucuna ulaşılır. Bununla birlikte daha karmaşık bir problemde, fail aynı anda “tersine hatası”

³⁴ **Dönmezer/Erman**, C. II, (12), kn. 1042; **Önder**, C. II-III, s. 313; **Demirbaş**, Genel Hükümler, (14), s. 434 vd.; **B. Erman**, Yanılma, s. 26.

sonucunda gerçekte işlediğinden farklı bir seçimlik hareketin olayda mevcut olduğunu sanarak hareket etmiş olabilir. Yani bir seçimlik hareketi işleme kastı ile hareket ederken aynı suçun diğer bir seçimlik hareketini gerçekleştirmiş olabilir³⁵. Bu durumda nasıl bir sonuca ulaşılacağına belirlenmesi gerekir.

Bu konuda daha eski olan görüş seçimlik hareketlerin aslında farklı suç tiplerinin birleştirilmesiyle oluştuğu ve kast edilen seçimlik hareketin varlığında hataya düşülerek bir başka seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi halinde, kast edilen ancak varlığında hataya düşülen seçimlik hareket açısından teşebbüs, kast edilmeyen ancak gerçekleşen hareket açısından ise taksirli sorumluluğun söz konusu olacağıdır³⁶.

Günümüzde ağırlıklı olan görüş ise bütün seçimlik suçların aynı şekilde değerlendirilemeyeceği, bunların çoğunun gerçekte aynı suç tipinin farklı işleniş şekillerini belirlemek üzere yasa koyucu tarafından birbirine eşdeğer tutulmuş davranış biçimleri olduğu kabul eder³⁷. Buna göre, eğer iki seçimlik hareket, korunan hukuksal değer de göz önünde bulundurularak tek bir üst başlık altında toplanabiliyor ve tek bir davranış normu olarak değerlendirilebiliyor ise eşdeğerlik söz konusu olduğundan, bunlar arasındaki hatalar dikkate alınmaz, yani failin kast ettiği suçu işlemiş olduğu sonucuna ulaşılır. Failin “gerçekleştirdiğini sandığı suç tipi” açısından da bir değişiklik olmadığından, hatası zaten hukuken önem taşımayan bir hata olacaktır³⁸.

Bir suçun seçimlik hareketli olarak düzenlenmesinde iki temel neden bulunur: Bunlardan ilki, suçun maddi konusunu saymak suretiyle sınırlanabilir ya da genel olarak tercih edilen, suçun işleniş şekline ilişkin sınırlama getirilir. Bu iki neden incelendiğinde, aynı suç tipi altındaki seçimlik hareketlerde hata ya suçun maddi konusu üzerinde esaslı olmayan bir hata ya da suçun işleniş tarzı, yani nedensellik bağı üzerinde bir sapmadan ibaret kalır. İki durumda da genel kurallar uygulandığında failin kastının etkilenmediği sonucuna ulaşılır³⁹.

Öğretide örnek olarak, konut dokunulmazlığının ihlali suçundaki (m. 116) suçun konusuna yönelik getirilen seçimlik hareket düzenlenmesi gösterilmektedir⁴⁰. Buna göre, fail sahibinden habersiz olarak bir konuta girdiğini sanmakta ancak gerçekte bir eklentiye girmektedir. Failin bu noktadaki hatası, suçun konusuna ilişkin bir hata olduğundan önemsiz kabul edilecek ve fail konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sorumlu tutulacaktır. Zira konut

³⁵ **B. Erman**, Yanılma, s. 113.

³⁶ Bu görüşte olan yazarlar: *Binding ve Kuhlen*, ayrıntılı bilgi için bkz: **B. Erman**, Yanılma, s. 112.

³⁷ **Roxin**, AT/I, § 12, kn. 123.

³⁸ İlgisiz, önemsiz (Alm. unbeachtlich) olarak ifade edilmiştir. Bkz: **Kindhäuser**, AT, § 27, kn. 34.

³⁹ **B. Erman**, Yanılma, s. 114.

⁴⁰ **B. Erman**, Yanılma, s. 114.

dokunulmazlığını ihlal suçunda yasa koyucu, gerçekte her iki unsurla da aynı hukuksal değeri, kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, “*kişinin kendisine özgü barış ve sükununu ve yuvasındaki yaşamının sulh ve selametle cereyanı için var olması gerekli güvenlik duygusunu*” korumayı amaçlamaktadır. Her iki hareketin işlenmesi de bu değeri aynı şekilde ihlal edecektir.

3. Tersine Unsur Hatası, Çifte Tersine Hata ve İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs) Halleri

Failin hatası; zihninde suç oluşturmayan bir eylemin gerçekte suç oluşturması şeklinde olabileceği gibi failin zihninde suç işlediğini düşünmesine karşın gerçekte eyleminin suç tipine uygun olmaması ve dolayısıyla suç oluşturmaması şeklinde de olabilir. Bu durumda fail bir suç işlediğini düşünse de gerçekte işlememektedir. Örneğin, fail başkasının çantasını aldığı ve hırsızlık suçunu işlediği zannıyla hareket eder ancak bir süre sonra çantanın kendisine ait olduğunu fark eder. Bu gibi hallere öğretilde “tersine unsur hatası” denilmektedir⁴¹.

Bu gibi tersine hata halleri, elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) hükümleri kapsamında değerlendirilir ve faille ceza verilmez. Fail bu eylemiyle herhangi bir suç tipini ve hukuksal değeri ihlal etmediği için zihnindeki düşünceden ötürü de cezalandırılması mümkün değildir.

Çifte tersine hata ise daha karışık bir problem olarak ortaya çıkar. Fail bu durumda zihninde bir suç işlediğini sanmakta iken, gerçekte fail zannettiği suçu işlememekte ancak başka bir suçu işlemektedir. Failin bu hatasından yararlanması mümkün olmayacaktır. Zira zihnindeki tasavvuru gerçek olsaydı da eylemi yine suç oluşturacaktır⁴². Çifte tersine hata halinde, failin duruma göre ya işlemeyi kast ettiği ya da gerçekte işlediği suçtan sorumlu tutulabilir. Örneğin, fail yerden başkasına ait bir eşyayı “hırsızlık suçu” (m. 141) işlediği düşüncesiyle almakta ancak gerçekte malın herhangi bir sahibinin bulunmadığından eylemi “kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu” (m. 160) kapsamında kalmaktadır. Bu durumda hırsızlık suçu açısından işlenemez suç durumu söz konusudur. Zira failin algısı hırsızlık suçunu işlemek yönünde olsa da eşyanın herhangi bir sahibi bulunmadığından bu suçu işlemesi mümkün değildir. Öte yandan, fail her ihtimalde eşyanın kendisine ait olmadığını bilerek davranmaktadır. Bu bilgisi, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunu işlediği objektif gerçeklikle de uyusmaktadır. Dolayısıyla bu örnekte, m. 160’da düzenlenen söz konusu suçtan ötürü sorumlu tutulmalıdır⁴³. Örneği tersten kurduğumuzda; fail, zihninde kaybolmuş bir eşyayı aldığını düşünmekte (m.

⁴¹ B. Erman, Yanılma, s. 102.

⁴² Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, (10) s. 422.

⁴³ B. Erman, Yanılma, s. 105.

160) ancak gerçekte başkasına ait bir eşyayı almaktadır (m. 141). Bu durumda fail iradesinin yöneldiği kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçundan (m. 160) ötürü cezalandırılmalı ve hırsızlık suçuna yönelik sorumluluğu bulunmamalıdır (m. 141)⁴⁴.

B. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata

Nitelikli haller de esasında gerçekleştiklerinde tipikliğin altında değerlendirilirler. Ancak yasa koyucu, suç tipinin basit halindeki hata dışında nitelikli hallerin unsurlarına ilişkin hataya ayrı bir fıkrada yer vermiştir:

“Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

Failin, mağdurun kişiliğinden kaynaklanan ağırlatıcı veya hafifletici nedenlere ilişkin bilgisizliği, suçun maddi konusundaki hatanın sonucu olsa da farklı bir hata olarak kabul edilmiştir. Fail, kastını etkileyen bu hatasından yararlanır⁴⁵. Bu hatanın yalnızca nitelikli unsura ilişkin hükümlerin faile uygulanmaması sonucunu doğuracağı ancak failin suçun temel şekliyle ötürü sorumluluğunun devam edeceği söylenmelidir. Nitelikli unsurlarda hata, cezayı artıran bir nitelikli hale ilişkin olabileceği gibi azaltan bir hale ilişkin de olabilir. Burada fail, düştüğü hatadan yararlanacak, failin iradesi ile objektif gerçeklik arasındaki uyumsuzluğun failin sübjektif durumuna göre çözülmesi gerektiği yönündeki ilkenin bir istisnası oluşturacak şekilde, her iki durumda failin lehine olan çözüm uygulanacaktır. Örneğin fail, babasını öldürmek zannıyla hareket etmekte ancak babası olmayan bir kişiyi öldürmektedir. Öldürme suçunun üstsoya karşı işlenmesi nitelikli haldir (m. 82/1-d). Fail bu nitelikli hali gerçekleştirme iradesiyle hareket etmesine karşın, şahısta hataya düşerek babası olmayan bir kişinin hayatına son vermektedir. Fail nitelikli unsura ilişkin hatasından yararlanacak ve nitelikli öldürme suçundan cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte, şahısta hatası bir eşdeğer hata olduğundan öldürme suçu (m. 81) bakımından sorumluluğu devam edecektir. Örnek kurguyu tersten kurarsak, failin düşmanı olan başka bir kişiyi öldürmek isterken babasını öldürmesi halinde de hakkında üstsoya karşı işlenen nitelikli öldürme suçu hükümleri uygulanmayacak ve fail yalnızca öldürme suçunun temel şekliyle sorumlu tutulacaktır.

Failin, babasını öldürmek zannıyla hareket edip gerçekte annesinin ölümüne sebebiyet verdiği başka bir örnekte de “çift taraflı hata” söz konusu

⁴⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, (10) s. 422.

⁴⁵ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (7), s. 424, 425; B. Erman, Yanılma, s. 83.

olmaktadır. Bu durumda nasıl bir çözüm izleneceği tartışmalıdır⁴⁶. Bize göre, fail hatasından yararlanmalı, üstsoya yönelik nitelikli hal uygulanmamalıdır. Zira failin kastı babasını öldürmeye yönelik olup bu gerçekleşmemiştir. Eyleminin annesine karşı gerçekleştiği konusunda ise bilgisizliği söz konusudur. Fail bu bilgisizliğinden yani hatasından yararlanmalıdır. Öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulmalıdır. Failin zihnindeki tasavvura ağırlık verilmelidir⁴⁷. Aksi takdirde, fail belki de hiç öldürmek istemediği annesini öldürmesi nedeniyle bir kez daha cezalandırılmış olacak ve bu da ceza sorumluluğunu genişletilmiş olacaktır.

Bu kısımda son olarak belirtmemiz gerekir ki neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bir nitelikli hal olmadığından bunların fail tarafından bilinmesi ya da bilinmemesine bir sonuç bağlanmaz. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara ilişkin hata, 30. madde kapsamında değil; 23. madde kapsamında çözümlenmesi gereken bir sorundur. Failin neticesi sebebiyle ağırlaşan bu suç için “*en azından taksirle*” hareket etmesi gerekeceğinden, hatanın bu taksir üzerinde bir etkide bulunup bulunmadığı araştırılabilir⁴⁸. Bunun yanında, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun temel şekli kasten işlenebileceğinden temel şekline ilişkin hatanın ağırlaşan neticeye de etkide bulunabileceği belirtilmelidir. Failin, temel suçun tipikliğine ilişkin kastının hata nedeniyle ortadan kalktığı ve suçun taksirli halinin de düzenlenmemiş olduğu bir durumda temel suç ortadan kalktığından failin ağırlaşan suçtan ötürü ayrıca sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Nitekim ağırlaşan özel netice, temel suç tipine bağlı olarak meydana gelmektedir⁴⁹.

C. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata⁵⁰

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında hukuka uygunluk nedenlerinde hata, TCK m. 30/3’te şu şekilde düzenlenmiştir:

“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

⁴⁶ Genellikle Alman ceza hukuku öğretisi çerçevesinde şekillenen tartışmalar için bkz: **B. Erman**, Yanılma, s. 119-121.

⁴⁷ Bu yönde bkz: **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel Hükümler, (10) s. 423; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, (13), s. 652; **Hakeri**, Genel Hükümler, (22), s. 457.

⁴⁸ **Koca**, Hata, s. 93.

⁴⁹ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, hata ve hedefte sapmaya ilişkin geniş bilgi için bkz: **Doğan**, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, (2), s. 249 – 252.

⁵⁰ Almanca “Erlaubnistatbestandsirrtum” yani izin hatası olarak da adlandırılmıştır. Bkz: **Heinrich**, C II, kn. 1120.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait hata hükümlerinin uygulanabilmesi için ilk olarak hangi hallerde ceza sorumluluğunun kaldırılacağı ya da azalacağı belirlenmelidir. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, TCK'nın birinci kitap ikinci kısım ikinci bölümünde, 24 ile 34. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler arasında hem hukuka uygunluk nedenleri hem kusurluluğu etkileyen haller hem de mazeret nedenleri birlikte düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri esasında ceza sorumluluğunun kaldırılmasını değil, eylemin hukuka uygun olarak ortaya çıkması sonucunu doğursa ve karşılığında CMK m. 223 uyarınca beraat hükmü verilmesi gerekse de TCK sistematüğinde bu başlık altında düzenlenmiştir. Bu hatalı bir düzenleme yöntemidir. Dolayısıyla biz teorik olarak doğru bulduğumuz ayrımı takip ederek, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı "kastı kaldıran hata" başlığı altında işlemeyi uygun buluyoruz⁵¹.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata halinde fail, bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının somut bir olayda gerçekleştiğine ilişkin olumlu bir tasavvurda bulunmaktadır⁵². Fail böyle bir hataya düşmekle eylemini hukuka uygun hale getirecek maddi koşulların gerçekten var olduğunu sanarak hareket etmektedir. Tipte hata ile benzer şekilde, hukuki değil; fiili bir hata söz konusudur⁵³. Örneğin; evine düzenli olarak hırsız giren ve daha önce bulunduğu sokakta da böyle olayların gerçekleştiği ev sahibi, gece saatlerinde duyduğu bir sese uyanır ve ayak seslerinden hırsızın yine evine geldiğini düşünür. Bunun üzerine eline aldığı tahta sopayla hırsızın kafasına vurarak yaralar. Daha sonra ev sahibinin hırsız sandığı kişinin oğlu olduğu ve gece saatinde su içmek için mutfağa gitmekte olduğu anlaşılır. Burada görüleceği üzere, fail (ev sahibi) kendisine karşı hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarının işlenmekte olduğunu zannetmekte ve meşru savunma şartlarının oluştuğunu düşünerek kasten yaralama suçunu işlemektedir. Görüleceği üzere burada fail, bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği hususunda hataya düşerek hareket etmektedir.

⁵¹ Belirtmek gerekir ki hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yapılan bir hata ile yasak hatasının bir araya gelmesi halinde hukuksal bir değerlendirmeye tabi olan yasak hatası ön plana geçecektir. Failin kusurluluğunun etkilenip etkilenmediğine bakılacak ve bu nedenle kaçınılabilirlik değerlendirmesi yapılacaktır. Bkz **Heinrich**, C. II, kn. 1148; **Kühl**, AT, § 13 kn. 80.

⁵² **Kühl**, AT, § 13 kn. 68; **Rengier**, AT, § 29, kn. 2.

⁵³ **Heinrich**, C II, kn. 1124; **B. Erman**, Yanılma, s. 277; Failin kasten hareket etmiş olmasına rağmen, davranışının hukuka aykırılığına ilişkin bazı hususlarda yanılması da mümkündür. Bu sebeple maddi koşullarda yapılan hata ile hukuka uygunluk sebebinin var olduğuna dair bir haksızlık yanılığının birbirinden ayrılması gerekir. Keza kast ile haksızlık bilinci birbirinden kesin çizgilerle ayrılmalıdır. Bkz: **Welzel**, (11), s. 167 vd.

Failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki hatasından yararlanması için bu hatanın “kaçınılmaz” olması gerektiği m. 30/3’te açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan bir hatanın ne zaman kaçınılabılır ne zaman kaçınılamaz olduğunun belirlenmesi gerekir. Hatanın kaçınılmazlık gibi belirsiz bir kavrama bağlanması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁴. Kaçınılmazlık kavramından ne anlaşılması gerektiği ancak kaçınılabılırlik kavramı ile belirlenebilir. Bu anlamda kaçınılabılırlik, taksirden ödünç alınan ölçütle, “failin gereken dikkati ve özeni göstermiş olsaydı bu hataya düşmeyecekti” denilebilmesi şeklinde anlaşılabilir. Gereken dikkat ve özen ise taksir kavramına başvurularak anlaşılabilir. Dolayısıyla bir hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ve kaçınılmaz ise failin hatasından yararlanıp yararlanamayacağı failin taksirine koşut şekilde yapılacak bir değerlendirmeye bağlıdır. Bu aslında TCK’daki düzenlemeyle de paralel bir sonuçtur zira m. 30/1 uyarınca tipte yanılan ve yanılması kaçınılabılır olan failin de taksirli halden sorumluluğu gündeme gelecektir. Sonuç olarak, kaçınılabılırlik değerlendirilmesi taksire ilişkin yapılacak değerlendirmedir.

Failin kaçınılmaz hatasından yararlanacağı ve bir hatanın ne zaman kaçınılabılır ne zaman kaçınılamaz olduğunun kabul edileceği açıklandıktan sonra, hatanın kaçınılabılır bulunmasının herhangi bir hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı incelenmelidir. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş, hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda failin kastının kalkması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵. Nitekim kaçınılabılırlik yönünde yapılan değerlendirme failin taksirinin bulunup bulunmadığı noktasındadır. Yine failin yanılarak davrandığı durumda, hatasının bulunması kastını kaldırmalı ancak bu hatanın ne şekilde yapıldığı onun taksir ölçüsünde sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasında rol oynamalıdır. Dolayısıyla failin şayet kaçınılabılır bir hatası bulunmakta ise ancak taksirli halinden ötürü sorumlu tutulmalı, suçun kasıtlı halinden sorumlu olmamalıdır. Yargıtay henüz bu görüşü benimsememiş olup kanunun gerekçesinde yer aldığı gibi, failin hatasından ancak kaçınılmaz olduğu takdirde yararlanabileceği ve kaçınılabılır olması halinde bunun cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabileceği yönünde karar vermektedir⁵⁶.

⁵⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel Hükümler, (10), s. 428. *Koca/Üzülmöz*’e göre fıkrada geçen kaçınılamazlık veya kaçınılabılırlik, fiilin haksızlığına ilişkin değil, failin kişisel olarak hataya düşmekteki kusurunun değerlendirilmesiyle ilgili bir kriterdir, bkz: **Koca/Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 300.

⁵⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel Hükümler, (10), s. 426.

⁵⁶ “(...) Eşi ve iki çocuğuyla birlikte yaşayan sanığın, etrafı duvarla çevrili sitede bulunan 3 katlı müstakil evinin birinci katında yer alan yatak odasında, eşi maktul ile bulunduğu sırada, pencereden ses gelmesi üzerine, yanında yatan eşi maktulün yatakta bulunup bulunmadığını kontrol etmek, ışığı açarak odayı aydınlatmak, işittiğini belirttiği sesin geldiği yöne seslenmek gibi basit bir dikkat veya özenli davranış göstermiş olması durumunda, kendisine yönelmiş bir saldırının bulunmadığını anlayabilecek durumda olmasına karşın, herhangi bir

Son olarak, kastın kaldırılması ve kusurdan doğan kast kavramları ile kastın çifte fonksiyonu öğretisinden bahsetmek istiyoruz. Kastın, tipikliğe ait unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olduğu hatırlandığında, esasında burada tipiklik unsuruna dair bir hatanın bulunmadığı ve bu anlamda kastın ortadan kalkmış olmayabileceği akıllara gelebilecektir. Gerçekten de fail, tipikliğe ait bir unsurdaki, örneğin suçun konusunda ya da mağdurda yanılmamaktadır. Suçu kime karşı işlediği, ne şekilde hareketini icra ettiği ve suç ile hangi konunun zarara uğratıldığı gibi tipikliğe ait unsurlarda bilgisi tam olup tipikliğin maddi unsurlarına yönelik kastı bulunmaktadır. Hatası, hukuka uygunluk nedeninin koşuluna ilişkin olup esasında bu hatası da metodolojik ve sistematik olarak da tipiklikte değil hukuka uygunluk nedeni alanındadır. Buna karşın, failin kastının kalktığı kabul edilmektedir. İşte bu durumda failin kastının kalktığı kabul edilmesinin nedeni, “kastın çifte konumu” (Alm. Doppelstellung des Vorsatzes) veya “kastın çifte fonksiyonu” (Alm. Doppelfunktion des Vorsatzes) düşüncesiyle açıklanmaktadır⁵⁷.

Kastın çifte fonksiyonu öğretisine göre, kast hem tipiklik hem de kusurluluk alanında etkisini göstermektedir. Failin tipikliğe ait unsurları bilinç ve istenci failin tipiklik alanındaki kastını, kendi iç dünyasında kusurlu düşünüş şekli de kusurluluk alanındaki kastını oluşturmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninde hataya düşen failin kastı, hukuka uygunluk koşullarının oluştuğunu düşünerek hareket etmesi bu bakımdan kusurlu bir düşünüş şekline bağlı hareket etmemesine dayalı olarak kalkmaktadır. Zira fail, fiili şartları göz önünde bulundurduğunda hukuka uygun bir zeminde hareket ettiği inancındadır. Burada tipiklik anlamındaki kastın bulunmasına karşılık, kusurluluk alanında etki gösteren kastın bulunmaması bir çelişki olarak düşünülmemelidir. Kast iki konumda etki gösterirken, bu ikisi çoğunlukla aynı sonucu (kast vardır – yoktur) vermekte ise de farklı ölçütler ve değerlendirmelere göre tespit de bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulunda hatada olduğu gibi çifte fonksiyonun etki gösterdiği bazı alanlarda, tipiklik anlamındaki kast gerçekleşmiş olmasına rağmen fail kusurlu bir düşünüş

uyarıda bulunmadan, dışarıdan sızan ışığın etkisi ile alaca karanlık olan yatak odasında, yastığının altında muhafaza ettiği yarı otomatik tabancayı eline alıp 13 kez ateşleyerek yaklaşık 4 metre mesafedeki maktulü her biri öldürücü nitelikte 3 isabetle yaralayarak öldürmüş olması karşısında; sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin, kendisine yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı içindeki bir hırsız olmadığını anlayabileceği, bu nedenle sanığın bu hatasının kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığı, sanığın TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hata hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmelidir.” YCGK, E. 2018/1-27 K. 2019/644 T. 7.11.2019.

⁵⁷ B. Erman, Yanılma, s. 351.

biçimiyle hareket etmemiş olabilir. Kastın çifte fonksiyonu artık Alman ve Türk ceza hukuku öğretisinde geniş çapta kabul edilmeye başlanmıştır⁵⁸.

II. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLERDE HATA

A. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Maddi Unsurlarında Hata

Kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenlerde hataya düşülmesi halinde bu hata, kusurluluk alanında değerlendirilmeli ve kaçınılmaz olduğu takdirde fail bundan yararlanmalı, faile ceza verilmemelidir⁵⁹. Fail bu hatasından yalnızca kaçınılmaz olduğunda yararlanacak ve kendisine kaçınılmaz hatası nedeniyle kusur yüklenemeyecektir. Öte yandan hatası kaçınılabılır nitelikte ise bu durum kusurluluğuna etkide bulunmayacak ve eylemi nedeniyle sorumluluğu devam edecektir.

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerde özel olarak, uygulama olasılığı⁶⁰ daha yüksek olan haksız tahrik (m. 29) ve haksız tahrikin şartlarında hata üzerinde durmak istiyoruz. Haksız tahrik şartlarında hatayı bir örnek ile somutlaştıralım. A ve B şakalaşarak yolda yürümektedir. Durup C'ye doğru birlikte gülmeye başlayınca C, kendisine hakaret ettiklerini ve kendisini şaka konusu yaptıklarını düşünür. Bunun üzerine hiddetlenen C dayanamaz ve A'ya

⁵⁸ Kastın çifte fonksiyonu konusunda bkz: **Jescheck/Weigend**, s. 243; **Satzger**, s. 695-706; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, (13), s. 388; **Öztürk/Erdem**, (18), s. 297; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel Hükümler, (10), s. 253; **Akbulut**, Genel Hükümler, (5), s. 384; **Doğan**, (2), s. 197; **B. Erman**, Yanılma, s. 351.

⁵⁹ Bununla birlikte öğretilerde, kusur yeteneğini etkileyen veya ortadan kaldıran nedenlere ilişkin herhangi bir hatanın söz konusu olamayacağı, nitekim bunların herhangi bir maddi içeriğinin bulunmadığını belirtilmektedir. Bu şekilde maddi bir içeriğe sahip olmayan, failin iç dünyasındaki düşüncenin varlığı ya da yokluğu konusunda herhangi bir etkide bulunamayacağı ve dolayısıyla failin kastının bir parçasını oluşturmayan kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerde hatanın uygulanması da mümkün olmamalıdır. Sözgelimi, kusur ehliyeti yaşını 12 sanan 11 yaşında bir çocuk, hatasından bağımsız olarak, hukuka aykırı ve kusurlu eyleminden sorumlu tutulacaktır. Aynı şekilde hataya düşüldüğü konusunda hatanın da bir anlamı ve uygulaması bulunmamaktadır. Bu bakımdan yalnızca maddi içeriğe sahip bu mazeret nedenleri açısından hata mümkün olabilecektir, **B. Erman**, Yanılma, s. 290, 291.

⁶⁰ Alman öğretisinde ise üzerinde görüş birliği olan husus, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplere dair hatanın esaslı (hukuken önem taşıyan) bir hata olmadığıdır. **Bachmann**, JA, s. 513. Keza failden kendi yaşı ya da psikolojik durumu ile ilgili bilgiye sahip olmasının beklenmesi isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Örneğin olay anında akıl hastası olan fail, ceza hukuku bakımından zaten kınanamaz durumdadır. Kendisinin akıl hastası olduğunu düşünerek suç işlemekte hakkı olup olmadığına dair bir ayırım yapması mümkün olmaz. Bu ancak bir suistimal hali yaratabilir. Dolayısıyla aslında bu başlık altında hata, mazeret nedenleri ve haksız tahrik gibi kusurluluğu *etkileyen* haller değerlendirmelerinde söz konusu olur. Ayrıca bkz: **Heinrich**, C II, kn. 1152.

yumruk atar. Daha sonra, A ve B'nin hakaret etmediği ve C'nin arkasında duran arkadaşları D ile şakalaştıkları anlaşılır. C, kendisine karşı haksız bir eylemde bulunulduğunu düşünmekte ve bundan doğan hiddetinin etkisiyle tepki niteliğinde kasten yaralama suçunu işlemektedir. Haksız tahrikin şartlarında hataya düşen C'nin bu hatası kaçınılmaz kabul ediliyorsa eyleminden ötürü kusurlu bulunamayacak ve kendisine ceza verilemeyecektir. Eğer hatası kaçınılabilir nitelikte ise gereken dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bu hataya düşmeyecek idiyse, bu hatası kusurluluğu üzerinde bir etkide bulunmayacaktır.

Yargıtay da haksız tahrikte hatanın kaçınılmaz olup olmadığını incelediği; mahallelerinde meydana gelen hırsızlık olaylarını engellemek için birlikte muhtemel bir hırsızlığı gözetleyen kişilerin, daha sonra ayrılarak hırsız aradığı ve elinde silah bulunan failin, hırsızlığı birlikte gözetlediği arkadaşını hırsız sanarak öldürdüğü olayda haksız tahrikte hata hükümlerinin uygulanamayacağını nitekim fail gereken dikkat ve özeni gösterseydi maktulün hırsız olmadığını anlayabileceği yönünde karar vermiştir⁶¹.

⁶¹ “Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilinden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın tayininde dikkate alınacaktır.

Bu aşamada uyuşmazlığa dair olarak maddenin üçüncü fıkrasının daha ayrıntılı ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü yer almaktadır. Fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir. Hatanın kaçınılmaz olması halinde, fail bu hatasından yararlanacaktır. Kaçınılmazlık hali takdir edilirken, failin gereken dikkat ve özeni göstermesi durumunda bu hataya düşüp düşmeyeceği belirlenmelidir.

Ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerden olan haksız tahrikin varlığı konusunda da hataya düşülebilir. Haksız tahrikin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşen fail haksız tahrik hükmünden yararlanacaktır. Fakat burada hatanın kaçınılmaz olması zorunludur. Buna karşılık, hata kaçınılabilir bir hata ise, yani failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında, daha dikkatli ve özenli davranması durumunda hatasından kaçınılabilecekse başka bir anlatımla hata meydana gelmeyecekse artık haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır.

Öğretide bu konuya dair olarak; “... örneğin, kendisine köy kahvesinde küfür eden B'yi kahve çıkışında dövmek için geçeceği yol üzerinde bekler. Yoldan geçenin görünüşü olarak B'ye çok benzeyen C olduğunu gece karanlığının da etkisiyle fark etmeyip ona sopyala birkaç kez vursa kaçınılmaz bir hata içinde olduğu kabul edilebilirse A haksız tahrik hükmünden yararlanabilecektir. Ancak gerekli özeni gösterseydi gece de olsa yoldan geçenin C olduğunu fark edebilecek idiyse artık tahrikten yararlanamaz” (Veli Özer Özbek, Ceza Hukuku Dergisi, sayı 7, Türk Ceza Hukukunda Hata, s. 93), “Kusurluluğu azaltan bir nedenin maddi koşullarında hataya düşülmüşse (örneğin, haksız tahrik, TCK.m.29), kişi yanlışlığı kaçınılmaz nitelikteyse bundan istifade eder ve ilgili kusurluluğu azaltan halden faydalanır. Bununla birlikte, hatası kaçınılabilir mahiyette ise, artık kusurluluğu azaltan sebepten faydalanamaz” (M.Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, s. 531) şeklinde görüşlere yer verilmiştir.

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi unsurlarında hata kapsamında diğer akla gelen ise mazeret nedenlerinde meydana gelen hata halidir. Aslında mazeret nedenlerine dair bu hata halinde yukarıda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yapılan hatadaki gibi bir teknik söz konusu olur. Sözelimi burada da gerçekte var olmuş olması halinde, fail bakımından hukuk düzenince kabul edilen bir mazeret nedeninin koşullarının gerçekleşmesini sağlayacak, maddi unsurlar hakkında hata söz konusudur⁶². Ancak bu hata hali, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yapılan hatadan farklı olarak gerçekleşmiş bir haksızlığa dair, kusurluluk alanında etki gösterecektir. Dolayısıyla değerlendirmenin haksız tahrike dair anlatılanlara da uygun olarak kaçınılabilirlik altında yapılması gerekir. Hatası kaçınılmaz olan fail kusursuz kabul edilir. Bunun esas temeli ise failin psikolojik olarak etkilendiği zorlayıcı haldeki tehlikenin gerçekten meydana gelmiş olması durumunda ya da sadece zihninde böyle olması durumunda farklılık olmadığı düşüncesidir. Bu tehlike hali kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edildiği takdirde, bu psikoloji içerisindeki failin kusurluluğu da başka bir deyişle irade ve davranışlarını yönlendirme yeteneği de aynı şekilde etkilenmektedir. Dolayısıyla sonuç aynı olmalıdır⁶³.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Mahallelerinde daha önceden meydana gelen hırsızlık olayları sebebiyle olay gecesi hırsız geldiği takdirde yakalamak amacıyla sanık ve maktulün akrabalarıyla birlikte nöbet tutmak üzere toplandıkları, maktulün eşinin telefonla arayarak evlerinin çatısından ses geldiğini söylemesi üzerine hep birlikte maktulün evine doğru gittikleri, sanığın bu sırada elindeki tüfekle korkutmak amacıyla havaya doğru iki el ateş ettiği, maktul ile sanığın evin yanında ayrıldıkları, sanığın maktulün evinin arka tarafında beklediği, bir süre sonra maktulün sanığın bulunduğu merdivenli sokağa girdiği sırada, sanığın hırsız olduğunu düşündüğü maktule tüfekle uygun görüş şartları içinde ve yaklaşık üç metre mesafeden bir el ateş etmesi üzerine başından vurulan maktulün hayatını kaybettiği somut olayda; olay gecesi sanığın oturduğu mahallede herhangi bir hırsızlık olayının tespit edilmemesi, olayın meydana geldiği yerde yanan büyük boy sokak lambasının bulunması, sanığın tüfekle hiçbir şey söylemeden, uygun görüş şartları içinde ve üç metre mesafeden maktule doğru ateş etmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin maktul ... olduğunu anlayabileceği, bu sebeple sanığın hatası kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, hata hükümlerinden yararlanamayacağı, ayrıca maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış da bulunmadığından, yerel mahkemece sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanmasında isabet bulunmamaktadır. Öte yandan sanık hırsız da olsa bir insanı öldürmek kastı ile hareket etmiş olup mağdurun kimliğinde yanılmış olsa bile kasten öldürme suçundan sorumluluğu cihetine gidilmesinde de bir hukuka aykırılık yoktur.

Bu itibarla, Özel Daire bozma kararı isabetli olup sanığın hatası kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, dolayısıyla sanığı hata hükümlerinden yararlanması mümkün bulunmadığından, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulayan yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” YCGK, E. 2014/336, K. 2015/352, 27.10.2015.

⁶² **Bachmann**, JA, s. 510; **Kühl**, AT, § 13 kn. 83.

⁶³ **Wesels/Beulke/Satzger**, AT, kn. 487.

B. Haksızlık (Yasak) Hatası

1. Genel Olarak

Haksızlık hatası, TCK m. 30/4'te şu şekilde düzenlenmiştir:

“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

Haksızlık hatası düzenlemesi ile Kanununun 4. maddesinde düzenlenen “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı aslında işlevsiz hale getirilmiştir; artık 4. maddeye yer vermeye gerek yoktur; çünkü belli şartların varlığı halinde kanunu bilmemek mazeret sayılacaktır. Ancak burada iki konunun tam olarak birbirleriyle kesiştiği de düşünülmemelidir. Ceza kanunlarını bilmeyen ve bilmemesi bir mazeret nedeni olarak kabul edilmeyen (m. 4) fail, yine de eyleminin haksızlık oluşturduğu bilgisine sahiptir; en azından, “yanlış” bir şey yaptığını düşünmektedir. Sadece eyleminin hangi kanun, hangi madde kapsamında değerlendirileceği, hukuki durumunun ne şekilde tespit edileceği ve hükmün bağlayıcılığına ilişkin kesin bilgiye sahip değildir. Bu durumdaki failin eyleminin mevzuattaki düzenlemesine tümüyle hâkim olması, ilgili kanunu ve maddesini bilmesine gerek yoktur. “Ceza kanunlarını” bilmese dahi, bu eylemi nedeniyle cezalandırılabilecektir. Kısaca kanunu bilmek ya da bilmemek, kusurun bir parçasını oluşturmaz⁶⁴.

Öte yandan, haksızlık hatasında fail, kendi sosyo-kültürel değerleri açısından eyleminin bir haksızlık oluşturduğu düşüncesinde değildir. Onun kültüründe, sosyal değer manzumesinde söz konusu eylemin yapılmasında herhangi bir yasak bulunmamakta, bu eylemin yapılması ile başkasına ait değerler ihlal edilmemekte ve bu anlamda bir haksızlık meydana gelmemektedir. Onun düşünce dünyasında, yetişmiş olduğu kültür ya da çevrede bu eylem nedeniyle kınanması söz konusu değildir. İşte kınama yargısına dair böyle bir algı, kusurluluğun bir parçasını oluşturmakta; eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail, bu eylemi nedeniyle kusurlu bulunmayarak kendisine ceza verilmemektedir⁶⁵.

Haksızlık hatasının hukuki niteliği, özellikle tipte hata ile karşılaştırılarak açıklanabilir. Haksızlık hatasında fail, haksızlık oluşturan maddi vakıya ilişkin tam bir bilgiye sahip olduğu halde, gerçekleştirdiği eylemin yasak olduğunu bilmemektedir⁶⁶. Dolayısıyla tipte hata halinde, fail suç tipinin

⁶⁴ Söz konusu davranışın herhangi bir kanunu ihlal edebileceğinin bilincinde olmak dahi yeterli olacaktır. Bkz: **Heinrich**, C II, kn. 1114. Bununla birlikte fail davranışının yasallığı konusunda en ufak bir tereddüde düşerse bu konu hakkında bilgilenmekle yükümlü olacaktır. Bkz: **Heinrich**, C II, kn. 1118; **Heinrich**, C I, kn. 547.

⁶⁵ **Soyer Güleç**, s. 74 vd.

⁶⁶ **Roxin**, AT/I, § 21, kn. 1.

objektif unsurlarına ilişkin maddi vakıya yönelik bir hataya düşmekteyken, haksızlık hatası halinde fail suç tipine ilişkin her türlü bilgiye sahip bulunduğu halde, eyleminin haksızlık oluşturduğu konusunda bilgisizdir⁶⁷.

Haksızlık hatasının hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi ve hangi hallerde uygulanabileceğinin belirlenebilmesi için öncelikle haksızlık bilinci kavramının tanımlanması, devamında da haksızlık bilincinin konusunun ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Neyin haksızlık olduğunu belirlemeden, nerede hataya düşüldüğünün belirlenmesi ve bu hataya sonuçlar bağlanması mümkün değildir.

2. Haksızlık Bilinci Kavramı ve Haksızlık Hatası ile İlişkisi

Haksızlık hatası ve haksızlık bilinci, birbirleri ile ilişkilendirilerek anlaşılabilen ve anlamlandırılabilen kavramlardır. Gerçekten, failin haksızlık hatasına düştüğünün kabul edilebilmesi için eylemini gerçekleştirirken haksızlık bilincinden (Alm. Unrechtsbewusstsein) yoksun davranmış olması gereklidir. Nitekim fail eylemi konusunda bir haksızlık bilincine sahip bulursa, bu eylemi gerçekleştirmeyecek veya eylemini gerçekleştirdiği takdirde artık bu eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda bir hatasından bahsedilemeyecektir.

Haksızlık bilinci kısaca failin eyleminin haksızlık oluşturduğu konusundaki bilgisidir. Failin eyleminin suç oluşturup oluşturmadığını, şayet suç oluşturmaktaysa hangi madde uyarınca cezalandırılacağını ya da bu hukuk kuralının ne derece bağlayıcı olduğunu bilmesi gerekli değildir. Alman Federal Mahkemesi de haksızlık bilincini, “*failin yaptığı davranışın hukuken izin verilmiş değil, yasaklanmış bir eylem olduğunu bilmesi*” şeklinde tanımlamıştır⁶⁸. Yine failin eylemini ahlakî, dinî veya siyasî görüşleri nedeniyle gerçekleştirmesi ve bu yaşayış tarzı nedeniyle bu eylemi gerçekleştirmeye kendisini yükümlü hissetmesi onu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Haksızlık bilincinin bulunmadığının kabul edilebilmesi için failin eylemine hukuk düzenince izin verildiğini düşünmesi gerekir. Hukuk düzeni dışında herhangi bir düzen, paradigma ya da kurallar bütünü eyleme izin verilmesi konusunda gerekçe olarak düşünülemez⁶⁹.

Haksızlık bilinci ile kusur yeteneği arasında doğrudan organik bir bağ kurulması mümkündür. Kusur yeteneğinin altındaki irade unsuru, failin haklı davranış ile haksız davranış arasında iradesini serbestçe belirleyebilme ve yönlendirebilme yeteneğini gerektirir. İrade serbestisi, davranışının hukuk düzeni açısından anlamını idrak edebilme becerisini de zorunlu olarak içerir. Haksızlığın bilincinde olan ve olmayan failin iradesi ve dolayısıyla davranışı

⁶⁷ B. Erman, Yanılma, s. 122.

⁶⁸ BGH, 18 Mart 1952 tarih ve GSSt 2/51 sayılı kararı, BGHSt 2, s. 194 vd., s. 196; Bkz: B. Erman, Yanılma, s. 123.

⁶⁹ Soyer Güleç, s. 74.

bu bilinçten etkilenir. Örneğin hırsızlık suçunun faili eyleminin haksızlık oluşturduğunun bilinciyle, daha dikkatli davranacak ve örneğin yakalanmamak için yüzünü gizlemek ya da girdiği evdeki kişileri uyandırmamak için yavaş hareket etmek gibi çeşitli önlemler alabilecektir⁷⁰. Aynı şekilde, eyleminin haksızlık oluşturduğu bilincinde olmayan bir kişinin davranışını bu şekilde yönlendirmesi mümkün değildir. Şayet bu bilince sahip olsa, bu haksızlığı gerçekleştirilmeme yönünde bir iradeyi ortaya koyabilecektir. Bu anlamda fail, kusur düşüncesinin temelini oluşturan haklı ile haksız, iyi ile kötüyü değerlendirme ve eylemi ile ceza hukuku bakımından kınanabilir davranışı seçme bilincine sahip bulunmamaktadır. Böyle bir seçme bilinci bulunmayan failin de bu hatası kaçınılmaz ise kusurlu bulunmamaktadır. Dolayısıyla haksızlık bilinci, kusur yeteneğinin bir parçasını oluşturan irade yeteneği ile doğrudan ilişkilendirilebilmekte ve haksızlık bilinci bu unsurlardan bağımsız olarak tespit edilememektedir. Bunun sebebi, failin kınanabilirliği konusunda bütüncül bir değerlendirmenin yapılabilmesini sağlamaktır⁷¹. Keza irade yeteneği olmayan kişide, hür iradesiyle hareketini yönlendirebileceği bir haksız netice söz konusu olmayacağından haksızlık bilinci oluşması da mümkün olmayacaktır. Söz gelimi 18 yaşından büyük fiziki ve psikolojik gelişimi sağlıklı bir bireyin algılama ve irade yeteneğinin olduğundan bahisle, haksızlık bilincinin var olup olmadığı konusunda ayrıca değerlendirme haksızlık hatası gibi kusuru etkileyen haller altında incelenir. Ancak algılama ve irade yeteneği bulunmadığı için kusur yeteneği de olmayan kişide doğal olarak haksızlık bilincini de yok kabul etmekteyiz.

Son olarak, haksızlık bilincinin *fiile ilişkin ve bölünebilir* olmasından bahsetmek gerekir⁷². Buna göre, failin her durumda somut fiilin kendine özgü haksızlık içeriğini algılaması gerekir. Failin aynı davranışı ile birden fazla ceza normu etkilenmiş durumda ise failin kendi davranışını bir bütün olarak hukuka aykırı görmesi halinde de kaçınılabilirlik ile ilgili değerlendirme her bir norm ihlali açısından yapılacaktır. Çünkü kusur her zaman tipikliği gerçekleşen suçun kusurudur. Dolayısıyla kusur söz konusu tipik suça doğrudan bağlıdır, kişi belirli bir suç bakımından kusurlu bulunur. Genel olarak bir yaşam kusurundan bahsedilemez. Nitekim “yaşam kusuru” anlayışı ancak otoriter veya totaliter devlet anlayışlarında söz konusu olabilir.

3. Hukuka Uygunluk Nedenin Varlığında Hata

Bir hukuka uygunluk nedenine ilişkin hata, böyle bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı noktasında çıkabilir. Hukuka uygunluk nedenin mevcudiyetine yönelik bu hataya “izin hatası” (izin normunda yanılma,

⁷⁰ Roxin, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 256; Soyler Güleç, s. 75.

⁷¹ Göktürk, Haksızlık Yanılgısı, s. 27.

⁷² Roxin, AT/I, § 21, kn. 16; Köhl, AT, § 11, kn. 32.

Alm. Erlaubnisirrtum) da denilmektedir⁷³. Ayrıca öğretilerde hukuka uygunluk nedeninin varlığına yönelik bu hata, “dolaylı haksızlık yanılması” şeklinde de adlandırılmaktadır⁷⁴.

Bu ihtimalde fail, bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına karşın, böyle bir hukuka uygunluk sebebi varmış gibi hareket etmektedir. Örneğin, genç bir hekim ötenazinin hukuka uygunluk sebebi olduğunu düşünerek, hayata dönmesi mümkün olmayan hastasının makine desteğine son vermiş ve ölümüne sebebiyet vermiştir⁷⁵. Başka bir örnekte ise fail, evlendiği kişiyi dövebileceğini ve bunun hukukten cezalandırılmayacağını düşünmekte, eylemine yönelik bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu varsaymaktadır.

Failin buradaki hatası, maddi vakıalara ilişkin fiili bir hata değildir; esasında eylemine hukuk düzenin “izin” verdiği yönünde hukuki bir hatası bulunmaktadır. Dolayısıyla buradaki hata, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarındaki hata ile karıştırılmamalıdır. Fail, hukuka uygunluk nedeninin var olduğu konusundaki hatasında (dolaylı haksızlık yanılması), hukuki bir yanılığa düşmektedir. Öte yandan, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullara ilişkin hatasında, fiili durumda yanılarak hukuka uygunluk nedeninin şartlarının olayda bulunduğunu düşünmekte ve bu bakımdan fiili bir hataya düşmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına yönelik hata, TCK’da düzenlenmiş değildir. Bu konuda öğretilerde birtakim çözümler geliştirilmiş olup Alman ceza hukukunda *Welzel* tarafından ileri sürülen bizim de benimsediğimiz *katı kusur teorisi* uyarınca, failin bu hatası haksızlık hatası (m. 30/4) olarak değerlendirilmelidir⁷⁶. Zira burada fail, eyleminin hukuka uygun olduğu ve bu anlamda haksızlık oluşturmadığı bilinciyle hareket etmektedir. Oysa eylemi, failin zihnindeki tasavvurun aksine, hukuk düzeni tarafından tasvip edilmemekte ve hukuka uygun kabul edilmemektedir.

Dolayısıyla ötenazi uygulayan hekim ve evde şiddet uygulayan eş düşünüldüğünde, konunun haksızlık hatası bakımından değerlendirileceğini; hekimin ötenaziye hukuka uygunluk nedeni olarak tasavvur etmesi kaçınılmaz bir hata ise bu hatasından yararlanarak kasten öldürme suçundan dolayı kendisine ceza verilemeyecek iken, bu hatası kaçınılabılır ise hatasından yararlanamayacak ve kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. Öte yandan, günümüzde tüm hekimlerin ülkemizdeki tıp fakültelerinde ötenazinin suç olduğu konusunda bilgilendirildiği dolayısıyla bu konuda haksızlık

⁷³ Heinrich, C. II, kn. 1142; B. Erman, Yanılma, s. 278.

⁷⁴ Koca, Hata, s. 101; Jescheck/Weigend, s. 456; Roxin, § 21, kn. 22; Heinrich, C. II, kn. 1144.

⁷⁵ Örnek için bkz: Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, (10), s. 425.

⁷⁶ Welzel, (11), s. 164 vd.

bilinçlerinin olmadığı savunmasında bulunmalarının geçerli olmasının pek mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Evde şiddet uygulayan eş bakımından ise failin eyleminin haksızlık oluşturduğu konusunda insanın tabiatından kaynaklanan sosyal bir bilinci bulunduğu düşünüldüğünde, evlenince eşine şiddet uygulamasına yönelik hukukun buna izin verdiği şeklindeki tasavvuru dikkate alınmayacak olup fail bu kaçınılabilir hatasından yararlanamayacak ve eyleminden ötürü ceza sorumluluğu devam edecektir.

4. Haksızlık Hatasına Bağlanan Sonuçlar

Fail, haksızlık hatası ancak kaçınılmaz bulunabilirse bundan yararlanabilir. Kaçınılabilir hataya düşmesi nedeniyle failin sorumluluğu devam edecektir. Kaçınılmaz ve kaçınılabilirlik noktasındaki değerlendirme, yukarıda da belirttiğimiz gibi taksire ilişkin yapılan dikkat ve özen ölçüsünde gerçekleştirilir. Burada ayrıca haksızlık hatası özelinde geliştirilen bazı kriterler de rol oynar.

Haksızlık hatasının kaçınılabilir olup olmadığında, kusura ilişkin yapılacak değerlendirmede olduğu gibi fiilin gerçekleştirilme anı (ex ante) esas alınır. Kaçınılabilir haksızlık hatası için üç koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, failin davranışının hukuka aykırılığını *idrak etme imkânının* bulunmasıdır. İdrak etme imkânının araştırılmasında sübjektif ve objektif iki değerlendirmede bulunulur. Sübjektif değerlendirmede, failin yetiştiği aile ve çevresel etmenler, eğitimi, mesleği ve sosyal konumu gibi koşullar araştırılır, failin zihinsel durumu ve sosyal değerleri tespit edilir. İdrak etme imkânı altında bir başka inceleme de failin eyleminin hukuka aykırılığı konusunda objektif olarak bilgi edinme imkânının bulunup bulunmadığı noktasında yapılır. Uzman kişilere danışarak eyleminin hukuka aykırılığı konusunda bilgi edinip edinemeyeceği değerlendirilir. İkinci olarak, failin işlediği haksızlıktan haberdar olması adına, fiilin icrası aşamasında eylemini sorgulaması, hukuk düzeni karşısındaki durumu karşısında şüpheye düşmesi için bir *vesilenin* bulunup bulunmadığı araştırılır. Vesile, failin eylemi sırasında onu durup düşünmeye sevk edecek nedendir. Fail, bir vesileyle eylemini sorgulamak durumunda kaldığında, eyleminin hukuki durumunu tespit etmek için yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Aksi takdirde haksızlık hatası kaçınılabilir olacaktır. Son olarak, failin haksızlığını idrak etmesi için mevcut imkanları kullanması kendisinden *beklenebilir* olması gerekecektir. Fail elindeki tüm imkanları kullanarak, eylemi hakkında bilgi edinmek için çaba sarf etmiş ancak yine de eyleminin haksızlık oluşturduğu konusunda güvenilir bilgiyi edinememiş ise artık idrak etmesinin kendisinden beklenemeyeceği sonucuna varılmalı ve bu hatasından yararlandırılmalıdır⁷⁷.

Yukarıda anılan ölçütler Yargıtay'ın kaçınılmaz haksızlık hatasına ilişkin yaptığı değerlendirmelerde de rol oynamaktadır. Yargıtay kararına konu olaya

⁷⁷ Göktürk, Haksızlık Yanılgısı, s. 149, 150 vd.

göre, sanık on iki yıldır ABD’de güvenlik görevlisi olarak çalışmaktadır ve Türkiye’ye gelirken yanında dört adet silah getirmiştir. Bu silahlar bakımından bildirim yükümlülüğünü eksik yerine getirmiş ve yalnızca bir silahı bildirmiştir. Yargıtay, ülkeye yasak nitelikte silah sokma suçu bakımından yaptığı değerlendirmede failin kaçınılmaz bir haksızlık hatası halinde bulunmadığını belirtmiş; buna gerekçe olarak da 18 yaşına kadar Türkiye’de yaşayan ve yüksek öğrenim görmüş olan sanığın bu hatadan yararlanamayacağını göstermiştir⁷⁸. Görüleceği gibi Yargıtay, yapmış olduğu değerlendirmede failin subjektif durumunu değerlendirerek, kararını failin haksızlığı idrak etme imkânının bulunmasına dayandırmıştır.

III. HATANIN OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME KOŞULLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Suç tipinin içinde yer alarak suçun unsuru gibi görünen objektif cezalandırılabilme koşulları aslında eylemin haksızlık içeriğine etkisi olmayan ve yasa koyucu tarafından suç politikası gerekleriyle belirlenerek cezalandırılabilmenin sınırlandırılması için kullanılan unsurlardır⁷⁹. Bu unsurların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmemesi, eylemin haksızlık

⁷⁸ “(...) Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Olay tarihinde 30 yaşında ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan sanığın, eğitim için gittiği Amerika Birleşik Devletleri’nde kalarak sürekli ikamet izni aldığı ve özel bir güvenlik şirketinde çalışmaya başladığı, silahlara özel ilgi duyduğunu belirten sanığın, yaklaşık 12 yıl boyunca ikamet ettiği Amerika Birleşik Devletleri’nden kısa süreli tatil için Türkiye’ye gelmeye karar verdiği, sanığın yolculuk günü olan 04.03.2011 günü iki adet Smith-Wesson marka tabancayı ABD’de bulunan Gander MTN isimli iş yerinden satın aldığı, bir adet Ruger marka tabanca ile bir adet Beretta marka tabancayı ise aynı gün Z.J.H. isimli şahıstan ABD’de satın alıp devraldığı, Chicago O’Hare Havalimanına satın aldığı bu dört silahın bulunduğu çanta ve iki valizle gelen sanığın, Türk Hava Yolları bürosunda binış işlemlerini yaptığı sırada yanında bulunan tabancalardan sadece bir adet 9 mm çapındaki Smith-Wesson marka tabancaya dair görevliye bildirimde bulunduğu ve bu silah için teslim tutanağı düzenlediği, diğer üç tabanca ile ilgili olarak ise silah teslim tutanağında herhangi bir bildirimde bulunmadığı, Chicago’daki THY görevlilerinin, sanığın yanında silah getirdiğini mesajla THY’nın İstanbul Atatürk Havalimanındaki görevlilerine bildirmeleri üzerine, mesajı alan görevlilerin silahlarla ilgili herhangi bir izin belgesinin bulunmadığını tespit ederek sanık hakkında tutanak tuttıkları olayda; sanığın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup 18 yaşına kadar Türkiye’de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye’ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisi olduğunu belirtmesi karşısında, sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında, sanığın Türkiye’ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine dair savunmaların inandırıcı olmadığı, bu sebeple atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve failinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.” YCGK, E. 2014/8-321 K. 2017/412 T. 17.10.2017.

⁷⁹ Bkz: **Önder**, Genel Hükümler, C. II-III, s. 316, 317.

içeriği üzerinde etkili olmadığı için bu koşullar kusur ilkesine de aykırılık oluşturmazlar⁸⁰.

Objektif cezalandırılabilme koşulları aslında cezasızlık nedenlerinin bir alt kategorisini oluştururlar. Failin kastının eylemin cezalandırılabilirliğini kapsamı gerekeceği gibi bunlar üzerindeki hatanın da kasta herhangi bir etkisi bulunmaz⁸¹. Objektif cezalandırılabilme koşulu bakımından failin yanlış olmasının veya olmamasının bir farkı yoktur. Unsur (koşul) gerçekleşmiş ise fail cezalandırılacak, gerçekleşmemiş ise (eylem suç olma niteliğini koruyor olmasına rağmen) cezalandırılmayacaktır⁸². Örneğin 125. maddede yer alan hakaret suçunun gıyapta işlendiğinde cezalandırılabilmesi için üç kişi ile ihtilat edilmesi gerekir⁸³. Bu objektif bir cezalandırılabilme koşulu olduğundan, failin üç kişi ile ihtilat ettiğini bilip bilmemesi, koşulun gerçekleşmesi açısından herhangi bir önem taşımaz. Dolayısıyla, örneğin bir konferansta mikrofonun açık olduğunu bilmeden yanındaki konuşmacının kulağına doğru eğilerek o sırada salonda bulunmayan üçüncü bir kimse hakkında hakaret içeren ifadeler kullanan bir konuşmacının bu sözleri konferansı dinleyen topluluk tarafından da duyulursa, suçla birlikte objektif cezalandırılabilme koşulu da gerçekleşmiş olur. Bu durumda failin mikrofonun açık olduğunu bilmediği için suçun maddi unsurlarında hataya düştüğü söylenemez⁸⁴ ve fail cezalandırılır⁸⁵.

Aynı örnekten hareketle, failin yine mikrofonunun açık olduğunu bilmeden, fakat bu kez salonda bulunan üçüncü bir kişi hakkında yanındaki konuşmacıya aynı sözleri söylemesi ve sözlerin salondaki bütün topluluk tarafından duyulması halinde ise; huzurda hakaret suçu açısından herhangi bir objektif cezalandırılabilme koşulu bulunmadığı ve sözlerin doğrudan muhatabına yönelmiş olması gerekeceği için failin hatası suçun unsurlarına ilişkin olur ve kastı bulunmadığı için bu suç gerçekleşmez. Ancak, mağdur haricinde üç kişi ile ihtilat unsuru yine de yerine gelmiş olacağından, fail bu kez gıyapta hakaret suçundan cezalandırılır⁸⁶.

⁸⁰ **Gropp**, AT, § 5, kn. 80.

⁸¹ **Önder**, C. II-III, s. 317; **Kühl**, AT, § 5, kn. 18.

⁸² **B. Erman**, Yanılma, s. 80, 81; **Dönmezer/Erman**, II, kn. 1049.

⁸³ Bunun bir objektif cezalandırma koşulu olduğu madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: “Gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, failin mağdurun gıyabında ve fakat en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. (...) Bir veya iki kişiyle ihtilat ederek de mağdura hakaret edilebilir. Bu gibi durumlarda da esasında bir haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, mağdurun gıyabında en az üç kişiyle ihtilat edilerek, yani en az üç kişi muhatap alınarak hakaretin yapılması şart olarak aranmıştır”.

⁸⁴ Ancak aynı örnekte failin cezası, “alenen hakaret” etmiş olması nedeniyle artırılmaz, zira bu hakaret suçun nitelikli bir hali olup, failin kastını gerektirir. Fail ise burada hakareti “alenen” gerçekleştirme kastıyla hareket etmemiştir.

⁸⁵ **B. Erman**, Yanılma, s. 81.

⁸⁶ **B. Erman**, Yanılma, s. 81

İzin, şikâyet ve karar gibi kovuşturma koşulları ise suç tipinin ve haksızlığın gerçekleşmesinden tamamen bağımsız olduklarından, bunların varlığı veya yokluğu hakkındaki hata hiçbir şekilde tipte hataya ya da yasak hatasına yol açmazlar⁸⁷.

IV. HEDEFTE SAPMA

Hedefte sapma (Lat. aberratio ictus) esasında bir hata hali değildir. Zira sapma halinde, failin bilgisizliği (hiç bilmeme ya da yanlış bilme) değil; beceriksizliği rol oynamaktadır. Bu hatanın şahısta ya da suçun konusunda hatadan (Lat. error in persona vel objecto) farkı ise failin sadece zarar verilen kişi ya da nesne hakkında hataya düşmekten ziyade hareketi ve netice arasında farklı bir nedensellik bağı öngördüğü halde bunun gerçekleşmemesi, zararın başka bir nesne ya da kişiye verilmesidir⁸⁸. Hedefte sapmayı bir örnekle açıklamak gerekirse; fail, öldürmek istediği A'ya doğru ateş etmekte ancak hedefinden saparak (örneğin elinin titremesi nedeniyle) o sırada yoldan geçmekte olan B'yi vurarak öldürmektedir. Bu durumda iki farklı netice söz konusu olmaktadır. İlk olarak, failin A'ya yönelik öldürme eylemine elverişli araçlarla başlamış olması ancak neticeyi elinde olmayan sebeplerle gerçekleştirememesi nedeniyle A'ya karşı öldürme suçuna yönelik teşebbüsü ve ikinci olarak B'yi öldürme neticesidir. Bu iki netice arasında suçların içtima (fikri içtima) hükümleri uygulanarak failin ceza sorumluluğu tespit edilmelidir.

Örnekten de anlaşılacağı üzere, sapma halinde, failin zihnindeki tasavvur ile gerçeklik arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla failin bilgisizliği söz konusu olmadığından hedefte sapma bir hata hali değildir. Zira sapmanın kendisi de failin zihnindeki gerçeklik ile objektif gerçeklik arasında değil, failin hareketinde gerçekleşmektedir.

Bu bakımdan hedefte sapma ile hata ve hatanın bir özel hali olan şahısta hata birbirine karıştırılmamalıdır. Şahısta hata halinde fail, üzerinde eylemi gerçekleştireceği kişiyi karıştırmakta iken; hedefte sapma halinde böyle bir karıştırma bulunmayıp fail meydana gelen sapma sebebiyle hedeflediği kişi dışında bir başka kişiyi veya hedeflediği kişiyle birlikte başka bir kişiyi de öldürmekte ya da yaralamaktadır⁸⁹. Hedefte sapma ile şahısta hata

⁸⁷ **Roxin**, AT/I, § 12, kn. 139; **B. Erman**, Yanılma, s. 82.

⁸⁸ **Kindhäuser**, AT, § 27, kn. 53.

⁸⁹ **Heinrich**, C II, kn. 1105. Farklı teorilerle bu farkın sebebi açıklanmaya çalışılmıştır. *Welzel*'e göre denklik teorisi olarak adlandırılabilir bakış açısında suçun konusunu teşkil eden nesnelerin denkliğinde hedefte sapma dikkate alınmaz. Fail suçun hukuki konusuna zarar vermek istemiş ve bunu gerçekleştirmiştir. Kastın somutlaştırılması aranmaz, bkz: **Welzel**, (11), s. 73 vd. *Welzel*'e göre denklik söz konusu olmadığına teşebbüs ve taksirli suç hükümleri kapsamında sorun içtima alanında çözülecektir. Bu denklik halinde öngörülebilir bir sapma varsa bu durumda sapma dikkate alınmayacaktır. Örneğin A ve B birlikte C'ye saldırdıkları sırada C kendini korumak için eline geçirdiği silahla B'ye nişan alıp onu

karşılaştırılırken dikkat edilmesi gereken diğer bir sonuç da şahısta hata halinde her zaman bir netice söz konusu olurken, hedefte sapma halinde bu neticeler birden fazla da olabilmektedir. Nitekim hedefte sapma halinde, fail hedeflediği neticeyi gerçekleştirmiş ve bu neticeyi gerçekleştirirken hedeflemediği başka bir neticeyi de saparak gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin, failin A'yı yaralamayı hedeflemesi ve bu amaçla ateş etmesi, A'nın kolundan geçen kurşunun o anda yanında bulunan B'ye de isabet etmesi ve onu da yaralamasında durum böyledir.

Tüm bu sebeplerle bir hata hali olmayan hedefte sapmaya, TCK'nın hataya ilişkin 30. maddesinde de yer verilmemiş olup söz konusu durum kanunun gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “(...) *Hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaî hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimaî ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır.*”

Hedefte sapma halindeki ilk ihtimalde, failin hedeflediği ve sapma sonucu neticenin üzerinde gerçekleştiği konu birbiriyle aynı olabilir. Örneğin fail, A'yı öldürmeyi hedeflemekte ancak istediği gibi nişan alamayarak B'yi öldürmekte ya da yaralamaktadır. Bu ihtimalde, fail A açısından kasten öldürmeye teşebbüs etmektedir. B açısından ise manevi unsuruna bağlı olarak taksirle ya da olası kastla öldürme/yaralama suçlarını işlemiş olabilecektir. Failin manevi unsuru belirlenirken bu konudaki genel kurallar dikkate alınacaktır. Sözgelimi, failin hedeflediği kişiyi öldürmek için oldukça kalabalık bir yere bomba yerleştirdiği durumlarda; bombanın patlaması sonucu çevresinde bulunabilecek herkesin yaşamını tehlikeye sokmaya ilişkin kastının bulunduğu kabul edilmelidir. Aksinin kabulü yani failin bu neticeleri de ayrıca kabullenmiş olduğunun reddedilmesi mümkün değildir⁹⁰. Dolayısıyla bombanın yakın çevresinde bulunan kişilere yönelik neticeler, failin kastı kapsamına dâhil kabul edilecek iken, bu kastın türü bakımından olası kast ve doğrudan kast değerlendirmesi yapılabilecektir. Bu aşamada belirtmemiz gerekir ki, failin doğrudan kastının kabul edilmesi halinde, hedefte sapmadan bahsedilmesi mümkün

yaralamak isterken eli titrediği için A'yı vurursa ve B olay yerinden kaçarak uzaklaşırsa bu durumdaki sapma C'nin öngörebileceği ve artık önem taşımayacak denk bir sapma sayılabilecektir, bkz: **Welzel**, (11), s. 73. Bu denklik teorisinin aksinde ise daha büyük bir çoğunlukça taraftar bulan somutlaştırma teorisi vardır. Buna göre failin içsel dünyasını isteğini ve bilgisini somut olayda hareketleriyle somutlaştırıp somutlaştırmadığına bakılır. Kişi bir vazoya ateş etmek isterken somutlaştırdığı davranışla bir insana ateş etmişse artık kastından bahsedilemeyecektir. Bu görüş için bkz: **Roxin**, AT/I, § 12, kn.160, 161; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, s. 101.

⁹⁰ **B. Erman**, Yanılma, s. 100.

olmayacaktır. Zira fail, doğrudan kast etmiş olduğu bir netice için saptığından bahsedilemeyecektir. Hedefte sapma ancak olası kast ve taksir halleri için söz konusu olabilecektir.

Sapma halindeki ikinci ihtimalde ise failin hedeflediği suç ile sapma neticesinde gerçekleşen suçun konuları birbirinden farklıdır. Örneğin fail, A'yı yaralamak amacıyla taş atar ancak taş A'ya gelmez ve B'nin evinin camını kırar (mala zarar verme suçu, m. 151). Failin sapma halinde bulunduğu ve sapma neticesinde gerçekleştirdiği eylemine ilişkin manevi unsur tespit edildikten sonra konu suçların birleşmesi altında ele alınacaktır. Ancak burada konuyu üçe ayırarak incelemek gerekir: a) Fail hareketini gerçekleştirirken bir sapma olabileceğini öngörüp bunu kabullenmiş, olursa olsun demiş (*olası kast*); b) Sapma neticesinde gerçekleşebilecek neticeleri öngörmüş ancak gerçekleşmemesi için gerekli çabayı göstermesine rağmen sonuç gerçekleşmiş (*bilinçli taksir*); c) Öngörmesi kendisinden beklenen neticeyi somut olayda öngörmemiş (*adi taksir*) olabilecektir. Bu sorulara verilecek yanıtların, problemin çözümünü ve faile uygulanacak suç normları ile ceza miktarını etkileme açısından büyük farklılıklara yol açmaktadır.

Şayet failin öldürme amacıyla hareket ettiği, hareketini yaparken bundan başkalarının da etkilenebileceğini öngördüğü ve buna rağmen sonucu kabullenerek hareketine devam ettiği ancak sapma neticesinde hedeflediğin başka bir kişiyi olası kastla öldürdüğü bir hal söz konusu ise, failin tasavvuru ile gerçeklik arasında bir farklılık olmadığı için hata hükümleri uygulanmaz. Öte yandan failin biri kasten diğeri olası kastla gerçekleşse de failin tek hareketiyle birden fazla suç gerçekleşmektedir (kasten öldürmeye teşebbüs ve olası kast ile öldürme). Ancak her ne kadar manevi unsurları farklı olsa, bir tamamlanmış ve diğeri teşebbüs aşamasında kalmış olsa da temelde işlenen suç “kasten öldürmedir”. Dolayısıyla failin tek hareketiyle, birden fazla mağdura karşı aynı suç birden fazla işlenmektedir. İleride suçların içtimaı konusunda açıklayacağımız üzere bu durumda TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “aynı neviden fikri içtima” uygulanır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise kasten öldürme suçları açısından bu maddenin uygulanmayacağı belirtildiği için gerçek içtimaın uygulanması gerekir. Sonuç olarak bu durumda faile hem teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürme suçundan, hem de tamamlanmış olası kastla öldürme suçundan ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir.

Diğer iki olasılık da ise failin gerçekleşmesini amaçladığı kasıtlı bir suçun varlığına rağmen, kasıtlı suç gerçekleşmemekte (teşebbüs aşamasında kalmakta) öte yandan failin bilinçli taksirle ya da basit taksirle gerçekleştirdiği bir başka suç da bulunmaktadır. Bu durumda ise failin tek hareketiyle birden fazla farklı suçun işlenmesi söz konusudur ve farklı neviden fikri içtima kuralı uygulanır (m. 44). Fail, tek hareketiyle birden fazla suç normu ihlal ettiği için 44. madde gereğince bunlardan en ağır olanıyla cezalandırılır.

Hedefte sapmada ayrıca bir sınır durum değerlendirmesinden söz edilir. Buna göre fail görmekte olduğu suçun konusuna isabet ettiremeyip başkasına zarar vermiştir ancak asıl zarar vermek istediği de hali hazırda zarar vermiş olduğu kişidir. Örneğin A, B'yi vurmak istemektedir. Pusuya yatmış ve beklemektedir. Bu esnada B'ye çok benzeyen başka bir kişi olan C gelmiştir. A, C'ye onu B zannederek nişan alır ama isabet ettiremez ve o esnada C'yi es geçen kurşun B'ye isabet eder ve B ölür. Burada şahısta hata ve sapmanın bir kombinasyonu gerçekleşmiştir. Şayet kurşun oradan geçen başka bir insana, örneğin D'ye, isabet etmiş olsaydı burada bir sapma halinden bahsedilebilecekti. Çünkü A birine nişan almış ancak nişan aldığı kişiyi isabet ettirememiştir. Her ne kadar A, ilk amacına ulaşmış olsa da kast her zaman olayın gerçekleşme anında tüm maddi unsurlar bakımından bulunması gereken manevi unsurdur. Ceza hukuku kişinin iç dünyasına bu kadar geniş bir anlam yükleyerek olayı genişletmemelidir. Dolayısıyla aslında bu olayda A, C'yi öldürmeye teşebbüsten ve B'yi taksirle öldürmeden cezalandırılacaktır⁹¹.

Görülüşü üzere bunların hiçbirinde hata hali olmayıp, hedefte sapma söz konusudur. Hedefte sapmanın hem objektif unsurlar hem de sübjektif unsurlar açısından gerçekleşme biçimi ise suçların içtımı kurallarından hangisinin uygulanacağını belirlemekte, bu da sonuçta faile uygulanacak yasa maddeleri ve verilecek cezalar açısından büyük farklar ortaya çıkarmaktadır.

SONUÇ

Ceza hukukunda hata, görülüyor ki suç teorisinde her bir unsurun konumu ve işlevine tamamen hâkim olunmadan çözülemez durumdadır. Çünkü failin kendi zihnindeki tasavvuru ile uyuşmayarak hataya düştüğü her bir somut olaydaki gerçeklik, suç teorisi içerisinde farklı bir unsuru etkilemekte ve dolayısıyla ceza hukuku anlamında farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Hata, hem manevi unsorda failin kastını etkileyerek suçun oluşmasını, haksızlığın gerçekleşmesini engellemekte veya suçun farklı bir görünüş biçimi olan taksirle işlenmesini gündeme getirmekte hem de failin gerçekleştirdiği haksızlık neticesinde kınanabilirliğini ortadan kaldırmakta veya azaltmaktadır. Yukarıda incelenen tipikliğin maddi koşullarında hata hali failin hatasının eşdeğer olma değerlendirmesi ile çözüme kavuşturulur. Bu eşdeğerlilik failin tasavvurundaki ve gerçekte gerçekleşen durum arasındaki gerek suçun

⁹¹ **Heinrich**, C II, kn. 1111. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* bu durumu çifte hata olarak ele almışlardır ve çözüme bizim ulaştığımız şekilde ulaşmışlardır. Burada doğru çözüme ulaşmak için nedensel sürece dayanılarak bir değerlendirme yapılması gerekir, bkz: **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, s. § 11, kn. 96, 97. Belirtmek gerekir ki bu sınır durumu Weber kastı ile karıştırılmaması gereken bir husustur. Zira Weber kastı, aynı kişiye karşı nedensellik süreciyle ilgili bir sapmada çözüm için devreye girecektir. Ancak mevcut olayda aynı kişi değil bir kombinasyon halinde farklı kişiler söz konusudur.

konusu ya da mağduru, gerekse haksızlığın işleniş şekli üzerinden bir ex ante değerlendirme olacaktır. Kastın ortadan kalkması durumunda, ancak haksızlığın ceza kanunlarında taksirle gerçekleştirilmesine de sonuç bağlanması halinde failin sorumluluğu devam eder. Aynı şekilde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki bir hata hali de failin fiili duruma dair yanlış bir tasavvuru olduğundan haksızlığa yönelik iradesini, başka bir deyişle kastını ortadan kaldırıır. Fakat bununla beraber kusurluluğu etkileyen hata hallerinde incelendiği üzere bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında düşülen hata, failin tasavvuru ile iradesi arasındaki bağı kesmemekte, kasten gerçekleştirdiği haksızlık bakımından kınanabilirlik değerlendirmesi yapılmasını gerektirmektedir. Aynı şekilde kusurluluğu etkileyen hallerin maddi koşullarında düşülen hata ve haksızlık hatası da kişinin haksızlığı gerçekleştirmesi ve buna yönelik iradesi ile ilgili değildir. Fail davranışının suç oluşturduğunun bilincinde olarak iradesini neticeye yöneltmekte, fakat bunun hukuken kınanmayacağını düşünmektedir. Değerlendirme, kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi koşullarında hata ve haksızlık hatasında olduğu gibi kaçınılabilirlik değerlendirmesi ile çözüme kavuşturulur. Kaçınılabilirlik ise taksirli suçların tipikliğindeki gibi bir *kaçınılabilirlik* değerlendirmesi gerektirmektedir.

Sonuç olarak görülüyor ki somut olayda hatanın mutlaka doğru tespit edilmesi ve failin tasavvuru ile gerçekliğin arasındaki bu uyuşmazlığın doğru tespit edilmesi gerekir. Zira ceza sorumluluğu ve buna bağlanan sonuç tamamen değişecektir. Failin zihninde gerçekleşen ve gerçekte olan durum arasındaki farklılığın (hatanın) hukuki niteliğini ve hatanın suçun hangi unsurunu etkilediğini tespit etmek, ceza hukuku bakımından doğru sonuçlara ulaşmak ve failin ceza sorumluluğunu isabetli şekilde değerlendirmek için hatanın teorik kısmına tüm suç teorisine hâkim olunması gerekir.

KAYNAKÇA

- **Akbulut**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- **Artuk**, Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- **Bachmann**, Mario, Irrtümer im Bereich der Schuld JA 2009, ss. 510-513.
- **Baumann**, Jürgen/ Ulrich Weber/ Wolfgang Mitsch/ Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Bielefeld, Giese King, 2016.
- **Centel**, Nur/Hamide Zafer/Özlem Çakmut Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.
- **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- **Doğan**, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- **Dönmezer**, Sulhi/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.
- **Erman**, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2006, (“**Yanıлма**”).
- **Erman**, Sahir, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Hata”, İHFM, XII, S. 2-3, 1946.
- **Ersan**, Aykut, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013.
- **Göktürk**, Neslihan, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- **Gropp**, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2005.
- **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- **Heinrich**, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I-II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- **Jescheck**, Hans Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- **Kindhäuser**, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017.
- **Koca**, Mahmut, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ed: Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

- **Koca**, Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- **Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München, Vahlen, 2017.
- **Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1992.
- **Özbek**, Veli Özer/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- **Öztürk**, Bahri/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- **Rengier**, Rudolf von, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2019.
- **Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2006.
- **Roxin**, Claus, “Yasağa İlişkin Yanılma”, Çev: Osman İsfen, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. H.C. Claus Roxin’e Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- **Satzger**, Helmut, “Die sog. »Retterfälle« als Problem der objektiven Zurechnung”, Juristische Ausbildung (JURA), 2014.
- **Sokullu-Akıncı**, Füsün, “Ceza Hukukunda Kusurluluk”, Ceza Hukuku Günleri – 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997, İstanbul), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı yayını, Beta, İstanbul, 1998.
- **Soyer Güleç**, Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, DEÜHFD, C. 10, S. 1, 2008.
- **Stratenwerth**, Günther/ Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2011.
- **Ünver**, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, Eylül, 2006, s.37-73.
- **Yerdelen**, Erdal, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 25, Ağustos 2014, Sayfa: 69-101.
- **Wesels**, Johannes / Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil und Ihr Aufbau, 39. Aufl., Heidelberg München Landsberg Frechen Hamburg, 2009.
- **Welzel**, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969.

VERGİ UYUŞMAZLIĞI ÇERÇEVESİNDE İNCELEME RAPORUNUN İHBARNAMEYE EKLENMEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of not Adding the Review Report to Notice in the Framework of Tax Dispute

Dr. Öğr. Üyesi Zübeyir BAKMAZ*

Geliş Tarihi: 04.08.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Vergi idaresi, tek yanlı ve icrai işlemleriyle, kişilerin başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmektedir. Özellikle, ihbarname ile tarhiyat yapıldığı durumlarda, söz konusu müdahalenin etkileri daha yoğun hissedilmektedir. Çünkü ihbarname, beyana dayalı olmayan tarhiyatların duyurulduğu resmî bir belgedir. Bu nedenle, vergi dairesi tarafından ihbarname düzenlenmesi, ödevlilerin beyan ve iradesi dışında bir tarhiyat yapıldığını göstermektedir. İhbarname ile tarhiyat yapılmasına neden olan gerekçelerin başında vergi incelemesi gelmektedir. İhbarname ile yapılan tarhiyatın dayanaklarından birisi olan vergi incelemesinin sonuçlarına ise, inceleme raporlarında yer verilmektedir. Başka bir deyişle, vergi incelemesine dayalı tarhiyatlarda tarh işleminin tesis edilme gerekçesine ilişkin maddî olay ve tespitler ile hukukî nedenlerin görülebileceği tek yer inceleme raporları olmaktadır. Bu nedenle, söz konusu raporların ihbarname ekinde ilgisine tebliğ edilmesi kanunda özel olarak hüküm altına alınmıştır. Ancak, uygulamada, zaman zaman inceleme raporlarının vergi dairesi tarafından ilgisine tebliğ edilmediği görülmektedir. Bu durum, kişilerin kendilerini tam anlamıyla savunabilmelerini engellemekte ve konu bakımından vergi uyumsuzluğuna neden olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergi İncelemesi, Vergi Tekniği Raporu, Vergi İnceleme Raporu, Tebliğ, İhbarname, Vergi Uyuşmazlığı, Savunma Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı.

ABSTRACT

The tax administration intervenes in the fundamental rights and freedoms of individuals, especially the right to property, through unilateral and executive acts. The effects of the intervention in question are felt more intensely, especially in cases where an assessment is made through notice. Because the notice is an official document in which non-declaration based assessments are announced. Therefore, the issuance of a notice by the tax office shows that a assessment has been made, except for the declaration and volition of the taxpayers. Tax review is one of the primary reasons that causes an assessment with a notice. The results of the tax review, which is one of the basis of the assessment made with the notice, are included in the review reports. In other words, in tax review-based assessments, material events and determinations related to the grounds for the establishment of the tax imposition act and legal reasons can only be seen in a review reports. For this reason, it is specially stipulated in the law that the said reports are notified to the relevant person in the annex of the notice. However, in practice, from time to time, it is observed that the review reports are not notified to the relevant person by the tax office. This situation prevents individuals from defending themselves in full manner and causes tax dispute in terms of subject.

Keywords: Tax Review, Tax Technique Report, Tax Review Report, Notification, Notice, Tax Dispute, Right of Defence, Right to Fair Trial.

* İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, e-posta: zubeyir.bakmaz@inonu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2159-4106.

GİRİŞ

Modern fiskaliteye geçildiği 1960'lı yıllardan beri ülkemizde kontrollü beyan esası uygulanmaktadır. Vergi mükellefi ve sorumluları tarafından bir beyanname marifetiyle vergi dairesine bildirilen matrahların gerçek durumu yansıtip yansıtmadığının kontrolündeki en önemli silah, hiç şüphesiz vergi incelemesidir. Ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun araştırılması, tespit edilmesi ve sağlanması amacıyla gerçekleştirilen vergi incelemesinin sonucunun olumsuz olması, ödevli nezdinde beyana dayanmayan tarhiyat yapılacağı ve/veya ceza kesileceği anlamına gelmektedir. Vergi incelemesi sonucuna göre ikmalen ya da re'sen tarhiyat yapılması ve/veya ceza kesilmesi durumunda, vergi idaresi tarafından tek yanlı ve icrai nitelikte bir idarî işlem tesis edilmiş olmaktadır. Beyana dayanmayan tarh yöntemleriyle inşa edilen söz konusu idarî işlem, ilgililerine, vergi/ceza ihbarnamesi aracılığıyla duyurulmaktadır. Söz konusu ihbarnamelerde gösterilen matrah, vergi ve ceza tutarlarının dayanak ve gerekçeleri ise, vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarında yer almaktadır. Anılan raporlarda bireysel vergilendirme işleminin maddî gerekçeleri, somut dayanakları, soyut norm, matrahın bulunuş ve hesaplanma yöntemleri, nezdinde inceleme yapılan kişinin izahatları gibi hususlar detaylı olarak yer almaktadır. Dolayısıyla, vergi incelemesine ve bu bağlamda ikmalen ya da re'sen tarhiyata muhatap kılınan ödevlilerin, haklarındaki isnatları öğrenip buna göre savunma yapabilmeleri için söz konusu dayanak raporlara muttali olmaları gerekmektedir. Bilhassa, ödevlilerin dava öncesi savunma haklarını tam anlamıyla kullanabilmelerinin temin edilebilmesi bakımından dayanak raporların ihbarname ekinde ilgisine tebliğ edilmesi önem arz etmektedir. Çünkü vergi inceleme raporunun ve bu rapora dayanak teşkil eden vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde ödevliye duyurulmaması, o kişinin hakkındaki cezalı tarhiyatın somut maddî gerekçeleri hakkında bilgi sahibi olmadan kendisini savunmaya çalışması anlamına gelmektedir. Uygulamaya bakıldığında, genel olarak, vergi inceleme raporlarının ihbarname ekinde ilgisine tebliğ edildiği; buna karşın, vergi inceleme raporunun atıfta bulunduğu vergi tekniği raporunun ilgisine duyurulmadığı görülmektedir. Tarh ve ceza kesme işleminin temel dayanağını oluşturan vergi inceleme ve bilhassa vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesi nedeniyle savunma haklarını gereği gibi kullanamayan ödevliler, bu konudaki noksanlığı da uyuşmazlık için açtıkları davada yargıya taşımaktadırlar.

Bu çalışmada öncelikle ihbarname ile tarh işlemi arasındaki ilişki vergi uyuşmazlığı yönünden kısaca incelenmiştir. Daha sonra, inceleme raporlarının hukukî mahiyet ve kapsamı ortaya konulmak suretiyle ihbarnameye eklenmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur. Son olarak, inceleme raporlarının ihbarname ekinde ilgililerine tebliğ edilmemesinin doğurduğu vergi uyuşmazlığı, Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin son içtihatları

çerçevesinde incelenerek, bu hukukî sorunun giderilmesine yönelik çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

1. İHBARNAMEDEKİ SAKATLIKLARIN TARH İŞLEMİNE YANSIMALARI

Tarh işlemi, bir idarî işlemde bulunması gereken “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat” unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle, tarh işlemine karşı dava açılabilmesi için yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarının herhangi birisinde hukuka aykırılık (sakatlık) iddiasının bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle, tarh işleminin vergi yargısı tarafından iptal edilmemesi için söz konusu unsurların tamamı yönünden hukuka uygun olmasına bağlıdır.

İdari işlemin unsurlarından birisi olan şekil “idarî işlem kurulurken izlenmesi zorunlu yol ve yöntem, ortaya çıkan idari işlemin dış görünüşü (katılacağı hukuk düzeni içindeki biçimi/idari işlemin nesnel varlığı)” şeklinde tanımlanmaktadır¹. Söz konusu tanım, şekil unsurunun biçim ve usul öğelerinden meydana geldiğini göstermektedir². Bir defa şekil, idari işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının (açığa vurulmasının/açıklanmasının) maddî biçimi anlamına gelmektedir. Şekil, ikinci olarak, idari işlemin yapılması için gereken yol ve yöntemleri (usulü) de içermektedir³. İdarî usûller, genel olarak, yasalaştırılmamış olmasına karşılık vergiler alanında ayrıntılı şekil hükümlerine yer verildiği görülür. Nitekim 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK), idarî usûlün belli bir alanının kodu olarak nitelendirilmektedir⁴. Dolayısıyla, VUK’da tarh ve ceza kesme işleminin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin olarak detaylı biçim ve usul kurallarına yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, vergi dairesince bir ödevli nezdinde tarh ve/veya ceza kesme işlemi gerçekleştirilirken VUK’da yer alan biçim ve usul kurallarına uyulmaması söz konusu idarî işlemi “şekil” unsuru yönünden sakatlar. Çünkü vergilendirme işlemlerinde, kanunlarda yer alan biçim ve usûllere uyulmaması işlemi “şekil” unsuru açısından sakat kılmaktadır⁵. Başka bir deyişle, verginin tarhi ve cezanın kesilmesi sürecinde tesis edilen her bir işlem bakımından VUK’da yer alan biçim ve usul kurallarına uyulmaması, vergilendirme işleminin “şekil” yönünden hukuka aykırılık taşımasına ve uyuşmazlık konusu yapılarak iptal edilmesine sebebiyet verebilir⁶.

¹ Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku (Cilt 2), (Yetkin Yayınevi), Ankara 2012, s. 290.

² Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Baskı, (İmaj Yayınevi), Ankara 2017, s. 143.

³ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku (Cilt II-İdari Yargılama Hukuku), 9. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2017, s. 458.

⁴ Mualla Öncel-Nami Çağan-Ahmet Kumrulu-Cenker Göker, Vergi Hukuku, 28. Baskı, (Turhan Kitabevi) Ankara 2019, s. 102.

⁵ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, (n 4) s. 102.

⁶ Serkan Açar, Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2009, s. 159.

VUK, ikmalen ve re'sen tarhiyat ile ceza kesme işleminin açıklanacağı aracı “ihbarname (vergi/ceza ihbarnamesi)” olarak belirlemiştir. Bu itibarla, ihbarname, tarh işleminin sadece ilgisine tebliğ aracı olmayıp, aynı zamanda tarh işleminin biçim (ve şekil) unsurunu da oluşturmaktadır⁷. Ancak, literatürde vergi/ceza ihbarnamesinin, tarh ve ceza kesme işleminin biçim (ve şekil) unsurunu teşkil etmediği, yalnızca bir duyuru aracı olduğu yönünde görüşlere de rastlanılmaktadır⁸. Öte yandan VUK, vergi/ceza ihbarnamesinin düzenlenmesinde ve ödevliye tebliğ edilmesinde izlenmesi ve uyulması gereken şekli de tahdidi (sınırlandırıcı) olarak belirlemiştir. Dolayısıyla, vergi/ceza ihbarnamesinin düzenlenmesine ilişkin bu normlara uyulmaması, ihbarnamede biçim ve usûl hatası bulunduğu anlamına gelecektir. İhbarnamedeki biçim ve usûl hataları ise, tarh ve ceza kesme işlemi şekil yönünden hukuka aykırı hale getirecek ve uyuşmazlık konusu yapılmasına sebebiyet verecektir. Bu nedenle, vergi dairesinin, ihbarname esasına ilişkin hükümleri uygularken özenle davranması gerekir. Zira vergi dairesinin bu konuda yapacağı hatalı işlemler, vergilendirme işleminin vergi yargısı tarafından iptal edilmesine yol açabilecektir⁹.

VUK'un “ihbarnamenin muhteviyatı” kenar başlıklı 35'inci maddesinde ve “ceza ihbarnamesi” kenar başlıklı 366'ncı maddesinde vergi/ceza ihbarnamelerinde hangi bilgilerin yer alması gerektiği; başka bir deyişle, ihbarnamenin düzenlenmesinde izlenmesi ve uyulması gereken biçim (ve şekil) belirlenmiştir. Öte yandan, 35'inci maddenin son fıkrasında “*takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer sureti ihbarnameye eklenir*” ve 366'ncı maddenin son fıkrasında da “*cezayı gerektiren olayın tesbitine dair tutanak sureti ile inceleme raporunun birer örneği ihbarnameye bağlanır*” hükümlerine yer verilmiştir. VUK'un 35 ve 366'ncı maddelerinde sayılan bilgilerin ve eklerin ihbarnamede bulunması, tebliğ olunan ihbarnamenin şekline uygun kabul edilebilmesi için gereklidir¹⁰. Söz konusu normlar, inceleme raporlarının vergi/ceza ihbarnamesine eklenmek suretiyle ödevliye tebliğ edilmesinin, ihbarname esasının biçim kurallarından bir tanesi olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, vergi incelemesine dayalı tarhiyatta inceleme raporlarının vergilendirme işleminin şekil unsurlarından bir tanesini teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, bahse konu raporların ihbarnameye eklenmemiş olması, tarh ve ceza kesme işleminin hukuka uygunluğunu şekil yönünden etkileyen bir unsur ve bir uyuşmazlık kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁷ Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku Ders Kitabı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, s. 208.

⁸ Turgut Candan, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, 2. Baskı, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2006, s. 22.

⁹ Mehmet Tuncer-Ahmet Esen, Vergi ve Vergi Cezası Uyuşmazlıkları, (Maliye Postası), Ankara 2000, s. 71.

¹⁰ Candan, Uzlaşma, (n 8) s. 171.

2. İHBARNAMEYE EKLENMESİ GEREKEN İNCELEME RAPORU KAPSAMINA GİREN VERGİ İNCELEME VE VERGİ TEKNİĞİ RAPORLARININ HUKUKİ MAHİYET VE KAPSAMININ BELİRLENMESİ

VUK'da, vergi incelemesi sonucunda nasıl bir rapor düzenleneceğine dair açık bir hüküm mevcut değildir. Ancak, VUK'un 5'inci maddesindeki "*sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların...*", 30'uncu maddesindeki "*vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı...*", 140'ıncı maddesindeki "*vergi incelemesi yapanlar vergi kanunlarıyla ilgili Cumhurbaşkanlığı kararı, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemezler*" hükümleri ile yine VUK'un 35, 140, 153/A ve 366'ncı maddelerindeki diğer hükümler birlikte incelendiğinde, kanun koyucunun, vergi incelemesi sonucunda bir rapor (inceleme raporu) düzenlenmesi gerektiğini dolaylı (zımni) bir şekilde ifade ettiği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, vergi incelemesine dayalı olarak ikmalen ya da re'sen vergi tarhiyatı yapılabilmesi ve ceza kesilebilmesi için rapor düzenlenmesinin şart olduğunu ifade etmek mümkündür. Buna karşın, VUK'da vergi incelemesi sonucunda düzenlenecek olan raporun şeklini, türünü ve içeriğini belirleyen herhangi bir hüküm mevcut değildir¹¹. Bu bağlamda, VUK'da zikrolunan inceleme raporu teriminin, vergi incelemeleri sonucunda vergi inceleme elemanları tarafından düzenlenen her türlü raporu kapsadığı anlaşılmaktadır. Bunun başka şekilde ifadeyle anlamı, Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nde "*vergi inceleme raporu ve vergi tekniği raporu*" şeklinde isimlendirilen raporların kanun düzeyinde "*inceleme raporu*" olarak kabul edildiğidir. Çünkü Yönetmeliğin "*vergi inceleme raporları*" kenar başlıklı 57'nci maddesinde ilk önce "*vergi inceleme raporları, Vergi Usul Kanunu ve diğer gelir kanunlarına göre yapılan vergi incelemeleri sonucunda düzenlenir. İnceleme raporları; mükellef veya vergi sorumlusu, vergi türü ve vergilendirme dönemi itibarıyla ayrı ayrı ve yeterli sayıda düzenlenir*" denilmiş ve daha sonra aynı maddenin 3 ve 4'üncü fıkralarında (yine vergi inceleme raporları başlığı altında) "*vergi tekniği raporuna*" ilişkin tanımlamalarda bulunulmuştur.

Yönetmeliğin 57'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında "*yürütülmekte olan incelemelerde birden fazla mükellefi veya vergi türünü ya da aynı mükellefin birden fazla vergilendirme dönemini kapsayan eleştiri konusu yapılabilecek hususların tespit edilmesi halinde, konunun tek bir raporda ifade edilebilmesi amacıyla Vergi Tekniği Raporu düzenlenebilir. Bu raporlar, sonrasında düzenlenecek vergi inceleme raporlarının ekini oluşturur*" hükmüne yer verilmiştir. Yönetmeliğin 57'nci maddesine 2016 yılında ilave olunan 4'üncü fıkrasında ise "*sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla düzenlenen Vergi Tekniği*

¹¹ Candan, Uzlaşma, (n 8) s. 169.

Raporunun başka bir mükellefin sahte belge kullandığına ilişkin tespitler içermesi durumunda, söz konusu Vergi Tekniği Raporu, sahte belge kullanan mükellef nezdinde düzenlenecek vergi inceleme raporlarına ek yapılmaz. Ancak, sahte belge kullanma fiili nedeniyle düzenlenecek vergi inceleme raporlarında, sahte belge düzenleyicisinin bu fiili işlediğinin tespitine dair Vergi Tekniği Raporunda yer alan bilgi, belge ve değerlendirmelere ayrıntılı olarak yer verilir” ifadelerine yer verilmiştir.

İnceleme raporu, vergi incelemesi sonucunda tespit edilen hususların bir değerlendirmesini içermektedir¹². Bu tanım esas alındığında, Yönetmelikte bahsedilen vergi tekniği raporunun, nitelik ve kapsam olarak, inceleme raporundan bir farkının olmadığı rahatlıkla söylenebilmektedir. Nitekim Yönetmeliğin “çalışma sonuçları ve raporlar” kenar başlıklı 56’ncı maddesinde, vergi müfettişlerinin çalışmalarının sonucunda düzenleyecekleri raporlar tek tek sayılmış ve bunlar arasında vergi tekniği raporu şeklinde bir rapor türüne yer verilmemiştir. Vergi tekniği raporu, sadece uygulama kolaylığı sağlamak amacıyla (vergi inceleme raporu kümesinin bir elemanı olarak) ikincil mevzuata dâhil edilmiştir. Görüleceği üzere, vergi tekniği raporu, inceleme sonucunda tespit edilen ve eleştiri gerektiren hususların birden fazla vergi inceleme raporunda gereksiz yere tekrar edilmesini önlemek amacıyla getirilmiş bir uygulamadır. Nitekim vergi tekniği raporlarında, tespitlere, somut maddî olaylara, yasal tipe, tipikliğe, izahlara, savunmalara, yorumlara, değerlendirmelere, nitelendirmelere, eleştirilere ve yapılacak vergilendirme işlemlerine yer verilmek suretiyle inceleme neticesinde ulaşılan sonuçlar açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. Vergi tekniği raporunun, bu haliyle, inceleme raporundan başka bir şey olmadığı görülmektedir. Vergi tekniği raporunda ulaşılan sonuç olumsuz ise, bu takdirde matrahın, matrah farkının, vergi farkının, tarhiyatın ve cezanın miktar itibarıyla tespit edilebilmesi; başka bir deyişle, aritmetik hesaplamaların gösterilebilmesi amacıyla dönem ve tür bazında vergi inceleme raporları tanzim edilmektedir. Vergi tekniği raporuna bağlı olarak düzenlenen vergi inceleme raporları, bu yönüyle, sadece dört işlemden ibaret bulunan bir resmî belgeye dönüşmektedir. Takdir komisyonu kararının ya da vergi inceleme raporunun vergi tekniği raporuna atıfla düzenlenmesi, bu anlamda, vergi tekniği raporunun VUK’un 35 ve 366’ncı maddelerinde hükmünü bulan ihbarnameye eklenmesi gereken inceleme raporu mahiyetinde bir rapor olduğunu göstermektedir¹³. Bu gerçeğin bahse konu Yönetmelik düzenlemesine de yansıdığı, anılan idarî metinde vergi tekniği raporunun vergi inceleme raporunun özel bir türü olarak kabul edildiği, hatta vergi inceleme raporunun hazırlayıcı ön raporu olarak nitelendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, VUK’un 35 ve 366’ncı maddelerinde hükmünü

¹² Candan, Uzlaşma, (n 8) s. 170.

¹³ İstanbul 9 Vergi Mahkemesi, 275/1050, 29.04.2014.

bulan ihbarnameye eklenmesi gereken inceleme raporu kapsamına hem vergi inceleme raporlarının hem de vergi tekniği raporlarının girdiği sonucuna varılmaktadır.

Vergi incelemesi yapıldığı durumlarda ihbarnamede yer alan rakamların gerekçesini vergi inceleme raporu oluşturmaktadır. Vergi incelemesi neticesinde ayrıca vergi tekniği raporu düzenlenmiş ise, bu takdirde, vergi inceleme raporunun gerekçesini de vergi tekniği raporu teşkil etmektedir. Görüleceği üzere, vergi tekniği raporu, vergi/ceza ihbarnamesinin temel gerekçesini oluşturmaktadır. Bu nedenle, vergi tekniği raporunun mevcut bulunduğu bir ortamda sadece vergi inceleme raporunun ihbarnameye eklenmesi, kanunun amacına aykırılık teşkil edecektir. Kanun koyucu, inceleme raporunun ihbarnameye eklenmesi kuralıyla ödevlilerin tarh ve ceza kesme işlemlerinin yasal ve maddî dayanakları hakkında bilgi sahibi olmalarını amaçlamıştır¹⁴. Böylece, ilgililer vergilendirme işlemi hakkında bilgilendirilecek ve savunma haklarını kullanmalarına imkân sağlanacaktır. Daha doğru bir ifadeyle mezkûr kural, ödevlilerin, haklarındaki suç isnatlarını detaylı bir şekilde öğrenerek dava öncesi VUK'dan doğan haklarını ve dava açma haklarını gereği gibi kullanabilmelerine imkân tanımayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, ödevlilerin dava açma yolunu tercih etmeyip VUK'da yer alan indirimli ödeme yollarından faydalanma gibi dava öncesi haklarını kullanabilmeleri için, tarhiyatın dayanağı olan ve tarhiyatın yapılma nedeni ile matrah farkının tespitine ilişkin hesaplamaların nasıl yapıldığına dair açıklamaları içeren vergi tekniği raporunun ihbarnameye eklenmesi gerekmektedir. Bu itibarla, ihbarnameye sadece (ödevlileri tarh ve ceza kesme işlemi hakkında yeteri kadar bilgilendirmeyen) vergi inceleme raporunun eklenmesi bu kuraldan beklenen amacı gerçekleştirmez. Söz konusu kuraldan beklenen amaç ödevlinin savunma hakkını tam anlamıyla kullanabilmesine imkân tanımak olduğuna göre, vergi tekniği raporunu bilmek bir ödevlinin en doğal hakkı olmaktadır. Aksine bir düşünce ve hareket tarzı, ödevlileri, dava öncesi savunma haklarını ve dava açma haklarını sağlıklı şekilde değerlendirme imkânından mahrum bırakacaktır. Bu durum, bir anlamda, suç isnat edilen kişinin suçun oluşumu hakkında bilgi sahibi olmasına benzetilebilir. Nasıl ki, ceza hukukunda isnat edilen suçla ilgili fiilin oluşumu hakkında sanığa bilgi veriliyorsa, aynı şekilde adına ikmalen ya da re'sen vergi tarh edilen ve ceza kesilen kişiye de bu idarî işlemin nereden kaynaklandığını bilme hakkını tanımak gerekir¹⁵. Bu hakkın ödevliye tanınabilmesi için vergi inceleme raporunun yanı sıra vergi tekniği raporunun da ihbarname ekinde ilgisine duyurulmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. Sayılan bu sebeplerden ötürü, inceleme raporlarının vergi/ceza ihbarnamesine eklenmesi kuralının hem vergi inceleme raporunu hem de vergi tekniği raporunu kapsadığı kanaatindeyiz.

¹⁴ Danıştay 3 D, 1150/2696, 05.07.2001.

¹⁵ Doğan Şenyüz, Vergi Usul Hukukunda Tebligat, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 1997, s. 33.

Vergi idaresi, anılan Yönetmelik maddesinde, vergi tekniği raporunu ikiye ayırmak suretiyle düzenleme altına almıştır. Yönetmeliğin 57/3'üncü maddesinde yer verilen vergi tekniği raporu ile doğrudan nezdinde vergi incelemesi yapılan ödevli hakkında düzenlenen rapor kastedilmiştir. Buna karşın, Yönetmeliğin 57/4'üncü maddesinde bahsedilen vergi tekniği raporu ile nezdinde vergi incelemesi yapılan ödevlinin fatura vb. belge aldığı sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge (SMİYB) düzenleyenler hakkında düzenlenen raporun ifade edildiği görülmektedir. Söz konusu raporlardan birincisini “normal vergi tekniği raporu”; ikincisini ise, “SMİYB düzenleme vergi tekniği raporu” şeklinde isimlendirmek mümkündür. Ancak, her iki vergi tekniği raporu da hukukî olarak aynı niteliktedir. Çünkü, her iki vergi tekniği raporuna atıfla vergi inceleme raporları düzenlenmekte; söz konusu vergi inceleme raporlarının tanzim edilme gerekçesini ve hukukî dayanağını bahse konu vergi tekniği raporları oluşturmaktadır. Bu durum literatürde, vergi incelemesi sonucunda düzenlenen raporlardan bazılarının daha sonraki çalışmalara ışık tutacak nitelikte bilgiler içerebildiği¹⁶ şeklinde ifade olunmaktadır. Literatürde zikrolunan bu raporu, mer'î mevzuat, vergi tekniği raporu şeklinde isimlendirmiştir. Bu bağlamda, her iki tür vergi tekniği raporu da kendisinden sonra düzenlenecek olan vergi inceleme raporlarının temel bilgi kaynağını oluşturmakta ve bu nedenle hukukî olarak aynı kümede yer almaktadır. Vergi inceleme raporunun hazırlayıcı ön raporu niteliği arz eden her iki tür vergi tekniği raporu hukukî olarak aynı mahiyette olmasına karşılık, vergi idaresi söz konusu raporların ödevliye tebliği konusunda farklı kurallar getirmiştir. Vergi idaresi, normal vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde mükellefe tebliğ edilmesini kabul etmektedir. Ancak, aynı vergi idaresi SMİYB düzenleme vergi tekniği raporunun, bu rapor nedeniyle SMİYB kullanıcısı konumuna düşen ödevliye tebliğ edilmemesini kurala bağlamıştır.

Nezdinde SMİYB düzenleme vergi tekniği raporu tanzim olunan mükelleflerden fatura vb. belge alan ödevliler, söz konusu rapor nedeniyle SMİYB kullanıcısı pozisyonuna düşmekte ve SMİYB kullanma fiili nedeniyle vergi incelemesine alınmaktadır. SMİYB kullanma fiili nedeniyle düzenlenen vergi inceleme raporlarının (tarhiyatın) temel dayanağını ise, ödevlinin fatura vb. belge aldığı SMİYB düzenleyicisi kişi hakkında tanzim olunan vergi tekniği raporu oluşturmaktadır. Çünkü SMİYB kullanıcısı konumuna düşen ödevli hakkındaki temel tespit, değerlendirme ve nitelendirmelere bu ödevlinin fatura vb. belge aldığı SMİYB düzenleyicisi kişi hakkında tanzim olunan vergi tekniği raporunda yer verilmektedir. Dolayısıyla, SMİYB kullanma fiiline ilişkin vergi inceleme raporları, SMİYB düzenleme vergi tekniği raporundaki tespit, değerlendirme ve nitelendirmelere atıfta bulunulmak ve söz konusu

¹⁶ Abdurrahman Akdoğan, Vergi İncelemesi, (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Maliye ve Vergi Hukuku Enstitüsü Yayını), Ankara 1979, s. 35.

raporda ulaşılan sonuçlara yer verilmek suretiyle tanzim olunmaktadır. Başka bir deyişle, SMİYB kullanma fiili nedeniyle düzenlenen vergi inceleme raporu, ziyaa uğratılan verginin ve kesilecek cezanın miktar olarak tespit edilmesine yönelik aritmetik hesaplamaları içeren resmî bir belge hüviyeti arz etmektedir. Bu nedenle, SMİYB kullanıcısı konumuna düşen ödevlilere tebliğ edilecek olan vergi/ceza ihbarnamesi ekinde SMİYB düzenleme vergi tekniği raporu da (vergi mahremiyetini ihlâl etmeyecek bir şekilde) yer almalıdır. Çünkü SMİYB kullanma fiiliyle itham edilen ödevlilerin, fatura vb. belge aldıkları mükellefler hakkında ve kendileri hakkında nasıl bir tespit ve değerlendirme yapılarak hangi sonuca varıldığını, hangi yollardan gidilerek böyle bir nitelendirmenin yapıldığını, ihbarnamenin tebliği sırasında bilmelerini en doğal hakları olarak görmek gerekir¹⁷. Vergi incelemesine ya da takdir komisyonu kararına dayalı tarhiyatta matrah vergi idaresi tarafından tek taraflı olarak saptandığından, VUK bu gibi durumlarda ödevlinin kendisini tam anlamıyla savunabilmesi için tarh ve ceza kesme işleminin dayanağını oluşturan raporların ihbarname ekinde ödevliye duyurulmasını kurala bağlamıştır. Söz konusu kurala uygun hareket edilebilmesi için de SMİYB kullanmakla itham edilen ödevliye, kendisini bu pozisyona sokan SMİYB düzenleme vergi tekniği raporunun (vergi mahremiyetini ihlâl etmeyecek bir şekilde) tebliğ edilmesi gerekli olmaktadır. İhbarnameye sadece (ödevlinin savunma hakkını tam anlamıyla kullanabilmesine imkân tanıyacak yeterlikte bilgi içermeyen) SMİYB kullanma vergi inceleme raporunun eklenmesi, söz konusu kuraldan beklenen amacı gerçekleştirilmemektedir. Bu bağlamda, SMİYB kullanmakla itham edilen ödevli nezdinde gerçekleştirilen tarh ve/veya ceza kesme işleminin yasal ve maddî dayanağı olan SMİYB düzenleme vergi tekniği raporunun ödevliye duyurulmamasını düzenleyen mezkûr Yönetmelik hükmünün kanunun lafzına ve ruhuna aykırılık teşkil ettiğini söylemek mümkündür.

3. İNCELEME RAPORUNUN İHBARNAMEYE EKLENMEMESİNDEN HUSULE GELEN UYUŞMAZLIK

İnceleme raporlarının vergi/ceza ihbarnamesine eklenmesinin ihbarname kuralının biçim şartlarından bir tanesini teşkil ettiği, raporların ihbarname ekinde ödevliye tebliğ edilmemesinin ihbarnamenin ve dolayısıyla tarh işleminin (idarî işlemin) sıhhatini şekil unsuru yönünden etkilediği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, ödevliye tebliğ edilen ihbarname ekinde inceleme raporlarının yer almaması, ihbarnameye şekil noksanlığı ve idarî işleme de hata olarak yansımaktadır. Bu bağlamda, inceleme raporunun ihbarnameye eklenmesi kuralına aykırılık tarh ve ceza kesme işleminde bir biçim sakatlığı bulunduğunu gösterdiğinden, söz konusu şekil noksanlığı aynı zamanda bir uyuşmazlık sebebi olmaktadır. Ancak, idare hukukunda her tür

¹⁷ Şenyüz, (n 15) s. 33.

biçim ve usul sakatlığı idari işlemin iptal edilmesine yol açmamaktadır¹⁸. Başka bir anlatımla, biçim kurallarına uygun olarak tanzim edilmeyen vergi/ceza ihbarnamesi nedeniyle husule gelen uyuşmazlığın vergi davasındaki yerini ve önemini, söz konusu şekil hatasının hangi kategoride değerlendirildiği belirlemektedir. Çünkü Danıştay kararlarında asli şekil noksanlığı-tali şekil noksanlığı ayrımı yapılmaktadır¹⁹. İşlemin sonucu üzerinde etkisi olmayan, yani önemsiz sayılabilecek biçim ve usul hataları yahut sakatlıkları tali şekil noksanlığı olarak nitelendirilmekte ve idari işlemin iptalini gerektirmediği kabul edilmektedir²⁰. Buna mukabil Danıştay, biçim ve usul kurallarında yapılan sakatlıklardan sonucu etkileyici; yani asli şekil noksanlığı niteliğinde olanları iptal nedeni olarak kabul etmektedir²¹. İdare hukukundaki bu genel kural tarh işlemine uygulandığında, aslî şekil kurallarına aykırılığın tarh ve ceza kesme işleminin esasına etkili olduğu; tali şekil kurallarına aykırılığın ise, vergilendirme işlemini geçersiz kılmadığı ifade edilebilmektedir²². Bu itibarla, ödevliye tebliğ edilen vergi/ceza ihbarnamesinin ekinde inceleme raporlarının yer almamasının aslî şekil hatası mı yoksa tali şekil hatası mı olarak kabul edileceği hususu, vergi uyuşmazlığının çözümünde; başka bir deyişle, vergi davasının sonucu üzerinde belirleyici bir rol oynamaktadır²³.

4. İNCELEME RAPORUNUN İHBARNAMEYE EKLENMEMESİ DURUMUNUN DANIŞTAY VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ANALİZİ

Vergi/ceza ihbarnamesinin biçimi VUK'un 35 ve 366'ncı maddelerinde gösterilmesine karşın, bunlardan hangilerinin aslî hangilerinin talî şekil kuralları kümesine dâhil olduğu aynı kanunun 108'inci maddesinde belirtilmiştir. VUK'un "hatalı tebliğler" kenar başlıklı 108'inci maddesinde ilk önce tebliğ olunan belgelerde esasa müessir olmayan (talî/ikincil derece) şekil hatalarının bulunması halinde ilgili belgelerin hukukî kıymetlerini kaybetmeyecekleri (hükümsüz hale gelmeyecekleri) normlaştırılmıştır. Madde hükmü ile kanun koyucunun, vergi usul hukukunda, esasa etkili (birincil derece) ve talî (ikincil

¹⁸ Kemal Gözler-Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2020, s. 315.

¹⁹ Günday, (n 2) s. 145.

²⁰ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2020, s. 256.

²¹ Gözübüyük-Tan, (n 3) s. 460.

²² Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2020, s. 181.

²³ Bununla birlikte Danıştay'ın bazı içtihatlarında "ihbarnamedeki asli şekil noksanlıklarının vergilendirme işleminin sıhhatini etkilemeyeceği, bu gibi durumlarda yalnızca tebliğin hükümsüz hale geleceği, dolayısıyla söz konusu noksanlıkların sadece dava açılması için öngörülen sürenin işlemini başlatmayan bir neden oluşturabileceği, bu sebeple de işlemin esası hakkında inceleme yapılmadan karar verilemeyeceği" yönünde hüküm verdiği görülmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. Danıştay VDDK, 300/269, 27.03.2019.

derece) şekil kuralları ayırımına gittiği ve bu kurallara aykırılıklara da birbirinden farklı sonuçlar (yaptırımlar) bağladığı söylenebilir. VUK’un 108’inci maddesinin devamında “*yalnız vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmaması veyahut bu vesikaların görevli bir makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması vesikayı hükümsüz kılar*” denilmek suretiyle tarh ve ceza kesme işleminin aslı şekil kuralları ve bunlara aykırılığın sonuçları normlaştırılmıştır. Kanun koyucunun madde hükmündeki “vergi ihbarı ile ilgili vesikalar” deyişiyle “vergi/ceza ihbarnamesini” kastettiği tartışmasızdır. Çünkü VUK’un 34 ve 366’ncı maddelerinde ikmalen ve re’sen tarh edilen vergiler ile kesilen vergi cezalarının ilgililerine ihbarnameyle tebliğ olunacağı belirtildikten sonra, 93’üncü maddesindeyse tahakkuk fişinin tebliğ edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, vergi ihbarıyla ilgili olup da ödevliye tebliğ edilmesi zorunlu olan belgenin vergi/ceza ihbarnamesi olduğu açıktır.

VUK’un 108’inci madde hükmü bu açıklamalar ışığında incelendiğinde, kanun koyucunun, vergi/ceza ihbarnamesinin geçerliliğini esaslı nitelikte etkileyen aslı şekil hatalarını; başka bir deyişle, vergi/ceza ihbarnamesinin aslı şekil kurallarını isim isim saymak suretiyle belirlediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, vergi/ceza ihbarnamesine ilişkin söz konusu aslı şekil kurallarına aykırılık, tarh ve ceza kesme işlemini şekil unsuru yönünden birincil derece sakat hale getirecek ve bu ağırlıktaki bir sakatlık da idarî işlemin iptali sonucunu doğuracaktır²⁴. VUK’un 35 ve 366’ncı maddelerinde vergi/ceza ihbarnamesinin biçim kuralları belirlenirken, “inceleme raporlarının ihbarnameye eklenmesi koşulu” şekil şartları arasında sayılmıştır. Ancak, VUK’un 108’inci madde hükmüne bakıldığında, vergi/ceza ihbarnamesini şekil yönünden sakatlayan ve bu nedenle de tarh ve ceza kesme işleminin iptal edilmesi sonucunu doğuran birincil derece şekil hataları arasında “inceleme raporlarının ihbarnameye eklenmemesi” durumunun sayılmadığı görülmektedir. Vergi/ceza ihbarnamesindeki esasa müessir şekil noksanlıkları, VUK’un 108’inci maddesinde tek tek sayıldığından, bunlar hakkında kapalı sayı (numerus

²⁴ Öte yandan bazı Danıştay kararlarında ihbarnamenin vergilendirme işleminin şekil unsurunu oluşturmadığından (tarh ve ceza kesme işleminin, bunları duyuran ihbarnameden ve tebliğinden ayrı düşünülmesi gerektiğinden) bahisle ihbarnamedeki esasa müessir şekil hatalarının idarî işlemi hukuka aykırı hale getirmeyeceği, sadece tebliğ işlemini geçersiz kılacağı yönünde içtihatla bulunulduğu görülmektedir. Bu minvalde Danıştay bir kararında “ihbarnamedeki esasa etkili şekil hatası vergilendirmeyi hükümsüz kılacak bir hukuka aykırılık oluşturmayacağı gibi ihbarnamenin değil tebliğinin tam yapılmadığının kabulünü gerektireceğinden, ancak dava açılması için öngörülen sürenin işlemini başlatmayan bir neden oluşturabilir, bu nedenle davanın esası incelenerek yeniden karar verilmesi gerekmektedir” şeklinde hüküm vermiştir. Konu ile ilgili olarak bkz. Danıştay 4 D, 7351/1552, 13.02.2017.

clausus) esası geçerli olup, bu sayılanlar tadadı değildir²⁵. Bunun başka şekilde ifadeyle anlamı, kanun koyucunun “inceleme raporlarının ihbarnameye eklenmemesini” talî bir sakatlık olarak gördüğü; bu nedenle inceleme raporları vergi/ceza ihbarnamesine eklenmemiş olsa bile tarh ve ceza kesme işleminin hukukî değerini kaybetmeyeceği; bahse konu noksanlığın idarî işlemin iptali sonucunu doğurmayacağıdır.

Uygulamaya bakıldığında, vergi tekniği raporuna atıfla düzenlenen vergi inceleme raporlarının genel itibarıyla tebliğ edildiği; ancak, tarh ve ceza nedenine, matrahın bulunuş yöntemine ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgeleri gösteren (başta SMİYB düzenleme vergi tekniği raporu olmak üzere) vergi tekniği raporlarının çoğunlukla ihbarname ekinde ödevlilere duyurulmadığı görülmektedir. Vergi idaresinin bu hareket tarzı ise, ödevliler tarafından yoğun bir şekilde uyuşmazlık konusu yapılmak suretiyle vergi yargısına taşınmaktadır.

4.1. Danıştay’ın Yaklaşımı

Bahse konu uyuşmazlığa ilişkin yargı kararları incelendiğinde, Danıştay içtihatlarında bir değişim yaşandığı göze çarpmaktadır. Danıştay son yıllara kadar vermiş olduğu kararlarında ağırlıklı olarak “vergi inceleme ve/veya vergi tekniği raporlarının ihbarnameye eklenmemesinin esasa etkili bir şekil hatası olduğu, anılan noksanlığın ödevlinin savunma hakkını engellediği, sayılan her iki durumun da vergilendirme işlemini hukuka aykırı hale getirdiği” yönünde içtihatla bulunmuştur. Danıştay bu yönde karar verirken;

- İnceleme raporunun bir suretinin ihbarnameye eklenmesinin gerektiğini belirten düzenlemenin talep veya dava hakkının gereği gibi kullanılmasını amaçladığı; söz konusu amaç gözetildiğinde vergilendirmenin dayandığı inceleme raporunun ihbarnameyle birlikte ilgisine tebliğ edilmemesinin tarhiyatı hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası olduğu²⁶,
- Vergi tekniği raporunun tebliğ edilmemesinin davacının hangi suç ile itham edildiğini öğrenmesini engellediği ve bu duruma göre savunma yapma hakkının elinden alınmasına sebep olduğu; söz konusu noksanlığın idarî işlemleri hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası olduğu²⁷,
- Tarhiyatın dayanağı olan vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası olduğu; bu noksanlık nedeniyle davacının savunma hakkının kısıtlandığı ve bu nedenle ihbarnamenin iptal edilmesi gerektiği²⁸,

²⁵ Ejder Yılmaz-Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013, s. 847.

²⁶ Danıştay VDDK, 131/257, 28.05.2010.

²⁷ Danıştay VDDK, 304/563, 18.06.2014.

²⁸ Danıştay 4 D, 10198/1973, 09.05.2016.

- Re'sen tarh nedenlerine, matrahın tespit yöntemine ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgelerin yer aldığı vergi tekniği raporu davacıya tebliğ edilmeyerek davacının hangi suç ile itham edildiğini öğrenme ve bu duruma göre savunma yapma hakkının elinden alındığı; esasa etkili bu şekil hatası nedeniyle davacıya bildirilen tarhiyatın kaldırılması gerektiği²⁹, gerekçelerine dayanmaktadır.

Ancak, Danıştay, bilhassa 2016 yılından itibaren bu görüşünü değiştirmeye başlamıştır. 2019 yılından itibaren de müstakar hale geldiği görülen bu yeni içtihatlar incelendiğinde Danıştay'ın;

- Ana kural vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmesi olmakla birlikte söz konusu raporun mahkeme tarafından ara kararla istenilmesi ve davacının bilgisine sunulması yoluyla bu eksikliğin yargılama aşamasında giderilmesinin mümkün olduğu; bu noksanlığın esasa etkili bir şekil hatası olmaması sebebiyle vergilendirme işleminin iptaline gerek bulunmadığı³⁰,
- Vergi tekniği raporu ihbarnameye bağlanarak davacıya tebliğ edilmemiş ise de anılan raporun mahkeme tarafından ara kararla istenilmesi ve davacının bilgisine sunulması karşısında silahların eşitsizliği nedeniyle hak arama hürriyeti bağlamında savunma hakkının ihlâl edildiğinden söz edilemeyeceği; esasa etkili şekil hatası gerekçesiyle cezalı verginin kaldırılmasında hukuka uygunluk bulunmadığı³¹,
- Vergi tekniği raporunun ihbarname ile birlikte tebliğ edilmemesinin davacı hakkında tesis edilen işlemleri hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası teşkil etmediği; bu eksikliğin yargılama aşamasında giderilmesinin her zaman mümkün olduğu; esasa etkili şekil hatası gerekçesiyle cezalı tarhiyatın kaldırılmasında hukuka uygunluk bulunmadığı³²,
- Sahte belge kullanıldığı gerekçesiyle tebliğ edilen vergi/ceza ihbarnamesine sahte belge düzenleyicisi mükellef hakkında tanzim olunan vergi tekniği raporunun eklenmemesinin esasa müessir bir şekil hatası olmadığı³³,
- Vergi kaçakçılığı suçuna iştirak fiilinden dolayı tanzim olunan vergi inceleme raporunun atıfta bulunduğu ve iştirak fiiline ilişkin somut tespitlerin yer aldığı (kaçakçılık suçunu işlemiş olan mükellef hakkındaki)

²⁹ Danıştay 4 D, 5266/1756, 19.04.2016.

³⁰ Danıştay 3 D, 586/3849, 16.05.2017; Danıştay 7 D, 3222/552, 20.02.2019; Danıştay VDDK, 444/486, 13.04.2016; Danıştay VDDK, 569/609, 03.10.2018.

³¹ Danıştay 3 D, 3727/6205, 12.11.2019; Danıştay VDDK, 344/341, 08.05.2019; Danıştay VDDK, 1214/42, 30.01.2019; Danıştay VDDK, 559/437, 03.07.2019.

³² Danıştay 9 D, 3610/864, 18.02.2020; Danıştay 9 D, 270/1087, 24.02.2020; Danıştay 9 D, 1234/696, 12.02.2020; Danıştay VDDK, 299/251, 03.05.2018; Danıştay VDDK, 1385/1232, 25.12.2019.

³³ Danıştay 4 D, 13341/235, 27.01.2020.

vergi tekniği raporunun bu suçta iştirak eden ödevliye duyurulmamasının, söz konusu ödevli nezdindeki vergilendirme işlemini hükümsüz kılacak nitelikte esasa müessir bir şekil hatası olmadığı³⁴,

gerekçelerini kullanmak suretiyle görüş değişikliğine gittiği anlaşılmaktadır.

Danıştay'ın yukarıda etraflıca yer verilen bu yeni görüşünü destekleyici son karar ise, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 19.02.2020 tarihli ve E.2020/9, K.2020/2 sayılı Kararı ile ortaya çıkmıştır. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Daireleri'nin farklı tarihlerde verdikleri farklı kararlara (karar aykırılığına) ilişkin olarak Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından alınan bu karar ile konu hakkındaki nihai görüş oluşturulmuştur. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 24.06.2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan bahse konu kararının sonuç bölümünde aynen aşağıdaki ifadelere yer vermiştir.

“Davacılar adına düzenlenen vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası oluşturmadığı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal etmediği yönünde giderilmesine, 19/02/2020 tarihinde oyçokluğuyla kesin olarak karar verildi”

Söz konusu Kurul Kararı'nda özetle;

- VUK'un 108'inci maddesinde ihbarnameyi hükümsüz kılan hallerin sınırlı olarak sayıldığı; bu haller arasında mükellef hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesi durumunun bulunmadığı,
- VUK'un 35'inci maddesinde ihbarnamede yer alması gerektiği belirtilen hususlardan herhangi birinin eksik olmasının veya ihbarnamede yanlış yazılmış veyahut hiç yazılmamış olmasının, VUK'un 108'inci maddesinde belirtilen hallerden birini oluşturmamak şartıyla ihbarnameyi hükümsüz kıldığından bahsedilemeyeceği,
- Vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesi durumunun ihbarnameyi hükümsüz kılacak nitelikte esasa müessir şekil hatası oluşturduğunun kabulüne imkân bulunmadığı,
- Adil yargılanma hakkının, yargılama sürecinin tamamının hakkaniyete uygun yürütülmesini güvence altına aldığı, davacıya etkili bir biçimde iddialarını ileri sürme imkânı tanındığı müddetçe idarî işlemin tesis edilme nedeninin idarî dava açıldıktan sonra ortaya konulmuş olmasının tek başına bu hakkın ihlâl edildiği anlamına gelmediği,

³⁴ Danıştay VDDK, 337/64, 29.01.2020.

- Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, idare tarafından idarî işlemin tebliği aşamasında sağlanmadığı gerekçesine dayanılarak hüküm kurulamayacağı,
 - Söz konusu şekil noksanlığının yargı mercii tarafından giderilerek davacının âdil yargılanma hakkının korunabileceği,
 - Ara kararlar idareden istenilen dayanak raporun dava dosyasına sunulması üzerine anılan rapor davacıya tebliğ edilerek, haklılığını ortaya koymaya yönelik delil ve hukuka aykırılık iddialarını ileri sürmesine imkân verilmek suretiyle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabileceği,
 - İdarenin dayanak raporu dava dosyasına sunmaması halindeyse sebep unsurunun ortaya konulamamış olması nedeniyle tarh işleminin iptal edilebileceği,
- gerekçelerine yer verilmiştir.

Danıştay'ın 2016 yılından itibaren ağırlıklı olarak ifade etmeye başladığı bu yeni görüşü, yukarıda yer verilen Kurul Kararı ile birlikte yerleşik bir hal almıştır. Öncelikle, Danıştay'ın bu yeni içtihadının kanun hükmünün lafzına (sözüne) uygun düştüğü; başka bir deyişle, söz konusu içtihat değişikliğinin gerekli ve yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü Danıştay'ın müstakar hale gelmiş olan bu yeni içtihadı, temelde, inceleme raporlarının (vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarının) vergi/ceza ihbarnamesine eklenmemesinin VUK'da esasa etkili bir şekil hatası olarak kabul edilmediği gerçeğine dayanmaktadır. Nitekim VUK'un 35, 366 ve 108'inci maddelerinde yer alan hükümlerin lafzı karşısında, vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarının vergi/ceza ihbarnamesine eklenmemesinin vergilendirme işlemini hükümsüz kılacak nitelikte bir şekil hatası oluşturduğunun kabulüne imkân bulunmamaktadır. Zira başta VUK olmak üzere vergi kanunlarının yorumuyla ilgili tekniklerin gösterildiği VUK'un 3/A maddesinin ikinci paragrafında *“vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır”* düzenlemesine yer verilmek suretiyle lafzın açık olduğu hallerde diğer yorum yöntemlerine başvurularak işlem tesis edilmesinin ya da hüküm verilmesinin önüne geçilmiştir. Buna göre, vergi kanununun hükmünün cümle yapısından (lafzından) ne demek istediği, neyi kapsayıp neyi dışarıda bıraktığı açıkça anlaşılabilirse, başkaca bir yoruma gerek kalmaksızın, lafzi yorumla yetinilmesi gerekmektedir³⁵. Dolayısıyla, vergilendirme işleminin dayanağını oluşturan vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarının vergi/ceza ihbarnamesi

³⁵ Candan, İYUK, (n 22) s. 984.

ekinde ödevliye tebliğ edilmediği durumlarda lafzî yorum haricinde başkaca bir yorum (bilhassa genişletici-amaca göre yorum) yapılmak suretiyle hüküm verilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira bu konuda kanunda bir boşluk bulunmamaktadır.

Bir hukuk düzeninde boşluk bulunmasının çeşitli nedenleri vardır. Bu nedenle, kimi zaman kanunun bir konuyu düzenlememiş olması, yani kanunun konu hakkında suskun kalması kanun koyucunun bilinçli bir kararından da ileri gelebilir³⁶. Kanun koyucunun susması, ihmal ve unutkanlığının sonucu değil de, aksine sorunu bilinçli bir hukuk politikası ile kanunun kapsamı dışında bırakmak istemesinden de kaynaklanabilir. Bu gibi durumlarda, kanunda gerçek bir boşluk yoktur, aksine olumsuz (menfi) bir çözüm vardır³⁷. Bir başka anlatımla, boşluk ile kanunun susması özdeş kavramlar değildir. Kanunun suskun kaldığı her durumda, düzenlemede noksanlıktan söz edilemez. Bazı hallerde kanun susmak suretiyle gizli-örtülü biçimde bir düzenleme getirmektedir³⁸. Dolayısıyla, kanunda boşluk olup olmadığını belirlerken, kanunun yalnız olumlu değil, olumsuz cevap verebileceğini de göz önünde tutmak gerekir. Ayrıca, kanun boşluğundan bahsedebilmek için, önce yorum yoluyla bu sonuca varmak gerekir³⁹. VUK'un 108'inci madde hükmü aynı kanunun 3/A maddesinin ikinci paragrafında gösterilen yorum metodolojisi çerçevesinde lafzî yoruma tâbi tutulduğunda ise, kanun koyucunun konuyu olumsuz yoldan (mefhum-u muhalifinden) çözüme bağladığı; başka bir deyişle, kanunda boşluk bırakmadığı görülmektedir. Çünkü "hatalı tebliğler" kenar başlıklı anılan madde hükmünde önce *"tebliğ olunan vesikalar, esasa müessir olmayan şekil hatalarından dolayı hukukî kıymetlerini kaybetmezler"* denilmiş ve daha sonra ihbarnamedeki esasa müessir şekil hataları numerus clausus esasıyla tek tek sayılmak suretiyle madde sonlandırılmıştır. Ancak, esasa müessir olmayan şekil hatalarının neler olduğundan hiçbir şekilde bahsedilmemiştir. Görüleceği üzere, kanun, ihbarnamedeki esasa müessir olmayan (basit) şekil hatalarının neler olduğu konusunda bilerek suskun kalmış ve lafzî yorum yapılmak suretiyle "ihbarnamede mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması veyahut ihbarnamenin görevli bir makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması dışındaki diğer tüm ihbarname noksanlıklarının talî (basit) şekil hatası olarak kabul edilmesini" istemiştir. Öte yandan, kanun boşluğu yorumun bittiği yerden başlamakta⁴⁰; yani yorum, kanun boşluğunu

³⁶ Yasemin Işıktaş-Sevtaç Metin, Hukuk Metodolojisi, (Filiz Kitabevi), Ankara 2019, s. 227.

³⁷ Işıktaş-Metin, s. 228.

³⁸ İdris Hakan Furtun, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, (Yetkin Yayınları), Ankara 2009, ss. 63-64.

³⁹ Selim Kaneti, 'Vergi Usul Kanunu'ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması', Vergi Dünyası (1991) (123), 35.

⁴⁰ Kaneti, (n 37) s. 35.

doldurma işleminden önce gelmektedir⁴¹. VUK'un 108'inci maddesi hükmüne ilişkin olarak lafzî yorum yapılabilmesine göre, bu bakımdan da, anılan madde düzenlemesinde bir boşluk bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Danıştay, istikrar kazanarak yerleşik hale gelen bu yeni içtihadında lafzî yoruma dayalı bir hukukî nitelendirme yaptıktan sonra uyuşmazlık konusu noksanlığın, çelişmeli yargı, silâhların eşitliği ve âdil yargılanma hakkı gibi evrensel hukuk kuralları çerçevesinde, Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS'ye) aykırılık teşkil edip etmediğini irdelemektedir. Danıştay, bu irdeleme neticesinde, vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarının ihbarname ekinde ödevliye duyurulmamasının hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlâl edildiği anlamına gelmediği sonucuna varmaktadır. Çünkü gerek AİHS'de ve gerekse Anayasa'da yer alan âdil yargılanma hakkı, silâhların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama ilkesi, bir mahkemede açılmış ve görülmekte olan davada kullanılacak niteliktedir. Başka bir deyişle, dava aşamasından önceki süreçlerde (idarî işlemin tebliği aşamasında) bu hakların kısıtlandığından ya da engellendiğinden bahsetmek mümkün değildir. Öte yandan, tarhiyatın ve cezanın dayanağı olan raporun ihbarname ekinde davacıya tebliğ edilmediğinin tespit edildiği hallerde, söz konusu raporların vergi mahkemesi tarafından ara kararlar davalı idareden istenilerek davacıya tebliğ edilmesi mümkündür. Vergi mahkemesi tarafından davacıya bu imkân sağlandığı anda artık “yargılama aşamasındaki savunma hakkı” bağlamında bir hak ihlâlinden (hukuka aykırılıktan) ve bir iptal gerekçesinden bahsetmek mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla, Danıştay'ın, âdil yargılanma hakkı bakımından varmış olduğu bu sonuç hukukun genel ilkelerine uygun düşmektedir.

4.2. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM'nin) konu hakkında yeni bir içtihadı (bireysel başvuru kararı) 29.07.2020 tarihli ve 31200 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. AYM, 2016/12198 başvuru numaralı ve 09.06.2020 karar tarihli söz konusu bireysel başvuru kararında özetle “SMİYB kullanmakla itham edilen ödevliye tebliğ edilen ihbarname ekinde SMİYB düzenleyicisi mükellefe ilişkin vergi tekniği raporunun yer almamasının, hem mülkiyet hakkını hem de çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini ihlâl etmediği” şeklinde içtihatla bulunmuştur. AYM'nin âdil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğine ilişkin bu kararı, doğrudan bütün vergi yargısı organlarının yargılama pratiğini etkileyecek niteliktedir⁴². Zira AYM'nin bireysel başvuru kararları, yüksek yargı organlarının yerleşik içtihatlarında değişiklik yapılmasını

⁴¹ Nevzat Saygılıoğlu, Vergi Hukukunda Yorum, (Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayını), Ankara 1987, s. 47.

⁴² Ece Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı', Anayasa Yargısı (2016) (33), 93, 110.

zorunlu kılmaktadır⁴³. Bu nedenle, anılan bireysel başvuru kararı Danıştay'ın yerleşik hale gelmeye başlayan yeni içtihadının yerinde olduğunu göstererek bu görüşün iyice peçinleşmesini sağlamıştır. Nitekim AYM'nin bu içtihadında yer verilen gerekçeler, Danıştay'ın yeni içtihadındaki gerekçelerle aynıdır. Hatta AYM'nin bu konuda Danıştay'ın bir adım ötesine geçtiği söylenebilir. Çünkü Danıştay, âdil yargılanma hakkının ihlâl edilmemiş sayılması için dayanak raporların vergi mahkemesi aşamasında davacıya tebliğ edilmesini şart koşmaktadır. Oysa, AYM'nin bahse konu kararının 39 ila 42'nci maddeleri arasında “dayanak vergi tekniği raporu vergi mahkemesi tarafından davacıya tebliğ edilmemiş olmasına karşın, vergi tekniği raporundaki tespitlerin vergi mahkemesi kararında detaylı bir şekilde işlendiği ve bu tespitlerle ilgili olarak değerlendirmeler yapıldığı, vergi mahkemesi kararının davacıya tebliğiyle birlikte davacının vergi tekniği raporundaki tespitlerden haberdar olduğu ve karşı iddialarını Bölge İdare Mahkemesi'nde ileri sürme imkânına kavuştuğu, bu nedenle silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durumun oluşmadığı” ifade edilmiştir. Görüleceği üzere AYM, idarî işlemin tebliği aşamasında idare tarafından ödevliye duyurulmayan dayanak raporun vergi mahkemesi aşamasında da ilgisine tebliğ edilmemesini, tek başına, bir hak ihlâli olarak kabul etmemiştir.

4.3. Genel Değerlendirme

Bu noktada önem ve özellik arz eden husus, dayanak raporlara dava aşamasında ulaşılabilmesinin vergi anlaşmazlıklarının çözümünde sahip olunan seçimlik hakların tam anlamıyla kullanılabilmesi bağlamında bir hak ihlâli oluşturup oluşturmadığıdır. Çünkü kendisine ihbarname tebliğ edilen bir ödevli, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde kullanılmak üzere bazı haklara sahip olmaktadır. Ödevli, bu hak düşürücü süre içerisinde nasıl ve ne şekilde hareket edeceği kararını vermek durumuyla karşı karşıyadır. Şayet, uygun buluyorsa, VUK'un 376'ncı maddesindeki ceza indiriminden yararlanmak üzere dava açma hakkını kullanmaktan vazgeçer veya VUK'un Ek 1'inci maddesi çerçevesinde uzlaşma talebinde bulunabilir. Bunların hiçbirisinden yararlanmak istemezse, uyuşmazlığı dava yoluyla çözmeye çalışmak hakkına ve seçimine sahiptir⁴⁴. Görüleceği üzere sistem, vergilendirme işlemlerine karşı vergi ödevlisi lehine kabul edilen hukukî imkânlardan aynı anda birlikte yararlanma hakkı tanımamaktadır⁴⁵. Bu itibarla, kendisine vergi/ceza ihbarnamesi tebliğ edilen bir ödevli alternatif çözüm yollarından birisini tercih etmek hakkına sahiptir. Bu bağlamda, uzlaşmadan yararlanan yargı yoluna başvuramaz; uzlaşmadan yararlanan cezalarda indirimden yararlanamaz; cezalarda indirimden yararlanmak isteyenine dava açmaması

⁴³ Göztepe Çelebi, (n 42) s. 110.

⁴⁴ Tuncer-Esen, (n 9) s. 70.

⁴⁵ Yusuf Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, s. 50.

gerekir⁴⁶. Bu nedenle, ikmalen ya da re'sen tarh edilen vergilerin ve kesilen cezaların indirimli ödenmesine imkân tanıyan dava öncesi savunma haklarının gereği gibi kullanılabilmesi için idarî işlemin tebliği aşamasında dayanak raporların içeriğine muttali olunmasının zorunluluk arz ettiği kanaatindeyiz.

Vergi incelemesine bağlı olarak vergi/ceza ihbarnamesi tebellüğ eden ödevliler, ancak dayanak raporlara (bilgiye) muttali olmak şartıyla, 30 günlük hak düşürücü süre içerisinde kendileri için maksimum faydayı verecek olan yolu belirleyebilirler; başka bir deyişle, mülkiyet haklarına yapılan müdahaleyi minimum seviyeye indirebilirler. Dayanak raporun ihbarnameye eklenmemesi durumundaysa hangi stratejinin mülkiyet hakkını daha iyi koruyacağı konusunda bir tahmin ve seçimlik haklar arasından bir tercih yapılamamaktadır. Başka bir deyişle, tarh ve cezanın nedenlerine, matrahın tespit yöntemine ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgelerin yer aldığı inceleme raporları ilgiliye tebliğ edilmediği takdirde ödevlinin, hangi suç ile itham edildiğini öğrenme ve bu duruma göre savunma yapma hakkı elinden alınmaktadır. Dolayısıyla, idarenin vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarını idarî işlemin tebliği aşamasında ilgililerine duyurmaması, seçimlik hakları teke düşürmekte, geriye sadece dava açma yolundan başka bir hak kalmamaktadır. İdarenin söz konusu kusurlu davranışının, ödevlilerin mülkiyet haklarını tam anlamıyla korumalarını kısıtladığı ve dava öncesi savunma haklarını engellediği tartışmasızdır. Öte yandan, idarî işlemin tebliği aşamasında idarenin yapmış olduğu söz konusu usulsüzlüğün vergi yargılaması aşamasında silâhların eşitliği prensibine uygun bir şekilde giderilmesi mümkün olsa da, geri dönüşü olmayan hak ihlâlinin önüne geçilemediği çok açıktır. Çünkü dayanak raporlara yargılama aşamasında muttali olunduktan (dava açıldıktan) ve bu arada 30 günlük hak düşürücü süre de geçtikten sonra tekrar başa dönülüp idareden (daha avantajlı sonuçlar doğuran diğer haklardan faydalanmak için) talepte bulunulması hukuken mümkün değildir. Açıkça görüldüğü üzere, dayanak raporların ihbarname ekinde ilgisine tebliğ edilmek suretiyle talep veya dava hakkının gereği gibi kullanılmasını amaçlayan VUK'un 35 ve 366'ncı maddeleri karşısında aynı kanunun 108'inci maddesi hükmü, bu konuda yapılan idarî hatanın yargı denetiminin dışında kalmasına ve telâfisi mümkün olmayan bir hak ihlâline neden olmaktadır⁴⁷. VUK'un 108'inci madde hükmünün aynı zamanda idari işlem teorisine de aykırılık teşkil ettiği görülmektedir. Çünkü idari yargılama hukukunda, kanunda işlemin gerekçeli olacağı açıkça belirtilmiş ise gerekçenin asli şekil kuralı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁸. İnceleme raporlarının da tarh işleminin gerekçesini teşkil

⁴⁶ Karakoç, Yargılama, (n 45) s. 50.

⁴⁷ Şayet bahse konu noksanlık idarî işlemin iptali sonucunu doğurabilseydi, idare bu sefer ihbarnamayı kanuna uygun bir şekilde (dayanak raporlarla birlikte) yeniden tebliğ edecek ve böylece ödevli de kendini tam anlamıyla savunma imkânına kavuşacaktı.

⁴⁸ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2018, s.

ettiği tartışmasız olduğuna göre, anılan raporların ihbarnameye eklenmemesi, tek başına, idari işlemin iptalini gerektirecek nitelikte bir sakatlık anlamına gelmektedir. Ancak mezkûr maddedeki hatalı düzenlemenin, söz konusu idari yargılama kuralının vergi incelemesine dayalı tarhiyat karşısında işlevsiz kalmasına yol açtığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Vergi incelemesine bağlı olarak ikmalen ya da re'sen tarh edilen vergilerin ve kesilen cezaların dayanağı olan vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarının ihbarnameye eklenmesi, ödevlilerin dava öncesi savunma hakları ile dava açma hakkı arasında isabetli bir seçimde bulunabilmeleri bakımından zorunluluk arz etmektedir. Bilhassa tarh ve ceza nedeninin, matrahın bulunuş yönteminin ve vergilendirme işleminin dayanağına ilişkin bilgi ve belgelerin gösterildiği vergi tekniği raporunun ödevliye tebliğ edilmesi, VUK'dan doğan dava öncesi savunma haklarının gereği gibi kullanılabilmesi bakımından son derece önemlidir. Nitekim ödevlinin savunma seçeneklerini değerlendirebilmesi için öncelikle kendisine yöneltilen suçlamanın varlığını ve sebeplerini bilmesi gerekmektedir. İhbarname tebliği aşamasında dayanak raporların içeriğine muttali olunmaması, seçimlik hakların sağlıklı şekilde değerlendirilmesi imkânından mahrum kalındığı anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, bireysel nitelikteki idarî işlemlerle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin resmî dayanağını teşkil eden vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarının vergi/ceza ihbarnamesine eklenmemesinin, vergilendirme işleminin iptali sonucunu doğuracak şiddette bir hata (esasa etkili bir şekil hatası) olduğu rahatlıkla ifade edilebilmektedir. Çünkü söz konusu şekil noksanlığı olmasa idi (dayanak raporlar idare tarafından ödevliye duyurulsa idi) davacının savunma tercihini başka bir yönde kullanmasının mümkün olduğu bilinen bir gerçektir. Başka bir deyişle, idarenin sözü edilen şekil kuralına aykırı davranması, ödevlinin seçimlik hak tercihini doğrudan etkilemektedir. Bu niteleme, bahse konu noksanlığın aslı (birincil derece) şekil hatası olduğunu gözler önüne sermektedir. Ancak, VUK'un "hatalı tebliğler" kenar başlıklı 108'inci maddesinde yapılan eksik ve hatalı düzenleme sonucunda, söz konusu noksanlık, basit şekil hatası seviyesine indirgenmiş ve vergilendirme işleminin sıhhatini etkileme gücünü kaybetmiştir.

Dayanak raporların idarî işlemin tebliği aşamasında idare tarafından ilgisine duyurulmaması, uzun yıllardır, gerek öğretide gerekse uygulamada vergilendirme işleminin şekil yönünden iptal edilmesini gerektirir bir hata olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, konu hakkındaki son yargı kararları incelendiğinde ise, 2019 yılından itibaren yeni bir içtihadın yerleştiği

görülmektedir. Danıştay son dönemde “vergi inceleme ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin, esasa etkili bir şekil hatası oluşturmadığı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlâl etmediği” şeklinde yeni bir içtihadında imza atmaktadır. Yüksek yargının yerleşik hale gelen bu yeni içtihadının, gerek VUK hükümlerinin lafzî yorumuna gerekse millî ve devletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun düştüğü anlaşılmaktadır.

Ancak, idarî işlemin tebliği aşamasında idarece tesis edilmesi gereken dava öncesi savunma hakkının yine idare tarafından geri dönülemez (yargı tarafından da düzeltilemez bir şekilde) engellenmesinin bir hak ihlâline sebebiyet verdiği çok açıktır. VUK’un 108’inci maddesindeki hatalı düzenlemenin sebebiyet verdiği bu hak ihlâlinin vergi ödevlilerinin hukukuna (mülkiyet haklarına) daha fazla zarar vermemesi için bir yasama faaliyetinin gerektiği tartışmasızdır. Bu kapsamda VUK’un 35 ve 366’ncı maddelerinin en sonuna “*Vergi inceleme ve vergi tekniği raporu gibi inceleme raporlarının birer sureti ihbarnameye eklenir. Bu raporların ihbarname ekinde ilgisine tebliğ edilmemesi, tarih ve ceza kesme işlemini hükümsüz kılar*” şeklinde bir normun ilâve edilmesi sorunu çözecektir. Ayrıca, VUK’un 108’inci maddesinde isim isim sayılan esasa müessir şekil hataları arasına “*vergi inceleme ve vergi tekniği raporu gibi inceleme raporlarının birer suretinin ihbarnameye eklenmemiş olması*” hükmünün ilâve edilmesi uygulamada tereddüt yaşanmasını kesin bir şekilde engelleyecektir. Ancak, bu şekildeki bir yasama faaliyeti ile hak ihlâllerinin önüne geçilebilecektir. Önerilen bu değişikliklerle beraber, dayanak raporların ihbarnameye eklenmemesi idarî işlemin iptaline neden olacaktır. İptal kararı üzerine idare bu sefer ihbarnameyi kanuna uygun bir şekilde (dayanak raporlarla birlikte) yeniden tebliğ edecektir. Böylece ödevli de kendini tam anlamıyla savunma imkânına kavuşacaktır. Öte yandan, SMİYB düzenleme vergi tekniği raporunun SMİYB kullanmakla itham edilen ödevlilere vergi mahremiyetini ihlâl etmeyecek bir şekilde duyurulmasına ilişkin yöntemlerin ikincil mevzuatla belirlenmesi de ayrı bir önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Ağar S, *Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları* (Yaklaşım 2009).
- Akdoğan A, *Vergi İncelemesi* (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Maliye ve Vergi Hukuku Enstitüsü 1979).
- Candan T, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma* (2. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınlar 2006).
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (10. Baskı, Seçkin 2018).
- Çelebi E G, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı' (2016) (33) Anayasa Yargısı 93-118.
- Furtun İ H, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri* (Yetkin 2009).
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (22. Baskı, Ekin 2020).
- Gözübüyük A Ş ve Tan T, *İdare Hukuku* (Cilt II-İdari Yargılama Hukuku) (9. Baskı, Turhan 2017).
- Günday M, *İdare Hukuku* (11. Baskı, İmaj 2017).
- Işıktaş Y ve Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (6. Bası, Filiz 2019).
- Kaneti S, 'Vergi Usul Kanunu'ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması' (1991) (123) Vergi Dünyası 35-48.
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2020).
- Karakoç Y, *Genel Vergi Hukuku* (Yetkin 2017).
- Karakoç Y, *Vergi Yargılaması Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2017).
- Öncel M, Çağan N, Kumrulu A ve Göker C, *Vergi Hukuku* (28. Baskı, Turhan 2019).
- Saygılıoğlu N, *Vergi Hukukunda Yorum* (Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı 1987).
- Şenyüz D, *Vergi Usul Hukukunda Tebligat* (Yaklaşım 1997).
- Tuncer M ve Esen A, *Vergi ve Vergi Cezası Uyuşmazlıkları* (Maliye Postası 2000).
- Yılmaz E ve Çağlar T, *Tebligat Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2013).
- Zabunoğlu Y K, *İdare Hukuku* (Cilt 2) (Yetkin 2012).
- Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10703.
- Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, RG 31.10.2011/28101.

- Anayasa Mahkemesi, 2016/12198, 09.06.2020.
- Danıştay VDDK, 337/64, 29.01.2020.
- Danıştay VDDK, 9/2, 19.02.2020.
- Danıştay VDDK, 300/269, 27.03.2019.
- Danıştay VDDK, 131/257, 28.05.2010.
- Danıştay VDDK, 304/563, 18.06.2014.
- Danıştay VDDK, 444/486, 13.04.2016.
- Danıştay VDDK, 569/609, 03.10.2018.
- Danıştay VDDK, 344/341, 08.05.2019.
- Danıştay VDDK, 1214/42, 30.01.2019.
- Danıştay VDDK, 559/437, 03.07.2019.
- Danıştay VDDK, 299/251, 03.05.2018.
- Danıştay VDDK, 1385/1232, 25.12.2019.
- Danıştay 3 D, 1150/2696, 05.07.2001.
- Danıştay 3 D, 586/3849, 16.05.2017.
- Danıştay 3 D, 3727/6205, 12.11.2019.
- Danıştay 4 D, 7351/1552, 13.02.2017.
- Danıştay 4 D, 10198/1973, 09.05.2016.
- Danıştay 4 D, 5266/1756, 19.04.2016.
- Danıştay 4 D, 13341/235, 27.01.2020.
- Danıştay 7 D, 3222/552, 20.02.2019.
- Danıştay 9 D, 3610/864, 18.02.2020.
- Danıştay 9 D, 270/1087, 24.02.2020.
- Danıştay 9 D, 1234/696, 12.02.2020.
- İstanbul 9 Vergi Mahkemesi, 275/1050, 29.04.2014.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TANIK

Witness in Criminal Procedure Law

Semiyet BADEM*

Geliş Tarihi: 04.08.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Tanık beyanı, ispat vasıtalarından olan beyan delilinin bir çeşididir ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında etkili rol oynadığı tartışılmazdır. Tanık beyanının sözlü olması ve yargı mercilerin huzurunda verilmesi esastır. Ancak bazı zorunlu hallerde tanığın istinabe veya SEGBİS yoluyla dinlenilmesi söz konusu olabilmektedir. Tanık, muhakemenin tarafı olmamakla birlikte beş duyusu vasıtasıyla olayı görgüsü ve bilgisi dahilinde aktaran kişiye denilmektedir. Ancak tanık, bazen beş duyusu ile algıladığı olayları değil de başkalarında duyduğu bilgileri de aktarabilmektedir. Bu durumda doğrudan tanık beyanı ile dolaylı tanık beyanı arasında delil değerinin farklılık arz ettiği ise aşikardır. Tanık ceza muhakemesinin süjesi değil, en önemli ispat vasıtalarındandır. Tanıklık kamusal bir görevdir. Bu sebeple tanıklık görevi kanunumuzda belli yetki ve yükümlülükler ile donatılmıştır. Tanık, tanıklıktan çekinme ve tazminat isteme hakkına sahiptir. Aynı zamanda bazı hallerde tanıklıktan çekinme, hazır bulunma, beyanda bulunma ve yemin etme yükümlülüğü altındadır. Tanıklık müessesesi gerek 5271 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda” gerekse 5726 sayılı “Tanık Koruma Kanunu’nda” düzenlenmiştir. Tanığın maddi gerçeğin ortaya çıkmasında etkin rol oynaması, tanığı bazı hallerde tehlikeli konuma getirebilmektedir. Tanığın bu tehlikeli duruma karşı kendini güvende hissetmesi ve tanıklıktan kaçınmasının önüne geçilmesi için yargı mercileri tarafından gerekli tedbirler alınmalıdır. Tanık sahip olduğu hakları kullanırken veya tanığın korunması için getirilen tedbirler yerine getirilirken sanığın savunma hakkını ve adil yargılanma ilkesini ihlal etmeden, orantılılık ilkesini koruyarak hareket edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Tanık, tanık beyanı, delil, tanık koruma, yemin

ABSTRACT

Witness statement is a kind of statement evidence which is one of the means of proof and it is indisputable that it plays an effective role in revealing the material truth. It is essential that the witness statement be verbal and given before the judicial authorities. However, in some compulsory situations, the witness may be heard through rogatory or SEGBİS. Although a witness is not a party to the judgment, it is called a person who conveys the event with his experience and knowledge through his five senses. However, the witness can sometimes convey not only the events perceived with his five senses but also the information he / she has heard in others. In this case, it is obvious that the value of evidence differs between direct witness statement and indirect witness statement. The witness is not the subject of the criminal procedure, it is one of the most important means of proof. Testimony is a public duty. For this reason, the duty of witnessing is equipped with certain powers and obligations in our law. The witness has the right to refrain from witnessing and to seek compensation. At the same time, he is under the obligation to refrain from witnessing, to be present, to make statements and to take an oath in some cases. The testimony institution has been regulated both in the “Criminal Procedure Code” numbered 5271 and “Witness Protection Law” numbered 5726. The fact that the witness plays an active role in revealing the material truth may put the witness in a dangerous position in some cases. Necessary measures should be taken by the judicial authorities in order to prevent the witness from feeling safe against this dangerous situation and avoiding testimony. While the witness is exercising his rights or taking measures to protect the witness, action must be taken by protecting the principle of proportionality without violating the right of defense and the principle of a fair trial.

Keywords: Witness, witness statement, evidence, witness protection, oath

* Hâkim/Savcı Adayı, Selçuk Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, e-posta: semiyetbadem95@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1399-6164.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde bütün ispat vasıtaları delil olarak nitelendirilir. Deliller öğretide farkı şekilde sınıflandırılmıştır. Ancak delil serbestisi ilkesinin uygulandığı ceza muhakemesinde bu sınıflandırmaların bir önemi yoktur. Biz delilleri; beyan, belge ve belirti delili üzere üçe ayırdık. Belge delili; yazılı belgeler, şekil tespit eden belgelerdir. Belirti delili ise; tabi belirtiler ve suni belirtiler olmak üzere ikiye ayrılır. Beyan delili de kendi arasında üçe ayrılmaktadır. Bunlar; tanık beyanı, sanık beyanı, sanık beyanı dışındaki tarafların beyanıdır. Bu yazımızın konusu olan tanık beyanı delili ceza muhakemesinde en etkili ve vazgeçilmez ispat vasıtalarındandır. Tanık, muhakemenin tarafı olmamakla birlikte beş duyusu vasıtasıyla olayı görgüsü ve bilgisi dahilinde aktaran kişiye denilmektedir. Tanık ceza muhakemesinin süjesi değil, ispat vasıtasıdır. Ancak bazen ceza muhakemesi makamlarını temsil eden kişilerin bir olaya tanık olması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda bu kişilerin hangi görevi yerine getirmeleri gerektiği hususuna doktrindeki tartışmaları ile birlikte ele alınacaktır.

Tanık, kamusal bir görevi ifa ettiği için muhakeme konusu olayla ilgili doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır. Tanığın kasten yanlış beyanda bulunarak muhakemenin doğru bir şekilde işlemesine engel olması halinde yalan tanıklık suçundan cezalandırılacağı TCK m. 272’de düzenleme altına alınmıştır.

Tanık belirli haklara sahiptir. Aynı zamanda tanık beyanı, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında önemli rol oynadığı için kanun koyucu tanığa bazı yükümlülükler yüklemiştir. Tanık, tanıklıktan çekinme hakkı ve tazminat hakkına sahip olduğu gibi tanığın, çağrıldığı zaman duruşmada hazır bulunma, yemin etme, tanıklıktan çekinme yükümlülüğü de söz konusudur. Çalışmamızda tanığın sahip olduğu hak ve yükümlülükler öğretideki tartışmalara da değinilerek ele alınacaktır.

Bazı hallerde ise tanığın beyanda bulunması kendisi ve yakınları için tehlike oluşturmaktadır. Bu durumda gerek “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda” gerekse “Tanık Koruma Kanunu’nda” gerekli tedbirlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Oluşan veya oluşabilecek tehlikeler karşısında uygulanacak tedbirlerin sanığın savunma hakkını kısıtlamaması ve adil yargılanma ilkesini ihlal etmemesi gerektiğine çalışmamızda değinilecektir.

I. CEZA MUHAKEMESİNDE İSPAT

A. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesinde, fiilin fail tarafından işlenip işlenmediği hususunda yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını sağlama işine ispat denir.¹

¹ Özbek, Veli Özer/Donay, Koray/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin

Somut olay, yargılama aşamasından önce meydana geldiği için hakim tam bir kanaate ulaşması açısından muhakeme aşamasında somut olayın tekrar canlandırılması gereklidir. Somut olay, bir bütünün parçalarından meydana gelir. Delil ise daha çok bütünün parçalarını temsil eder.² Hakim de bu delillere dayanarak olayın bütününe görebilecek ve bu vasıtalara dayanarak tam bir kanaate ulaşabilecektir.³

Ceza muhakemesinde resen araştırma ilkesi uygulanır. Mahkeme resen araştırma yapar ve delilleri tartışarak maddi gerçeğe ulaşma hususunda bir sonuca varır. Yargılama neticesinde mahkeme, sanığın suçu işlediğine dair tam bir kanaate ulaşmadığı takdirde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, sanık suçsuz kabul edilir.⁴ Hukuk yargılamasında uygulanan ispat külfeti, ceza yargılamasında uygulanmamaktadır.⁵ Yani ceza yargılamasında taraflardan birinin ispat külfeti altında olması ve ispat edemediği takdirde sonuçları o tarafa yükletilmesi söz konusu değildir.

Ceza yargılamasında asıl olan uyumsuzluğu ortaya çıkaracak olguların ispat edilmesidir. Bu da delil adı verilen ispat vasıtaları ile mümkündür.

B. DELİL ÇEŞİTLERİ

Delil çeşitleri öğretilerde değişik şekillerde sınıflandırılmıştır. Kimi yazarlar delilleri; beyan, belge ve belirti delili olarak üçe ayırmıştır.⁶ Kimi yazarlar ise sanık açıklamaları ve ikrar, tanık açıklamaları, sanık ve tanıktan başka kişilerin ikrarları, yazılı açıklamalar, görüntü ve ses kaydeden araçlarla açıklama, belirti olmak üzere delilleri sınıflandırmıştır.⁷ Kimi yazar delilleri, doğrudan

Yayınevi, Ankara 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=48193>, (Erişim Tarihi: 12.10.2020), s. 615.

² Birtek, Fatih, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=17987>, (Erişim Tarihi: 24.10.2020), s. 379.

³ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 615.

⁴ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 616.

⁵ Yurtcan, Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK)*, Mart 2019 Tarihi İtibariyle 7165 sayılı Yasayla Birlikte Güncellenmiş 9. Baki, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=21164>, (Erişim Tarihi: 24.10.2020), s. 727-728., Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=17901>, (Erişim Tarihi: 25.10.2020), s. 431.

⁶ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=47923>, (Erişim Tarihi: 12.10.2020), s. 518., Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=47902>, (Son Erişim Tarihi: 14.10.2020), s. 182. ,Birtek, a.g.e., s. 72., Centel, Nur/ Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 18. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, Ekim, 2020, s. 260 vd.

⁷ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 616., Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma Gezer, Özge / Saygılar Kırıt, Yasemin F./ Alan Akcan, Esra /Özaydın, Özdem/

ve dolaylı delil olmak üzere ikiye ayırmıştır.⁸ Delil serbestisinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde delilleri ne şekilde sınıflandırıldığı önemli değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ceza yargılamasında her şey delil olarak ileri sürülebilir ve bu deliller hakim tarafından serbestçe takdir edilir.

Delilleri beyan, belge ve belirti delili olmak üzere sınıflandırmak mümkündür. 1)Beyan delili; tanık beyanı, sanık beyanı ve tanıktan başka kişilerin beyanı, 2)Belge delili; yazılı belgeler, şekli tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler, 3)Belirtiler delili ise; doğal ve suni belirtiler olmak üzere ikiye ayrılır. Somut olaya münhasır olan beyan ve belge delillerinin aksine belirti delili ispat edeceği hususun yanında başka hususları da temsil eden delillerdir.⁹

Bu çalışmamızın konusu ise ceza muhakemesinin en etkili ve vazgeçilmez ispat vasıtalarından olan tanık beyanı delilidir.

II. BEYAN DELİLİ:TANIK

A. TANIK BEYANI

Ceza muhakemesinde yargılanan uyuşmazlık konusu olayın beş duyu organıyla algılanması ve bu hususları kovuşturma aşamasında mahkeme huzurunda anlatılması, tanıklıktır.¹⁰ Tanık, kendisi hakkında muhakemede bulunulmayan davada bildiklerini beyan eden herhangi bir kişidir, tanığın yapmış olduğu açıklamalar ise tanık beyanı olarak adlandırılır.¹¹ Tanığın beyanı delildir, kendisi ise delil kaynağıdır.¹² Huzurunda beyanda bulunulan mahkeme ispat konusunda kararı verecek olan mahkeme ya da naip hakim veya istinabe suretiyle tanığın beyanlarını dinleyen mahkemedir.

Tanık beyanı CMK “Tanığın Dinlenilmesi” başlıklı m. 52’de belirtildiği gibi sözlü beyandır. Tanığın dinlenilmesinden bahseden kanuna göre maksat, okunanı değil konuşulana dinlemektir. Bu sebeple tanık beyanda bulunurken yazdıklarını okuyamaz. Vasıtasızlık ve sözlülük ilkeleri gereğince de tanığın

/Erden Tütüncü, Efser/ Altınok Vilemin, Derya/ Tok, Mehmet Can, *Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, <https://Ws1.Turcademy.Com/Ww/Webviewer.Php?Doc=48199>, (Erişim Tarihi: 20.10.2020), s. 302.

⁸ Özen, a.g.e., s. 434.

⁹ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 616.

¹⁰ Yenisey/ Nuhoglu, a.g.e., s. 519., Feyzioğlu, Metin, *Ceza Hukuku Muhakemesinde Tanıklık*, Ankara 1996, s. 28.

¹¹ Taşçı, Gülşen(Der.)/Taşçı, Alp Tekin(Haz.), “*Türkiye’de Ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık Ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler*”, Ankara Barosu Yayınları, Ağustos 2007, <http://Www.Ankarabarusu.Org.Tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/Pdf/Until2007/Taniklikeni.Pdf>, (Erişim Tarihi: 25.07.2020), s. 51., Özbek/ Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 617.

¹² Şahin/Göktürk,(2020), a.g.e., s. 184.

beyanı sözlü olarak alınmalıdır.¹³ Doktrinde de beyanın sözlü olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁴

Tanık beyanı beş duyusu ile algıladığı olaylara dayanmalıdır. Tanık olabilmek için olayla ilgili beş duyusu aracılığı ile algılama dışında fiziksel veya ruhsal bir olgunluk aranmaz. Kural olarak herkes tanık olabilir; çocuk, akıl hastaları, sanığın yakını, yabancı veya Türk vatandaşı ayrımı yoktur. Akıl hastasının tanık olarak dinlenmesi halinde, beyanlarına ne kadar itibar edilebileceği hususunun tespiti için hekim raporu alınabilir.¹⁵

CMK m. 236/1’de mağdurun tanık olarak dinlenilmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Mağdur ya da şikayetçinin tanık sıfatı ile dinlenip dinlenmeyeceği önem arz etmektedir. Zira tanık sıfatıyla dinlenirse tanıklığa özgü hak ve yükümlülüklerinin mağdur ya da şikayetçi için de uygulanması gündeme gelecektir. Ancak bu konuya ilişkin doktrinde görüş birliği yoktur. Kimi yazarlar, mağdurun dinlenmesinde tanıklığa ilişkin hükümler uygulansa da, mağdurun “teknik” anlamda tanık olmadığını;¹⁶ Kimi yazar, suçtan zarar gören kişinin tanık olarak dinlenemeyeceğini ve bu kişinin tanık sıfatıyla alınan beyanın doğruluğu konusunda şüphe oluşacağını;¹⁷ Kimi yazarlar, mağdur ve şikayetçi uyuşmazlığın tarafı oldukları için tanık sıfatıyla yeminsiz dinlenebileceklerini ancak beyanlarının tanık beyanı değil sanıktan başka taraf beyanı olduğunu;¹⁸ Kimi yazar, katılanın tanık olabileceğini ancak mağdur veya şikayetçinin tanık sıfatıyla beyanı alınırken yeminsiz dinlenmesi gerektiğini;¹⁹ Kimi yazar, mağdur, şikayetçi ve katılanın beyanları başka delillerce desteklenmediği takdirde mahkumiyet hükmü verilmemesi gerektiğini;²⁰ Kimi yazar, müdahil kişinin taraf olduğu için tanık olarak dinlenemeyeceğini ancak müdahil talebi reddedilen kişi taraf olmadığı için tanık sıfatıyla dinlenebileceğini; Kimi yazar

¹³ Akdeniz, Tugay, “*Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanı Delili*”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, file:///C:/Users/mm/Downloads/407890%20(1).pdf, (Erişim Tarihi: 14.10.2020),s. 21., Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 617., Bıçak, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim, 2018, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=21248>, (Erişim Tarihi: 24.10.2020), s. 476.

¹⁴ Yenisey/Nuhoğlu a.g.e., s. 519.

¹⁵ Yaşar, Osman, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı e Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2017, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=20820>, (Erişim Tarihi: 19.10.2020), s. 649.

¹⁶ Şahin/Göktürk,(2020) a.g.e., s. 184., Birtek, a.g.e., s. 173.

¹⁷ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 620.

¹⁸ Centel/Zafer, a.g.e., s. 287 vd.

¹⁹ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt 1, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Mayıs, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=18374>, (Erişim Tarihi: 23.10.2020), s.503.

²⁰ Bıçak, a.g.e., s. 478.

ise, CMK m. 236/1 düzenlemesinin mağdurun tanık olarak dinlenebileceğini gösterdiğini savunmaktadır.²¹

Mağdur veya şikayetçinin tanıklığı konusunu kavramlara değinerek ele almakta fayda vardır. Mağdur olaydan doğrudan etkilenen kişi iken şikayetçi mağdur ve olaydan dolaylı olarak zarar gören suçtan zarar göreni de kapsamaktadır.²² Kanun koyucu CMK düzenlemesinde birçok maddede mağdur kavramının yanında şikayetçi kavramını da açıkça düzenlemiştir. (Örn; CMK m. 233, 234/3, 235, 236) Ancak kanun koyucu CMK m. 236/1’de mağdurun tanık olarak dinlenebileceğini düzenlemişken şikayetçinin tanık olarak dinlenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. CMK’da bazı kişi ve durumlar dikkate alınarak yapılan düzenlemelerde kıyas söz konusu değildir Bu sebeple kıyasen şikayetçinin tanık olarak dinlenmesi söz konusu değildir.²³

Tanık, olaydan etkilenmediği için tarafsızdır ve sanığın cezalandırılmasına yönelik irade taşımaz. Yani kural olarak taraf sıfatı bulunanların tanık olarak dinlenmemesi gerekir.²⁴ Olaydan doğrudan etkilenen mağdur ise şikayetçi olmadığı zaman sanığın cezalandırılması iradesi taşımamaktadır. Ancak olaydan doğrudan veya dolaylı etkilenen şikayetçi bu sıfatı nedeniyle sanığın cezalandırılması iradesine sahiptir ve uyumsuzluğun tarafı konumundadır. Sonuç itibariyle şikayetçi olmayan mağdur ile olayın tarafı konumundaki şikayetçinin beyanları objektiflik açısından aynı durumda değildir.

Mağdur, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişi ve malen sorumlu olanlar ilk derece mahkemesinde hüküm verilinceye kadar kovuşturmanın her aşamasında şikayetçi olduklarını beyan edebilirler. (CMK m. 237/1) Bu talepleri kabul edilirse katılan sıfatına haiz olurlar. Katılan sıfatı almadan önce şahıs itibariyle taraf olan mağdur ve suçtan zarar gören artık hem şahıs itibariyle taraf hem de makam itibariyle taraf konumunda olmaktadır.²⁵ Mağdur, şikayetçi olmadığı ya da kovuşturma aşamasında şikayetinden vazgeçip katılma talebinde bulunmadığı takdirde şahıs itibariyle taraf olma durumu ortadan kalktığı için tanık olarak dinlenilmesi mümkün olabilecektir. Ancak şikayeti devam eden mağdurun katılma talebinde bulunmaması halinde şahıs itibariyle taraf olma iradesi devam ettiği için tanık olarak dinlenilmemelidir. Katılan ise hem şahıs itibariyle taraf hem de makam itibariyle taraf konumunda olduğu için tanık

²¹ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydn/ /Erden Tütüncü/ Altınok VILLEMIN/ Tok, a.g.e., s. 307.

²² Akdeniz, Tugay, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanı Delili”, *Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, file:///C:/Users/mm/Downloads/407890%20(1).pdf, (Erişim Tarihi: 14.10.2020), s. 16.*

²³ Akdeniz, a.g.e., s. 17.

²⁴ Yaşar, a.g.e., s. 736.

²⁵ Akdeniz, a.g.e., s. 18.

olarak dinlenmesi halinde sanığın savunma hakkının kısıtlanmasına neden olabilecektir.²⁶ Aynı zamanda katılan ve şikayetçinin tanık sıfatıyla dinlenmesi tanığın tarafsız olması, beyanlarının doğru ve güvenilir olması gerekliliğini şüpheye düşürecektir. Bu sebeple katılan tanık olarak dinlenemez.²⁷ Ancak katılanın tanık olarak dinlenebileceğini savunan görüşler de vardır.²⁸

Değnilmesi gereken bir diğer husus sanığın suç ortağının tanıklığıdır. CMK’da “Yemin Verilmeyen Tanık” başlıklı m. 50’de yer alan; “Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluysu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar” düzenlemesi ile sanığın suç ortağının tanıklığına imkan vermiştir. Suç ortağı da şüpheli ve sanık gibi olayın tarafıdır. Bu sebeple suç ortaklarının birbirlerine karşı tanıklık yapması düşünülemez. Yapılan düzenleme hatalıdır. Kimi yazara göre, bu durumda en azından sanıklar için kendini suçlayıcı beyanlarda bulunma yasağı uygulanmalıdır.²⁹ (CMK m. 48) Beraat eden sanık, diğer sanıklar hakkında tanıklık yapabilir.³⁰ Sanığın beraat etmesi halinde aynı olaya ilişkin kendini suçlayıcı beyanlarda bulunması da mümkün olmayacaktır. Kimi yazarlara göre, sanıkların birbirleri aleyhine tanıklık yaparken yeminsiz dinlenmesi çelişkiyi ortadan kaldırmayacağı gibi ilkenin ihlalini de önlememektedir.³¹ Kimi yazar ise, aralarında bağlantı olsa bile davaları ayrı görülen suç ortaklarının birbirlerinin davasında tanık olarak dinlenebileceğini ifade etmiştir.³² Biz de bu görüşe katılıyoruz. Her ne kadar davalar arasında bağlantı olsa da suç ortağı bir diğer suç ortağının davasında şahıs itibarıyla taraf olmayacağı için tanık sıfatıyla beyanına başvurulabilir. Ancak kimi yazar, madde hükmünün uygulanması için davaların birlikte veya ayrı görülmesinin bir önemi olmadığını, suç ortağının beyanları kendini suçlayıcı beyanlar içerecekse tanıklıktan çekinme hakkının olduğunu ifade etmiştir.³³

Hakim veya savcının bir olayın tanığı olması halinde, tanık oldukları olaya ilişkin yürütülen yargılamada yargısal görevlerinin devam edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu soruna ilişkin kanunda bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte doktrinde de ortak bir sonuca varılamamıştır. Hakimin yargılamayı yaptığı olaya tanık olması halinde ön yargıya kapılması gündeme gelecektir. Hakimde oluşabilecek ön yargı hakimin tarafsızlığını etkileyecek

²⁶ Akdeniz, a.g.e., s. 19.

²⁷ Yurtcan, a.g.e., s. 213.

²⁸ Ünver/Hakeri, a.g.e., s.503.

²⁹ Şahin/Göktürk,(2020) a.g.e., s. 184.

³⁰ Yaşar, a.g.e., s. 649.

³¹ Ünver/Hakeri, a.g.e., s.507., Birtok, a.g.e., s. 172.

³² Feyzioğlu, a.g.e., s. 142.

³³ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Vıllemın/ Tok, a.g.e., s. 307.

ve uyumsuzluğun tarafları hakkında doğru karar vermesine engel olacaktır. Bu sebeple kanun koyucu CMK m. 22/1-h'da hakim in aynı davada tanık olarak dinlenmesi halinde davaya bakamayacağını düzenlemiştir. Ancak hakim in tanık olarak dinlenmesi ile olaya tanık olması farklı durumlardır.³⁴ Kanun koyucu madde düzenlemesini hakim in aynı davada tanık olarak dinlenmesi ile sınırlandırmıştır. Bu durum daha önce ifade ettiğimiz hakim in olaya tanık olması halinde ön yargıya kapıldığı için tarafsızlığının tehlike düşeceği ve bu sebeple yargılamayı yürütemeyeceği düşüncesi ile uyusmamaktadır.³⁵ Zira hakim in ön yargıya kapılması ancak olaya tanık olması ile mümkündür, tanık olarak dinlenmesinin bir önemi yoktur. Hakim in olaya tanık olması halinde tanıklık görevine öncelik verilmesi daha uygundur.³⁶ Çünkü ceza muhakemesinde asıl olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır ve olaya ilişkin maddi gerçeği ortaya çıkaracak başka delil bulunmayabilir.³⁷ Ayrıca bilirkişi ve zabıt katibinin de olaya ilişkin tanıklık yapması halinde yargılamada görev alamayacakları kabul edilmektedir.³⁸

Cumhuriyet savcısı, sanık aleyhine olduğu kadar lehine olan delilleri de toplamak zorundadır. Bu durum Cumhuriyet savcısının uyumsuzluğun taraflarına karşı objektif olması ve işlemlerini maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla yürütmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.³⁹ Doktrinde farklı açıklamalar yapılsa da tanıklık yapan savcının artık o uyumsuzluğa ilişkin iddia makamında görev yapamayacağı hususunda neredeyse bir ittifak söz konusudur.⁴⁰ Bir görüşe göre, Cumhuriyet savcısının mütalaasını etkileyecek şekilde tanıklık yapması halinde muhakeme aşamasına katılamayacağını belirtmiştir.⁴¹ Bir diğer görüş ise, savcının tanık olarak dinlendiği oturumda savcılık makamı boş kalacağından sadece o oturum için başka bir savcı görevlendirilmesi yapılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴²

Kolluğun soruşturma yaptığı olayda tanıklık yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Kolluk olayı ihbar, suç duyurusu ya da şikayet vasıtasıyla

³⁴ Akdeniz, a.g.e.,s. 31.

³⁵ Akdeniz, a.g.e., s. 31.

³⁶ Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=22546>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020), s. 37., Akdeniz, a.g.e., s. 32., Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 619., Yaşar, a.g.e., s. 648., Yurtcan, a.g.e. ,s. 213., Özen, a.g.e., s. 359.

³⁷ Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 502., Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok VILLEMIN/ Tok, a.g.e., s. 306.

³⁸ Birtek, a.g.e., s. 151.

³⁹ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 619., Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 503., Feyzioğlu, a.g.e., s. 56.

⁴⁰ Birtek, a.g.e., s. 152., Özen, a.g.e., s. 306.

⁴¹ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok VILLEMIN/ Tok, a.g.e., s.306., *Yurtcan, a.g.e., s. 213.*

⁴² Centel/Zafer, a.g.e., s. 284.

öğrenmiş ise tanık olması söz konusu olamaz. Ancak kolluğun olayı bizzat kendi algılamaları vasıtası ile öğrenmesi halinde tanık sıfatına sahip olup olamayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce, suç işlendikten sonra Cumhuriyet savcısının emri ile görevi başlayan adli kolluk olayı bizzat algılamadığı için tanık sıfatını alması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca savcının bir tür yardımcısı niteliğinde olan kolluk, CMK m. 160 hükmü kıyasen uygulandığında sanığın hem lehine hem aleyhine delilleri toplamalı, bu sebeple objektif olmalıdır.⁴³ Sadece idari görev yapan kolluk olayı bizzat algılaması ile öğrenebileceği için tanık sıfatı alabilecektir.⁴⁴ Ancak aksi görüşe göre, olayı haber aldıktan sonra olay yerine intikal eden adli kolluk tanzim ettiği tutanak ve yaptığı işlemler hakkında tanık olarak dinlenebilir.⁴⁵ Bu görev ayırımına değinmeden kolluğun yapmış olduğu işlemlerle ilgili tanık olarak dinlenebileceğini ileri süren görüşler de vardır.⁴⁶

Müdafinin tanıklık yapabileceği ya da yapamayacağı yönünde doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kimi yazarlar, tanığın tarafsız olması gerektiğini, bu sebeple müdafî veya vekilin tanıklık yapamayacağını savunmaktadır.⁴⁷ Kimi yazar, müdafinin olaya ilişkin tanıklık yapabileceğini, CMK m. 2’de müdafinin savunma yapan avukat olarak tanımlandığını, vekilin ise temsil eden avukat olarak tanımlandığını, bu sebeple müdafinin vekilden farklı olduğunu, müdafinin şüphelinin ya da sanığın temsilcisi olmadığını, savunma kurumunu temsil eden bir süje olduğu ve tanıklık yapabileceğini savunmaktadır.⁴⁸ Kimi yazarlar ise, müdafî ve vekilin TCK m. 6 gereğince yargı görevi yapan kişiler arasında yer aldığını, bu sebeple hakim ve savcılar ile konumları itibariyle aynı olduklarını, olaya ilişkin bir bilgiye sahip oldukları takdirde tanıklık yapmaları gerektiğini savunmaktadır.⁴⁹ Kimi yazarlar ise, müdafinin tanıklık yapabileceğini ancak katılan vekilinin tanıklık yapabilmesi için vekillik görevinden çekilmesinin daha faydalı olacağını belirtmiştir.⁵⁰ Kanaatimizce, müdafî tanıklık yaptığı olayda müdafîlik görevinden çekilmelidir. Öyle ki müdafî sır saklama yükümlülüğü kapsamında tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Yürüttüğü mesleki faaliyet nedeniyle edindiği bilgileri sır sahibinin rızası dahilinde açıklayabilir. Ancak sır sahibi rıza gösterse bile müdafî takdir yetkisini kullanarak müdafîlik yapmayabilir.

⁴³ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Vıllemın/ Tok, a.g.e., Özen, a.g.e., s. 365.

⁴⁴ Akdeniz, a.g.e., s. 153.

⁴⁵ Birtek, a.g.e., s. 154.

⁴⁶ Yaşar, a.g.e., s. 649.

⁴⁷ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 619., Özen, a.g.e., s. 361.

⁴⁸ Akdeniz, a.g.e., s. 49-50.

⁴⁹ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Vıllemın/ Tok, a.g.e., s. 306., Yurtcan, a.g.e., s. 214.

⁵⁰ Ünver/Hakeri, a.g.e., s.503.

(CMK m. 46/1-a,2) Müdafî sır sahibi izin verdiğinde ve kendisi de tanıklık yapmayı uygun bulduğunda tanıklık görevini icra edebilecek ancak müdafîlik görevinden çekilmesi gerekecektir.

B. TANIK BEYANININ DEĞERİ

Muhakemenin tarafı olmayan tanığın olayla ilgili bildiklerini aktarması tanığı, muhakemenin iç yüzünü araştıran ve adaleti gerçekleştirmeye çalışan muhakeme sùjeleri makamlarının en büyük yardımcısı haline getirmiştir.⁵¹ Tanığın maddi vakıya ilişkin doğruyu söyleme ödevi vardır. Bu ödev, hukuki bir ödevdir.⁵²

Psikolojik saptamalara göre tanık beyanlarının yarısının doğru olduğu diğer yarısının da yalan beyandan oluştuğu belirlenmiştir.⁵³ Bunun temelinde yatan sebeplerden biri, gerçeğin ne olduğunu saptama konusunda hukuk eğitiminin sağlıklı şekilde verilememiş olmasıdır.⁵⁴ Tanık doğru beyanda bulunmak zorundadır. Bu sebeple tanık, bazı istisnalar dışında, yeminle dinlenir ve tanık hakkında bazı durumlarda zorlayıcı tedbirler uygulanır.

Bazen tanıklar beş duyusu ile elde ettikleri bilgileri değil de başka kişilerden duydukları bilgileri aktarmaktadır. Bu duruma dolaylı tanıklık, tanıklığın tanıklığı, ikinci derece tanıklık isimleri verilmektedir.⁵⁵ Kimi yazarlara göre, başkasından duyduklarını aktaran kişi de tanık olarak kabul edilmelidir.⁵⁶ Kimi yazarlar ise, tanığın her zaman doğrudan bilgi edinmeyeceğini, bazen duyduklarını da aktarabildiğini ancak duyduklarını aktaran tanığın bilgisinin doğruluk özelliğini yitirdiğini ve tanık beyanının başka delillerle desteklenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁷ Kimi yazarlar da, doğrudan edinilen bilginin değeri dolaylı olarak edinilen bilginin değerine nazaran daha fazladır ve delil değerlendirilmesinde bu durum göz önüne alınmalıdır.⁵⁸

Kanaatimizce, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını amaç edinen ceza muhakemesinde asıl olan beş duyu organı vasıtasıyla olaya tanık olan kişinin beyanlarıdır. Ancak bazı hallerde duyduklarını anlatan kişilerin beyanının delil olarak kullanılması maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından büyük öneme haizdir. Örneğin; gizli soruşturmacının duyuma dayalı beyanları olabilir, bir görevli ya da üçüncü kişi gizli bilgi kaynaklarından suçu öğrenebilir, daha

⁵¹ Taşçı,Gülşen(Der.), a.g.e., s. 17.

⁵² Birtek, a.g.e., s. 117.

⁵³ Yücel, Mustafa Tören, “*Ceza Adaletinde Tanıklık*”, TBB Dergisi, 1994/2, s 100-106, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1994-19941-956>, (Erişim Tarihi:26.11.2019), a.g.e., s. 100.

⁵⁴ Yücel, a.g.e.

⁵⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s.68., Şahin/Göktürk,(2020) a.g.e., s. 185.

⁵⁶ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 618.

⁵⁷ Şahin/Göktürk, (2019) a.g.e., s. 39.

⁵⁸ Ünver/Hakeri,a.g.e., s. 498., Birtek, a.g.e., s. 130., Bıçak, s. 465.

önce tanığın ifadesini alan hakim, Cumhuriyet savcısı, kolluğun beyanı da bu örneklerden sayılabilir.

Deliller ortaya konulduktan sonra tarafları bir diyeceği olup olmadığı sorulur. Mahkeme huzurunda sunulan deliller öncelikle tek tek sonrasında bir bütün olarak tartışılır.⁵⁹ Tanık beyanının inandırıcı olup olmadığı tamamen mahkemenin takdirindedir. Mahkeme bir dosyada tanık beyanının inandırıcılığı için seçtiği kriteri başka dosyada kullanmayabilir. İnandırıcılık kriterlerinin neler olabileceğine dair bilimsel açıdan bir çok araştırma yapılmıştır.⁶⁰ Reel kriter veya gerçek kriter olarak adlandırılan inandırıcılık kriterleri; anlatımın ayrıntılı olması ve bu anlatımların mantık çerçevesinde olması, olayların bir zincirin halkası gibi sırasıyla ve mantıksal bütünlüğe uygun anlatılması reel anlatımı oluşturmaktadır.⁶¹ Bu kriterler dikkate alındığında ifadenin kolayca uydurulamayacağı, bilimsel metotlarla inandırıcılığın ölçülebileceği görülmektedir.⁶²

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda olayların geçmişte olması, olayların hangi şartlarda ve durumda gerçekleştiğinin önceden bilinmemesi, bunu ispatlayacak delillerin hazırlanamaması vicdani delil isteminin benimsenmesine neden olmuştur.⁶³ Vicdani delil, delillerin türü, biçimi, sayısında bir sınırlama olmayan sistemdir.⁶⁴ Hakim kendi vicdani kanaatine göre tanık beyanını inandırıcı bulabileceği gibi inandırıcı bulmayabilir de. Mesela hakim üç tanığın beyanını inandırıcı bulmayıp aksi beyanlarda bulunan diğer tanığın beyanını inandırıcı bulabilir ve kararını gerekçelendirmek şartıyla sadece bu tanığın beyanına dayanabilir.⁶⁵

Vicdani delil sisteminde hakim delilleri vicdani kanaatine göre akıllı yürüterek değerlendirir. Delil değerlendirmesinde hakim kullandığı iki yöntem vardır; delillerin gerçekliğe uygunluğu ve delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi.⁶⁶Bu halde hakim dosyada sunulan delillerin olayın bütünü ya da parçalarıyla

⁵⁹ Köse, Metin, “*Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi*”, *ERÜHFD*, C. 14, S. 1, 2019, s. 175-209, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/751633>, (Erişim Tarihi: 26.11.2019), s. 193.

⁶⁰ Kızıllı, Muhammet, “*Tanık İfadesi ve İnandırıcılık*”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-2/14.pdf>, s. 395 - 407, (Erişim Tarihi: 26.11.2019), s. 399.

⁶¹ Kızıllı, a.g.e. s. 401.

⁶² Kızıllı, a.g.e.

⁶³ Köse, a.g.e., s. 177.

⁶⁴ Ünver, Yener, “*Ceza Muhakemesinde İspat ve CMK Uygulamamız*”, *Ceza Hukuk Dergisi*, C. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 103-205, <https://jurix.com.tr/article/2888>, (Erişim Tarihi: 26.11.2019), s. 107.

⁶⁵ Ünver, a.g.e., s.106.

⁶⁶ Köse, a.g.e., s. 195.

ilgisinin varlığını ve olayı temsil edip etmediğini araştırır.⁶⁷ Delillerin ayrı ayrı birbirinden bağımsız değerlendirilmesi olayla delilin arasında kopukluk oluşturacağından deliller bir bütün olarak değerlendirilmelidir.⁶⁸ Hakim, tanık beyanı kendisine güven vermiyorsa ya da tanık beyanı başka deliller ile desteklenmemiş ise tanık beyanını kabule mecbur değildir.⁶⁹ Tanık beyanı değerlendirilirken menfaati olup olmadığına, zekası ile olguları ne derece anlayabildiğine bakılmalıdır. Ayrıca tanık sayısının fazla olması tanıklık yapılan olayla ilgili hususları karşılaştırma imkanını da arttıracaktır.⁷⁰ Sonuç itibarıyla tanık beyanının ne şekilde değerlendirileceği hakim takdirindedir.

Tanık yargı mercileri huzurunda olayla ilgili beyanda bulunurken doğruyu söylemek zorundadır Tanığın kasten yanlış beyanda bulunmasını ve yargılamanın gidişatını olumsuz etkilemesini önlemek için “Yalan Tanıklık” TCK m. 272 gereğince suç sayılmıştır. Tanığın ceza tehdidi ile karşı karşıya olması onu doğruyu söylemeye sevk edecektir. Aynı zamanda tanığa beyanda bulunurken yemin verdirilmesi, kanunda sayılan hallerde tanıklıktan çekinme hakkının olması tanığın doğru söylemeye itecek diğer sebeplerdendir.

III. TANIĞIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HAKLARI

Tanıklık, kamusal bir görevdir.⁷¹ Bu sebeple tanık bazı yükümlülüklere ve haklara sahiptir.⁷² Tanığın yükümlülükleri; çağrıldığı zaman hazır bulunması (CMK m. 43,44), beyanda bulunma yükümlülüğü (CMK m. 53), yemin etme yükümlülüğü (CMK m. 54, 56), tanıklıktan çekinme yükümlülüğü (CMK m. 46, 47) sayılabilir. Tanığın yükümlülüklerinin istisnaları mevcuttur.

Tanığın hakları yükümlülüklerine nazaran daha azdır. Tanığın hakları ise; tanığın beyandan çekinmesi (CMK m. 45,46), tanığın tazminat alma hali (CMK m. 61)’dir. Ayrıca tanığın haklarını öğrenme hakkı da vardır. CMK m. 43/1’de tanığa “gelmemenin sonuçlarının” bildirileceği düzenlense de bunların ne olduğu açıkça belirtilmemiştir. Tanığa kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmama hakkı olduğu, genel ahlakın kesin olarak gerekli kıldığı hallerde kapalı duruşma yapılabileceği (CMK m. 182/1), sanığın mahkeme salonundan çıkarılabileceği (CMK m. 58/3), dinleme sırasında görüntü ve ses kaydı yapılabileceği (CMK m. 52/3), örgüt suçları ve diğer suçlarda koruma altına alınabileceği (CMK m. 58/5) bildirilmelidir.

⁶⁷ Köse, a.g.e.

⁶⁸ Köse, a.g.e., s. 196.

⁶⁹ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 518.

⁷⁰ Taşçı,Gülşen(Der.), a.g.e., s.17.

⁷¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 101.

⁷² Şahin/Göktürk,(2019)a.g.e., s. 39.

A. TANIĞIN HAZIR BULUNMASI

Maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve adaletin gerçekleştirilmesi temel amaç edinen ceza muhakemesi hukukunda toplumun menfaati için muhakeme engeli bulunmayan herkes tanıklık yapmak ve suç konusu olayla ilgili bildiklerini anlatmak zorundadır.⁷³ Tanıklık kamusal bir görev olduğu için tanık çağrıldığı zaman duruşma gün ve saatinde hazır bulunmalıdır.⁷⁴ Bu durum çekinme yetkisi olan tanıklar için de söz konusudur.⁷⁵ CMK m. 43'e göre tanıklar çağrı kağıdı ile duruşmaya davet edilir. Duruşmaya gelmemesi halinde zorla getirileceği çağrı yapılırken tanığa ihtar olunur. Tebligatın yapıldığı ve gerekli ihtarların bildirildiği çağrının türüne göre imzanın alınması ya da görevli tarafından tutanak tutulmasıyla belgelendirilmelidir.⁷⁶ Tanık bu ihtara rağmen duruşmada hazır bulunmadığı zaman zorla getirilmesine karar verilir. Çağrıya uymayan tanıkların zorla getirileceğine dair hüküm CMK m. 44 ile düzenlenmiştir. Tanık çağrı ile gelmediği takdirde veya gelmemesine sebep olan mazereti bildirmediği takdirde gelmemesinin sebep olduğu masraflar tanığa ödettilir. Tanığa yüklenen masraflar kamu alacağı tahsil usulüne göre tanıktan alınır. (CMK m. 44) Gelmeyen tanık mazeretini bildirir ve bu mazereti kabul edilirse yeniden çağrı kağıdı ile çağrılır, tanığa para cezası ve gider ödettilirmez. Çağrı üzerine gelmediği için zorla getirilen tanık mazeretini bildirir ve bunu ispat ederse ceza ve gider ödeme yükümlülüğü kaldırılır.

Usulüne uygun olarak çağrılmasına rağmen gelmeyen veya gelmemesine sebep olan mazereti bildirmeyen tanık hakkında "Tanıklıktan ve Yeminden Sebepsiz Çekinme" başlıklı CMK m. 60 hükmü uygulanacak mı? sorusu gündeme gelebilir. CMK m. 60 yasal sebep olmaksızın tanığın tanıklıktan ve yeminden çekinmesi halinde bundan doğan giderlere ve herhalde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine hükmedilebileceğini düzenlemektedir. Bu madde hükmü duruşmaya gelen tanıklar için geçerli bir düzenlemedir. Çünkü tanıklıktan ve yeminden çekinebilmesi için kişinin kimliğinin tespit edilmesi ve şartları sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gereklidir. Bu sebeple söz konusu hükmün usulüne uygun olarak çağrılıp da gelmeyen tanık için uygulanması söz konusu olamaz. Ayrıca hürriyeti bağlayıcı bir cezanın uygulanabilmesi için hükümlerin öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine uygun olması gerektiği için CMK m. 60 hükmü kıyas yoluyla uygulanamaz.⁷⁷

⁷³ Aksan, Murat, "Ceza Muhakemesi İşlemlerinde Hazır Bulunma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2003, s. 165-197, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262570>, (Erişim Tarihi: 21.07.2020), s. 5., Ünver/Hakeri, a.g.e., s.507.

⁷⁴ Taşçı, Gülşen(Der.), a.g.e., s. 52.

⁷⁵ Şahin/Göktürk, (2019)a.g.e., s. 40., Aksan, a.g.e., s. 24., Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 622.

⁷⁶ Taşçı, Gülşen(Der.), a.g.e., s. 53.

⁷⁷ Akdeniz, a.g.e., s. 59-60.

Tanık telefon, faks, elektronik posta yolu ile de çağrılabilir. Ancak çağrı kağıdına bağlanan sonuçlar bu halde uygulanmaz. Bir başka deyişle tanık telefon ile çağrıldığı zaman duruşma gün ve saatinde hazır bulunmaz ise zorla getirme kararı verilemez, hazır bulunmamasının sebep olduğu giderlere mahkum edilemez.

Fiili hizmette bulunan askerlerin mahkemede tanık olarak dinlenmesi hali genel hükümler gözetilerek gerçekleştirilir. Ancak fiili hizmette bulunan askerler hakkında zorla getirme kararı askeri makamlar tarafından infaz olunur.

Bazı hallerde tanık çağrı kağıdı ile davet edilmeksizin de hazır bulundurulabilir. Mesela CMK m. 43/1’de belirtildiği gibi tutuklu işlerde hakim doğrudan zorla getirme kararı verebilir. Ancak bu halde tanık giderlere mahkum edilmez. Tanığa çağrı kağıdı gönderilmeyen bir diğer durum ise CMK m. 43/3’te düzenlenmiştir. Mahkeme duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenilmesi gerekli görülen tanıkların belirtileceği gün ve saatte hazır bulundurulmasını görevlilere yazılı olarak emredebilir.

Bazı zorunlu hallerde tanığın duruşmada hazır bulunmaması söz konusu olabilir. Buna göre CMK m. 180’e göre; “Hastalık, maluliyet veya katlanılması imkansız bir engel yüzünden duruşmada hazır bulunamayacağı anlaşılan veya meskeninin uzaklığı yüzünden çağrılmaları güç olan tanık, mahkeme kararı ile naip hakim veya istinabe olunan mahkeme veya onun naibi tarafından gerektiğinde bulunduğu yere gidilerek dinlenir.” şeklinde düzenlenmiştir. “Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik” m. 13’te soruşturma ve kovuşturma aşamasında talep eden makamın mazereti kabul etmesi halinde hazır bulunmayan kişi SEGBİS⁷⁸ yoluyla dinlenebileceği gibi, SEGBİS marifetiyle duruşmaya da katılabilir. Anılan maddede belirtilen “mazeret” kavramından CMK m. 180’de ifade edilen durumlar anlaşılmalıdır.⁷⁹

CMK m. 210 düzenlemesi ile tanık beyanı suçun tek delili ise tanığın duruşmada dinlenilmesi zorunlu görülmüştür. Ayrıca önceki dinleme sırasında tutulan tutanaklar ve yazılı açıklamaların okunmasının dinleme yerine geçmeyeceği belirtilmiştir. Tanık beyanı suçun tek delili ise, istinabe veya SEGBİS yoluyla dinlenen tanığın beyanlarının duruşmada okunarak karar verilmesi, sanığın savunma hakkını ihlal edecektir.⁸⁰ Aksi görüşe göre, zorunlu hallerin varlığı halinde, tanık beyanı suçun tek delili olsa dahi, SEGBİS vasıtasıyla tanık dinlenebilir ancak savunma makamına tanığı görme ve tanığa soru sorma hakkı tanınmalıdır.⁸¹ Ancak madde metni açıktır ve tanığın

⁷⁸ SEGBİS: UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemidir (Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 3/1-c)

⁷⁹ Akdeniz, a.g.e., s. 70.

⁸⁰ Birtek, a.g.e., s. 124., Yurtcan, a.g.e., s. 741.

⁸¹ Birtek, a.g.e., 124.

duruşmada dinlenilmesini bu halde zorunlu tutmuştur. Buna göre doğrudan doğruyalık ilkesi gereğince tanığın daha önce beyanı alındığı sırada tutulan tutanakların okunması kanunen yasaklanmıştır. Yargılama makamı olayın tek delili olan tanığı duruşmada dinleyecek, olayı asıl kaynağından doğrudan öğrenecektir Bu şekilde güvenilir delil elde edilmiş olacaktır. Ayrıca sanık tanık ile yüzleşebilecek ve soru sorabilecektir. Bu suretle ceza muhakemesinde adil yargılanma ilkesi korunmuş olacaktır.

Ancak CMK m. 211’de tutanak okunmasının istisnai olduğu haller belirtilmiştir. Buna göre; “Tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilemezse, tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse, ifadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayılmıyorsa, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir” Ayrıca belirtilenlerin dışındaki tutanakların okunmasına Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birlikte rıza gösterebilirler.

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün istisnası CMK m. 43/4’te düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı’nın tanık olarak dinlenilmesi halinde Cumhurbaşkanı’nın beyanda bulunması ve duruşmada hazır bulunması kendi takdirindedir. Cumhurbaşkanı tanıklık yapmayabileceği gibi, beyanını yazılı olarak da verebilir. Ancak esas olan beyanın hakim tarafından tutanağa geçirilmesidir.⁸²

CMK m. 43 hükmünün Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkeme tarafından dinlenen tanıklar için uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk tanık dinleyebilir. Kolluk tahkikat işlemleri sırasında Cumhuriyet savcısının talimatı ile bilgisine başvurması gerektiği kişilere yönelik sözlü veya yazılı çağrı yapabilir.⁸³(PSVK m. 15) Doktrinde PSVK m. 15 gereğince tanığın kolluk tarafından çağrı yapıldığı takdirde ifade vermek için gitmek zorunda olduğunu ancak kolluğun zorla getirme yetkisinin olmadığını, aynı kanununun 17. maddesi gereğince tanığın karakola götürülerek hakkında düzenlenecek tutanak ile birlikte adliyeye sevk edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁴

B. TANIĞIN YEMİN ETMESİ

Tanığın doğru beyanda bulunması için yemin verilmesinin uygun bulunduğu Ceza Muhakemesi Kanunu’nda kural olarak her tanık yeminli dinlenir.⁸⁵ Ceza

⁸² Taşçı,Gülşen(Der.), a.g.e., s. 53.

⁸³ Aksan,a.g.e., s. 22.

⁸⁴ Aksan, a.g.e.

⁸⁵ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 529.

muhakemesinde yemin, delil olarak sayılmamıştır ancak yemin tanık beyanın doğruluğunu sağlamak için uygulanmaktadır.⁸⁶ Kovuşturma aşamasında hakim ya da mahkeme başkanı, soruşturma aşamasında ise Cumhuriyet savcısı yemin verdirmeye yetkilidir. Yenisey'e göre savcıların tanık dinlemesine ilişkin CMK'da düzenleme yapılması yerinde değildir, savcı kovuşturma aşamasında tanıklık yapacak kişilerin ifadesini almaktadır, soruşturma aşamasında erken dinlenme ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kabul edilmelidir.⁸⁷ Kolluğun bilgisine başvurduğu kişiye yemin verme yetkisi yoktur.⁸⁸

Tanıklar birden fazla ise ayrı ayrı dinlenir ve her bir tanığa ayrı ayrı yemin verdirilir. (CMK m. 54) Aynı zamanda yemin kural olarak tanığın beyanından önce verdirilir. Amaç tanığın inandığı değerler ve amaçlar üzerine yemin verdirilerek doğru beyanlarda bulunmasını sağlamaktır. Bir diğer amaç ise cezai sonuçları önceden bilen tanığın doğruyu söyleme ihtimalinin daha yüksek olmasıdır.⁸⁹ Bu sebeple tanığın yemininin beyandan önce alınması bizce doğrudur. Bazı hallerde ise tanığın yemini beyandan sonraya bırakılır. CMK m. 54/1'e göre dinlenecek kişinin tanık sıfatıyla dinlenip dinlenmeyeceği konusunda tereddüt varsa yemin tanığın beyanından sonra alınacağı düzenlenmiştir. Ancak kimi yazarlara göre yemin her hâlükârda ifade sonrasına bırakılmalıdır. Çünkü yemin verdirilerek beyanına başvuru tanığa belli cezai yaptırımlar yüklenmiştir, bu sebeple tanığın beyanından önce yemin ettirmek istisnai olmalıdır.⁹⁰

Yeminin biçimi CMK m. 55'te düzenlenmiştir. Tanık; "Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim" sözlerini söyleyerek yemin eder ve tanık yemin ederken herkes ayağa kalkar. Kanuni ifadeye uygun şekilde yemin edilmezse ve alınan beyan hükme tesir etmişse, bu hukuka aykırıdır ve bozma sebebi olarak kabul edilmelidir.⁹¹ Okuma ve yazma bilen sağır ve dilsizler yazarak ve imzalayarak yemin ederler. Okuma yazma bilmeyen sağır ve dilsizler ise tercüman aracılığıyla yemin ederler. Tercüman ücreti yargılama gideri olup Devlet hazinesinden ödenir. (CMK m. 324/5)

Tanığa yemin verdirilerek ifadesi alındıktan sonra, aynı soruşturma veya kovuşturma evresinde tanığın tekrar dinlenilmesi gerekirse önceki yemin hatırlatılmakla yetinilebilir. (CMK m. 57)

Kanun koyucu bazı hallerde tanığa yemin verdirmeyi zorunlu kılmış, bazı hallerde tanığın yeminden çekinebileceğini, bazı hallerde ise hakim

⁸⁶ Akdeniz, a.g.e., s. 65, Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 635., Feyzioğlu, a.g.e., s. 170.

⁸⁷ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 529.

⁸⁸ Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 525., Yaşar, a.g.e., s. 720., Centel/Zafer, a.g.e., s. 292.

⁸⁹ Yaşar, a.g.e., s. 720.

⁹⁰ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 529.

⁹¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 137.

ve mahkemenin yemin verdirmede takdir yetkisini kullanabileceğini düzenlemiştir. CMK m. 50’de yemin verilmeyen tanıklar belirtilmiştir. Sayılan bu tanıklar; “dinlenme sırasında 15 yaşını doldurmamış olanlar, ayırt etme gücüne sahip olamamaları sebebiyle yeminin niteliğini ve önemini kavrayamayanlar, soruşturma veya kovuşturma sırasında suça iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar”dır. Şüpheli veya sanıkların tanık olarak dinlenmesi bir çelişkidir. Çünkü şüphelinin veya sanığının birbirlerine karşı tanıklık yapması düşünülemez gibi bu halde kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağı söz konusudur.(CMK m. 48) Her ne kadar kanun şüpheli veya sanığı yeminsiz dinlenmesine imkan tanımış ise de bu düzenleme isabetli olmamıştır.⁹² Tanık, tanıklıktan çekinebilecekler arasında olmasına rağmen beyanda bulunuyorsa tanığa yeminden çekinebileceği bildirilmelidir. Tanık yeminli dinlenmiş ancak sonradan yeminsiz dinlenmesi gerektiği anlaşılmış ise beyanı yeminsiz dinlenilmiş sayılır⁹³.

Yeminden sebepsiz çekindiği takdirde, tanık hakkında CMK m. 60’da düzenlenen “tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinme” hükmü uygulanacaktır. Madde hükmü sebepsiz yere yeminden çeken tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilebileceğini ve aynı zamanda tanığı yemine zorlamak üzere disiplin hapsi uygulanabileceğini düzenlemiştir. Yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar disiplin hapsine başvurulabilir. Disiplin hapsi üç ayı geçmemek üzere verilebilir. Hakkında disiplin hapsi uygulanan kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranacağını beyan ettiği takdirde tedbir son bulur.

C. TANIĞIN BEYANDA BULUNMASI

1. Tanığın Beyanının Alınmasında Usul

Duruşmada öncelikle sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişinin gelip gelmediği saptanır. Tanıklar salondan çıkarıldıktan sonra iddianame veya iddianame yerine geçen belgeler okunur. Sanığın sorgusuna başlanır ve sanığın sorgusuna tamamlandıktan sonra tanık dinlenmek için içeri alınır. (CMK m. 191) Tanığın dinlenilmesinden önce yapılacak ilk iş ise kimliğinin tespit edilmesidir.

Tanığın kimlik tespitinin ardından beyanlarına ne kadar itimat edileceği özellikle hakimi aydınlatacak hallerde sanık ve mağdurla olan münasebeti hakkında sorular sorulur.(CMK m. 58) Bu soruların kim tarafından sorulacağına madde metninde yer verilmemiştir. Ancak delil ikamesinin mahkeme başkanı veya hakim tarafından yapılacağını düzenleyen CMK m. 192 gereğince bu tür

⁹² Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 527.

⁹³ Yaşar, a.g.e., s. 697.

sorular da öncelikle mahkeme başkanı veya hakim tarafından sorulabilecektir. Bu tür sorular olaya ilişkin sorular olmadığından tanığın bu sorulara karşı çekinme hakkı da söz konusu değildir.

Hakim tanığı dinlemeden önce tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak kendisine bilgi verir. Hazır olan sanık tanığa gösterilir. Sanık hazır değilse kimliği açıklanır.(CMK m. 59/1) Tanıktan konuyla ilgili bildiklerini anlatması istenir. Tanıklık ederken tanığın sözü kesilmez. (CMK m. 59/1) Tanığın beyanda bulunurken araya girilmesi, soru sorularak müdahale edilmesi tanığın beyanını olumsuz etkileyecektir.⁹⁴ Ayrıca tanığın söz kesilmediği zaman tanık rahat bir şekilde herhangi bir etki altında kalmadan beyanda bulunabilecektir.⁹⁵ Tanık beyanını tamamladıktan sonra CMK m. 59/2 gereğince; “Tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yöneltilir.” Madde metninde kimlerin soru sorabileceği düzenlenmemiş ancak CMK m. 201’de tahdidi olarak bu kişiler sayılmıştır. Tanığa konuyla ilgili doğrudan soru sorabilecek kişiler; müdafî, katılan vekili, Cumhuriyet savcısı ve tanığa mahkeme başkanı aracılığıyla soru sorabilecek sanık ve katılındır. Tanığa sorulan sorulara itiraz edildiği takdirde CMK m. 201 gereğince sorunun sorulup sorulmayacağına mahkeme başkanı karar verecektir. Mahkeme başkanı itiraz üzerine bu hususta karar verebileceği gibi CMK m. 206/2’de düzenlenen şartların varlığı halinde de resen sorulan soruyu reddedebilir.⁹⁶

CMK m. 201 gereğince; “Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler.” Sanık ve katılan da mahkeme başkanı ya da hakim aracılığıyla soru yöneltebilir. Sorulan soruya bir itiraz olduğu takdirde sorunun sorulmasının gerekip gerekmediğine mahkeme başkanı karar verecektir. İlgililer yeniden soru sorabilir. Hakim tarafından resen maddî gerçeğin araştırılması ilkesinin benimsendiği yargılama sistemimizde tanığa doğrudan soru sorulabilir. Taraf yargılaması sisteminin benimsendiği Anglo-Sakson sisteminde ise tarafın kendi tanığını sorgulaması doğrudan sorgu, karşı tarafın tanığını sorgulaması ise çapraz sorgu olarak tanımlanmaktadır. ⁹⁷ CMK m. 201 ile düzenlenen doğrudan soru yöneltilme ile çapraz sorgu tartışmaları gündeme gelmiştir. Çapraz sorgu yöntemi itham sisteminde doğmuştur ve itham

⁹⁴ Güngör, Devrim , “*Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 6, Sayı 2, 2015, s 307-318*, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/208354>, (Erişim Tarihi: 21.07.2020), s. 314.

⁹⁵ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 638.

⁹⁶ Akdeniz,a.g.e., s. 83.

⁹⁷ Akdeniz, a.g.e., s. 84-85.

sisteminde uygulanan doğrudan sorgu ve çapraz sorgunun Türk hukukunda karşılığı bulunmamaktadır.⁹⁸ Doğrudan soru sorma yönteminin çapraz sorguya benzediği ifade edilse de doğrudan soru sorma yöntemi doğrudan sorgunun içerisinde yer alan bir kısımdır.⁹⁹ Ceza muhakemesinde hakimin yargılamayı resen yürütmesi, hakimin tarafların dinlenmesini istediği tanıklar ile sınırlı olmadığını, herkesi dinleyebileceği sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple taraf tanışının kabul edilmediği Türk ceza hukuku sistemimizde, temel süjesi taraf tanışığı olan çapraz sorgu sistemi de kabul edilmemektedir.¹⁰⁰ Kimi yazarlar, doğrudan soru sorma yöntemini çapraz sorgu sistemine benzetmiş, çapraz sorgunun esaslı bir hazırlığa ihtiyacı olduğu için kullanılmadığını ancak adil yargılanma ilkesinin en esaslı unsurlarından olduğunu belirtmiştir. sorgunun daha iyi yapılması sağlayacak bir yöntem olarak kabul etmiştir.¹⁰¹ Kimi yazara göre, çapraz sorgu yönteminin kullanılması maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından gereklidir.¹⁰² AİHS “Adil Yargılanma” başlıklı m. 6/3-d düzenlemesi; “İddia tanıklarımı sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek” çapraz sorgunun temelindeki düşünce ile bağdaşmaktadır. Adil yargılanmanın gereği olan çapraz sorguda delillerin tartışılması ve belirsizliğin ortadan kalkması için tanıklara hızlı ve aralıksız soru sormak önemli iken jüri sisteminin uygulanmadığı Ceza Muhakemesi Hukukunda sorgudaki amaç delilleri hakimin takdirine sunmaktır. Tanığa hızlı ve aralıksız soru sormak gerçeğin ortaya çıkması açısından önemlidir. Ancak doktrinde Türk ceza hukuku sisteminde bu yöntemi gerçekleştirecek yeterli sistemin olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁰³

Mevzuatımızda yönlendirici soru üzerine kurulu olan çapraz sorgunun yasak olduğuna ilişkin bir düzenleme olmasa da uygulamada yönlendirici

⁹⁸ “Ceza muhakemesi tarafları ve süjeleri arasındaki ilişkiyi sağlamak bireyin ve toplumun haklarını korumak için üç sistem ortaya çıkmıştır. Bu sistemler; itham, tahkik ve karma sistemdir. İtham sistemi, bireysel yargılama ve savunma makamının yargılama makamından daha üstün konumda olduğu sistemdir ve yargılama makamı hakem konumundadır. Tahkik sisteminde ise muhakeme gizli yapılmaktadır ve hakim resen yargılamayı yürütmektedir. Karma sistem de ise, hakim resen yargılamayı yürütemez, resmi bir makam tarafından ithamın varlığı şarttır.” Temiz, Yağmur, “*Türk Hukukunda Çapraz Sorgu Tartışmaları*”, *İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1 Yıl 2015, s. 299-336*, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/208337>, (Erişim Tarihi: 20.10.2020), s. 309-310.

⁹⁹ Temiz, a.g.e., s. 317.

¹⁰⁰ Temiz, a.g.e., s.322., Yurtcan, a.g.e., s. 690.

¹⁰¹ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Villemın/ Tok, a.g.e., s. 328.

Birtek, a.g.e., s. 151.

¹⁰² Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 533.

¹⁰³ Temiz, a.g.e., s. 326.

soru sorulması kabul edilmemektedir.¹⁰⁴ Doğrudan soru sorma yönteminde kural olarak ucu açık sorular sorulmalıdır, istisnai hallerde yönlendirici sorular sorulabilir. Çapraz sorguda ise tersi bir uygulama söz konusudur. Kimi yazarlar, tanık beyanını tamamladıktan sonra telkin edici sorular sorulabileceğini ifade etmiştir.¹⁰⁵ Ceza muhakemesinde kişilerin beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. CMK m. 148’de düzenlenen şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasına yönelik hususlar tanıklar için de kıyasen uygulanmalıdır.

Tanık bir hususu hatırlayamadığını söylerse önceki ifadesini içeren ilgili kısım okunarak hatırlamasına yardım edilir. Tanığın ifadeleri arasında çelişki bulunması halinde tanığın önceden alınmış ifadesi okunarak çelişki giderilmeye çalışılır.

Tanığın sözlü anlatımı anlaşılır olmalıdır ve tanığın teknik terimler kullanması halinde hakim tarafından uyarılmalıdır.¹⁰⁶

Tanıklar ayrı ayrı sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir. (CMK m. 52/1) Buradaki amaç tanıkların birbirinden etkilenerek çelişkili beyanlarda bulunmasının önüne geçmektir.¹⁰⁷ Tanık dinlenmeden önce tanıklığın önemi anlatılır. Tanığa gerçeği söylemesinin önemi, doğruyu söylemesi konusunda yemin edeceği, duruşmada mahkeme başkanı veya hakimin açık izni olmadan duruşma salonunu terk edemeyeceği anlatılır.¹⁰⁸(CMK m. 53) Hakimin tanığa, tanıklık görevinin önemini anlatmadan dinlemesi halinde elde edilen delil CMK 206/2-a, 230/1-b ve 217. maddeleri gereğince hukuka aykırı delil olacaktır.¹⁰⁹

Kanun koyucu CMK m. 52 düzenlemesi ile tanıkların dinlenmesi sırasında ses ve görüntü kayda alınabileceğini düzenlemiştir. Bazı hallerde ise bu durumu zorunlu kılmıştır. Bu haller ise; “mağdur çocukların, duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında zorunlu olan kişilerin tanıklığı’dır”. Mağdur çocukların olayı ilk oluşu ile anlatması halinde bazı detaylar verebileceği ve bu detayların zamanla unutulabileceği ihtimalinin varlığı söz konusudur. Özellikle psikolojisi bozulmuş mağdur çocukların birden fazla ifadesinin alınması veya tanık olarak dinlenmesi daha

¹⁰⁴ Akdeniz, a.g.e., s. 85.

¹⁰⁵ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 531.

¹⁰⁶ Köse, a.g.e., s. 184.

¹⁰⁷ Güngör, a.g.e., s. 312.

¹⁰⁸ CGK. 2013/1-251 E., 2013/454 K.; “Tanığı dinleyecek olan makam tarafından önce tanığın kimliği ve güvenilirliği belirlenmelidir. Bu amaca yönelik olarak tanığın adı, soyadı, yaşı, işi, yerleşim yeri, işyeri, geçici olarak oturduğu yerin adresi, varsa telefon numaraları, şüpheli, sanık veya mağdurla olan ilişkisine dair sorular yöneltilecektir. Bu şekilde tanığın kimliği, olayın tarafları ile olan ilişkisi ve güvenilirliğine ilişkin bilgiler alındıktan sonra tanığa hakları hatırlatılmalı, bu hatırlatma yapıldıktan sonra da tanıklık görevinin önemi ve uyması gereken kurallar anlatılmalıdır.”, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=36787>, Erişim Tarihi: 17.10.2020.

¹⁰⁹ Yaşar, a.g.e., s. 718.

fazla zarar göreceği ihtimali dikkate alınarak ses ve görüntü kayda alınması zorunlu kılınmıştır. Ayrıca duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan tanığın dinlenilmesi maddi gerçeğe ulaşmak için zorunlu değilse ses ve görüntü kaydına gerek bulunmaz.¹¹⁰Alınan bu kayıtlar kişisel verilerin amaca bağlılığı ilkesi çerçevesinde ses ve görüntü kayıtları sadece ceza muhakemesinde kullanılır. Diğer haller ise delil yasağı kapsamındadır.¹¹¹

Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş diğer mağdurların tanık olarak dinlenmesi halinde psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur.(CMK m. 236/2) Uzman kişi mağdur, tanık çocuğun beyanı alınmadan önce duruşmada hangi sorularla karşılaşacağı konusunda bir ön görüşme yapar. CMK m. 53 gereğince tanık çocuğun dinlenmesi sırasında tanıklığın önemi ve yasal haklarını anlatma görevini sosyal çalışma görevlisi yerine getirebilir.¹¹² Vekili olmayan mağdur, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda baro tarafından kendisine avukat görevlendirmesi isteme hakkına sahiptir. (CMK m. 234/1-a-3) Vekil görevlendirmesi için mağdur isteğinin aranmadığı haller de vardır. Mağdur on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek kadar malul olması halinde istemi aranmaksızın vekil tayin edilecektir. (CMK 234/2) Tanık olarak dinlenen çocuğun bu sırada sanıktan çekinebileceği düşünülerek CMK m. 200 gereğince sanığın duruşmadan çıkarılması gereklidir. Daha sonra sanık içeriye alındığında beyanın okunması ile yetinilmelidir. Uzman kişinin çocuğun kimlik yapısını inceleyerek mahkeme başkanı veya hakim tarafından çocuğun beyanı değerlendirilirken kanaatini açıklayarak beyanın hukuki bir nitelik kazanmasını sağlayacaktır. Ancak sosyal çalışma görevlisinin bu beyanı hakimi bağlayıcı nitelikte değildir.¹¹³ Çocuk Koruma Kanunu'na göre suça sürüklenen çocuk açısından soruşturma işlemleri savcı tarafından yapılır. (CKK m. 15/1) Ancak mağdur çocuklara ilişkin böyle bir düzenleme mevcut değildir. Mağdur çocuğun ifadesinin savcı tarafından alınması ya da kolluk marifetiyle alınacaksa da uzman kişilerin ifade sırasında bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

CMK m. 57'de tanığın tekrar dinlenilmesi düzenlenmiştir. Maddeye göre yemin ile dinlenen tanığın aynı soruşturma ve kovuşturma evresinde tekrar dinlenmesi gerektiğinde yeniden yemin verilmeyip önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir. Buna göre tanığa hatırlatılacak yemin aynı soruşturma veya kovuşturma aşamasında daha önce etmiş olduğu yemindir. Soruşturma aşamasında daha önce de bahsettiğimiz üzere Cumhuriyet

¹¹⁰ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 634.

¹¹¹ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 634-635.

¹¹² İpek, Ali İhsan, *Suçta Sürüklenen Çocukların Muhakemesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 112.*

¹¹³ İpek, a.g.e., s. 113.

savcısının tanığa yemin ettirme yetkisi vardı. Ancak soruşturma aşamasında ettirilen yemin kovuşturma aşamasında hatırlatılamaz. Tanığın yeniden yemin vermesi gerekir. Yemini hatırlatmak yemin verdirilecek olan mahkeme, hakim, Cumhuriyet savcısının takdirindedir. Aynı oturumda tanığın tekrar dinlenmesi hali CMK m. 57 kapsamına girmeyeceğinden tekrar yemin verme veya yemini hatırlatmaya gerek yoktur.

Kolluğa tanık dinleme yetkisi verilmemiştir.¹¹⁴ Kolluk Cumhuriyet savcısının emri ile tanığı bilgi sahibi sıfatıyla dinleyebilir. Adli kolluğun tanığı dinlemesi Cumhuriyet savcısı ve hakimin dinlemesi gibi olmasa da olayı araştırma faaliyeti kapsamında gerekli soruları sorma yetkisine sahiptir.¹¹⁵

2. Tanığın Korunması: Gizli Tanık

11 Kasım 2008 tarih ve 27051 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik”, kanunda yer alan tanık kavramını genişletmiş ve CMK m. 50’de yeminsiz olarak dinleneceği belirtilen soruşturma veya kovuşturma konusu suça iştirak eden kişiler ile söz konusu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar da tanık olarak kabul edilmiştir.¹¹⁶

Tanık koruma tedbirleri tanıklar ve diğer sığata haiz kişiler hakkındaki koruma tedbirleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Diğer sığata haiz olan kişiler ceza yargılamasında hakim, Cumhuriyet savcısı, kolluk gibi bu görevleri dolayısıyla yaşamları, vücut bütünlüğü tehlikeye giren görevlilerdir. Avustralya, Kanada, Letonya, Hollanda, Norveç, Birleşik Krallık da diğer sığata haiz kişilerin tanıklığı kabul edilmiştir ancak Almanya, Slovakya, Birleşik Devletler de tanık koruma tedbirlerinin sadece tanıklara uygulanması kabul edilmiştir.¹¹⁷

Tanık olayla ilgi doğrudan bilgi sahibi olan ancak olayın tarafları arasında yer almayan kişidir. Tanık beş duyusu ile mahkemeye bilgi verdiği bazı hallerde tarafların husumetine maruz kalabilir ve bu durum tanık için tehlikeli hale gelebilir. Özellikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar açısından bu durum tehlikeli boyuta ulaşabilmektedir. Bu tehlikenin önüne geçebilmek için devlet bazı tedbirler almıştır. “Terörle Mücadele Kanunu” m. 20/1 ile;”Terörle

¹¹⁴ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 621.

¹¹⁵ Tamer Aslan, Şükran, “*Yalan Tanıklık Suçu*”, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, file:///C:/Users/mm/Downloads/%C5%9E%C3%BCkranTamerAslan%20(1).pdf., (Erişim Tarihi:26.11.2019), s. 52.

¹¹⁶ Değirmenci, Olgun, “*Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması*”, TBB Dergisi, S. 83, 2009, s 73-122, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-83-527>, (Erişim Tarihi: 26.11.2019), s. 95.

¹¹⁷ Değirmenci, a.g.e., s. 97.

mücadelede görev alan ve bu görevi ifa eden devlet görevlileri suçun aydınlatılmasında yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağı” düzenlenmiştir. Madde ile koruma tedbirleri kapsamında talep halinde estetik yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi dahil, nüfus kaydı, evlilik cüzdanı, diploma vb. belgelerin değiştirilmesi, askerlik işlemlerinin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul malvarlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunmasıyla ilgili hususlarda düzenleme yapılacağına yer verilmiştir. (TMK m. 20/3)

Tanık CMK hükümleri ile de korunmuştur. CMK m. 58/2 ile tanık olarak dinlenecek kişinin kimlik bilgilerinin ortaya çıkması kendisi ve yakınları için ağır tehlike oluşturacaksa kimlikleri saklamak için gerekli önlemlerin alınacağı düzenlenmiştir.¹¹⁸ Bu halde de tanığa yükümlülük yüklemiş; hangi sebep ve vesile ile olayı öğrendiğini açıklaması zorunlu kılınmıştır. Ancak CMK m. 58/5 gereğince 2, 3, 4. fıkradaki tedbirler örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımında uygulanabilecek tedbirlerdir. Bu durumda suçun yukarı haddi ne olursa olsun örgütlü suç olarak nitelendirilemeyen suçlarda beyanda bulunan tanık bir tehlike ile karşılaşırsa CMK m. 58 korumasından yararlanamayacaktır.¹¹⁹ Tanığın kimliğinin saklı tutulması için tanığa ait kişisel bilgiler Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir. Aynı zamanda kimliğin saklı tutulabilmesi için bilgilerin dosyada saklanmaması gerekir. Aksi halde CMK m. 153 gereğince müdafinin dosyayı inceleme yetkisi kapsamında kimliğin saklı tutulması amacı gerçekleştirilmeyecektir.

Hakim bazı hallerde hazır bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Eğer tanığın dinlenmesi sırasında hazır bulunanların da olması tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından da tehlike oluşturacaksa tanık hazır bulunanlar olmadan da dinlenir. Sanığın aynı oturumda hazır bulunması halinde tanığın mahcup olması ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişinin bu durumun ortaya çıkması ile yaşayacağı itibar kaybı “ağır tehlike” olarak nitelendirilemez.¹²⁰ Ağır tehlikenin oluşup oluşmadığını soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında tanığı dinleyecek olan mahkeme yapacaktır. Soruşturma aşamasında polis veya jandarmanın böyle bir yetkisi yoktur. Bu sebeple soruşturma aşamasında gizli tanıklar mutlaka Cumhuriyet savcısı

¹¹⁸ 9. CD, 19.01.2011, 16077/170, “.....yakalama tutanağı düzenleyen polis memurlarının, kimliklerin ortaya çıkması kendileri ve yakınları için ağır tehlike oluşturup oluşturmayacağı belirlenmeden dinlenmeler; CMK m. 58” göre muhalefet oluşturduğundan...” (Yaşar, a.g.e., s. 735.)

¹¹⁹ Gürol, Candaş, “Tanığın Korunması ve Adil Yargılanma Hakkı”, TBB Dergisi, Sayı 60, 2005, s 44-54, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-60-169> ,(Erişim Tarihi: 26.07.2020), s. 46.

¹²⁰ Yaşar, a.g.e., s. 738.

tarafından dinlenilmelidir.¹²¹ Bu hallerde tanıklık yapan kişinin kimliğinin saklı tutulması ve güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemlerin alınacağı düzenlenmiştir.(CMK m. 58/4)

Tanıkların korunmasına ilişkin hükümler savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz.¹²² Gizli tanık dinlenilmesi ve tarafların bu halde tanığa soru sormaması CMK'nın ilkelerinden olan vasıtasızlık ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹²³ Uygulamada kimliği saklı tutulan tanığa savunmanın soru sorması mümkün olmamaktadır. Bu durumda tanığın korunması ile sanığın kendini savunma hakkı çatışma haline girmektedir. Ancak gizli tanık dinlenmesi hiçbir şekilde sanığın savunma hakkını ihlal etmemelidir. Sanık yokluğunda alınan tanık ifadesini inceleyebilmeli ve yazılı ya da sözlü soru sorma hakkını kullanabilmeli, kendini savunabilmelidir.¹²⁴

CMK'da sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar açısından tanığın korunması bir eksiklik oluşturmuş olsa da 2007 yılında "5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu" ile bu eksiklik kapatılmaya çalışılmıştır. TKK ile tanıklık görevi sebebiyle kendilerinin ve bu kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü, mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir.(TKK m. 1)

TKK'nın amacında da belirtildiği gibi sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile sınırlı tutulmamıştır. Sadece tanıkların değil, suç mağdurları tanık olarak dinlendiği takdirde, mağdurları ve bu mağdurlar ile tanıkların yakınını da koruma kapsamına almıştır.(TKK m. 2) Tanık koruma tedbirlerinin uygulanması gereken suçlar TKK m. 3'te belirtilmiş olup; "5237 sayılı TCK'da ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınır 10 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınır iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar" bu kapsamdadır.

Tanık koruma tedbirlerinin uygulanabileceği kişiler;" ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişiler ile 5271 sayılı CMK m. 236 gereği tanık olarak dinlenen suç mağdurları ve nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından altsoyu veya üstsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımlığı ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olan kişilerdir." Bu kişilerin veya yakınların hayatı,

¹²¹ Yaşar, a.g.e., s. 738.

¹²² Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Vıllemın/ Tok, a.g.e., s.329., Birtek, a.g.e.,s. 162.

¹²³ Özbek/Donay/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 642.

¹²⁴ Yaşar, a.g.e., s. 731.

beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde TKK hükümleri uygulanabilir. (TKK m. 4) Anılan maddede geçen “yakın ilişki içinde olan kişi” tanımlanmış değildir. Ancak madde gerekçesinde belirtildiği gibi, “tanığın tanıklığını etkileyecek derecede yakın ilişki içinde bulunduğu kişi” bu kapsamda değerlendirilebilir.¹²⁵

Tehlikeli olduğu için kimliği gizli tutulan tanık hakkındaki tedbirler ikiye ayrılmaktadır. Bunlar kolluk tedbirleri ve Ceza Muhakemesi Hukuku’na ilişkin tedbirlerdir. Kolluğun asli görevlerinden biri tehlikenin önlenmesidir. Tanığın ağır ve ciddi bir tehlike altında olması halinde; fiziki koruma sağlama, kimliğinin gizli tutulması, maddi yardım sağlama gibi tedbirler olabilir. Ceza Muhakemesi Hukuku tedbirleri de soruşturma ve kovuşturma evresi tedbirleri olarak ikiye ayrılmıştır. Soruşturma evresinde dosyanın gizliliğinin ihlal edilmesini önlemek için Cumhuriyet savcısı müdafinin dosyayı inceleme yetkisini kısıtlayabilir. Kişinin kimlik bilgilerinin gizlenmesi, dinleme sırasında ses ve görüntü kayda alınması gibi tedbirler alınabilir. Kanun uygulanacak koruma tedbirlerinin seçiminde uygun olan en hafif tedbirin uygulanması gerektiğini belirtir.¹²⁶

Kanun koyucu kimlik ve adres bilgileri değiştirilen ve gizli tutulan tanığa kod adı verilmesiyle ilgili bir düzenlemeye yer vermemiştir.¹²⁷ Ancak Yönetmeliğin 11. maddesine göre Cumhuriyet savcısı ve mahkemece koruma altına alınan tanığı, tanık koruma defterine kaydedip gerekli gördüğü takdirde kod ismi vermektedir.¹²⁸

Tanığın kovuşturma evresinde korunması da söz konusudur. Tanığın kimlik bilgilerinin saklı tutulması(CMK m. 58/2), tanığın hazır bulunanlar olmadan dinlenmesi (CMK m. 58/3), tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi ve tanık dinlenirken sanığın duruşma salonundan çıkarılması gibi tedbirler düşünülebilir.

Tanıkların korunmasına ilişkin tedbirler CMK m. 58’de düzenlenen kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması, duruşmada hazır bulunanlar olmadan tanığın dinlenmesi dışında; TKK m. 5 ile tutuklu ve hükümlü olanların tutukevlerine yerleştirilmesi, fiziki koruma sağlama, kimlik bilgilerinin değiştirilmesi, maddi yardımda bulunulması, iş yeri ve öğrenim gördüğü yerin değiştirilmesi, yurtiçinde başka bir yerleşim yerinin belirlenmesi, geçici olarak başka ülkeye yerleştirmek, fizyolojik görünümün değiştirilmesi ve buna uygun belgelerin yeniden düzenlenmesi tedbirleri düzenlenmiştir.

¹²⁵ Altıparmak, Cüneyd, “*Türk Hukukunda Tanık Koruma*”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66,Sayı 1, Kış 2008, s. 171-179, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2008-1/10.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.07.2020), s. 176.

¹²⁶ Altıparmak, a.g.e.,s. 176.

¹²⁷ Değirmenci, a.g.e., s. 98.

¹²⁸ Değirmenci, a.g.e., s. 99.

Tanık koruma tedbirleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı veya tanığın istemi ile ya da resen mahkeme tarafından alınır. (TKK m. 6/1) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tanığın isteminin bulunması koşulu ile Cumhuriyet savcısından karar alınıncaya kadar kolluk amirinin yazılı emri ile geçici tedbir almak mümkündür. (TKK m. 6/2) Tanık görevini yaptıktan sonra tanığın istemi üzerine Tanık Koruma Kurulu tarafından da koruma tedbirleri alınabilir. (TKK m. 6/3-13) Tanık koruma tedbiri kararında, korunacak kişinin kimliği, tanık konusu olay, bilgiler, tedbirin şekli, süresi, kararın ne şekilde verildiği, karara dayanak teşkil eden sebepler, tanığın anlatımlarındaki fayda ve diğer hususlar belirtilir. (TKK m. 7)

Koruma tedbirlerinin aynen devam etmesi, değişmesine veya kaldırılmasına karar veren mercilerce en geç her yıl düzenli olarak karar verilir. Kararı uygulayan koruma birimi aralıklarla Uygulama ve Takip Raporu hazırlayarak kararı veren makama raporu sunar. Koruma tedbir kararının kaldırılacağı haller TKK m. 8/4 ile belirlenmiştir. Düzenlemeye göre, yalan tanıklık, iftira, kimlik bilgileri hakkında yanlış beyan, koruma kararındaki tedbirlere aykırı davranış, koruma sebeplerinin ortadan kalkması nedenleri olarak sayılmıştır.

Tanık koruma tedbir kararı istemlerinde mutlaka gerekçe gösterilmelidir. Karara sebep olabilecek fiili ve hukuki sebeplere de yer verilmelidir. (TKK m. 6/4-b) Anayasa Mahkemesi'ne göre de tanığın kimliğinin gizlenmesi halinde bu tedbirin gerekçesi belirtilmelidir. Gizli tanığın beyanları suçun tek delili ise ya da hükme esas teşkil edecekse beyanları çelişkili olmamalıdır. Eğer bir çelişki varsa giderilmelidir.¹²⁹

Duruşmada müdafî ve Cumhuriyet savcısı tanıklara soru sorabilir. Ancak kimliği gizli tutulan sanıklara soru sorma halinde TKK m. 9/5 uygulanacaktır. Buna göre; "CMK m. 201 uygulanırken tanık hakkında alınan koruma tedbirleri ile orantılı ve amaca uygun olmalıdır." Hakim bu durumda soruların tanığa sorulmamasını kararlaştırabileceği gibi tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak sorular sormasına izin vermez.¹³⁰ Bu hallerde dinlenen tanığın ifadesi hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olacağı kabul edilmiştir.(TKK m. 9/7) Alınan koruma tedbirleri ile uygulanacak hükümler savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanmaz. (TKK m. 9/10)

CMK m. 58 örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar için söz konusu olduğunu daha önce belirtmiştik. TKK'ya göre hakkında tedbir alınan tanıkların dinlenmesi sırasında CMK m. 58/2-3 uygulanırken suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde olup olmadığına bakılmaz.(TKK m. 9/1)

¹²⁹ Birtek, a.g.e., s. 166.

¹³⁰ Altıparmak, s. 178.

CMK m. 58/3'e göre hazır bulunanlar olmadan tanığın ifadesi alındığı zaman ses ve görüntülü aktarma yapılır. Bu halde tanığın ses ve görüntüsü değiştirilerek tanınması önlenemez.(TKK m. 9/2) Her iki madde de birbirine tamamlayıcı niteliktedir. Böylece tanığın ses ve görüntüsü değiştirilerek tanınması engellenecektir. Tanığın beyanı kimliğini ortaya çıkarılmasına sebep olmadan hazır bulunma hakkına sahip olanlara aktarılır. Bu yöntem Mainz Modeli denilmektedir.¹³¹

Tanık hazır bulunanlar olmadan dinlenmiş, ses ve görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmişse tanığın beyanı tek başına hükme esas alınmaz. (TKK m. 9/8) Beyanı tartışılmayan, soru sorulamayan ve kim olduğu bilinmeyen tanığın beyanının güvenilir olup olmadığı konusunda bir yargıya varılması olası değildir.¹³² Gizli tanığın beyanları diğer maddi deliller ile birlikte değerlendirilmelidir.¹³³ Aslında bu durum tanığın korunması kapsamında alınan tedbirlerin adil yargılanma ilkesi ile ne derece çatışabileceğini gündeme getirecektir.¹³⁴ AİHM'e göre sanık ile yüzleşmeyen ve kimliği gizli tutulan tanığın beyanı esas alınarak sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmamalı; sanık, avukatı vasıtasıyla en azından yazılı olarak tanığa soru yöneltebilmelidir.¹³⁵ Beyanda bulunan tanığı korumak için uygulanan tedbirler sanığın savunma hakkını ve adil yargılanma ilkesini ihlal etmemeli ve orantılılık ilkesi titizlikle korunmalıdır.

3. Yüzleştirme

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkması asıldır. Kovuşturma evresi, delillerin açıklık ilkesine uygun şekilde yüz yüze tartışıldığı ve değerlendirildiği bir evredir.¹³⁶ Bu sebeple kovuşturma aşamasında tanıklar birbiri ile yüzleştirilebilir. Uyuşmazlık konusu olaya ilişkin birçok tanık dinlenmiş ve beyanlar arasında çelişki görüşmüş ise yüzleştirme kurumuna başvurularak çelişki giderilmeye çalışılmalıdır.¹³⁷ Bu sebeple tanıkların beyanı alındıktan sonra yüzleştirme yapılmalıdır.¹³⁸ Eğer çelişki giderilemiyorsa hangi tanığın beyanına hangi sebeple üstünlük verildiği açıklanmalıdır.¹³⁹ Soruşturma aşamasında ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve kimliğinin belirlenmesi için tanıklar birbiri ile ve sanıkla yüzleştirilebilir. Kural olarak

¹³¹ Yenisey/ Nuhoglu, a.g.e. s. 532.

¹³² Gungor, a.g.e., s. 317.

¹³³ Birtek, a.g.e., s. 164.

¹³⁴ Gurol, a.g.e., s. 50.

¹³⁵ Gurol, a.g.e., s. 50., Altıparmak, a.g.e., s. 173-174., Birtek, a.g.e., s. 165.

¹³⁶ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s.633.

¹³⁷ Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 528., Centel/Zafer, a.g.e., s. 307.

¹³⁸ Birtek, a.g.e., s. 132.

¹³⁹ Yaşar, a.g.e., s, s. 649., Bıçak, a.g.e., s. 489.

soruşturma aşamasında yüzleştirme yapılmamalıdır çünkü bu aşamada gizlilik esastır. (CMK m. 52/2) Uygulamada yüzleştirme kurumu ile muhtemel haksızlıkların önüne geçilmek istenilmiştir.¹⁴⁰ Öğretide baskın görüşe göre, yüzleştirme esnasında müdafinin hazır bulunması zorunludur.¹⁴¹

Tanığın yüzleştirilmesi “Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu” ek m. 6/9-17 fıkraları ile sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre; “Polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabileceği; Tanıklıktan çekinebilecek olanların teşhiste bulunmaya zorlanamayacağı; İşleme başlanmadan önce teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanlarının tutanağa bağlanacağı, Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerektiği; Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabileceği; Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulacağı; Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerektiği; Teşhis işleminin en az iki kez tekrarlanacağı ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin teşhis edilecek kişiler arasında yer almıyor olabileceğinin hatırlatılacağı, Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konulacağı, Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılacağı. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılmayacağı, Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerektiği, Teşhis işlemi tutanağa bağlanacağı.” belirtilmiştir. Sıkı şekil şartlarına bağlanan yüzleştirme kurumunun uygulanması sonucu elde edilen bilgilerin delil değeri de yüksek olacaktır.¹⁴²

D. TANIKLIKTAN ÇEKİNME

1. Tanıklıktan Çekinme Yükümlülüğü

Tanıklıktan çekinme yükümlülüğü olduğu haller CMK m. 45,47’de düzenlenmiştir. Bunlardan ilki meslek ve sürekli uğraşı sebebiyle sahip olunan bilgiler, diğeri ise devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerdir.

a.Meslek Ve Sürekli Uğraşı Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme

Meslek ve sürekli uğraşlar nedeniyle tanıklıktan çekinme hali, güven ilişkisine dayanarak kurulan meslek gruplarına yönelik düzenlenmiştir.

¹⁴⁰ Şahin/Göktürk,(2019) a.g.e., s. 47.

¹⁴¹ Yurtcan, a.g.e., s. 225.

¹⁴² Şahin/Göktürk, (2019)a.g.e., s. 48.

Orantılılık ilkesi gereğince bilginin asıl sahibinin özel yararı ile maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasındaki kamusal yarar karşılaştırılmış ve özel yararın daha ağır bastığı kabul edilmiştir.¹⁴³ Yani meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle çekinme zorunluluğunun getirilmesi ile özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlanmıştır.¹⁴⁴

Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme CMK m. 46'da düzenlenmiştir. Bu madde ile bazı mesleklerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında tanıklıktan çekinme halleri düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre; “Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler, Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler, Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgilerin varlığı halinde tanıklıktan çekinebilirler.” CMK m. 46/2'ye göre avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının ilgilinin rızasının varlığı halinde de tanıklıktan çekinebilirler. Benzer düzenleme Avukatlar Kanunu m. 36 da yer almaktadır; “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.” Müdafilere sır saklama yükümlülüğünün verilmesinin nedeni, sanığın sırrının açığa çıkacağı korkusu yaşamadan müdafinin yardımından faydalanabilmesi ve müdafinin de savunma görevini hakkıyla yerine getirebilmesi içindir.¹⁴⁵

Ancak hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler, Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler dolayısıyla ilgilinin rızası olduğu takdirde tanıklıktan çekinemezler.

TCK m. 280 ile sağlık mesleği mensuplarının görevini yaptığı sırada bir suç işlendiğine dair belirti olmasına rağmen yetkili makamlara bildirmemesi halinde cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün CMK m. 46/1-b ile

¹⁴³ Taşçı, Gülşen (Der.), a.g.e., s. 57., Şahin/Göktürk, (2019) a.g.e., s. 48., Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 627.

¹⁴⁴ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 626.

¹⁴⁵ Yurtcan, a.g.e., s. 217.

bağdaşıp bağdaşmayacağı ele alınmıştır. Yenisey, Nuhoğlu'na göre, Adalet Komisyonunda yapılan tartışmaları ve avukatın tanıklıktan çekinme hakkını birlikte değerlendirerek savunma hakkının suçluların cezalandırılmasına ilişkin toplumsal menfaatin, sağlık hakkından daha üstün tutulduğuna ilişkin olduğunu ve bunun kabul edilemez olduğunu savunmuşlardır.¹⁴⁶ Ancak kanun hükmü değerlendirildiğinde sağlık mesleği mensuplarının hastaları ile aralarında sadece hasta-doktor ilişkisine dayanan hasta hakkında tıbbi müdahale vesilesiyle öğrendiği bilgiler hususunda tanıklıktan çekinebileceğini belirtmiş olup; TCK m. 280 ile görevi sırasında bir suç işlediğine dair belirti ile karşılaşmışsa ihbarda bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Hükümlerden biri doktora yükümlülük yüklerken, diğer hüküm tanıklıktan çekinme hakkı vermektedir.

Sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü kapsamına giren bilgiler hasta ve hasta yakınlarının biyolojik, fizyolojik ve ruhsal özelliklerine ilişkin bilgilerdir. Kanun koyucu hasta yakını hakkında edinilen bilgileri de bu kapsamda değerlendirmiş ancak hasta yakınının kimlerden oluşacağını belirtmemiştir. Önemli olan sağlık mesleği mensuplarını hastalığın teşhis ve tedavisi amacına yönelik tıbbi müdahale kapsamında öğrenilmesidir.

Gazetecinin tanıklıktan çekinme hakkı CMK ile düzenlenmemiş olup 5187 sayılı “Basın Kanunu” m. 12 ile düzenlenmiştir. Anılan madde ile; “Sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz” şeklinde düzenlemeye gidilmiştir.

Meslek ve uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinecek olanların bu yetkilerine dair dinlenmeden önce aydınlatılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.¹⁴⁷ Kanun koyucu aydınlatma yükümlülüğünü bilinçli olarak yüklememiştir. Bu durumda CMK m. 45/3 kıyas yoluyla uygulanamayacağından tanığın böyle bir yetkiye sahip olduğunu bildiği kabul edilecektir.¹⁴⁸

b. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerle İlgili Tanıklık

CMK'ya göre bir suç olgusuna ilişkin bilgilerin Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı düzenlenmiştir. Devlet sırrı niteliğindeki belgelerle ilgili tanıklık CMK m. 47'de düzenlenmiştir; “Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzene ve dış ilişkilerde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgilerin devlet sırrı sayılabileceği “düzenlenmiştir.

¹⁴⁶ Yenisey/ Nohoğlu, a.g.e., s. 524.

¹⁴⁷ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Villemin/ Tok, a.g.e., s. 312.

¹⁴⁸ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Villemin/ Tok, a.g.e.

Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin varlığı halinde alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda CMK m. 47 hükmü uygulanacaktır. Tanık, zabıt katibi dahi olmadan mahkeme hakimi veya heyeti tarafından dinlenir. Böylece devletin güvenliği tehlikeye atılmadan hakim uyuşmazlık konusu olayla ilgili vicdani kanaate sahip olabilecektir. Sadece suçu açıklığa kavuşturacak bilgiler tutanağa geçirilir. Bu durumda anlatılanların tamamının tutanağa geçirilmemesi ancak hakimin vicdani kanaatinin oluşmasında tutanağa geçirilmemiş olan kısmında etkili olması savunma hakkının bu anlamda kısıtlanmasına sebebiyet verebilir. Ancak suçlulukla mücadele açısından bazı düzenlemeler gereklidir ve bu düzenleme ise her suç için uygulanabilen bir düzenleme değildir.¹⁴⁹

Devlet sırrı niteliğinde bilgiler konusunda tanıklığın istisnası Cumhurbaşkanının tanıklığıdır. CMK m. 47/5'e göre Cumhurbaşkanı tanıklık yapma konusunda ve bilgilerin devlet sırrı niteliği taşıyıp taşımadığı kendi takdirindedir.

2. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Tanıklıktan çekinme yetkisi akrabalık ilişkisinden dolayı ve kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme halinde söz konudur. Burada tanık tanıklık yapmakta ancak soruya cevap vermekten çekinmektedir.¹⁵⁰ Yani tanığın tümüyle tanıklıktan çekinmesi mümkün olmayıp sadece kendisi ve yakınları aleyhine sonuç doğurabilecek sorular açısından çekinme hakkı vardır.

Tanıklıkta esas olan gerçeğin beyan edilmesidir ancak tanığın kendisinin veya yakınlarının cezalandırılması sonucunu doğuracak beyanlarda bulunması tanıktan beklenemez. Bu husus evrensel bir kural olmakla birlikte Anayasa m. 38/5'te düzenlenmiştir. Kanun koyucu maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve aile bireylerinin menfaati arasındaki dengeyi kurarak bazı kimselerin gerçeği söylemekten kaçınma halinin varlığını gözeterek bu kimselere çekinme hakkı tanımıştır.¹⁵¹ CMK m. 45'te sayılan kişiler tanıklıktan çekinebilir. Bu kişiler;

- a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.
- b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.
- c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunan" kişilerdir.

¹⁴⁹ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 630.

¹⁵⁰ Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e.

¹⁵¹ Güngör, a.g.e., s. 313., Yenisey/ Nuhuğlu, s. 515.

CMK m. 48'de yer alan düzenleme ile kendisi, nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoyu veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunan kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilirler. Ancak bu hallerde tanığa tanıklıktan çekinme hakkı olduğu önceden bildirilmelidir. Aksi halde alınan beyanın bir hükmü olmayıp hukuka aykırı delil niteliği taşır.¹⁵² Ayrıca çekinme hakkı bildirilmediğinde tanık, yalan beyana zorlanmış olacaktır.¹⁵³ Ancak suçu önleme yükümlülüğü kapsamında ceza soruşturmasına ilişkin hükümler saklıdır.

“Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.”(CMK m. 45/2) Madde hükmü gereğince yasal temsilci şüpheli veya sanık ise maddede belirtilen kişilerin çekinmelerine ilişkin karar veremezler. BU durumda çekinme konusunda kimin karar vereceği düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre, tanığın çekinip çekinmemesi hususunda karar vermesi için Cumhuriyet savcısı ya da mahkeme tarafından kayyım ataması yoluna gidilmelidir.¹⁵⁴ Bir diğer görüş, bu durumda tanıklıktan çekinip çekinmemesi konusunda hakime veya mahkemeye yetki verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁵⁵

Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Tanığa çekinme yetkisi olduğunun yargı mercileri tarafından hatırlatılması adil yargılanma ilkesini esas alan bir güvence sağlayacaktır.¹⁵⁶ Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler. (CMK m. 45/3) Tanık beyana başladıktan sonra tanıklıktan çekinebilir ancak beyan tamamlandıktan sonra çekinemez. Tanık duruşma öncesi beyan vermiş ancak sonraki dinleme sırasında tanıklıktan çekinir ve beyan vermezse tanığın önceki beyanları ve buna ilişkin tutanaklar duruşmada okunmaz.

CMK m. 49'a göre CMK m. 45,46,48'de gösterilen hallerde tanık tanıklıktan çekinmesinin dayanağı olan olguları bildirir. Bu hususta yemin verdirip verdirmemek mahkeme başkanı, hakim ve Cumhuriyet savcısının takdirindedir.

¹⁵² Taşçı,Gülşen(Der.), a.g.e., s. 56.

¹⁵³ Yaşar, a.g.e., s. 663.

¹⁵⁴ Öztürk,/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer / Saygılar Kırıt/ Alan Akcan /Özaydın/ /Erden Tütüncü/ Altınok Villemin/ Tok, a.g.e., s.311.

¹⁵⁵ Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 534.

¹⁵⁶ Taşçı,Gülşen(Der.),a.g.e., s. 62., Özbek/Donay/Bacaksız, a.g.e., s. 632.

CMK m. 51 gereğince tanıklıktan çekinebilecek kimse kendi takdir ile tanıklıktan çekinmeyebilir. Tanıklıktan çekinme hali olmasına rağmen tanıklık yapan kişi yemin vermek istemeyebilir. Bu durumda mahkeme başkanı veya hakim tanığa yemin verdirmeyebilir. CMK m. 51 sadece mahkeme başkanı veya hakime bu yetkiyi vermiştir. CMK m. 54 ile Cumhuriyet savcısının soruşturma aşamasında yemin verdirme yetkisinden bahsedilmiş ise de CMK m. 51'e göre Cumhuriyet savcısına bu yetki verilmemiştir. Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde Cumhuriyet savcısının yeminsiz tanık dinleyemeyeceğini esas hakkında hüküm verecek olan mahkeme tarafından tanığın bizzat dinlenilmesi gerektiğini belirtmeliyiz.¹⁵⁷

Tanık yasal sebepler olmaksızın tanıklıktan ve yeminden çekirse belli yaptırımlar ile karşılaşır. CMK m. 60'da belirtildiği gibi tanık tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekilmesinden doğan giderlere mahkum edilir ve hüküm verilinceye kadar üç ayı geçmemek üzere tanık hakkında disiplin hapsi uygulanabilir. Tanık tanıklıktan doğan yükümlülüklerini yerine getirirse hakkında uygulanan disiplin hapsi kalkar. Bu tedbirleri almaya naip hakim, istinabe olunan mahkeme hakimi, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi yetkilidir. (CMK m. 60/2) Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava ve aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez.(CMK m. 60/3)

Aynı zamanda tanıklık yapmak belli bir zaman ve bazı harcamalara sebebiyet verdiği için devletçe herhangi bir vergi, resim, harca tabi olmadan tanığa bir miktar tazminat ödenir. Böylece tanıklık yapmanın önündeki engel kaldırılmış olur. CMK m. 61'de bu husus düzenlenmiştir; "Cumhuriyet savcısı ve mahkeme başkanı veya hakim tarafından çağrılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tarifeye göre kaybettiği zaman ile orantılı bir tazminat verilir. Tanık hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa, yol giderleriyle tanıklığa çağrıldığı yerdeki ikamet ve beslenme giderleri de karşılanır." 2019 yılı için 27.12.2018 tarihli ve 30638 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı'nın Tanıklık Ücret Tarifesi uyarınca; tanığa tanıklık nedeniyle kaybettiği zamanla orantılı olarak günlük 20,00 TL ile 40,00 TL arası ücret ödenir.¹⁵⁸

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Hukuku açısından tanık, muhakemenin tarafı olmayan ancak olayla ilgili bilgisi ve görgüsü olan üçüncü kişidir. Tanık olabilmek için fiziksel ve ruhsal bir olgunluk aranmaz, muhakeme engeli olmayan herkes tanık olabilir.

¹⁵⁷ Yenisey/ Nuhoglu, a.g.e.s. 520.

¹⁵⁸ Yalvaç, s. 445.

Çalışmamızda muhakemeye katılan kişilerin tanıklık yapıp yapamayacağı hususuna değinilmiştir. CMK m. 236/1’de mağdurun tanık olarak dinlenilmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Mağdur, şikayetçi olmadığı takdirde taraf sıfatı yoktur ve tanığın cezalandırılması yönünde bir irade taşımaz. Bu halde mağdur tanık olarak dinlenebilir. Katılan ise hem makam itibariyle hem de şahıs itibariyle taraftır. Bu sebeple tanık olarak dinlenemez. Yine CMK’da “Yemin Verilmeyen Tanık” başlıklı m. 50’de suç ortaklarının tanıklığına imkan veren bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yapılan düzenleme hatalıdır. Ancak beraat eden sanık diğer sanık hakkında tanıklık yapabileceği gibi ayrı görülen davalarda suç ortağı bir diğer suç ortağının davasında şahıs itibariyle taraf olmayacağı için tanıklık yapabilir. Hakim veya savcının olaya tanık olması halinde tanıklık görevine öncelik verilmelidir. Zira ceza muhakemesinde asıl olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır ve bazı hallerde delil ikamesi söz konusu olmayabilir. Adli kolluk suçu ihbar, suç duyurusu ya da şikayet vasıtasıyla öğrendiği takdirde olayı bizzat algılamadığı için tanık sıfatını alması söz konusu olmayacaktır. Ancak idari kolluk olayı, bizzat algılaması ile öğrenebileceği için tanık sıfatını alabilecektir. Müdafî ise mesleki faaliyeti nedeniyle edindiği bilgiler açısından sır saklama yükümlülüğü kapsamında tanıklıktan çekinebilir. Ancak sır sahibi rıza gösterdiği takdirde tanıklıktan çekinip çekinmeme müdafinin takdirindedir. (CMK m. 46/1-a,2) Müdafî tanıklık yaptığı olayda müdafilik görevinden çekilmelidir.

Tanık beş duyu organı vasıtasıyla algıladığı olayları aktarmalıdır. Ancak bazı hallerde tanık başkalarından duyduğu bilgileri de aktarabilmektedir. Bu halde tanığın beyanının doğruluğu tehlikeye düşeceği için başka delillerle desteklenmelidir.

Ceza yargılamasında benimsenen vicdani delil sistemine göre hakim kararını ancak huzurunda tartışılmış ve duruşmaya getirilmiş delillere dayandırabilir. Toplanan deliller sanığın huzurunda tartışmaya açılır ve değerlendirilir. Bu husus ceza muhakemesinde hakim olan yüzyüzelik ve sözlülük ilkesinin sonucudur.¹⁵⁹ Hakim kararını tanık beyanına dayandırabilmesi için öncelikle beyanın maddi gerçeği yansıttığı konusunda kanaat oluşmalıdır. Hakim tanığın olaylarla bağdaşan beyanlarda bulunup bulunmadığını, bir olayı algılama yeteneğinin ne düzeyde olduğunu, geçmişte yaşanan olayları akılda tutabilme durumunu araştırdıktan sonra delilleri değerlendirmelidir. Tanık beyanını bir bütünün parçaları olarak uyduğu kanaatine varırsa tanık beyanını gerekçelendirerek delil olarak değerlendirip hükme esas alabilir.

¹⁵⁹ Aksan, a.g.e.,s. 5.

Kanun koyucu tanığa bazı haklar tanıdığı gibi yükümlülükte yüklemiştir. Tanıklık kamusal bir görev olduğu için tanık çağrıldığı duruşma gün ve saatinde hazır bulunmalıdır. Tanık CMK m. 180’de sayılan zorunlu hallerde SEGBİS vasıtasıyla ya da istinabe yoluyla dinlenebilir. Ancak tanık beyanı suçun tek delili ise CMK m. 210/1 kapsamında tanığın duruşmada dinlenilmesi zorunludur. Bu şekilde olay asıl kaynağından öğrenilecek ve güvenilir delil elde edilecektir. Sanık tanık ile yüzleşebilecek, soru sorma hakkını kullanabilecek ve böylece adil yargılanma ilkesi korunmuş olacaktır.

Tanığın kimlik tespitinin ardından beyanlarına ne kadar itimat edileceği özellikle hakimi aydınlatacak hallerde sanık ve mağdurla olan münasebeti hakkında sorular sorulur. Bu tür sorular öncelikle delil ikamesinin mahkeme başkanı veya hakim tarafından yapılacağını düzenleyen CMK m. 192 gereğince öncelikle mahkeme başkanı veya hakim tarafından sorulabilecektir. CMK m. 201 düzenlemesi doğrudan soru sorma yöntemini benimsemiştir. Bu düzenleme çapraz sorgu yöntemini gündeme getirmiştir. Çapraz sorgu Türk ceza hukuku sisteminde kabul edilmemektedir. Bu yöntem itham sisteminin uygulandığı ülkelerde kullanılmaktadır. Ceza muhakemesinde hakim yargılamayı resen yürütmektedir ve taraf tanığı uygulaması yoktur. Hakim tarafların dinlenmesini istediği tanık ile sınırlı değildir, herkesi dinleyebilir. Bu sebeple Türk ceza hukuku sistemimizde çapraz sorgu uygulanmamaktadır. AİHS “Adil Yargılanma” başlıklı m. 6/3-d düzenlemesi de çapraz sorgunun temelindeki düşünce ile uyushmaktadır. Adil yargılanmanın gereği olan çapraz sorgu yöntemi, tanığa hızlı ve aralıksız soru sorarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlar. Ancak Ceza Muhakemesi Hukukunda amaç delilleri hakimin takdirine sunmaktır. Bizim hukuk sistemimizde çapraz sorgunun uygulanması için yeterli sistem mevcut değildir.

Kanun koyucu tanıklık görevine belli bir önem addedip tanığa karşı gelebilecek tehlikelere karşı tanığı koruma altına almıştır. Hatta kanun koyucu koruma tedbirlerinin kapsamını genişleterek tanıklık sebebiyle tehlike ile karşılaşan tanığın yakınlarını da koruma altına almıştır. Ancak tanık ve tanığın yakınları için alınacak koruma tedbirleri tarafların savunma hakkını kısıtlayıcı şekilde uygulanmamalı, adil yargılanma ilkesi korunmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKSAN, Murat, “Ceza Muhakemesi İşlemlerinde Hazır Bulunma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2003, s 165-197, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262570>, (Erişim Tarihi: 21.07.2020).
- AKDENİZ, Tugay, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanı Delili”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, file:///C:/Users/mm/Downloads/407890%20(1).pdf, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).
- ALTIPARMAK, Cüneyd, “Türk Hukukunda Tanık Koruma”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, Kış 2008, s. 171-179, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2008-1/10.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.07.2020).
- BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim, 2018, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=21248>, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).
- BİRTEK, Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=17987>, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 18. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, Ekim, 2020.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, TBB Dergisi, S. 83, 2009, s 73-122, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-83-527>, (Erişim Tarihi: 26.11.2019).
- DONAY, Süheyl, Ceza Yargılaması Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012.
- FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Hukuku Muhakemesinde Tanıklık, Ankara 1996.
- GÜROL, Candaş, “Tanığın Korunması ve Adil Yargılanma Hakkı”, TBB Dergisi, Sayı 60, 2005, s 44-54, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-60-169>, (Erişim Tarihi: 26.07.2020).
- GÜNGÖR, Devrim , “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 6, Sayı 2, 2015, s 307-318, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/208354>, (Erişim Tarihi: 21.07.2020).
- İPEK, Ali İhsan, Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- KÖSE, Metin, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi”, ERÜHFD, C. 14, S. 1, 2019, s 175-209, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/751633>, (Erişim Tarihi: 26.11.2019).
- KIZIL, Muhammet, “Tanık İfadesi ve İnanırcılık”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-2/14.pdf>, s. 395-407, (Erişim Tarihi:26.11.2019).
- ŞAHİN, Cumhuriyet GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=47902>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).
- ŞAHİN, Cumhuriyet GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=22546>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).
- ÖZBEK, Veli Özer/DONAY, Koray/BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=48193>, (Erişim Tarihi: 12.10.2020).
- ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=17901>, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).
- ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem/ /ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ ALTINOK VILLEMIN, Derya/ TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=48199>, (Erişim Tarihi: 20.10.2020)
- TAMER ASLAN, Şükran, “Yalan Tanıklık Suçu”, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, file:///C:/Users/mm/Downloads/%C5%9E%C3%BCkranTamerAslan%20(1).pdf.,(Erişim Tarihi:26.11.2019).
- TAŞÇI, Gülşen(Der.)/TAŞÇI, Alp Tekin(Haz.), “Türkiye’de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler”, Ankara Barosu Yayınları, Ağustos 2007, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/taniklikyeni.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.07.2020).
- TEMİZ, Yağmur, “Türk Hukukunda Çapraz Sorgu Tartışmaları”, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1 Yıl 2015, s. 299-336, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/208337>, (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

- ÜNVER, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat ve CMK Uygulamamız”, Ceza Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2006, s 103-205, <https://jurix.com.tr/article/2888> , (Erişim Tarihi: 26.11.2019).
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Mayıs, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=18374>, (Erişim Tarihi: 23.10.2020).
- YAŞAR, Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2017, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=20820>, (Erişim Tarihi: 19.10.2020).
- YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=47923>, (Erişim Tarihi: 12.10.2020).
- YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK), Mart 2019 Tarihi İtibariyle 7165 sayılı Yasayla Birlikte Güncellenmiş 9. Bakı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=21164>, (Erişim Tarihi:24.10.2020).
- YÜCEL, Mustafa Tören, “Ceza Adaletinde Tanıklık”, TBB Dergisi, 1994/2, s. 100-106, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1994-19941-956>, (Erişim Tarihi:26.11.2019).

COVID-19 (KORONAVİRÜS) SALGINI VE YAŞAM HAKKI

Covid-19 (Coronavirus) Epidemic and the Right to Life

Dr. Öğr. Üyesi Dikran M. ZENGİNKUZUCU*

Geliş Tarihi: 11.08.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

2020 yılının başında COVID-19 salgını kısa sürede tüm dünyayı sardı ve milyonlarca insanın yaşamını etkiledi. Bir yandan hükümetler salgına karşı koruma önlemleri almaya çalışırken, hazırlıksızlık ve kaynakların yetersizliği nedeniyle bir çok kişi yaşamını yitirdi ya da yaşamı tehlikeye girdi. Bu makale böyle bir salgın karşısında devletlerin kendi yetki alanlarındaki herkesin sağlık hakkı ile bağlantılı olarak yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü azaltabilip azaltamayacağı konusunu irdelemektedir. Öncelikle sağlık hakkı ve yaşam hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülükleri ele alınacaktır. Bu çerçevede makale olağanüstü durumda devletin önlem alma yükümlülüğü ve halkın sağlık hizmetine erişim hakkını tartışmaktadır. Bu bağlamda makale devletin kıt kaynakların kullanımında tercih hakkını ve hayatından ümit kesilen hastaların durumunu da ele almaktadır. Son olarak kısıtlı grupların yani tutuklu ve hükümlülerin koşulları ve sığınmacıların hakları değerlendirilmektedir. Sonuç olarak devletin böyle bir salgın durumunda da olsa yapacağı düzenlemeler ve kaynak dağıtımında tercihleri ile ayrımsız şekilde yaşam hakkı çerçevesinde sağlık hakkını koruma altına alması gerektiği anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Koronavirüs, COVID-19, insan hakları hukuku, yaşam hakkı, sağlık hakkı, tutuklular, sığınmacılar.

ABSTRACT

In the beginning of 2020, COVID-19 pandemic rapidly surrendered the World and affected the life of millions. While the governments have tried to take preventive measures against the pandemic, many people died, or their life have been endangered due to lack of preparedness and resources. This article examines the question of whether the States are entitled to derogate from their responsibility of securing the right to health in conjunction with the right to life of everyone within their jurisdiction in the event of such a pandemic. In this regard the article discusses the state responsibility to take necessary measures as well as right of the population to access to healthcare services in extraordinary times. In this context, the article also considers states' right of choice in the use of scarce resources and the situation of the hopeless patients. Subsequently, the rights of the restricted groups, namely prisoners and asylum-seekers, are evaluated. Finally, it is concluded that a state shall secure the right of health based on the non-derogable right to life of everyone without discrimination even in such a pandemic situation by preventive measures and its choices on the distribution of resources.

Keywords: Coronavirus, COVID-19, human rights law, right to life, right to health, prisoners, asylum-seekers.

* İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi, e-posta: dikranzenginkuzucu@esenyurt.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4521-4868.

GİRİŞ

31 Aralık 2019 günü Çin'in Hubei Eyaleti Wuhan Bölge Sağlık Komisyonu yeni bir zatürre vakası kümesi bildirdi ve sonunda yeni bir koronavirüs hikayesi tanımlandı. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) 5 Ocak 2020'de Wuhan'da bir salgının baş gösterdiğini dünyaya duyurdu. Çin ilk ölüm vakasını 11 Ocak'ta dünyaya duyurdu, 13 Ocak'ta ise Çin dışındaki ilk vaka Tayland'da gözlemlendi.¹ Birkaç ay içerisinde salgın dünyanın tamamına yakınına sardı ve tüm insanlığın korkusu haline geldi. Salgından dünya çapında milyonlarca kişinin etkilendiği tespit edildi ve yüzbinlerce can kaybı yaşandı.² Salgının seyri, süresi ve sonuçları hakkında çok sayıda çalışma ve tahmin üretilmektedir ancak somut olan şey salgının şimdiden tüm insanlığı etkisi altına aldığı ve toplumsal hayat üzerinde tek belirleyici olduğudur. Sonuç itibari ile insanlar yaygın şekilde hayatlarını kaybetmektedirler, sağlıklarından olmaktadır ya da korunmak için gönüllü veya zorunlu bir dizi kısıtlama ve yasak altında yaşamlarına devam etmektedirler. Bu tehdit karşısında insanlar başta yaşamları olmak üzere bir çok temel hak ve özgürlüklerinden yoksun kalmaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında salgın bireylerin başta sağlık ve yaşam hakları olmak üzere bir çok temel haklarını ilgilendirmektedir. Bu durum salgının devletlerin sağlık ve yaşam hakları karşısında sorumluluğunun bir istisnasını oluşturabilir mi sorusunu ortaya atmaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunun yerleşik bir uygulaması olarak hükümetler her ne kadar doğrudan sorumlu olmasalar da pozitif yükümlülükleri³ gereği bir hak ihlalinin öngörülmesi ve engellenmesi için

¹ DSÖ, *WHO Timeline- COVID-19*, <https://www.who.int/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19> (Erişim Tarihi: 24.04.2020).

² John Hopkins University and Medicine Coronavirus Resource Center, *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (Erişim Tarihi: 24.04.2020).

³ A. Şeref **GÖZÜBÜYÜK** / Feyyaz **GÖLCÜKLÜ**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, 126-127; Durmuş **TEZCAN** vd.: *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yay., Ankara 2006, 66; Jean-François **AKANDJI-KOMBE**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, AK Yayınları, Brüksel, 2008, 5; Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler*, 7/ 27, 2010, 116-120; Hasan **BAKIRCI**: "AİHS'ne Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri", Ahmet **TAŞKIN** (Ed.), 50.Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler (s.31-39), Türkiye Adalet Akademisi Yay., Ankara 2010, 31-32; Sandra **FREDMAN**, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, OUP, Oxford, 2008, 1; Alastair R. **MOWBRAY**, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2004, 5-6; Matthias **KLATT**, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *ZaöRV*, 71, 2011, 704-711; Tuğba **SARIKAYA GÜLER**, "Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?", *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 6/1, 2017, 360 – 362.

uygun önlemleri almamaları da sorumluluklarını doğurmaktadır. COVID-19 salgınına neden olan virüsün yeni ortaya çıkmış olması⁴ ve henüz tedavisinin bulunmamış olması, bulaşma hızının da çok yüksek olması⁵ nedeniyle özellikle tüm dünyada virüsten enfekte olan insanlar sağlık hizmetine erişimde ciddi sıkıntılar yaşamıştır. Bunun yanı sıra Mısır’da olduğu gibi sağlık çalışanlarının kasıtlı olarak yanlış bilgilendirildiğine⁶ veya Tayland’daki gibi sağlık çalışanlarının gerekli ekipmandan yoksun çalışmaya zorlandıklarına⁷ ilişkin ortaya atılan iddialar hükümetlerin geniş ölçekte halkların özelde de sağlık çalışanlarının ve salgınla mücadelede diğer görevlilerin⁸ yaşam haklarını ihlal ettiği görüşlerini ortaya çıkarmaktadır. Öte yandan, salgın nedeniyle yüksek miktarda hasta ile karşılaşan ancak hastane donanımı ve kapasitesi eksik kalan bazı yerlerde hastalar arası ayrımcılık yapıldığı, hastalar arasında seçim yapılarak bazı grupların sistematik olarak tedavide geri bırakıldığı ya da ölüme terk edildiği haberleri gelmektedir.⁹ Son olarak da özel koşullarda bulunan ve kamu hizmetlerine erişimde toplumun geri kalanından farklı ya da elverişsiz konumda bulunan tutuklular ve sığınmacıların salgın karşısında haklarını kullanmakta en dezavantajlı gruplar olarak öne çıkmaktadır.

Bu makale COVID-19 salgınının halen dünyada etkisinin sürdüğü bir yandan enfekte olan milyolar ve ölüm haberleri gelirken öte yandan hükümetlerin

⁴ DSÖ, “Q&A on coronaviruses (COVID-19)”, 17 April 2020, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses> (Erişim Tarihi: 08.05.2020).

⁵ DSÖ, “Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report– 108”, 7 May 2020, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200507covid-19-sitrep-108.pdf?sfvrsn=44cc8ed8_2 (Erişim Tarihi: 08.05.2020).

⁶ Mada MASR, *Coronavirus quarantine in Marsa Matrouh for China evacuees, sources say doctors, nurses tricked into the assignment*, 2 February 2020, <https://madamasr.com/en/2020/02/02/feature/society/sources-doctors-nurses-tricked-into-coronavirus-quarantine-assignment-in-marsa-matrouh-for-china-evacuees/> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

⁷ Bangkok Post, *Looming face mask crisis at state hospitals*, 7 March 2020, <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/1873289/looming-face-mask-crisis-at-state-hospitals> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).

⁸ Bu çerçevede kapalı uçlu bir liste olmamakla birlikte güvenlik güçleri, itfaiye ve temizlik işçileri gibi zorunlu hizmetleri yerine getiren kamu görevlileri ile özel sektör çalışanları sayılabilir.

⁹ Sabah, “Avrupa’da binlerce yaşlı corona virüs nedeniyle ölüme terk edildi!”, 14 Nisan 2020, <https://www.ahaber.com.tr/yasam/2020/04/14/avrupada-binlerce-yasli-corona-virus-nedeniyle-olume-terk-edildi> (Erişim Tarihi: 29.04.2020); BBC, “Coronavirus: Spanish army finds care home residents ‘dead and abandoned’”, 24 March 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-52014023> (Erişim Tarihi: 01.05.2020); BBC, “Coronavirus: Older people being ‘airbrushed’ out of virus figures”, 14 April 2020, <https://www.bbc.com/news/uk-52275823> (Erişim Tarihi: 01.05.2020); Adrienne DUNN, “Fact check: Were elderly Italians left to die? And is socialized health care to blame?”, USA Today, 21 March 2020, <https://www.usatoday.com/story/news/factcheck/2020/03/20/fact-check-were-italians-left-die-socialized-medicine-blame-coronavirus/2887743001/> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

hem mücadele önlemleri aldığı hem de salgın sonrası için “normalleşme” programları yaptıkları bir dönemde kaleme alınmıştır. Makalenin amacı özellikle COVID-19 salgını koşullarında devletlerin yaşam hakkı çerçevesindeki pozitif yükümlülüklerini sorgulamaktadır. Önümüzdeki dönemde de dünyanın salgın, doğal afet, çevre felaketleri gibi durumlarla karşılaşacağı beklenir bir durumdur.¹⁰ Bu bağlamda çoğu çevreler ve özellikle de hükümetler tarafından “beklenmedik”, “olağandışı” ya da “öngörülemez” olarak nitelenen durumlarda devletin sorumluluklarının çerçevesi incelenecektir. Bu amaçla öncelikle uluslararası insan hakları hukukunda sağlık hakkı ele alınacaktır. Bu bölümde olağanüstü durumlarda sağlık hakkına bağlı devletin yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri de irdelenecektir. Ardından sağlık hakkı kapsamında sağlık hizmetlerine erişim, ayrımcılık yasağı ve salgın durumunda hastanın hayatının sonlandırılması konularına değinilecektir. Son olarak da kısıtlı gruplar arasında sayılan tutukluların ve sığınmacıların haklarının gözetilmesi sorumluluğu ele alınacaktır.

A. Salgın ve Devletlerin Sağlık ve Yaşam Hakkına İlişkin Yükümlülükleri

1. Sağlık Hakkının Kapsamı ve COVID-19 Salgını

Uluslararası hukukta sağlık hakkı genel olarak ekonomik ve toplumsal haklar altında yer almaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar (BMESKH) Paketi¹¹ 12. maddesi sağlık hakkını “herkesin ulaşılabilir en üst düzeyde fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olması” olarak tanımlamaktadır. Bu hak vatandaş, yabancı, sığınmacı farkı ya da her ne şekilde olursa olsun ayrımcılık gözetmeksizin devletlerin yetki alanlarındaki herkese tanınmaktadır. Avrupa Konseyi (AK) çerçevesinde yapılmış Avrupa Sosyal Şartı da I. Bölümü altında Sözleşmeciler devletlerin yetki alanlarındaki herkese “ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemlerle yararlanma”larını sağlamak için her türlü çabayı göstermelerini zorunlu kılmaktadır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ulaşılabilir en üst düzeyin sağlık hizmet ve ürünlerini “yeterli miktarda, ayrımsız herkes tarafından ulaşılabilir, kabul edilebilir ve yeterli kalitede olması” olarak tarif etmektedir¹². Her ne kadar Avrupa Sosyal Şartı olağanüstü durumlarda hükümetlere sayılan yükümlülükler aykırı önlemler

¹⁰ Philippe **DESCHAMPS** / Thierry **LEBEL**, “İklimsel krizin küçük modeli- COVID-19 salgını uygarlığımızın ne kadar da dayanıksız olduğunu ortaya çıkardı” (çev.: Zeynep Peker), *Cumhuriyet Le Monde Diplomatique Türkiye eki*, 4 Mayıs 2020, 1-2.

¹¹ *BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Paketi*, İmza Tarihi: 16.12.1966, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 3.1.1976, RG 11.8.2003, sayı: 25196.

¹² CESCR, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 11 August 2000, par. 12, <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).

alabilme olanağı tanıyorsa da bu önlemlerin devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerini zedeleyemeyeceğini belirtmektedir ve BMESKH Paktı Sözleşmeciler devletlere böyle bir askıya alma hakkı tanımamaktadır. BM Paktı'nın 2. maddesine göre tüm Sözleşmeciler devletler bu hakları yalnızca mevcut kaynakları ölçüsünde değil giderek artan şekilde ve kaynakları mümkün olan en üst seviyesinde kullanarak sağlamak yükümlülüğündedirler. Bu çerçevede tüm devletlerin işbirliği içerisinde olması, özellikle de gerektiğinde ekonomik ve teknik yardım sağlanması gerekli kılınmaktadır. Bu maddede sözü edilen kaynaklar yalnızca finansal kaynaklar ya da donanım olarak anlaşılmamalıdır. Bu çerçevede doğal kaynaklar, insan kaynakları, teknolojik kaynaklar, bilgi kaynakları ve mümkün olan tüm araçlar kullanılmalı ve geliştirilmelidir. Uluslararası insan hakları belgelerinin getirmiş olduğu uluslararası işbirliği yükümlülüğü bir dizi uluslararası belgenin de belirlediği gibi devletler arasında her türlü ekonomik ve teknik yardımlaşmayı da içerecek şekilde COVID-19 salgınında eşgüdümli çalışmayı, kaynaktan yoksun devletlere gerek duydukları kaynakları sağlamayı da içermektedir¹³. Ayrıca devletler bu salgın hakkında devletlerin kendi yetki alanlarındaki kişileri, ilgili ulusal ve uluslararası örgütleri ve diğer devletleri uygun şekilde şeffaf ve ulaşılabilir şekilde bilgilendirmesi gerekmektedir. COVID-19 salgını koşulları devletlere uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde sağlık hakkı kapsamında öncelikle sağlık çalışanlarının gerekli korunma araçlarıyla donatılması, kendi yetki alanlarında bulunan herkesin ayrımsız olası en üst düzeyde sağlık hizmetlerine ulaşabilmesi, herkesin gerekli olduğu çerçevede şeffaf bilgi alabilmesi ve uluslararası işbirliğini içerir. Bu çerçevede herkesin ayrımsız olanaklı en iyi ölçüde sağlık hizmetlerine erişimi, sağlık kuruluşlarına erişimi, temel gıda ve su kaynaklarına erişimi, güvenli ve sıhhi barınması devletlerin yükümlülükleri altındadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmek hususunda devletlerin olanakları ve kaynakları kısıtlıdır. Ancak bu kısıtların üstesinden gelmesi ve herkesin belirli bir standartta sağlık hakkına erişebilmesi için devletin elinden gelen tüm olanakları kullanacak politikalar geliştirmesi ve uluslararası toplumun da bu konuda işbirliği ve yardımlaşma içerisinde olması gerekmektedir. Ayrıca olanaklı olduğunca bu gibi olası durumlara karşı önlemler alınması gerekmektedir. DSÖ'nün 2017 yılında yayınladığı ve olası bir enfliyanza salgınına karşı hazırlık rehberi ile yaptığı uyarılara karşın İngiltere'de olduğu gibi bir çok ülkede maliyetler nedeniyle bu uyarıların göz ardı edildiğine ilişkin haberler devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmekte başarısız olduklarına işaret etmektedir. Öte yandan devletler

¹³ CESCR, General Comment No. 14, par. 38; De Schutter, Oliver; Eide, Asbjørn; Khalfan, Ashfaq vd., "Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic Social and Cultural Rights", *Human Rights Commentary*, 34, 2012, 1090 – 1095.

COVID-19 salgını gibi olağanüstü durumlarda bazı istisnai önlemler de almaktadırlar. Bu kapsamda bazı devletler özel sektörün olanaklarını bu salgın sırasında kamu yararına kullanmaya yönelik kararlar alabilmektedirler. Örneğin İspanya bu süreçte özel hastaneleri kamulaştırmış¹⁴, İngiltere özel hastanelerle “kâr amacı gütmeyen” çalışmaları üzerine bir anlaşma yapmıştır¹⁵.

2. Salgın ve Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı, BM Kişisel ve Siyasi Haklar (BMKSH) Paketi¹⁶ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak bilinen AK İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme¹⁷ içerisinde askıya alınmaz ve kısıtlanamaz çekirdek haklar arasında yer alır. BMKSH Paketi (madde 7) ve AİHS (madde 2) tüm Sözleşmeciler devletlerin kendi yetki alanları içerisindeki herkesin yaşam hakkını yasayla koruma yükümlülüğünü getirir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yaşam hakkının korunmasının Sözleşme'nin en önde gelen düzenlemesi olduğunun altını çizmekte ve işkenceyle insan dışı muameleyi yasaklayan 3. maddesiyle birlikte demokratik toplumların en temel değerleri olarak saymaktadır.¹⁸ T.C. Anayasası da 17. maddesinde “herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” demektedir ve 15. maddesi ile bu hakkı savaş zamanında dahi dokunulmaz ve kısıtlanamaz haklar arasında saymaktadır. AİHM yaşam hakkı çerçevesinde Sözleşmeciler devletlerin “kendi yetki alanları içerisindeki herkesin yaşam hakkını koruma” yükümlülüğünü de öngörmektedir.¹⁹ Bu yaklaşım devletlere aynı zamanda kendi yetki alanları içerisindeki herkesin yaşam hakkından faydalanabilmesi için gerekli tüm önlemleri alma ve ihlalleri etkin şekilde soruşturup cezalandırmasını gerektiren pozitif yükümlülükler yüklemektedir. AİHM kararlarına göre bu yükümlülük “kamusal olsun ya da olmasın yaşam

¹⁴ Adam PAYNE, “Coronavirus: Spain nationalises all private hospitals, enters lockdown”, *Business Insider US*, 17 March 2020, <https://www.businessinsider.co.za/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3?r=US&IR=T> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).

¹⁵ The Guardian, “NHS and private hospitals join forces to fight coronavirus crisis”, 14 March 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/14/coronavirus-nhs-private-hospitals-join-forces-academics-warn-over-strategy> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).

¹⁶ BM Kişisel ve Siyasi Haklar Paketi, İmza Tarihi: 16.12.1966, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 23.3.1976, RG 18.6.2003, sayı: 25142.

¹⁷ AK İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, İmza Tarihi: 3.9.1953, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 3.1.1976, RG 19.3.1954, sayı: 8662.

¹⁸ AİHM. *McCann – BK* kararı. Başvuru no. 18984/91, 27 Eylül 1995, par. 146; AİHM. *Çakıcı – Türkiye* kararı. Başvuru no. 23657/94, 8 Temmuz 1999, par. 86; AİHM. *Velikova – Bulgaristan* kararı. Başvuru no. 41488/98, 18 Mayıs 2000, par. 68; AİHM. *Makaratsis – Yunanistan* kararı. Başvuru no. 50385/99, 20 Aralık 2004, par. 56.

¹⁹ AİHM. *L.C.B. – BK* kararı. Başvuru no. 14/1997/798/1001, 9 Haziran 1998, par. 38; AİHM. *Osman – BK* kararı. Başvuru no. 23452/94, 28 Ekim 1998, par. 115.

hakkının tehlikede olduğu her türlü etkinliği” kapsamaktadır.²⁰ Bu çerçevede devlet öncelikle yaşamı korumak için gerekli usulleri ve yasal düzenlemeleri kurmalıdır, ardından da önleyici uygulamaları hayata geçirmelidir.²¹ Sağlık hakkını bireysel düzlemde yaşam hakkından ayrı düşünmek olanaksızdır. Devletin yaşam hakkı çerçevesinde bu pozitif yükümlülüğü bireylerin sağlık hakkını gözetmek ve korumak ve yaşam hakkını tehdit eden sağlık risklerine karşı ulaşılabilir en üst düzeyde sağlık hizmetine erişebilmeleri için gerekli önlemleri almak ve yükümlülüğünü getirmektedir. Her ne kadar COVID-19 salgını özel bir durum oluştursa ve bir “doğal afet” olarak değerlendirilebilirse de devletlerin hiçbir koşulda askıya alınamaz yaşam hakkına bağlı sağlık hizmeti yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. AİHM, *Budayeva ve diğerleri* davasında insan kontrolü dışında gerçekleşen doğal afetlerde devletin pozitif yükümlülüğünün normal durumlar kadar somut olmasa da devam ettiğini belirtmiş ve devletin doğal afet öncesi sivillerin yaşam ve sağlığının korunması için yaşamsal önemde olan önlemleri almış olmamasını bir ihlal kabul etmiştir.²² Mahkeme her ne kadar kimi öngörülemez durumlarda yetkili makamların imkansız ve orantısız bir sorumluluk yüklenmemesi gerektiğini düşünse de²³ özellikle *Kolyadenko ve diğerleri* davasında hükümetin doğal bir afetin öngörülemez olması nedeniyle gerekli önlemlerin önceden alınmamış olduğu savunmasını kabul etmeyerek önceki yıllardaki verilerden ve deneyimlerden hareketle afetin olabirirliğinin ve olası sonuçlarının öngörülebileceğini belirtmiştir.²⁴ Bu çerçevede, devletlerin COVID-19 salgını öncesi böyle bir olayı ne oranda öngörebileceği, onun önceden almadığı ya da almaktan kaçındığı önlemler nedeniyle pozitif yükümlülüğünü ne oranda çiğnemiş olabileceğini belirlemede yardımcı olacaktır.

Bu çerçeveden bakıldığında DSÖ’nün 2017 yılında yayınladığı ve olası bir enflianza salgınına karşı hazırlık rehberi²⁵ ve 5 Ocak 2020’de yaptığı acil durum duyurusu²⁶ göz önüne alındığında devletlerin insan hayatını korumak için gerekli düzenlemeleri ve prosedürleri kurmuş olmaları sorumluluklarını

²⁰ AİHM. *Öneryıldız – Türkiye* kararı. Başvuru no. 48938/99, 31 Kasım 2004, par. 59.

²¹ AİHM. *Stoyanovi – Bulgaristan* kararı. Başvuru no. 42980/04, 9 Şubat 2011, par. 71.

²² AİHM. *Budayeva ve diğerleri – Rusya* kararı. Başvuru no. 15339/02 11673/02 15343/02 20058/02 21166/02, 20 Mart 2008, par. 175-177.

²³ AİHM. *Osman – BK* kararı, par. 116; AİHM. *Tarıbilir – Türkiye* kararı. Başvuru no. 21422/93, 16 Kasım 2000, par. 71

²⁴ AİHM. *Kolyadenko ve diğerleri – Rusya* kararı. Başvuru no. 15339/02 11673/02 15343/02 20058/02 21166/02, 9 Temmuz 2012, par. 165.

²⁵ DSÖ, *WHO guidance for surveillance during an influenza pandemic update*, World Health Organization, Geneva, 2017, https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/WHO_Guidance_for_surveillance_during_an_influenza_pandemic_082017.pdf (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

²⁶ DSÖ, *Pneumonia of unknown cause – China*, 5 Ocak 2020, <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/> (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

ortaya çıkmaktadır. Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı’nın yayınladığı pandemi genelgesi²⁷ ve İngiltere’nin Koronavirüs yasası²⁸ bu gereği bir ölçüde karşılayan örneklerdir. Türkiye’nin Cumhurbaşkanlığı genelgesinde DSÖ’nün uyarılarına koşut olarak enflüanza virüslerinde meydana gelen değişikliklere bağlı olarak çıkabilecek yeni bir salgın tehdidi karşısında alınması istenen önlemler sıralanmıştır. Bu önlemlerin başında Sağlık Bakanlığı koordinasyonunda olası bir salgınla mücadele için bir ulusal plan²⁹ hazırlanması ve paylaşılması, bir salgın durumunda toplumsal etkinin azaltılması için gerekli hazırlık çalışmalarının yapılması, sağlık kuruluşlarının olası bir salgın durumuna hazırlanması öngörülmektedir. AİHS’nin yaşam hakkı çerçevesinde sağlık hakkı alanında getirdiği pozitif yükümlülük gereği devletler, öncelikle gereksinim duyanlara “kamu ya da özel bütün hastaneleri, hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almaya zorlayan düzenlemeler yapma”³⁰ ve gerektiğinde sağlık durumuna yeterli bakımı sağlamak için yeterli -personel, teçhizat ve diğer- donanıma sahip bir kuruluşa uygun tedaviye erişimlerini güvence altına almak³¹ sorumluluğundadırlar. Mahkeme yaşam hakkı kapsamında sağlık hizmet ve önlemleri bakımından devletlerin esasen gerekli düzenleyici çerçeveyi ve altyapıyı oluşturmayı bekliyorsa da sağlık hizmetlerinin sunumu bakımından iki durumda yaşam hakkının ihlal edileceğini düşünmektedir. Bunların ilki, uygun tedavi uygulanmadığı halde hastanın hayatının riske gireceği bilindiği halde kasten ya da ihmal edilerek acil sağlık müdahalesinin yapılmamasıdır.³² Bu durumda devletin öncelikli görevi gerekli ve uygun profesyonel standartları düzenlemiş olmak ve buna karşın kasıt veya ihmal sonucu yaşam hakkı ihlali ortaya çıkmışsa etkin bir soruşturma yapmak, sorumluları cezalandırmak ve mağduriyetleri gidermek olacaktır.³³ İkincisi ise hastanedeki sağlık hizmetlerinin işleminde sistematik

²⁷ T.C. Cumhurbaşkanlığı, *Küresel Grip Salgını (Pandemi) Genelgesi*, Sayı: 2019/5, Resmî Gazete Tarih: 13 Nisan 2019, sayı: 30744.

²⁸ *Coronavirus Act 2020*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/contents> (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

²⁹ T.C. Sağlık Bakanlığı, *Pandemik İnflüenza Ulusal Hazırlık Planı*, Ankara, 2019, https://grip.gov.tr/depo/saglik-calisanlari/ulusal_pandemi_plani.pdf (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

³⁰ AİHM. *Calvelli ve Ciglio – İtalya* kararı. Başvuru no. 32967/96, 17 Ocak 2002, par. 38; AİHM. *İşiltan – Türkiye* kabuledilebilirlik kararı. Başvuru no. 209948/92, 22 Mayıs 1995, s. 35.

³¹ AİHM. *Valentin Câmpeanu adına Hukuk Kaynaklar Merkezi – Romanya* kararı. Başvuru no. 32967/96, 17 Ocak 2002, par. 38; AİHM. *İşiltan – Türkiye* kabuledilebilirlik kararı. Başvuru no. 47848/08, 17 Temmuz 2014, 135- 137.

³² AİHM. *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk – Türkiye* kararı. Başvuru no. 13423/09, 9 Nisan 2013, par. 104. AİHM. *Lopes de Souza Fernandes – Portekiz* kararı. Başvuru no. 56080/13, 19 Aralık 2017, par. 194.

³³ AİHM, *Erikson – İtalya* kabul edilebilirlik kararı. Başvuru no.37900/97, 26 Ekim 1999; AİHM. *Calvelli ve Ciglio – İtalya* kararı, par. 49; AİHM, *Lazzarini ve Ghiacchi – İtalya* kabul edilebilirlik kararı. Başvuru no.53749/00, 7 Kasım 2002; AİHM, *Eugenia Lazăr – Romanya* kararı. Başvuru no.32146/05, 16 Şubat 2010, par. 90.

ve yapısal bir bozukluğun hastanın yaşamını kurtaracak acil müdahaleye ulaşmasını engellemesidir. Bu eksiklikler ve bozuklukların kamu makamları tarafından biliniyor olması veya biliniyor olması gerekmesi durumunda söz konusu risk gerçekleşmeden gerekli önlemlerin alınmaması yaşam hakkı ihlalini devlete bağlayacaktır.³⁴

COVID-19 salgını ile mücadelede sağlık personelinin malzeme eksikliği nedeniyle hayati risk altında kalması ve bu çerçevede yaşam haklarının ihlali ile ilgili AİHM içtihatlarında bir karar bulunmamaktadır. Öte yandan, devletin salgın öncesi alması gereken önlemler, altyapı sorumlulukları, hastanelerin ve sağlık kurumlarının gerekli donanıma sahip olması gerekliliği söz konusudur. Sağlık hizmetlerinin işleminde kamu makamlarınca bilinmesi gereken sistematik ve yapısal bir bozukluğun devlete doğurduğu sorumluluk sağlık personelinin bilgi ya da teçhizat eksikliğinden dolayı yaşamının riske girmesi durumunda da geçerlidir.

Kuşkusuz böyle bir salgın önceden tahmin edilebilse dahi tüm önlemlerin alınabilmesi için yeterli kaynakların sağlanması veya ayrılması kolay olmayacaktır. Bu anlamda kamu kaynaklarının sınırlılığı ve değerli gereksinimler arasında dağıtımında “zor tercihler”de bulunma sorumluluğu hükümetlere aittir ve yaşam hakkı çerçevesindeki sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.³⁵

Mahkemeye göre:

Uygulamada özel önlemler arasında seçim konusunda, Mahkeme sürekli devletin pozitif önlemler alması gerektiğinde, yöntemin seçimi ilke olarak Sözleşmeciler devletin takdir yetkisi sınırları içerisinde düşen bir konudur. Sözleşme haklarını güven altına almak için farklı yöntemler vardır, hatta eğer devlet iç hukuk tarafından sağlanan özel bir önlemi uygulamakta başarısız olursa halen pozitif yükümlülüğünü diğer araçlarla yerine getirebilir. Bu nedenle, özellikle öncelikler ve kaynaklar çerçevesinde yapmaları gereken uygulama tercihleri göz önüne alınmaksızın yetkililere imkânsız veya orantısız bir sorumluluk yüklenmelidir; bu sonuç Mahkemenin daha önce zorlu toplumsal ve teknik alanlar ile ilgili aldığı kararlarında (bkz. *Budayeva ve diğerleri*, par. 134-35) olduğu gibi devletlerin sahip olduğu geniş bir takdir yetkisinden doğmaktadır.³⁶

...

³⁴ AİHM. *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk – Türkiye* kararı, par. 96; AİHM. *Aydoğdu – Türkiye* kararı. Başvuru no. 40448/06, 30 Ağustos 2016, par. 87; AİHM. *Lopes de Souza Fernandes – Portekiz* kararı, par. 195-196.

³⁵ AİHM. *Pentiacova ve diğerleri – Moldova*, kabul edilebilirlik kararı. Başvuru no. 14462/03, 4 Ocak 2005; AİHM. *Gheorghe - Romanya*, kabul edilebilirlik kararı. Başvuru no. 19215/04, 22 Eylül 2005; AİHM, *Wiater – Polonya* kararı. Başvuru no. 42290/08, 15 Mayıs 2012, par. 39; *Lopes de Souza Fernandes – Portekiz* kararı, par. 175.

³⁶ AİHM. *Brincat ve diğerleri – Malta* kararı. Başvuru no. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 ve 62338/11, 24 Ekim 2014, par. 101.

Yukarıdaki değerlendirmeler Mahkemeyi söz konusu tehdidin ciddiliği göz önüne alındığında, devletin araç seçme konusunda takdir yetkisine karşın, Hükümetin işbu dava koşullarında yasa ile düzenleme yapma veya diğer uygulama önlemleri alma konusunda 2. ve 8. maddelerden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerini getirmede başarısız olduğu sonucuna götürmüştür.³⁷

Mahkeme yukarıdaki kararlarında kamu sağlığı alanında devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamını gerekli ve uygun düzenlemeleri yapmanın ve buna karşın kasıt veya ihmâl sonucu yaşam hakkı ihlali ortaya çıkmışsa etkin bir soruşturma yapmanın, sorumluları cezalandırmanın ve mağduriyetleri gidermenin ötesinde tehlikeli durumlar karşısında koruma ve risklere ilişkin uygun bilgilendirme sağlamayı da içerecek şekilde genişletmiştir. Devletler kamu sağlığı alanında pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken sınırlı kaynaklarını en uygun ve verimli şekilde kullanırken yapmak zorunda olduğu seçimler konusunda serbesttir ancak bu serbestlik kamu sağlığının korunmasında ve sağlık hizmetlerinde olası bir eksikliğin bahanesi olarak öne sürülemez. Bu durumda DSÖ'nün 2017'den beri süren uyarıları ve bir salgın olasılığının varlığı devletlerin donanım bakımından hazırlıklı olmalarını gerektirdiği, en azından salgınla ilgili güncel bilgi akışının başlamasının ardından devletin pozitif yükümlülüklerinin tetiklendiğini söylemek mümkündür.³⁸

B. Salgın ve Sağlık Hizmetine Erişim

1. Sağlık Hakkı ve Savunmasız Hastalar

COVID-19 salgının yüksek yayılma hızının ve bir anda milyonların virüsten etkilenmesinin sağlık hizmetleri üzerinde baskı yarattığı bir gerçektir. Bu süreçte milyonlarca kişinin sağlık hizmetine erişim talebi çerçevesinde eksiklikler, yoksunluklar ve hatta ayrımcılık iddiaları ortaya atıldı. Herkesin en üst düzeyde sağlık hizmetine erişim hakkı varsa da toplumun genel ihtiyaçları göz önüne alındığında sağlık personeli, ambulans, yatak, yoğun bakım üniteleri, solunum cihazları, test kitleri, ilaçlar ve diğer kısıtlılıklar nedeniyle yetkililerin bu kaynakların en uygun ve verimli şekilde kullanılmasını gözetmeleri doğaldır. Bu çerçevede herkesin her istediği zaman değil ancak en uygun şekilde sağlık hizmetine erişimi gözetilmelidir ve sağlanmalıdır. Öte

³⁷ AİHM. *Brincat ve diğerleri – Malta* kararı. Başvuru no. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 ve 62338/11, 24 Ekim 2014, par. 116.

³⁸ Elizabeth **STUBBINS BATES**, “Article 2 ECHR’s Positive Obligations—How Can Human Rights Law Inform the Protection of Health Care Personnel and Vulnerable Patients in the COVID-19 Pandemic?”, Barrie **SANDER** / Jason **RUDALL** (eds), *COVID-19 and International Law*, *Opinio juris* Symposium, March, April 2020, <http://opiniojuris.org/2020/04/01/covid-19-symposium-article-2-echrs-positive-obligations-how-can-human-rights-law-inform-the-protection-of-health-care-personnel-and-vulnerable-patients-in-the-covid-19-pandemic/> (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

yandan, sağlık hizmeti ve bakımı alması zorunlu diğer hastaların da sağlık hizmetine ve uygun tedaviye erişimi kesilmemelidir. Bu nedenle devletlerin ve yetkililerin bir takım önlemler ve tedavi süreciyle ilgili bir takım kararlar alması kaçınılmazdır. Salgından etkilenme ve enfeksiyon hızındaki katlanarak büyümenin sağlık hizmetlerini sekteye uğratacağı endişesiyle bir çok ülke sınırlı sağlık kaynaklarını en iyi şekilde dağıtabilmek amacıyla test uygulama, enfekte olanların evde tedavisi veya hastaneye yatırılması ya da yoğun bakım ünitesine alınmaları süreçleriyle ilgili bir dizi kılavuzlar geliştirdiler. Türkiye'nin hangi durumlarda test yapılacağı, hastaların nasıl izleneceği, yaş ve risk gruplarına göre tedavide nasıl bir yol izleneceğine ve hangi aşamada hangi düzeyde sağlık kuruluşunda tedavi göreceğine ilişkin sürekli güncellenen "Sağlık Kuruluşlarında Vaka Yönetimi Akış Şeması" ya da "Covid-19 algoritması"³⁹ bunun bir örneğidir. İngiltere'de Ulusal Sağlık ve Bakım Mükemmeliyet Enstitüsü (NICE)'nin genellikle hastaların yoğun bakım için uygun olup olmadıklarını değerlendirmek amacıyla hazırlamış olduğu hızlı kılavuzu⁴⁰ da COVID-19 sürecinde başvuru bir araç olmuştur. Bu yöntem, kılavuz ve yol haritaları hastaların haklarının korunmasında, bir başka deyişle devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesinde "yöntemin seçimi" çerçevesinde düşünülmelidir ve bu çerçevede devletler ve yetkililer geniş takdir yetkisine sahiptirler. Öte yandan, yukarıdaki *Brincat ve diğerleri – Malta* kararından açıkça anlaşılmaktadır ki bu takdir yetkisinde tanınan serbestliğin hiçbir şekilde devletin pozitif yükümlülüğünü askıya almadığı ve azaltmamaktadır. Hastaların sağlık kuruluşları, hastane ve yoğun bakım ünitelerinden eksiklik ya da yetersizlik nedeniyle faydalanamamaları AİHM'nin *Asiye Genç* kararında karşımıza çıkmaktadır. Bu olayda davacı bir devlet hastanesinde sezaryen ile prematüre bir bebek dünyaya getirmiştir. Yeni doğanın solunum sıkıntısı vardır. Hastanede gerekli yeni doğan koşu olmaması nedeniyle doktorlar bebeği yaklaşık 100 kilometre uzaklıkta bir başka sağlık kuruluşuna sevk etmeye karar vermişlerdir ancak bu hastanede de bebek yeni doğan yoğun bakım ünitesinde yer olmaması ve boş kuluçka donanımının olmaması sonucu görevli doktor tarafından bir Cerrahi ve Obstetrik Merkezine yönlendirilmiştir. Ancak yine boş yer olmaması gerekçesiyle bu Merkeze de alınmayan bebek ambulansla hayatını kaybetmiştir. Hükümet savunmasında yürütülen idari soruşturmada açıkça hastanelerin Sağlık Bakanlığı Genelgelerine uygun çalıştıklarının görüldüğünü ve sadece olay günü hastanelerde boş yer olmaması nedeniyle bu

³⁹ OHSAD, *COVID-19 Algoritmaları Güncellendi*, <https://ohsad.org/covid-19-algoritmaları-guncellendi/> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

⁴⁰ NICE, *COVID-19 rapid guideline: critical care in adults*, <https://www.nice.org.uk/guidance/ng159/resources/covid19-rapid-guideline-critical-care-pdf-66141848681413> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

ölümün gerçekleştiğini belirtmiştir.⁴¹ AİHM bu olayda hastanelerde “boş yer olmamasının hastaların gelişinin birdenbire artmasından doğan öngörülemez bir yer sıkıntısına bağlanamayacağı ve devletin kamu hastane hizmetinin düzgün bir şekilde örgütlenmesi ve daha genel olarak sağlık koruma sisteminin doğru işleyişini sağlamak için yeterli özeni göstermemiş olduğunu ortaya koyduğu” sonucuna varmıştır.⁴² Mahkeme sonuç olarak bebeğin bakım hatası ya da eksikliği nedeniyle değil gittiği üç hastanede de bakım görememesi nedeniyle hayatını kaybettiğini tespit ederek hastanelerdeki sistematik sorunların devletin yeterli sağlık hizmeti sağlamadığı ve hastanelerin uygun işleyişini düzenlemediği için yaşam hakkını düzenleyen 2. Maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini gösterdiği sonucuna varmıştır.⁴³ Bu karar çerçevesinde değerlendirdiğinde COVID-19 salgını nedeniyle uygun sağlık hizmetine erişilememesi sadece yoğunluğa veya yer eksikliğine bağlanamaz. Özellikle yeterli sağlık hizmeti ve donanımı sunmak için önlemler alması, sistemin işleyişi ve eşgüdümünün sağlanması, uygun sağlık taraması ve tedavisi için gerekli özenin gösterilmesini sağlayacak usullerin kurulması devletin öncelikli pozitif yükümlülüğüdür.

2. Ayrımcılık Yasağı

Sağlık hizmetine erişim konusunda hiçbir şekilde ayırım gözetilmesi meşru sayılamayacaksa da hassas ve vicdanları rahatsız eden bir tartışma özellikle salgının yaygın olarak görüldüğü ve kontrol altına alınamadığı zaman dilimi içerisinde bir bölgede kapasite sorunu olması durumunda yeni gelen bir hasta için yer açmak amacıyla sağlık görevlilerinin ve doktorların iyileşmesi konusunda ümit taşımadığı bir hastanın görmesi gereken sağlık hizmetinden mahrum bırakılmasının ya da durumuna uygun -örneğin yoğun bakım, aspirasyon gibi- bakımdan daha düşük seviyede bir bakıma alınıp alınamayacağı çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Ayrıca hiçbir acil ve olağanüstü durum devletlerin insan hakları çerçevesinde yükümlülükleri bakımından ayırım gözetici bir yol benimsemesini ve uygulamalarda bulunmasını da meşru kılmamaktadır. BMESKH Paktı 2/2. maddesi⁴⁴, BMKSH Paktı 2/1. maddesi⁴⁵

⁴¹ AİHM. *Asiye Genç – Türkiye* kararı. Başvuru no. 24109/07, 27 Ocak 2015, par. 63.

⁴² AİHM. *Asiye Genç – Türkiye* kararı, par. 80.

⁴³ AİHM. *Asiye Genç – Türkiye* kararı, par. 82.

⁴⁴ BMESKH Paktı 2/2. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler”.

⁴⁵ BMKSH Paktı 2/1. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder”.

ve AİHS 14. maddesi⁴⁶ Sözleşmecî devletlerin haklardan hiçbir şekilde ayrımcılık yapılmaksızın kendi yetki alanlarındaki herkesin yararlanmasını güvence altına almalarını öngörmektedir. Türkiye'nin taraf olmadığı AİHS'nin 12. Protokolü de "Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması" başlığıyla ilk maddesinde şöyle yazmaktadır:

"1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz".

Sözleşmelerdeki bu ayrımcılık yasağı bağımsız olarak düşünülemez ve Sözleşme kapsamındaki bir haktan yararlanılması ile bağlantılı olarak değerlendirilir.⁴⁷ Bu çerçevede sağlık hakkı ile bağlantılı yaşam hakkını güvence altına alma yükümlülüğü bakımından devlet ve yetkililer ırk, din, dil, cinsiyet, köken gibi ayrımcılıklar yapamayacakları gibi genç-yaşlı, hastalıklı-sağlıklı, öğrenme zorluğu ya da otizmliler ile diğerleri arasında ya da cinsel yönelimlere dayanan veya herhangi bir başka ayrımcılık içerecek şekilde öncelikli bir muamele de gözetemezler.

Öte yandan, salgın durumu nedeniyle kısıtlı kapasitenin en verimli şekilde kullanılarak yaşama şansı daha yüksek hastaların tıbbi durumu ümitsiz hastaların yerine alınması ile ilgili tartışma AİHM hayatın sonlandırılması ile ilgili kararları ışığında değerlendirilebilir. Sağlıklı veya sağlık durumu bozuk tüm insanların hiçbir ayrıma tabi olmaksızın yaşam hakkına sahip olmaları uluslararası insan hakları hukukunun temelini oluşturan ilkelerin başında gelir. Hastalığın ilerlemiş olması bir kişinin yaşam hakkını ortadan kaldırmaz. Öte yandan, soruna hastanın kendi isteğiyle tedavi hakkından feragat etmesi ve yetkililer tarafından tedaviden vaz geçilmesi şeklinde iki açıdan yaklaşılabilir. Hastanın kendi isteğiyle tedaviden vaz geçmesi intihar veya tedaviyi reddetme olarak değerlendirilebilir. AİHM kararlarında özellikle

⁴⁶ AİHS 14. maddesi şöyledir: "Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır".

⁴⁷ AİHM, *Van der Musselle – Belçika* kararı. Başvuru no. 8919/80, 23 Kasım 1983, par. 43; AİHM, *Jansen ve Rasmussen – Danimarka* kararı. Başvuru no. 52620/99, 28 Kasım 1984, par. 29.

hayatın sonlandırılması konusunda Sözleşmeciler devletler arasında fikir birliği olmasa da çoğunlukla bireyin intiharı ya da hayatını sona erdirmesi konusunda 8. Madde çerçevesinde özel hayata saygıdan ziyade 2. madde çerçevesinde yaşamın korunması üzerinde durulmaktadır.⁴⁸ Mahkeme, Sözleşmedeki yaşam hakkının tam tersi bir yorumlamayla “ölüm hakkını” da getirdiği şekilde yorumlanamayacağını açıkça belirtmektedir⁴⁹ ancak kişinin özgür iradesiyle bir değerlendirme yapabileceği ve sonuçlarının farkında olduğu durumlarda hayatına son verme yöntemini seçme özgürlüğünü özel hayata saygı çerçevesinde bir hak olarak kabul etmektedir.⁵⁰ Bu çerçevede hastanın kendi isteğiyle tedaviden vaz geçebilmesi için kararının sonuçlarından, özellikle COVID-19 salgını çerçevesinde yaşamına mal olabileceğinden açık ve gereği gibi haberdar edilmesi ve bu kararı kendi başına alabilecek ehliyeteye sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda AK'nin 1997 Tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 5. Maddesi şöyledir:

“Sağlık alanında bir müdahale ancak ilgili kişinin özgür ve haberli rızası ile yapılabilir.

Bu kişi öncelikle müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve riskleri hakkında uygun şekilde bilgilendirilmiş olması gereklidir.

İlgili kişi herhangi bir zamanda özgürce rızasını geri çekebilir.”

Öteyandan, bir hastanın iyileşmesine olanak kalmaması durumundakendisine tıbbi desteğin kesilmesi Mahkeme tarafından daha çok usul bakımından ele alınmaktadır. Öncelikle bu kararın bir ayrımcılığa dayanmaması ve tamamen tıbbi değerlendirmeler ışığında yapılması zorunludur. Fransa'da geçirdiği bir trafik kazası sonrası başından yaralanan ve felç kalan Vincent Lambert'in üç doktordan oluşan bir heyetin sağlık raporuna dayanarak görevli doktorun aldığı yapay beslemeyi kesme kararını inceleyen Mahkeme devletler arasında yaşamın devam ettirilmesine yönelik tedavinin kesilmesine izin verilmesi konusunda tam bir fikir ve uygulama birliğinin olmadığını gözlemleyerek yaşam desteğinin kesilmesi konusunda karar verilmesi sürecini ve son kararı verecek yetkiliyi belirlemede devletlere takdir yetkisi tanımıştır.⁵¹ Bu çerçevede

⁴⁸ AİHM, *Haas – İsviçre* kararı. Başvuru no. 31322/07, 20 Ocak 2011, par. 55.

⁴⁹ AİHM, *Pretty – BK* kararı. Başvuru no 2346/02, 29 Nisan 2002, par. 39.

⁵⁰ AİHM, *Haas – İsviçre* kararı. Başvuru no. 31322/07, 20 Ocak 2011, par. 51; AİHM. *Koch – Almanya* kararı. Başvuru no. 497/09, 17 Aralık 2012, par. 52.

⁵¹ AİHM. *Lambert ve diğerleri – Fransa* kararı. Başvuru no. 46043/14, 5 Haziran 2015, par. 168.

Mahkeme özellikle doktorların vereceği kararın kesin bir açıklıkla yasal düzenlemeyle belirlenen sürece uygunluğunu aramaktadır. *Glass- Birleşik Krallık*⁵² ve *Burke – Birleşik Krallık*⁵³ kararlarına dayanarak Mahkeme tıbbi tedavinin kesilmesi kararı için aradığı ölçütleri şöyle sıralamıştır⁵⁴:

(a) İç hukukta ve uygulamalarda 2. madde ile uyumlu bir düzenleyici çerçevenin varlığı;

(b) İlgili kişinin ve yakınlarının önceden açıklanmış istekleri ile diğer tıbbi personelin görüşlerinin dikkate alınmış olması;

(c) Kuşku durumunda hastanın çıkarları bakımından en iyi kararın alınabilmesi için mahkemelere başvurma olanağı.

Bu çerçevede, salgın sırasında hayatını sürdürmesi konusunda ümit kesilen bir hastanın diğer hastalara yer açabilmek amacıyla yoğun bakım ya da aspirasyon cihazından çıkarılması için verilebilecek karar tamamen yukarıdaki çerçeveye sadık kalmalı ve hiçbir keyfiliğe açık olmamalıdır. Mahkemenin izlediği kıstaslar AK Biyoetik Komitesi tarafından hazırlanan “Hayatı Sonlandırma Durumunda Tıbbi Muameleye İlişkin Karar Süreci Kılavuzu”nu izlemektedir.⁵⁵ Buna dayanarak, *Hristozov ve diğerleri*⁵⁶ ve *Gard ve diğerleri*⁵⁷ kararlarında AİHM hastanın yaşam destek ünitesinden çekilmesi için mahkemeden izin istemesi ve yerel mahkemenin hastaneye bu izni vermesini, yerel düzenlemeler çerçevesinde hasta yakınları ve tıbbi uzmanlar dahil tüm taraflarla iletişim içerisinde ve üç aşamalı bir gözden geçirme süreci sonunda alınmasını uygun görmüştür.

C. Salgın ve Kısıtlı Gruplar

Her ne kadar uluslararası insan hakları hukuku eşitlik ve ayrımcılık yasağı üzerine kuruluysa da farklı özellik ve koşullar altındaki bireyler sahip oldukları haklara erişmek için eşit uzaklıkta olamayabilirler.⁵⁸ BM Paktları Sözleşmecisi

⁵² AİHM. *Glass – Birleşik Krallık* kararı. Başvuru no. 61827/00, 9 Mart 2004, par. 74-83.

⁵³ AİHM. *Burke – Birleşik Krallık* kabul edilebilirlik kararı. Başvuru no. 19807/00, 9 Temmuz 2006.

⁵⁴ AİHM. *Lambert ve diğerleri – Fransa* kararı, par. 143.

⁵⁵ AK, “*Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations*”, Council of Europe, Brussels, 2014, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168039e8e5> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

⁵⁶ AİHM. *Hristozov ve diğerleri – Bulgaristan* kararı. Başvuru no. 47039/11 ve 358/12, 29 Nisan 2013, par. 120-125.

⁵⁷ AİHM. *Gard ve diğerleri – Birleşik Krallık* kararı. Başvuru no. 39793/17, 3 Temmuz 2017, par. 85-89, 124.

⁵⁸ Harun TEPE, “Etik Bir Sorun Olarak Ayrımcılık”, *Felsefelogos Dergisi*, 29, 2006, 32; Duru ŞAHYAR AKDEMİR, “Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve ‘Pozitif Ayrımcılık’”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 3/4, 2014, 891-892.

devletlerin tanınan tüm hakları gerçekleştirmek ve uygulamaya geçirmek için gerekli her türlü önlemi almalarını öngörmektedir.⁵⁹ Bu önlemler ayrımcılık gözetmeme yükümlülüğü çerçevesinde farklı gruplar için pozitif ayrımcılık içeren uygun önlemleri gerektirebilir.⁶⁰

Uluslararası alanda da bir çok özel grup için pozitif ayrımcılık içeren uygulamalar devletlere ek düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirmektedir. Örneğin BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 5. maddesi engellilere karşı her türlü ayrımcılığı yasaklarken devletler “eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik uygun düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar” demektedir. BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi 3. maddesi ise devletler “Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere kadınlara yönelik uygun düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar” şeklindedir.

AİHM *Thlimmenos-Yunanistan* kararında şu görüşe varmıştır:

Mahkeme bugüne kadar, 14. maddede yer alan ve Sözleşme'nin teminat altına aldığı haklardan yararlanmada ayrımcılığa maruz kalmama hakkının, devletlerin benzer durumdaki farklı kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele ettiği durumlarda ihlal edildiğini düşünmüştür. Ancak Mahkeme, 14. maddedeki ayrımcılık yasağının bundan ibaret olmadığı görüşündedir. Sözleşme'nin teminat altına aldığı haklardan yararlanmada ayrımcılığa maruz kalmama hakkı ayrıca, devletlerin önemli ölçüde farklı durumdaki kişilere nesnel ve uygun bir gerekçe olmaksızın farklı muamele etmediği durumlarda da ihlal edilir.⁶¹

Bu çerçevede, devletin herkesin haklarını güvence altına almaya yönelik uygun önlemleri alma yükümlülüğü doğası gereği eşit olmayan konumdaki bazı grupların bu haklara erişimleri için bazı özel “uygun önlemleri” alma yükümlülüğünü de içerir. Söz konusu “uygun önlemler” devletlerin bu grupları öngörülebilir ve önlenebilir zararlara ve ihlallere karşı koruyacak makul ve ciddi adımlar atmasını gerektirir. COVID-19 salgını sırasında da korunma

⁵⁹ BMKSH Paktı 2/2. maddesi şöyledir: “Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler.” BMESKH Paktı 2/1. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet gerek kendi başına ve gerekse uluslararası alanda özellikle ekonomik ve teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu Sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dahil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder”.

⁶⁰ Devrim ULUCAN, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, Özel sayı, 2013, 375-376; Mesut GÜLMEZ, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi-Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum*, 2010/2, 235-236.

⁶¹ AİHM. *Thlimmenos- Yunanistan* kararı. Başvuru no. 34639/97, 6 Nisan 2000, par. 39 – 42.

önlemlerine uygun koşullarda yaşamlarını sürdürebilme ve sağlık hizmetlerine erişim açısından iki grubun yaşadığı sorunlar uluslararası çevrelerin dikkatini çekmiştir. Bunlar zaten mekân ve haklar bakımından kısıtlı olan tutuklular ile toplum içerisinde hak ve hizmetlere erişimde zorluklarla karşılaşan sığınmacılardır. Bu grupların devletlerin salgın nedeniyle kısıtlı kaynaklarını kullanmada önceliğini oluşturmadığı söylemek yanlış olmayacaktır ve toplum içerisinde seslerini duyurmakta da fazla olanakları bulunmamaktadır. BM İnsan Hakları Komiseri Michelle Bachelet 25 Mart 2020’de COVID-19’un tutuklevlerini, cezaevlerini ve sığınmacı barınma merkezlerini vurmaya başladığını duyurarak, devletlerin salgın ile mücadelede kaynaklarını kullanma konusunda büyük taleplerle karşı karşıya olduklarını ve karar vermelerinin zor olduğunu ancak tutukluların, cezaevi personelinin ve ziyaretçilerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması gerekliliğini hatırlatmıştır.⁶²

1. Tutuklevlerinin Koşulları ve Tutuklu Hakları

COVID-19 salgını sonrası özellikle Mısır⁶³ ve El Salvador⁶⁴ başta olmak üzere tutuklevlerinin koşulları sıkça gündeme geldi. Özellikle salgın öncesinde de Mısır cezaevlerinin sağlık ve hijyen koşullarından yoksunluğu, tutukluların dar hücrelerde, gün ışığından yoksun koşullarda tutulmaları ve uygun sağlık hizmetine erişememeleri BM uzmanları tarafından tespit edilmiş ve raporlanmıştı.⁶⁵ COVID-19 salgınının ortaya çıkardığı yüksek risklere karşı bir insancıl krizi önlemek amacıyla İran, Bahreyn ve Ürdün mahkumları serbest bırakmış, Mısır ve Türkiye kısmi af ya da ceza indirimleri ile bir kısım tutukluları serbest bırakmıştır. Diğer yüksek riskli Latin Amerika ülkeleri

⁶² OHCHR, “Urgent action needed to prevent COVID-19 “rampaging through places of detention” – Bachelet”, 25 March 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=E> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

⁶³ Al-Monitor. “Egypt releases political prisoners amid coronavirus outbreak”, 29 March 2020, <https://www.al-monitor.com/pulse/originals/2020/03/egypt-release-opposition-activists-coronavirus.html> (Erişim Tarihi: 02.05.2020); Bayram ALTUĞ, “BM’den Mısır yönetimine ‘Cezaevlerindeki mahkumların üçte birini serbest bırak’ çağrısı”, *Anadolu Ajansı*, 03.04.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/bmden-misir-yonetimine-cezaevlerindeki-mahkumlarin-ucte-birini-serbest-birak-cagrisi/1791397> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

⁶⁴ Sputniknews, “Mahkumlara kötü muamelenin görüntülediği El Salvador’daki cezaevinden kareler”, 29.04.2020, <https://tr.sputniknews.com/foto/202004291041933579-el-salvadordaki-cezaevinden-goruntuler/> (Erişim Tarihi: 02.05.2020); Rahmi GÜNDÜZ, “Cezaevlerinde Covid 19 salgını: Latin Amerikalı mahkumlar arasında vaka sayısı bin 400’ü geçti”, *Euronews*, 28.04.2020, <https://tr.euronews.com/2020/04/28/cezaevlerinde-covid-19-salg-n-latin-amerikal-mahkumlar-aras-nda-vaka-say-s-bin-400-u-gecti> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

⁶⁵ OHCHR, *Egypt: UN experts denounce Morsi “brutal” prison conditions, warn thousands of other inmates at severe risk*, Geneva, 8 Novembre 2019, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25270&LangID=E> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

ile Hindistan ve Bangladeş'te ise salgının ilk aylarında harekete geçilmediği görülmüştür.

Devletler kendi yetki alanları içerisindeki herkesin olduğu gibi tutukların da güvenliğini ve sağlığını koruma yükümlülüğündedir.⁶⁶ Nelson Mandela Kuralları olarak da bilinen BM Tutuklulara Muamelede Asgari Standart Kuralları belgesine göre devletler tutukluların fiziksel ve ruhsal sağlıklarını koruma yükümlülüğündedirler.⁶⁷ Bu çerçevede, devletler COVID-19 salgınından kaynaklanan cezaevlerinde yükselen riskleri tespit etme ve bu risklere karşı izolasyon, transfer gibi uygun önlemleri acilen almaktan çekinmemeleri gerekir. Bu anlamda, Michelle Bachelet sağlık krizi esnasında tutukların yeterli gıda ve suya erişim dahil temel hak ve özgürlüklerden faydalanmalarının yanı sıra sosyal mesafeye uygun barındırılmaları ve tedavi, ilaç, doktora ulaşmalarının gözetilmesi konusunda da uyarılarda bulunmuştur.

BM ve BM-dışı insani yardım kurumlarını bir araya getiren Kurumlar Arası Sürekli Komite (IASC)'nın BM İnsan Hakları Komiseri ve DSÖ ile birlikte özgürlüklerinden alıkonulan kişilere yönelik olarak hazırladığı Kılavuz 27 Mart 2020 Tarihinde yayınlandı.⁶⁸ Kılavuz diğer temel hakların yanı sıra öncelikle yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı ve adalete erişim gibi uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde askıya alınamaz haklarda salgın sırasında herkes için olduğu kadar tutuklular için de kesinlikle azaltmaya gidilmesinin gerekliliğinin, uygulamaların şeffaf olmasının, salgına karşı uygulamaya konulan izolasyon veya karantina uygulamalarının orantılı ve geçici olmasının ve hiçbir şekilde ayrımcılık içermemesinin, tutukluların buldukları yerden mutlaka ailelerin haberdar edilmesinin, karantinanın ancak yetkililerin alacağı diğer koruyucu önlem seçeneklerinin salgına karşı koruyucu ve etkili olmaması halinde uygulanmasının altını çizmektedir.⁶⁹

AK İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi de 20 Mart 2020 Tarihinde yayınladığı “Özgürlüklerinden

⁶⁶ AİHM. *Kudla – Polonya* kararı. Başvuru no. 30210/96, 26 October 2000, par. 94; AİHM. *Powell-BK* kabul edilebilirlik kararı. Başvuru no. 45305/99, 4 May 2000 74; AİHM. *Calvelli ve Ciglio – İtalya* kararı, par. 49; AİHM. *Vo-Fransa* kararı. Başvuru no. 53924/00, 8 July 2004, par. 89; AİHM. *Tarariyeva-Rusya* kararı. Başvuru no. 4353/03, 14 December 2006, par. 74; AİHM. *Testa-Hırvatistan* kararı. Başvuru no. 20877/04, 12 July 2007, par. 63.

⁶⁷ BM. *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

⁶⁸ IASC, *COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty*, 27 March 2020, <https://interagencystandingcommittee.org/system/files/2020-03/IASC%20Interim%20Guidance%20on%20COVID-19%20-%20Focus%20on%20Persons%20Deprived%20of%20Their%20Liberty.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

⁶⁹ Ayrıca bkz. HRC, General Comment No. 35: Article 9 (Liberty and security of person), par. 58, file:///C:/Users/dikra/Desktop/G1424451.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

Yoksun Bırakılan Kişilere Yönelik Koronavirüs (COVID-19) Salgını Bağlamında Muameleye İlişkin İlkeler Bildirisi”⁷⁰ tüm devletler açısından temel ilkenin “özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkesin sağlığını ve güvenliğini korumak için mümkün olan tüm önlemleri almak” olması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu amaç ve ilke bağlamında Bildiride hükümetlerden diğerlerinin yanı sıra aşağıdaki önlem ve uygulamaları almaları da istenmektedir:

- DSÖ’nün salgın ile mücadeleye ilişkin yönergeleri ile uluslararası standartlara uygun kamu sağlığı ve klinik kılavuzlar tam olarak uygulanmalıdır;
- Personel kadroları güçlendirilmeli, tüm personele tam profesyonel destek ve gerekli eğitim verilmelidir;
- COVID-19’un yayılmasını önlemek için özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yönelik alınan her türlü kısıtlayıcı tedbirin yasal bir dayanağı olmalı, bu tip tedbirler gerekli, orantılı, insanlık onuruna saygılı ve belirli bir süreyle sınırlandırılmış olmalıdır;
- Yakın fiziksel teması önlemek için tutuklama yerine alternatif yöntemlerin kullanılması yönünde çaba göstermelidir;
- Yargılama öncesi tutukluluk yerine alternatif önlemler almalı, cezaları hafifletmeli, erken tahliye ve denetimli serbestlik seçeneklerinden daha fazla yararlanmalıdır;
- Yeterli kişisel hijyen (sıcak su ve sabuna erişim dahil) ve açık havaya günlük erişim (en az bir saat) için gerekli önlemler alınmalıdır.

2. Sığınmacıların ve Mültecilerin Koşulları ve Hakları

BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) verilerine⁷¹ göre günümüzde dünya ölçeğinde 70,8 milyon insan yerlerinden zorla edilmişlerdir ve sığınma aramaktadırlar. Bu kişilerin 25,9 milyonu mülteci statüsündedir ve diğer 3,5 milyonu diğer ülkelerde sığınma aramaktadırlar. BMMYK’e göre bu sığınma arayanların yaklaşık %29’u beş ülkede bulunmaktadır. Bu ülkeler Türkiye, Pakistan, Uganda, Sudan ve Almanya’dır. Bugün Türkiye yaklaşık 3,7 milyon kişiyle dünyada en yüksek sayıda sığınma arayana ev sahipliği yapan ülkedir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü verilerine göre 17 Nisan 2020 Tarihi itibari ile 3,583,584 Suriye vatandaşı geçici koruma statüsü

⁷⁰ AK, “*Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*”, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 20 March 2020, <https://rm.coe.int/16809cfa4b> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁷¹ BMMYK, *Figures at a Glance-Statistical Yearbook*, <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> (E.T. 04.05.2020).

altında Türkiye’de bulunmaktadır.⁷² 1951 BM Mültecilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesi, uluslararası koruma hukuku ve Türk mevzuatı mültecilerin ve sığınmacıların yaşam hakkını ve sağlık hakkını korumaktadır.⁷³ Ancak mülteci ve sığınmacıların birçok nedenle buldukları ülkelerdeki hizmetlere erişimlerinde sıkıntı çektikleri inkâr edilemez bir olgudur. Öte yandan, bu gibi durumlarda kaynakların paylaşılması söz konusu olduğunda halkın geri kalanı tarafından dışlanmaları ve hedef gösterilmeleri, sorunların kaynağıymış gibi algılanmaları olanaklıdır. Ayrıca tüm bu nedenlerle 31 Mart 2020 Tarihinde DSÖ, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ve Uluslararası Göç Örgütü ve BMMYK birlikte yayınladıkları ortak açıklama ile bu koşullar altında göçmenlerin, mültecilerin ve vatansızların haklarına erişimlerinden ve sağlıklarından özel bir endişe duyduklarını açıkladılar ve hükümetleri bu konuda daha geniş önlemler almaya davet ettiler.⁷⁴

Bu çerçevede değerlendirildiğinde sığınmacı ve göçmenlerin buldukları ülkede hiçbir ayırım gözetilmeksizin haklarının korunması, sağlık hizmetlerine erişebilmeleri ve gereksinim duydukları ölçüde idari yardım alabilmeleri gerekmektedir.⁷⁵ Ancak sığınmacılar ile ilgili daha sıcak ve göz ardı edilen bir nokta ise COVID-19 salgınıyla mücadele amacıyla ve virüsün yayılmasını engellemek için sınırların kapatılması ile buldukları ülkelerde hayatları tehlikede olan ve yaşamlarını insanca sürdürebilme konusunda makul endişeleri olan kişilerin sığınma arama haklarının ortadan kaldırılıyor olmasıdır. Bugün birçok ülke sınırlarını kapatmış durumdadır ve sığınmacıları zor koşullar altında sınırlarda ya da kamplarda bekletmektedirler. Bu örnekler Hindistan⁷⁶,

⁷² Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, *Yıllara göre Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeliler*, <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (E.T. 04.05.2020).

⁷³ Dikran M. ZENGİNKUZUCU, “Türkiye’de Geçici Koruma Rejiminin Uluslararası Ölçütler Çerçevesinde Bir Değerlendirilmesi”, *TİHEK Akademik Dergi*, 1/1, 2018, 52-54.

⁷⁴ DSÖ. “OHCHR, IOM, UNHCR and WHO joint press release: the rights and health of refugees, migrants and stateless must be protected in COVID-19 response”, 31 March 2020, <https://www.who.int/news-room/detail/31-03-2020-ohchr-iom-unhcr-and-who-joint-press-release-the-rights-and-health-of-refugees-migrants-and-stateless-must-be-protected-in-covid-19-response> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁷⁵ HRC, General Comment No. 36: on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018, par. 40, <https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html> (Erişim Tarihi: 04.05.2020); CESCR, General Comment No. 14, par. 40.

⁷⁶ Maria ABI-HABIB / Sameer YASIR, “India’s Coronavirus Lockdown Leaves Vast Numbers Stranded and Hungry”, *NY Times*, 29 March 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/29/world/asia/coronavirus-india-migrants.html> (Erişim Tarihi: 04.05.2020);

Yunanistan⁷⁷, İtalya⁷⁸, Bangladeş⁷⁹'te sıkça görüldü. Özellikle ABD'de Trump yönetiminin sınırları kapatması ve sığınmacıları Meksika'ya geri göndermesi bu gibi durumlara bir örnektir.⁸⁰

Uluslararası mülteci hukuku sağlık sorunları ve salgınlar nedeniyle sığınma taleplerini kapsamamaktadır.⁸¹ Bu nedenle bir ülkede COVID-19 ya da başka bir salgın nedeniyle hayatları tehlikede olanların sığınma talebinde bulunması olanaksızdır. Ancak böyle bir nedenle toplu olarak başka bir ülkeye sığınmaya çalışacak kitleler için göçün hedefinde olan ülke hükümetleri “geçici koruma” tedbirleri uygulayabilirler.⁸² Bu çerçevede özellikle BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri'nin sınırlardaki uygulamalar ile ilgili ilkeleri ve standartları duruma da uygun şekilde gözetilmelidir.⁸³ Belge özellikle sığınmacıların “giriş hakkının yalnızca halkın ya da bireylerin sağlıkları bakımından DSÖ'nün Uluslararası Sağlık Düzenlemeleri çerçevesinde ciddi tehditler içermesi durumunda kamu sağlığı gerekçesiyle durdurulmalıdır” demektedir. DSÖ'nün 2015 Tarihli Uluslararası Sağlık Düzenlemeleri⁸⁴ ayrıca tüm seyahat edenlerin insan hakları ve insanlık onuruna yakışır şekilde muamele görmesini (madde 3) ve gerekli olduğunda gıda, su ve uygun tıbbi tedavi sağlanmasını (madde 32) öngörmektedir.

Öte yandan, devletler salgın önlemleri çerçevesinde uluslararası hukukun emredici kurallarından (*jus cogens*) sayılan geri gönderme yasağı (non-

⁷⁷ Madelaine **SPEED**, “Only a matter of time’: Greek migrant camps brace for coronavirus outbreak”, *Politico*, 20 March 2020, <https://www.politico.eu/article/only-a-matter-of-time-greek-migrant-camps-brace-for-coronavirus-outbreak/> (Erişim Tarihi: 04.05.2020); Uluslararası Af Örgütü, *Siyasi Bir Oyunun Ortasında Kaldılar*, Nisan 2020, <https://amnesty.org.tr/public/uploads/files/S%C4%B0YAS%C4%B0%20B%C4%B0R%20OYUNUN%20ORTASINDA%20KALANLAR-FINAL.pdf> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁷⁸ Stephania **D'IGNOTI**, “How coronavirus hits migrants and asylum seekers in Italy”, *The New Humanitarian*, 16 March 2020, <https://www.thenewhumanitarian.org/news/2020/03/16/italy-coronavirus-migrants-asylum-seekers> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁷⁹ AlJazeera, *Coronavirus panic grips Rohingya camps in Bangladesh*, 26 March 2020, <https://www.aljazeera.com/news/2020/03/coronavirus-panic-grips-rohingya-camps-bangladesh-200326035304558.html> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁸⁰ Nick **MIROFF**, “Under coronavirus immigration measures, U.S. is expelling border-crossers to Mexico in an average of 96 minutes”, *Washington Post*, 31 March 2020, https://www.washingtonpost.com/immigration/coronavirus-immigration-border-96-minutes/2020/03/30/13af805c-72c5-11ea-ae50-7148009252e3_story.html (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁸¹ **ZENGİNKUZUCU**, s. 42.

⁸² **ZENGİNKUZUCU**, s. 46-50.

⁸³ BMMYK, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*, UNHCR, Geneva, 2014, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁸⁴ DSÖ, *International Health Regulations* (2015), WHO, Geneva, 2008, https://www.who.int/ihr/IHR_2005_en.pdf (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

refoulement) ilkesini⁸⁵ çiğneyecek şekilde sığınmacıları yaşam haklarının veya insanca muamele haklarının çiğnenmesi tehlikesi altında olacakları ülkelere sınır dışı etmekten veya sınırlardan geri itmekten kesinlikle kaçınılmalıdır.

SONUÇ

COVID-19 salgınının tüm dünyayı sarması, bulaşma hızı ile sağlık sistemlerini felç etmesi artık daha fazla karşılaştığımız ve gelecekte de sıkça karşılaşacağımız küresel sorunların ulusal alanda ele alınmasının güçlüğünü gözler önüne serdi. Bu sırada dünyanın birçok yerinden çeşitli devletlerin salgın ile mücadelede geciktiği, hastaların sağlık hizmetine erişemedikleri hatta bazı yaşlı veya ağır hastaların bilerek tedavi edilmediği ve diğer hastalara yer açmak için taburcu edildikleri haberleri geldi. Bu süreçte tutukvelelerindeki koşullar ve sığınmacıların sağlık hizmetine erişimleri ile ilgili de ulusal ve uluslararası çevrelerde haklı endişeler ortaya çıktı. İçinde bulunulan bu durum insan haklarının olağanüstü durumlarda dahi ulusal yetki alanlarının iradesine terk edilemeyecek kadar önemli ve temel bir konu olduğunu bir kez daha kanıtladı. Sağlık hakkı ve sağlık hizmetine erişim ekonomik ve toplumsal haklar içerisinde ele alınmış ve BMESKH Paktı 12. maddesi sağlık hakkını “herkesin ulaşılabilir en üst düzeyde fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olması” olarak tanımlamıştır. Bu standartlar erişilebilecek en üst düzeyin sağlık hizmetlerini ve ürünlerinin “yeterli miktarda, ayrımsız herkes tarafından ulaşılabilir, kabul edilebilir ve yeterli kalitede olması” olarak tarif edilmektedir. Uluslararası insan hakları hukuku sağlık hakkını devletlerin kendi yetki alanlarındaki herkese sağlaması ve güvence altına alması gereken yaşam hakkının pozitif yükümlülükleri arasında kabul etmektedir. Bu çerçevede devletler kaynaklarını gereği gibi kullanabilmesi ve dağıtabilmesi için bir seçimde bulunma zorunluluğundadırlar. Bu kapsamda devletlerin öncelikle olası tüm önlemleri almış olmaları, düzenlemeleri yapmış olmaları ve sağlık hizmetine ayrımsız erişimi sağlamaları öngörülmektedir. Devletlerin önlem ve düzenlemeleri yaparken kaynaklarını kullanmaları mutlaka olanakları ve sorunun tahmin edilebilirliği ölçütlerine bağlıdır ancak yine de geçmiş yıllardaki deneyimler, veriler ve araştırmalar çerçevesinde bir salgın ya da afet durumunun mümkün olduğunca tahmin edilebilmesi gerekir. Bu çerçevede yalnız ulusal değil uluslararası destek ve yardımlaşma da önemli bir yer tutmaktadır. Devletlerin öngörülerde bulunabilmeleri ve kaynakları ölçüsünde bu standartları sağlamaya çalışması yetmemekte bu nedenle küresel çapta finansal, teknolojik, bilgi ve insan kaynakları dahil her alanda ve her türlü işbirliği ve yardımlaşma da gerekmektedir.

⁸⁵ BM, *Report of the International Law Commission*, Seventy-first session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019), Madde 5, <https://legal.un.org/ilc/sessions/71/> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

Öte yandan olağanüstü durumlarda devletin yaşam hakkı çerçevesinde kaynakların düzenlemesi ve dağıtımında ayrımcılık yapılmasına ve keyfilğe izin vermemesi gereklidir. Özellikle kısıtlı durumda olan grupların korunması ve hizmetlere erişimi için pozitif ayrımcılık içeren önlemler gündeme gelmektedir.

Gelecekte de karşılaşılabilecek iklim krizleri, doğal afetler, salgınlar gibi tüm diğer olası küresel sorunlar karşısında devletlerin insan hakları kapsamında askıya alınamaz, azaltılamaz yükümlülüklerinden olan sorunların “beklenmedik”, “öngörülemez” olduğu gibi bahaneler ile kurtulmaları da kabul edilemez. Bu bakımdan uluslararası insan hakları hukuku, uygarlığımızın geçmişinin bir mirası olmasının ötesinde, geleceğinin de yol haritasını ve garantisini sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- **ABİ-HABİB**, Maria / **YASIR**, Sameer. “India’s Coronavirus Lockdown Leaves Vast Numbers Stranded and Hungry”, *NY Times*, 29 March 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/29/world/asia/coronavirus-india-migrants.html> (Erişim Tarihi: 04.05.2020);
- **AKANDJI-KOMBE**, Jean-François. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Brüksel, 2008.
- AlJazeera, *Coronavirus panic grips Rohingya camps in Bangladesh*, 26 March 2020, <https://www.aljazeera.com/news/2020/03/coronavirus-panic-grips-rohingya-camps-bangladesh-200326035304558.html> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).
- Al-Monitor. “*Egypt releases political prisoners amid coronavirus outbreak*”, 29 March 2020, <https://www.al-monitor.com/pulse/originals/2020/03/egypt-release-opposition-activists-coronavirus.html> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- **ALTUĞ**, Bayram. “BM’den Mısır yönetimine ‘Cezaevlerindeki mahkumların üçte birini serbest bırak’ çağırısı”, *Anadolu Ajansı*, 03.04.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/bmden-misir-yonetimine-cezaevlerindeki-mahkumlarin-ucte-birini-serbest-birak-cagrisi/1791397> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- Avrupa Konseyi [AK]. “*Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations*”, Council of Europe, Brussels, 2014, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168039e8c5> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

- _____. “Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic”, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 20 March 2020, <https://rm.coe.int/16809cfa4b> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).
- Bangkok Post. *Looming face mask crisis at state hospitals*, 7 March 2020, <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/1873289/looming-face-mask-crisis-at-state-hospitals> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).
- **BAKIRCI**, Hasan: “AİHS’ne Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri”, Ahmet TAŞKIN (Ed.), *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu: 4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler* (s.31-39), Türkiye Adalet Akademisi Yay., Ankara 2010.
- BBC. “Coronavirus: Older people being ‘airbrushed’ out of virus figures”, 14 April 2020, <https://www.bbc.com/news/uk-52275823> (Erişim Tarihi: 01.05.2020);
- _____. “Coronavirus: Spanish army finds care home residents ‘dead and abandoned’”, 24 March 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-52014023> (Erişim Tarihi: 01.05.2020);
- Birleşmiş Milletler [BM]. *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiseri [BMMYK]. *Figures at a Glance-Statistical Yearbook*, <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> (E.T. 04.05.2020).
- _____. *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*, UNHCR, Geneva, 2014, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf (Erişim Tarihi: 04.05.2020).
- **DESCHAMPS**, Philippe / **LEBEL**, Thierry. “İklimsel krizin küçük modeli- COVID-19 salgını uygarlığımızın ne kadar da dayanıksız olduğunu ortaya çıkardı” (çev.: Zeynep Peker), *Cumhuriyet Le Monde Diplomatique Türkiye eki*, 4 Mayıs 2020, 1-2.
- **D’IGNOTI**, Stephania. “How coronavirus hits migrants and asylum seekers in Italy”, *The New Humanitarian*, 16 March 2020, <https://www.thenewhumanitarian.org/news/2020/03/16/italy-coronavirus-migrants-asylum-seekers> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).
- **DE SCHUTTER**, Olivier / **EIDE**, Asbjørn / **KHALFAN**, Ashfaq vd. “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations

of States in the Area of Economic Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, 34, 2012, 1084 – 1169.

- **DUNN**, Adrienne. “Fact check: Were elderly Italians left to die? And is socialized health care to blame?”, USA Today, 21 March 2020, <https://www.usatoday.com/story/news/factcheck/2020/03/20/fact-check-were-italians-left-die-socialized-medicine-blame-coronavirus/2887743001/> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).
- Dünya Sağlık Örgütü [DSÖ], “*Q&A on coronaviruses (COVID-19)*”, 17 April 2020, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses> (Erişim Tarihi: 08.05.2020).
- _____. “*Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report– 108*”, 7 May 2020, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200507covid-19-sitrep-108.pdf?sfvrsn=44cc8ed8_2 (Erişim Tarihi: 08.05.2020).
- _____. “*OHCHR, IOM, UNHCR and WHO joint press release: the rights and health of refugees, migrants and stateless must be protected in COVID-19 response*”, 31 March 2020, <https://www.who.int/news-room/detail/31-03-2020-ohchr-iom-unhcr-and-who-joint-press-release-the-rights-and-health-of-refugees-migrants-and-stateless-must-be-protected-in-covid-19-response> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).
- _____. *International Health Regulations* (2015), WHO, Geneva, 2008, https://www.who.int/ihr/IHR_2005_en.pdf (Erişim Tarihi: 04.05.2020).
- _____. *Pandemic Influenza Risk Management Guidance*, 2017, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259893/WHO-WHE-IHM-GIP-2017.1-eng.pdf;jsessionid=FF0E44DE342CCEF9F0A31E1EFB-14C8E8?sequence=1> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).
- _____. *Pneumonia of unknown cause – China*, 5 Ocak 2020, <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/> (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- _____. *WHO guidance for surveillance during an influenza pandemic update*, WHO, Geneva, 2017, https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/WHO_Guidance_for_surveillance_during_an_influenza_pandemic_082017.pdf (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- _____. *WHO Timeline- COVID-19*, <https://www.who.int/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19> (Erişim Tarihi: 24.04.2020).
- **FREDMAN**, Sandra. *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, OUP, Oxford, 2008.

- Göç İdaresi Genel Müdürlüğü. *Yıllara göre Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeliler*, <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (E.T. 04.05.2020).
- **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- **GÜLMEZ**, Mesut. “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi-Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum*, 2010/2, 217-266.
- Inter-Agency Standing Committee [IASC]. *COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty*, 27 March 2020, <https://interagencystandingcommittee.org/system/files/2020-03/IASC%20Interim%20Guidance%20on%20COVID-19%20-%20Focus%20on%20Persons%20Deprived%20of%20Their%20Liberty.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi [OHCHR]. “*Egypt: UN experts denounce Morsi “brutal” prison conditions, warn thousands of other inmates at severe risk*”, Geneva, 8 Novembre 2019, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25270&LangID=E> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- _____. “*Urgent action needed to prevent COVID-19 “rampaging through places of detention” – Bachelet*”, 25 March 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=E> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- John Hopkins University and Medicine Coronavirus Resource Center. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (Erişim Tarihi: 24.04.2020).
- **KANNO-YOUNGS**, Zolan / **SEMPLE**, Kirk. “Trump Cites Coronavirus as He Announces a Border Crackdown”, *NY Times*, 27 March 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/20/us/politics/trump-border-coronavirus.html> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).
- **KLATT**, Matthias. “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *ZaöRV*, 71, 2011, 692 – 718.
- **MASR**, Mada. *Coronavirus quarantine in Marsa Matrouh for China evacuees, sources say doctors, nurses tricked into the assignment*, 2 February 2020, <https://madamasr.com/en/2020/02/02/feature/society/sources-doctors-nurses-tricked-into-coronavirus-quarantine-assignment-in-marsa-matrouh-for-china-evacuees/> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).
- **METİN**, Yüksel. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, 7/ 27, 2010, 111-132.

- **MIROFF**, Nick. “Under coronavirus immigration measures, U.S. is expelling border-crossers to Mexico in an average of 96 minutes”, *Washington Post*, 31 March 2020, https://www.washingtonpost.com/immigration/coronavirus-immigration-border-96-minutes/2020/03/30/13af805c-72c5-11ea-ae50-7148009252e3_story.html (Erişim Tarihi: 04.05.2020).
- **MOWBRAY**, Alastair R. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2004.
- National Institute for Health and Care Excellence [NICE]. *COVID-19 rapid guideline: critical care in adults*, <https://www.nice.org.uk/guidance/ng159/resources/covid19-rapid-guideline-critical-care-pdf-66141848681413> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).
- Özel Hastaneler ve Sağlık Kuruluşları Derneği [OHSAD]. *COVID-19 Algoritmaları Güncellendi*, <https://ohsad.org/covid-19-algoritmalariguncellendi/> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).
- **PAYNE**, Adam. “Coronavirus: Spain nationalises all private hospitals, enters lockdown”, *Business Insider US*, 17 March 2020, <https://www.businessinsider.co.za/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3?r=US&IR=T> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).
- **RAHMİ**, Gündüz. “Cezaevlerinde Covid 19 salgını: Latin Amerikalı mahkumlar arasında vaka sayısı bin 400’ü geçti”, *Euronews*, 28.04.2020, <https://tr.euronews.com/2020/04/28/cezaevlerinde-covid-19-salg-n-latin-amerikal-mahkumlar-aras-nda-vaka-say-s-bin-400-u-gecti> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- Sabah. “Avrupa’da binlerce yaşlı corona virüs nedeniyle ölüme terk edildi!”, 14 Nisan 2020, <https://www.ahaber.com.tr/yasam/2020/04/14/avrupada-binlerce-yasli-corona-virus-nedeniyle-olume-terk-edildi> (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- **SARIKAYA** Güler, Tuğba. “‘Positive Obligations’ Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?”, *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 6/1, 2017, 358 – 364.
- **SPEED**, Madelaine. “Only a matter of time’: Greek migrant camps brace for coronavirus outbreak”, *Politico*, 20 March 2020, <https://www.politico.eu/article/only-a-matter-of-time-greek-migrant-camps-brace-for-coronavirus-outbreak/> (Erişim Tarihi: 04.05.2020)
- Uluslararası Af Örgütü, *Siyasi Bir Oyunun Ortasında Kaldılar*, Nisan 2020, <https://amnesty.org.tr/public/uploads/files/S%C4%B0YAS%C4%B0%20B%C4%B0R%20OYUNUN%20ORTASINDA%20KALANLAR-FINAL.pdf> (Erişim Tarihi: 04.05.2020).

- Sputniknews. “Mahkumlara kötü muamelenin görüntülediği El Salvador’daki cezaevinden kareler”, 29.04.2020, <https://tr.sputniknews.com/foto/202004291041933579-el-salvadordaki-cezaevinden-goruntuler/> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- **STUBBINS BATES**, Elizabeth. “Article 2 ECHR’s Positive Obligations—How Can Human Rights Law Inform the Protection of Health Care Personnel and Vulnerable Patients in the COVID-19 Pandemic?”, Barrie **SANDER** / Jason **RUDALL** (eds), *COVID-19 and International Law*, Opinio juris Symposium, March, April 2020, <http://opiniojuris.org/2020/04/01/covid-19-symposium-article-2-echrs-positive-obligations-how-can-human-rights-law-inform-the-protection-of-health-care-personnel-and-vulnerable-patients-in-the-covid-19-pandemic/> (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- **ŞAHYAR** Akdemir, Duru. “Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve ‘Pozitif Ayrımcılık’”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 3/4, 2014, 890-908.
- T.C. Sağlık Bakanlığı, *Pandemik İnflüenza Ulusal Hazırlık Planı*, Ankara, 2019, https://grip.gov.tr/depo/saglik-calisanlari/ulusal_pandemi_plani.pdf (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- **TEPE**, Harun. “Etik Bir Sorun Olarak Ayrımcılık”, *Felsefelogos Dergisi*, 29, 2006, 31-36.
- **TEZCAN**, Durmuş/, **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **SANCAKDAR**, Oğuz/ **ÖNOK**, Murat R. *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- The Guardian. “NHS and private hospitals join forces to fight coronavirus crisis”, 14 March 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/14/coronavirus-nhs-private-hospitals-join-forces-academics-warn-over-strategy> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).
- The Guardian. *Advice on protective gear for NHS staff was rejected owing to cost*, 27 Mach 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/27/advice-on-protective-gear-for-nhs-staff-was-rejected-owing-to-cost> (Erişim Tarihi: 27.04. 2020).
- **ULUCAN**, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, Özel sayı, 2013, 369-383.
- **ZENGİNKUZUCU**, Dikran M. “Türkiye’de Geçici Koruma Rejiminin Uluslararası Ölçütler Çerçevesinde Bir Değerlendirilmesi”, *TİHEK Akademik Dergi*, 1/1, 2018, 37-62.

İŞÇİLERİN ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI ve BUNDAN DOĞAN SORUMLULUK

Protection of Sensitive Data of Workers and Liability Arising from Relation

Ar. Gör. Miray ÖZER DENİZ*

Geliş Tarihi: 21.08.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Özel nitelikli kişisel veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 6. maddesinde tek tek sayılmıştır. Kanunda yer alan ırk, etnik köken, siyasi düşünce, sağlık ve cinsel hayat ile ceza mahkûmiyeti gibi bu veriler, diğer verilere nazaran işçinin ayrımcılığa uğramasına neden olabilecek hassas verilerdir. Bu sebeple, kanunda ayrıca düzenlenmiştir. İş ilişkisinin kurulması aşamasında ve iş ilişkisinin devamında, işveren işçiye ait verilere ulaşır ve bu verileri çoğu zaman kanuni bir yükümlülük olarak işler. İş ilişkisinin başından sonuna hatta sona ermesinden sonra dahi işçinin özel nitelikli kişisel verilerinin korunması gerekir. Bu iş ilişkisinde işverenin işçiyi gözetme borcunun yanında işçinin kişilik hakkının korunması bakımından da zorunludur. İşverenin işçinin kişisel verilerini koruması borcu hem uluslararası hem de ulusal hukukta çeşitli hükümlerde korunmaktadır. İşçinin kişisel verilerinin korunması bakımından, Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) hizmet sözleşmesi ve Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) kişilik haklarını koruyan hükümleri bu çerçevede göz önüne alınmalıdır. Ayrıca, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ilgili hükümlerinin özellikle dikkate alınması gerekir. İşçinin özel nitelikli kişisel verilerinin hukuka veya kanuna aykırı olarak işlenmesinden bir zarar meydana geldiğinde işveren bu zararı gidermekle yükümlü olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Özel Nitelikli Kişisel Veri, İşçinin Kişisel Verisi, İşçinin Kişilik Hakkı, Sorumluluk.

ABSTRACT

Sensitive data are counted one by one in Article 6 of the Personal Data Protection Law. These data, such as race, ethnic origin, political opinion, health and sexual life, and a criminal conviction in the law, are sensitive data that may cause discrimination compared to other data. From the establishment of the business relationship and through this relationship, the employer has to process the employees' data mostly as a legal obligation. Sensitive data of the employee must be protected from the beginning to the end or even after the end of the business relationship. In this business relationship, it is obligatory in terms of protecting the employee's personal right as well as the obligation of the employer to take care of the employee. The employer's obligation to protect the personal data of the employee is protected by various provisions in both international and national law. In terms of protecting the personal data of the employee, the provisions of the service contract and the provisions of the Turkish Civil Law protecting the personal rights of the Code of Obligations should be taken into consideration within this framework. Also, the relevant provisions of the Law on the Protection of Personal Data No.6698 should be especially taken into consideration. When damage occurs due to the illegal or illegal processing of the special quality personal data of the employee, the employer will be obliged to compensate for this damage.

Keywords: Personal Data, Sensitive Data, Sensitive Data Of Workers, Personal Right Of The Employee, Liability.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, e-posta: ozermiray@yahoo.com. ORCID ID: 0000-0003-2443-6290.

GİRİŞ

İş ilişkisi, diğer hukuki ilişkilerin çoğundan farklı olarak bağımlılık unsuru içerir. Bağımlılık, iş ilişkisinin kurucu unsurlarından biridir. İş sözleşmesinin kurulmasından itibaren işçi, işverene bağımlı olur. Bu bağımlılık, yalnızca ekonomik olarak değil; hukuki üstünlük olarak da mevcuttur. Bağımlılık, işçinin kişisel verilerinin korunmasının gerekliliğini arttırır. İş sözleşmesinin çoğu sözleşmeye nazaran uzun süreli olması, taraflar arasında eşitlik olmaması ve bir tarafın diğerine ekonomik ve hukuki olarak bağımlı olması durumu işçinin işverene karşı korunmasını gerektirir. İşçinin işverene karşı korunması, işçinin kişisel verileri korunması da kapsar.

İş hukukunda, işçinin kişisel verilerinin işlenmesi çoğu zaman bir gerekliliktir. Aşağıda da değinileceği gibi, işveren, işini yapacak işçiye dair temel bazı bilgilere sahip olmalıdır. Bu anlamda, önce işçinin kimlik numarası, yaşı, eğitim bilgileri, iş tecrübeleri, iletişim bilgileri gibi temel bilgiler iş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadarki sürede elzemdir. Ayrıca, bazı kanuni zorunluluklar sebebiyle, ceza mahkûmiyeti veya sağlık raporu gibi, birtakım verilerin elde edilmesi gerekir. Kısaca, iş ilişkisinde, işe alım, ücretlendirme, bazı hakların kullanımı, iş sağlığı ve güvenliği, ispat gibi konular açısından kişisel verilerin işlenmesi kaçınılmazdır¹. Bununla birlikte, işverenin gerek işçi alımında gerekse iş ilişkisinde kanuni yükümlülüklerini yerine getirirken işçinin kişisel verilerini kanuna uygun olarak işlemesi gerekir. Bu bağlamda, işlemeye ilişkin ilkelere uyararak, işçinin kişilik haklarını gözeterek ve en önemlisi gerekmedikçe kimseyle paylaşmadan işlemelidir.

Çalışmamızda öncelikle, kişisel verilere ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerden bahsedilip daha sonra kişisel verilerin tanımına yer verilecektir. Daha sonra, kişisel verilerin işlenmesi kavramı açıklanarak, iş ilişkisinde işverenin işçinin kişisel verilerini işlemesinin gerektiği hallere örnek verilecektir. Ardından, işçinin özel nitelikli kişisel verilerinin korunması ve işlenmesindeki hukuka uygunluk hallerine yer verilecektir. Son olarak, işverenin bu verilerin korunmamasından doğan sorumluluğuna değinilecektir.

I. İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI VE YASAL MEVZUAT

Kişisel veriler, kişilik hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Kişisel verinin korunmasının amacı verinin kendisini korumak değil; verinin ilişkili olduğu gerçek kişinin kişilik hakkını korumaktır. Kişilik hakkının bir parçası

¹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar Ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, 2017, s. 31; Özdemir, Hayrunnisa, İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, s. 234.

olmasından dolayı, TMK’da kişilik hakkını koruyan m. 23-25 hükümleri de bu amacı sağlar.

Kişisel veriler anayasal düzeyde kişilik hakkının korunması kapsamında 07/05/2010 tarihinde 5982 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle Anayasa’nın 20. maddesine eklenen fıkra ile koruma kapsamına alınmıştır. Daha sonra 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 24.03.2016 tarihinde kabul edilmiş ve ülkemizde yürürlüğe girmiştir. İşçinin kişisel verilerinin korunması hakkında özel bir kanun bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 419’da kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. TBK md. 419 “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Maddede yer alan kullanabilir lafzı her ne kadar KVKK’ndaki terminoloji ile uyumlu olmasa da kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelere uygundur. Bunun yanında TBK m. 417 işçinin kişilik haklarını koruyan bir hükümdür. Kişisel veriler de kişilik hakkının bir parçası olduğundan ilgili madde de kişisel verilerin korunması bakımından göz önüne alınabilir. Bu kapsamda, işçinin kişilik hakkı, şeref ve onuru, sağlığı, fikri ve düşüncesi işveren tarafından korunmalıdır².

Uluslararası hukukta ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenleme OECD tarafından yayınlanan “Özel Hayatın Gizliliği ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler”dir³. Bu düzenleme, bağlayıcı olmamakla birlikte birçok ülkeye iç hukuk düzenlemeleri sırasında yol gösterici olmuş ve konunun önemini vurgulamak ile fayda sağlamıştır⁴. Bir diğer uluslararası düzenleme ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. maddesi, kişisel verilerin korunmasını dolaylı yoldan sağlar. Sözleşme, doğrudan kişisel verileri korumasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyu 8. madde kapsamında değerlendirmektedir⁵.

Bunun yanına, CM/Rec (2014) 6 sayılı Tavsiye Kararı kişisel verilerin korunmasına işyerinde de özen gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu tavsiye kararında, işçinin işyerindeki yazışmaları ve mesajlarının da işçinin mahremiyeti kapsamında olduğu ve işverenin işçiyi gözetlemesinden ve/veya izlemesinden işçiyi haberdar etmesi gerektiği belirtilmiştir⁶. Avrupa

² Sevimli Ahmet, Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.36, s.110, <http://calismatoplum.org/sayi36/sevimli.pdf>, (ET: 20.08.2020)

³ http://www.mfa.gov.tr/iktisadi-isbirligi_ve-gelisme-teskilati-_oecd_.tr.mfa (ET: 20.08.2020)

⁴ Küzeci, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s. 120 vd.

⁵ Salihpaşaoğlu, Yaşar, Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, S. 3, s. 244

⁶ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804d7bf3> (ET: 20.08.2020)

Konseyi'nin R(89) 2 sayılı İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunması Hakkında tavsiye kararı, özel ve kamu sektöründe çalışan işçilerin, elle veya otomatik yolla işlenen kişisel verilerini ele alarak, özellikle işçinin bilgilendirilmesi ve işverenin amaca bağlı kalarak işleme faaliyetlerini gerçekleştirmesini vurgulamıştır⁷.

1981 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulmasında Bireylerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesini” imzalanmıştır. 108 no’lu sözleşme, özel ve kamu sektöründeki veri işlemlerine uygulanır. Sözleşme, kişisel verilerin korunması hakkını özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele almıştır. Diğer uluslararası düzenlemelerden farklı olarak, imzalayan devletler için bağlayıcıdır⁸. 108 no’lu sözleşmeyi 1973’te “Özel Sektörde Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamlarının Korunmasına İlişkin Kararı” ile 1974’te “Kamu Sektöründe Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamlarının Korunmasına İlişkin Kararı” takip etmiştir.

Ayrıca, iş hukukunda kişisel verilerin korunması amacıyla Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından, 1996 yılında “İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu” kabul edilmiştir. Bu kod, üye devletler için bağlayıcı değildir ancak üye devletlerin yasal düzenlemelerine yol gösterir. İşçilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin yapılan yasal düzenlemelerin, toplu sözleşme hükümlerinin ve pratik önlemlerin belirlenmesi açısından taraflara rehberlik eder.

Avrupa Birliği düzenlemelerinden 17 Kasım 2017 tarihinde imzalanan Avrupa Sosyal Haklar Sütunu da işçinin kişisel verilerinin korunmasını açıkça ele alması bakımından önemlidir⁹. Belgenin 10. maddesi “İşçiler iş ilişkisinde kişisel verilerinin korunması hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü(Tüzük) 88. maddesinde, hizmet ilişkisi bağlamında kişisel verilerin işlenmesi düzenlenmiştir. Maddeye göre, işçilerin kişisel verilerinin işlenmesinde işçilere daha fazla güvence verilmesi adına kanun veya toplu iş sözleşmeleri yapılabilir. Yapılacak kanuni düzenleme veya toplu iş sözleşmelerinin insan onuru, meşru menfaatler ve temel hakları koruması, işlemenin şeffaf olması ve daha detaylı kurallar olması beklenmektedir.

⁷ [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(89\)2E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(89)2E.pdf) (ET: 20.08.2020)

⁸ Handbook On European Data Protection Law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, s. 17; <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-data-protection-law-2018-edition> (ET: 20.08.2020)

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:428:FULL&from=-DE> (ET: 20.08.2020)

II. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

Kişisel veri, KVKK “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak, bir verinin kişisel veri olması için üç unsurun gerektiği sonucuna ulaşılabılır. Öncelikle bir veri, bir kişi ve bu kişi ve veri arasında bağlantı olmalıdır. Veri, bilgi, enformasyon anlamında kullanılmaktadır. Kişi ise gerçek kişileri ifade eder. KVKK, tüzel kişileri koruma kapsamı dışında bırakmıştır. Veri ile kişi arasındaki bağlantı ise ilgili veriden ilgili kişiye ulaşılabilmesini ifade eder. Bu çerçevede, bir veriden kişiye ulaşılamaz ise o veri kişisel veri olarak kabul edilemez.

Aynı maddede ilgili kişi, kişisel verisi işlenen gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. İş ilişkisinde ilgili kişi, işçi olarak kabul edilecektir. Veri sorumlusu ise kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede iş ilişkisinde veri sorumlusu işverendir. İşverenin kamu veya özel tüzelkişi olması, veri sorumlusu sıfatını kazanması bakımından bir fark yaratmaz. Veri sorumlusu işverenin tüzelkişi olması halinde, hukuki sorumluluk tüzel kişinin şahsında doğacaktır.

Özel nitelikli kişisel veriler 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6’da tek tek sayılmıştır. KVKK m. 6’ya göre özel nitelikli kişisel veriler, ilgili kişinin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileridir. Bu veriler, diğer verilerden farklı olarak kişilerin ayrımcılığa uğramasına veya dışlanmasına sebep olabilecek hassasiyettedir¹⁰. Kişisel Verileri Koruma Kurumu’na göre, özel nitelikli kişisel verilerin kanunda sınırlı sayıldığı ve kıyas ile genişletilemez¹¹.

Kişisel verilerin işlenmesi ise KVKK m. 3’te kişisel verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, işverenin işçinin adı, mesleği, daha önceki iş başvuruları ve işleri, referansları, yıllık izin kayıtları, disiplin cezaları, iş kazası kayıtları, medeni hali, banka hesabı, adli sicil kaydı, sağlık raporu gibi bilgilerini elde etmesi,

¹⁰ Kaya, Cemil, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, s. 317-334.

¹¹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s.2, <https://kvkk.gov.tr/S-haredFolderServer/CMSFiles/fae2e7c8-f24f-457f-a71d-2d5ed599cf15.pdf>, (ET: 17.08.2020)

bunları dosyalaması, kullanması gibi ger türlü işlemi, işçinin kişisel verilerini işlemesi anlamına gelir.

III. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ VE HÂKİM OLAN İLKELER

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelere yer verilmiştir. KVKK'nun 4. maddesinde yer alan bu ilkelere göre kişisel veriler, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun, doğru ve gerektiğinde güncel, belirli, açık ve meşru amaçlar için, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir. İşçinin kişisel verileri işlenirken, kişisel verilerin işlenmesine hâkim olan ilkeler gözetilmelidir¹². Bu bağlamda, öncelikle verileri elde etme yöntemi olmak üzere işleme faaliyetleri dürüstlük kurallarına uygun ve şeffaf olmalıdır¹³. Örneğin işçi, şeffaflık ilkesi sayesinde hangi kişisel verilerinin ne amaçla işleneceğini bilebilmelidir.

İlgili kişinin bilgi talep etme hakkına paralel olarak, işçinin işverenden kişisel verilerinin işlenip işlenmediği veya bu verilerin güncelliğini kontrol etme hakkına sahip olduğu söylenebilir¹⁴. Bu hakların bir sonucu olarak, işlenen kişisel verilerin düzeltilmesini, silinmesi ve üçüncü kişiler ile paylaşılmışsa buna ilişkin bilgi talep hakkı mevcuttur.

Bu kapsamda, işçinin kişisel verilerinin hukuka ve dürüstlük kurallarıyla çelişmeyecek şekilde elde edilmesi önemlidir. İşçinin kişisel verinin işlendiği yönünde aydınlatılması, gerekmeyen verilerinin elde edilmemesi ve işleme faaliyetlerinin yasal sınırlar içerisinde kalması bu ilkeye paralel olacaktır¹⁵.

¹² Bknz. Aşağıda Kişisel Verilerin İşlenmesine Hâkim Olan İlkeler Başlığı.

¹³ Sevimli Ahmet, Veri Koruma İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011, s. 128; Uncular, s. 62 vd; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 61 vd.

¹⁴ Uncular, s. 65

¹⁵ Yücedağ, Nafiye, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler, Kişisel Verileri Koruma Dergisi 1 (1), s. 49; Kişisel Verileri Koruma Kurulu, açık rızanın şarta bağlanarak alınması hakkında şu şekilde karar vermiştir. “Veri sorumlusu tarafından Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendi kapsamında sözleşmenin taraflarına ait kişisel veri işlenmesi durumunda ayrıca açık rıza alması ve de açık rızayı tüyeliğin ve hizmetin dolayısıyla sözleşmenin bir koşulu olarak dayatmasının;

- Diğer kişisel veri işleme şartlarının varlığı durumunda açık rıza alınmasının ilgili kişinin yanıtılması ve yanlış yönlendirilmesi dolayısıyla veri sorumlusunca hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği,

- Ayrıca hizmetin açık rıza şartına bağlanmış olmasının açık rızayı sakatlayacağı, dikkate alındığında, bu durumun Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ve işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, Kurul tarafından Kanunun 12 nci maddenin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmeyen veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi

İşçiye kişisel verilerinin işlendiğinin bildirilmesi, kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi için gerekli bir koşuldur. Bilgilendirme yapılmadan işçinin kişisel verilerinin işlenmesi, işçinin takip edilmesi veya elektronik olarak gözetilmesi, işçinin kişilik haklarını ihlal edecektir. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği 6. maddesine göre, işçiler kendi verilerinin kullanımı hakkında bilgilendirilmelidir. İşverenin, işçinin verilerini toplarken bu verileri ne amaçla, ne kadar süreyle, hangi güvenlik tedbirlerini alarak saklayacağını ve kim ile ne şekilde paylaşacağını bildirmesi gerekir.

İkinci olarak, verilerin doğru ve güncel olması gerekir. İşçinin, asgari geçim indirimi belirlenirken çocuk sayısının doğru yazılması işçinin gelirini belirleyecektir¹⁶. Aksine bir işleme faaliyeti özellikle işçi yönünden olumsuz sonuçlar doğurabilir. Örneğin işçi evli ve çocuklu iken verilerinin yanlışlıkla bekâr olarak işlenmesi onun çocuk yardımı almasını engelleyerek maddi zarara uğramasına neden olabilir. Bu nedenle, işçinin verilerinin doğru ve güncel olarak işlenmesi işçinin maddi ve manevi haklarını koruyacaktır.

Üçüncü olarak, işleme faaliyetleri belirli, açık ve meşru amaçlar için olmalıdır. Bu ilke uyarınca, işveren ancak belirli ve yasal dayanağı olan amaçlarına ulaşmak için veri işlemelidir. Kişisel verilerin işlenmesinde, amaç ile bağlantı ilkesine de uyulmalıdır. İşverenin işçinin kişisel verilerini işleyebilmesinin sınırı TBK m. 419'da çizilmiştir. Madde, "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır." şeklindedir. Madde uyarınca, kişisel veriler, ancak işin niteliğinin gerektiği ölçüde işlenmelidir. İşin icrası için bilinmesi gerekmeyen veriler işlenmemelidir. Örneğin, şoför olarak çalışan bir kimsenin ehliyetinin bilgisi işlenebilmeli iken şoförün dini ve felsefi inançlarına ilişkin verinin işlenmemesi gerekir.

Yalnızca merakını giderme ya da işçi üzerinde psikolojik baskı kurma amacıyla meşru dayanağı olamadan veri elde etmemelidir. Esasen bu ilke, keyfi uygulamaların önüne geçme amacı taşımaktadır. Dördüncü ilkeye göre, veri asgarileştirme (The data minimisation principle) ilkesi gereği veri işleyen, işleme amacını gerçekleştirmesine yetecek kadar veri kullanılmalıdır. Veri işleme amacını aşan işleme faaliyetleri hukuka aykırı olacaktır. Örneğin Danıştay, güvenlik amacıyla işe giriş çıkış yaparken parmak izi vermek istemeyen memuru haklı bulmuştur¹⁷. Benzer şekilde, güvenlik gerekçesiyle çalışanların servislerine kameralı takip sisteminin uygulanmasını ölçülülük ilkesine aykırı

uyarınca idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.", <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizinin-Hizmet-Sartina-Baglanmasi> (ET: 17.08.2020)

¹⁶ Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF> (ET: 17.08.2020)

¹⁷ Danıştay 5. Daire, E: 2013/5730 K: 2013/9526 T: 10.12.2013 (ET: 20.08.2020)

bulmuştur¹⁸. Danıştay, her iki olayı ölçülülük ilkesine göre değerlendirip, belirlenen amaca daha az veri ile ulaşılabiliyorken daha fazla veri toplanmasını bu ilkeye aykırı kabul etmiştir. Buna ek olarak, kişisel verilerin işlenmesi amacının dışına çıkılmaması gerekir. Örneğin, iş telefon görüşmelerinin işin niteliği gereği kayıt altına alındığı çağrı merkezlerinde, iş konuşmalarının kaydı verilerin işleme amacına uygun olacak iken çalışanlarının özel telefon görüşmelerinin de kayıt altına alınması amacın dışına çıkmak olur.

Son ilke, verilerin saklanma süresine ilişkindir. Toplanan ve elde edilen veriler, belirlendikleri amaca veya yasal süreler ölçüsünde saklanmalıdır. İş ilişkisi bakımından bu sürelerin bir kısmı çeşitli mevzuat hükümlerinde belirlenmiştir. Örneğin, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği 5. maddesine göre, işveren, işçilerin kişisel sağlık dosyalarını işçilerin işten ayrılmasından itibaren en az 10 yıl saklamak zorundadır. Asbest Yönetmeliği 20. maddesine göre işçilerin sağlık dosyalarının saklanma süresi 40 yıldır. Kısaca, bu ilkeler ışığında söylenebilir ki verilerin öncelikle dürüstlük kurallarına uygun, keyfiyetten uzak, işçinin kişilik haklarını koruma amacını gözetken biçimde elde edilmesi gerekir.

IV. ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Kanuna uygun işleme için gerekli açık rızanın geçerli olabilmesi için belirli şartları taşınması gerekir. Öncelikle geçerli bir rızada bahsedebilmek için, kişinin işleme faaliyeti hakkında bilgilendirilmesi, ilgili kişinin rızasının özgür ve bilinçli iradesiyle verilmiş olması gerekir¹⁹. Kişisel verilerin korunması bakımından geçerli olan rıza aydınlatılmış rızadır. Buna göre rızanın geçerli olabilmesi için veri sorumlusunun, ilgili kişiyi Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ²⁰ usulünce aydınlatması gerekir. Bu kapsamda, veri sorumlusu işveren işçiye, veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, ilgili kişinin Kanunun 11 inci maddesinde sayılan diğer haklarını bildirmek zorundadır. Aydınlatma Tebliği md.5/1-f'ye göre, açık rıza ve aydınlatma bildirimini ayrı ayrı formlarda yapılmalıdır. Aydınlatmanın yapıldığının ispatı, işverendedir. Bu sebeple, işverenin bu bildirim yazılı yapması yerinde olacaktır.

Bilgilendirmeden sonra, geçerli bir rıza beyanı için ilgili kişinin özgür iradesiyle rızasını vermesi gerekir. Özellikle, iş hukuku gibi işçinin işverene bağlı olduğu bir ilişkide, rızanın özgür iradeyle verildiğinin ispatı oldukça

¹⁸ Danıştay 5. Daire, E: 2014/3950 K: 2015/2774 T: 06.08.2015 (ET: 20.08.2020)

¹⁹ Kaya, s. 326;

²⁰ 30356 sayılı 10 Mart 2018 tarihli Resmi Gazete. (ET: 20.08.2020)

zordur²¹. Burada, işçinin rıza göstermemesi halinde bir hak kaybı yaşayacak olup olmamasına bakılmalıdır. Eğer, işçi kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermezse bir hak kaybetmesi mümkün ise işçinin rızasını özgür iradesiyle vermediği söylenebilir. Gerçekten de uygulamada, işçilerin rızasının özgür iradeyle verilmesi yönünden geçerliliğini tespit etmek zor olacaktır.

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin şartları KVKK m. 6/2’de düzenlenmiştir. Maddeye göre, özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Kanunda yer alan ilgili kişi, işçinin kendisidir. Dolayısıyla, işçinin özel nitelikli kişisel verilerinin hukuka uygun olarak işlenmesi için kural işçinin açık rızasının alınmasıdır.

Açık rıza olmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ise KVKK m. 6/3’te yer verilmiştir. Kanun, açık rıza olmaksızın işlenme şartını verilerin sağlık ve cinsel hayat ile ilgili veri olup olmamasına göre ayırmıştır. Buna göre, işlenecek veri sağlık ve cinsel hayat verisi dışındaki kişisel veriler ise kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Ayrıca KVKK m. 6/4’e göre, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Karar Resmi Gazete’de yayınlanmıştır²². Kurum toplamda altı önlem belirlemiştir. Buna göre, veri sorumlusu işveren, özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net bir şekilde belli, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve prosedürün belirlemelidir. Ayrıca, Cumhurbaşkanı tarafından yayınlanan Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri başlıklı genelgede tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kritik altyapı hizmeti veren idarelerde uyulması zorunlu güvenlik tedbirleri belirlenmiştir²³.

Ayrıca, işverenin çalışanlarını kişisel veriler ve bunların önemi ile korunması konusunda bilgilendirmesi gerekir. Bu kapsamda, işverenin işçilere eğitimler vermesi, gizlilik sözleşmesi yapması, verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların, yetki kapsamlarının ve sürelerinin net olarak tanımlanması, periyodik olarak yetki kontrollerinin yapılması, görev değişikliği ya da işten

²¹ GÜRSEL, s. 768; SEVİMLİ, s. 126.

²² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180307-7.pdf> (ET: 20.08.2020)

²³ 06 Temmuz 2019 Tarihli ve 30823 Sayılı Resmi Gazete (ET: 20.08.2020)

ayrılanların yetkilerinin kaldırması gerekir. Üçüncü olarak, özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamların elektronik veya fiziksel olmasına göre birtakım önlemler belirlenmiştir. İşverenin, kurumun belirlediği bu önlemlere, verinin türüne göre, uyması gerekir. Kurum ayrıca, verilerin aktarılması halinde alınacak önlemleri de açıklamıştır. İşverenin, bu çerçevede yasal düzenlemeler ve kurumun kararları çerçevesinde koruma yolları belirlemesi gerekir.

V. İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE HUKUKA UYGUNLUK HALLERİ

İşçinin kişisel verilerinin işlenmesinde hukuka uygunluk nedenlerinin başında işçinin rızası gelir. İşçi, kendi özgür iradesiyle geçerli bir rıza beyanında bulunursa, işleme hukuka uygun olur. Burada, tartışılabilir olan bir konu, işçiye bağımlı olan ve işini kaybetme ihtimali olan bir işçinin rızasının özgür iradesiyle verildiğini kabul etmek noktasında olabilir²⁴. Doktrinde, işçinin rıza beyanını verirken işini kaybetme korkusu ile hür olamayacağını ve bu sebeple somut olaya göre geçersiz rıza hallerinin mümkün olduğu belirtilmektedir²⁵.

İşçinin kişisel verilerinin işlenmesinde bir diğer hukuka uygunluk nedeni “üstün yarar ilkesi”dir. İşçi, işveren veya üçüncü kişilerin üstün yararlarının korunması için işçinin kişisel verilerin işlenmesi gerekebilir²⁶. Bu duruma daha çok iş sağlığı ve güvenliği konularında rastlanır. İşçinin bulaşıcı hastalık taşıması gibi bir durumda, diğer işçilerin sağlığının korunması adına işçinin sağlık kayıtlarının işlenmesi hukuka uygun olur.

Burada yer gelmişken COVID-19 salgının etkisinden bahsetmek gerekir. Dünya çapında yaşanan bu pandemi, elbette üstün yarar ilkesi çerçevesinde ele alınmalıdır ancak bir yandan da kişisel verilerin işlenmesine yönelik ilkeler gözetilmelidir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu 27.3.2020 tarihinde yayınladığı kamuoyu duyurusunda, Covid-19 ile mücadele sürecinde gizlilik ve veri işleme faaliyetlerinin asgari düzeyde tutulması gerektiğini vurgulamıştır. İşçinin hastalığa yakalanması veya bu riski taşımasının işverene bildirilmesi gerekir. İşveren, bu kapsamda hastalık riski taşıyan ya da etrafında hasta birisi olan işçinin sağlık verisini işlemek zorundadır. İşveren, kendisine bu şekilde bir bildirim yapılması halinde derhal gerekli önlemleri almalıdır. Ancak bunu yaparken, işçinin kişilik haklarını da düşünmelidir. Örneğin, bir işçide virüs tespit edilirse, olabildiğince işçinin kimliği ifşa edilmeden önlem alınmalıdır. Bu bağlamda, işçinin ismi diğer işçilere bildirilmeden fiyasyon çalışması yapılmalı ve son çare olarak işçinin ismi ve sağlık bilgisi diğer işçiler ile paylaşılmalıdır.

²⁴ Gürsel, Kişisel Verilerin Korunması, s. 768.

²⁵ Okur, s. 90; Sevimli Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 126.

²⁶ Baytar, s. 158.

Başka bir hukuka uygunluk nedeni ise sözleşmeden doğar. İşçi ve işveren arasındaki sözleşmenin ifasından dolayı işçinin kişisel verilerini işlemesi zorunlu hale gelebilir. Burada önemli olan husus, sözleşmenin şartlarını belirleyen işveren tarafının, daha fazla veri elde etme amacıyla sözleşme hükümlerini düzenlememesidir²⁷. İşveren tarafının da sözleşme hazırlar iken verilerin işlenmesine ilişkin ilkeleri göz önüne alması gerekir.

Son olarak, işçinin birtakım haklar elde etmesi veya mevcut haklarını koruması için de işçinin kişisel verilerinin işlenmesi hukuka uygunluk sebebidir. Örneğin, çocuk yardımı alabilmesi için işçinin medeni hal ve çocuk sayısı ile çocuklarının yaşlarına dair verilerin işlenmesi, dil tazminatı alabilmesi için dil bilgisinin veya dil sınavının sonuçlarının işlenmesi, engellilik halinin belirlenmesi ve buna bağlı hak kazanımları için sağlık ve engel raporunun işlenmesi hallerinde bu işlemler hukuka uygun olur.

Bunun dışında belirtmek gerekir ki işçinin ve işverenin kişisel verilerin işlenmesinden dolayı sahip olduğu haklar ve yükümlülükler Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca saklıdır²⁸. Sonuç olarak, işçinin kişisel verilerinin yukarıda sayılan hukuka uygunluk nedenleri uyarınca işlenmesi halinde hukuka aykırılık oluşmaz²⁹.

VI. İŞVERENİN İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİ İŞLEMESİNİN GEREKLİLİĞİ

İş Hukukunda, işveren hem iş sözleşmesi kurulmadan önce hem de sözleşme kurulduktan ve hatta sona erdikten sonra çeşitli sebeplerle işçinin kişisel verilerini işlemeye ihtiyaç duyar. Bu sebepler şu şekilde açıklanabilir.

İşçinin kişisel verilerinin işlenmesindeki sebeplerin başında yasal yükümlülükler gelir. Çeşitli kanun hükümlerine göre, işverenin işçinin bazı kişisel verilerini işlemesi gerekir. Bunlardan biri, İş Kanunu'nun 75. maddesidir. Anılan madde, "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." şeklindedir.

Bu madde ile görüldüğü gibi kanun koyucu işverene, işçinin kişisel verilerini içeren bir özlük dosyası oluşturma zorunluluğu öngörmüştür. Özlük dosyası oluşturma, işçiye ait bilgilerin sistemli olarak saklanmasını ve kaydedilmesini

²⁷ Baytar, s. 159.

²⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 66 vd; Gürsel, Makale, s. 766.

²⁹ Gürsel, Makale, s. 766.

gerektirir ki bu saklanana verilerin güvenliği aynı zamanda işverenin sır saklama yükümlülüğünün de bir parçasını oluşturur³⁰. İşverenin özlük dosyası oluşturmada ve bu bilgileri kullanmada dürüstlük kuralına uyması beklenir³¹.

Ayrıca, İK m. 28. işverene, çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğü getirmiştir. İşveren, kanuni bir yükümlülük olarak, doğru bir şekilde işçiye ait kişisel verileri bu belgede işlemek zorundadır. İşverenin çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için işçinin kişisel verilerini işlemesi gerekir. Benzer düzenleme, TBK m. 426’da mevcuttur. Her iki kanuni düzenlemede adı geçen çalışma belgesi, işçinin kişisel verisidir. Belgenin hazırlanıp yazılı hale getirilmesi ise veri işleme faaliyetidir. Bu sebeple, işverenin bu belgeyi hazırlarken işleme ilkelerine uygun olarak verilerin doğruluğu ve güncelliğini kontrol etmesi gerekir.

Bunun yanında, işverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu³² gereği de işçinin kişisel verilerini elde etmesi gerekir. İSGK m. 14’e göre işveren, bütün iş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutar; gerekli incelemeleri yaparak bunlar ile ilgili raporları düzenler. Ayrıca İSGK m. 15’e göre, çalışanların işe girişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde ve Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun işverene yüklediği bu kayıt ve bildirim yükümlülüğü, aslında işçinin sağlığına ilişkin özel nitelikli kişisel verilerine ilişkindir.

Bir diğer örnek ise Zorunlu İlköğretim Çağı Dışında Kalmış Okuma Yazma Bilmeyen Vatandaşların, Okur - Yazar Duruma Getirilmesi veya Bunlara İlkokul Düzeyinde Eğitim - Öğretim Yaptırılması Hakkında Kanun’un 6. maddesidir. Anılan madde, “İşverenler işyerlerinde çalışan okuma - yazma bilmeyen işçilerin iş ve ikametgâh adreslerini, Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde milli eğitim müdürlüklerine bildirmek zorundadır.” şeklindedir³³. Aynı Kanun, zorunlu ilköğretim çağı dışında kalan kişileri 14 yaşını bitiren kişiler olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla, işyerinde 14-18 yaş arasında yarı zamanlı olarak çalışan bir çocuk dahi olsa, yasal temsilcisinin rızası olmadan, kanuni yükümlülük olarak işveren milli eğitim müdürlüğüne işçinin bilgisini göndermek zorundadır.

³⁰ Manav, A. Eda, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, 2015, S. 2, s. 106.

³¹ Gürsel, İşçinin Kişisel Verileri, s.167; Velioğlu, Azize, Sosyal Medya Özelinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 63.

³² 6331 sayılı Kanun, Resmi Gazete Tarih: 30.6.2012 Sayı: 28339.

³³ 2841 sayılı Kanun, Resmi Gazete Tarih: 18/6/1983 Sayı: 18081.

İşverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında, işçiyi korumak adına birtakım verileri işlemesi gerekebilir³⁴. Örneğin, engeli olan işçi için uygun çalışma düzeni hazırlamak işverenin işçiye karşı borcudur³⁵. Dolayısıyla, işyerinde iş güvenliğini ve engelli işçiye sağlık durumuna uygun çalışma ortamı sağlamak adına işçinin sağlık verilerine veya engel durumuna ilişkin bilgi ve belgelere sahip olması gerekir.

İşveren sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmek için işçinin kişisel verilerini işlemeye ihtiyaç duyar. En doğal örneği, işverenin işçiye maaş ödemesi için işçinin banka ve kimlik bilgilerini ya da işyerine ulaşım servisi sağlaması için işçinin açık adresini öğrenmesidir. İşçinin sendika üyeliği gibi özel nitelikli kişisel verilerinin de işverenin sözleşmesel sorumluluğu kapsamında işveren tarafından işlenmesi gerekir³⁶.

İşveren, işçinin işe uygunluğunu belirlemek için de birtakım kişisel verilere ihtiyaç duyar. Bu durum özellikle, işe alım sürecinde gündeme gelir³⁷. İşverenin, aradığı kriterlere uygun işçiyi belirlemek için aday işçilerin mesleki deneyimleri, eğitim bilgileri, kimlik numarası³⁸, cinsiyeti, yaşı, medeni hali ve cezai mahkûmiyeti gibi kişisel verileri elde etmesi gerekebilir. Bu amaçla, iş sözleşmesi kurulmadan önce, işe alım sürecinde, işveren işçinin ismi, eğitim seviyesi, yaşı ve hatta bazı işler bakımından sağlık bilgileri gibi verilerini toplar³⁹.

İşçinin kişilik haklarının korunması kapsamında birtakım soruların sorulmaması gerektiği, sorulsa dahi bunların işçi tarafından cevaplanmamasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim hukuki ve ekonomik olarak üstün taraf olan işverenin, işçiye gereksiz ve özel hayata müdahale edebilen konular

³⁴ Manav, s. 110; Beytar Erbil, İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, XII Levha, 2017, s. 148; Belge Ayşe Merve, “Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, s.1039; Dursun Yonca, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 26.

³⁵ European Data Protection Supervisor, Guidelines Concerning The Processing Operations In The Field Of Staff Recruitment, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/08-10-10_guidelines_staff_recruitment_en.pdf

³⁶ Uncular Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin, 2014, s. 51.

³⁷ Gürsel İlke, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınları, 2016, s. 280 vd.

³⁸ Gürsel’e göre, kimlik numarası kişi hakkında diğer bilgilerin de elde edilmesini kolaylaştırdığı için yalnızca işe kabul edilen işçiden talep edilmelidir. Gürsel, s. 291.

³⁹ İşçi, işe alım sürecinde işverenin işin niteliğine uygun sorduğu soruları doğru cevaplamak ve onu yanıltmaması gerekir. Zira aksi halde, işçinin tazminat sorumluluğu veya iş akdinin feshi durumu meydana gelebilir. Bunun yanında, işin niteliğine uygun olmayan soruları da cevaplaması gerekmez. Manav, s. 114, Baytar, s. 163 vd, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 75; Gürsel, s. 285.

hakkında soru sormasına iş hayatında oldukça sık rastlanır. İşçinin kişilik hakkını ihlal edebilecek konulardan bir tanesi, işçiye sevgilisi olup olmadığı veya evlenmeyi düşünüp düşünmediğinin sorulmasıdır. Evlenme hakkı, kişinin kendisine sıkı sıkıya bağlı haklarından biridir ve bunun sorgulanması kişilik haklarını ihlal eder. İşçinin evlenmek konusundaki soruya cevap vermemesi veya işi kaybetme korkusuyla yanlış cevap vermesi doktrindeki görüşlere göre tazminat sorumluluğuna yol açmaz. İşverenin, evli olan bir kişiye hamileliği düşünüp düşünmediğini sorması da aynı şekilde özel hayatın gizliliği ve kişilik hakkının ihlali olur. Nitekim Alman Federal Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı, geçmişte verdiği bir kararında kadın işçilere hamilelik planı olup olmadığının sorulmasının ayrımcılık yasağının ihlali olduğuna kanaat getirmiştir. Hamileliğe ilişkin sorular, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi m. 11, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkındaki 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi m. 1, İşe Girme, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Koşulları Konusunda Kadın ve Erkeğe Eşit İşlem Hakkındaki 76/207/EEC sayılı Yönerge m. 1 ve m. 3/1-a hükümleri kapsamında cinsiyet ayrımcılığı oluşturur. Bunun yanında, medeni hali ve çocuk sayısına ilişkin sorular, gerek yasal yükümlülükler gerekse işin niteliğine uygunluk açısından dürüstlük kurallarına uygun olduğu ölçüde sorulabilir. İşverenin, işçiye daha önceki işinde ne kadar maaş aldığı ilgili soru sorup soramayacağı tartışmalıdır. Genel kaniye göre, ücret konusunda, işçinin bu soruyu yanıtlamaması veya pazarlık amacıyla yüksek bir ücret söylemesi, eski ücreti yeni iş sözleşmesinin kurulmasında esaslı unsur değilse, işvereni yanıltma olarak kabul edilmemelidir⁴⁰.

Bazı işler bakımından işçinin kişisel verilerinin işlenmesi, işin niteliği gereği söz konusu olabilir. Örneğin işveren, işin niteliği gereği iş ilişkisinin devamında işçiyi elektronik yöntemler ile gözetleme ihtiyacı duyabilir. İşçinin ses kaydı, görüntüsü veya aracının takibi işverenin menfaati ve işin niteliği gereğidir. Örneğin, market veya mağaza gibi işyerlerinde hem müşteriler hem de ürünlerin güvenliğinin sağlanması ve hırsızlığın önlenmesi amacıyla kamera ile gözetlemenin sürekli olmasının da mümkün olabilir. Bazı işlerde, işin niteliği veya verilerin hizmet kalitesi ve güvenliğini sağlamak adına işçinin kişisel verilerinin kayıt altına alınması gerekebilir⁴¹. Bu amaçla, işyerinin bazı noktalarına kamera veya ses kayıt cihazı yerleştirebilir. Örneğin, hizmet kalitesini ölçmek amacıyla işçilerin telefon görüşmeleri kayıt altına alınabilir, araçların ve şoförlerin güvenliği, rota takibi ve yol yardımı için araçlar GPS ile

⁴⁰ Manav, s. 114 vd, Baytar, s. 163 vd; Uncular, s. 61 vd; Sevimli, s. 152 vd; Gürsel, s. 291 vd; Yazara göre, mankenlik, oyunculuk gibi hamileliğin işin ifasını engellediği hallerde hamilelik bilgisi işverene verilmelidir. Uncular, s. 72.

⁴¹ Özdemir, s. 234.

takip edilebilir⁴². Burada önemli olan işçinin bilgilendirilmesidir. İşçi, işverenin kendisini elektronik yollar ile izlediğini ve bazı bilgilerini kaydettiğini bilmelidir⁴³. Aksi halde, işçinin bilgisi olmadan yapılan inceleme sonucu elde edilen veriler, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sonucunu doğurur.

Bazı işverenler, işçilerin performansını ölçmek, işyerinin güvenliği gibi sebepler ile işçiye iş amaçlı verilen elektronik posta ve bilgisayardan ziyaret edilen internet sayfalarını kaydedebilir. Bu, öncelikle, işyerinin ve işe ait bilgilerin güvenliği için gereklidir⁴⁴. Zira işveren bu kayıtlar sayesinde işçinin bilgi sızdırmasını veya zararlı içerikli internet sayfalarını ziyaret edip etmediğini kontrol edebilir. AIHM'nin, işçinin bilgisayarının denetlenmesi konusundaki iki farklı kararından bahsetmek isteriz. Birinci kararı, Barbulesco v. Romanya kararında, işverenin işçiye iş ilişkisi için bir hesap açması talimatını vermiştir. İşçi, kendisine işverenin iş amacıyla kullanması talimatını verdiği bir Yahoo hesabı açmıştır. İşveren, daha sonra işçinin bu hesabını denetlemiş ve başvuru işçi, kendisinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu olayda, işverenin elektronik posta adresini denetlemek için işçiye önceden bilgilendirme yapması gerektiğini, denetleme yapmak için makul sebeplerinin olmasını ve bu denetlemenin amaca ulaşmak için son çare olarak kullanması gerektiğini ifade ederek, işçinin özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir. İkinci olayda ise, işçinin işyeri bilgisayarında porno içerikleri buldurması şüphesiyle işveren, işçiye ait bilgisayarı denetlemiştir. Bu olayda, Mahkeme, işverenin işyerindeki bilgisayarın sözleşmeye ve mevzuata uygun kullanımını garanti etmek için denetim yapabileceği yönünde karar vermiştir. Doktrindeki görüşe göre işverenin, işçiye iş amaçlı tahsis edilen bilgisayar ve elektronik postalarını kaydedip bunları saklaması işçinin kişisel verilerinin ihlalini oluşturmaz⁴⁵.

İşverenin, işçinin kişisel verilerini işlemede üstün özel yararı olabilir. Özellikle, performans odaklı yapılan işlerde performans ölçümü veya işin beklenen niteliklerde olmasının kontrolü gibi amaçlar söz konusu olduğunda işverenin meşru hukuki yararı işçininkinden daha ağır ise kişisel veriler işlenebilir⁴⁶. Salt ekonomik sebepler, işverenin üstün özel yararının var olduğu

⁴² Özdemir, s. 246; Okur, Zeki, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, 2011, 368 vd.

⁴³ Yargıtay 22. HD. E. 2017/21857 K. 2019/9884 T: 07.05.2019 corpus.com.tr (ET: 21.08.2020)

⁴⁴ İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik 4. maddesinde, İnternet toplu kullanım sağlayıcılarına, erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak ödevi yüklenmiştir. 30035 sayılı 11 Nisan 2017 tarihli Resmî Gazete.

⁴⁵ Özdemir, s. 246; Okur, Zeki, İşyerinde İşçinin Bilgisayar Ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Kamu-İş Dergisi, C. 8, S. 2, s. 54; Manav, s. 125.

⁴⁶ Uncular, s. 58.

anlamına gelmemelidir⁴⁷. İşverenin kullandığı makinenin performansını ve üretim sıklığını ölçme gibi amaçlarla işçinin makineyi kullanma saatlerini parmak izi ile ölçmesi gibi bir veri elde etme amaca uygun olmaz.

Örneğin, özel bankacılık şubesinde tutulan üçüncü kişinin zimmet eşyalarının güvenliği, bankanın itibarı ve çalışanların güvenliği gibi sebepler dikkate alındığında burada işveren bankanın meşru hukuki menfaati, görevli bekçinin kişisel verilerinin işlenmesinden daha ağır basabilir. Bu amaçla, bekçi, iş ilişkisinin devamında elektronik olarak gözetilebilir, giriş- çıkışı denetlenebilir veya üstü aranabilir.

Burada belirtmek isteriz ki işveren, her ne kadar üstün yararı da olsa, işçinin kişisel verilerini işlerken dürüstlük kurallarına uygun davranmak ve işlemeye dair ilkelere uygun faaliyet göstermek zorundadır. İşverenin üstün yararı kapsamında işçinin kişisel verilerini işlemesi gerekse de bunu insan onuru ve özel yaşamın gizliliği hakkı çerçevesinde yapmalıdır.

VII. İŞ İLİŞKİSİNDE ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

İş sözleşmesinin kurulmasında ve devamında en çok talep edilen özel nitelikli kişisel verilerden biri sağlık verileridir. Uygulamada, aday işçiden iş mülakatında, başvuru yapılan işte çalışmaya engel bir durumunun olup olmadığının belirtilmesinin talep edildiğine sıkça rastlanır. Zira sağlık verileri, hem işçinin işe uygunluğunun belirlenmesi hem de iş sağlığı ve güvenliği açısından önemlidir. İşverenin, aday işçiye ancak işe uygun olup olmadığını belirleme amacıyla sağlığına ilişkin soru sorabilir⁴⁸. Uygulamada, başvuru formlarında “Başvurduğunuz işi yapmaya engel bir sağlık sorunuz var mı?” şeklinde soru sorulduğu görülebilir⁴⁹. İşverenin, amacı dâhilinde sorduğu sorular hukuka uygun olup işçinin doğru cevap vermesi gerekir⁵⁰. Bu maksadı aşan şekilde bir soru hukuka aykırıdır.

Örneğin, bir fabrikaya işçi alımında fabrikadaki makineleri dikkatli kullanabilmesi için gözünde bir sağlık sorunu olup olmadığının veya makinelerin sinyal ışıklarını rahat duymasını engelleyecek bir işitme probleminin olup olmadığının sorulması ve bunun hastane raporuyla desteklenmesinin istenmesi hukuka uygun olur. Çocuklar ve hastalarla yakın temas çalışacak hasta bakıcılık gibi bir pozisyona başvuran işçiden bulaşıcı bir hastalığın varlığının belirlenmesi için kan tahlili veya akciğer filmi istenmesi

⁴⁷ Uncular, s. 58.

⁴⁸ Eyrenci, Öner, İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Sorunlar, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 239-262.
s. 252; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 76

⁴⁹ Gürsel, s. 300.

⁵⁰ Manav, s. 116 vd, Baytar, s. 171

de hukuka uygun olacak iken açık alanda tek başına gece bekçiliği yapacak bir işçiden aynı sağlık tetkiklerini talep etmek amacı aşacaktır.

Sağlık verilerinin işlenmesinin gündeme geldiği diğer bir konu da işverenin HIV/AIDS ile alkol ve uyuşturucu testleri yaptırmasıdır. HIV/AIDS⁵¹, bağışıklık sisteminin zayıflamasına yol açan ancak sınırlı hallerde bulaşan bir hastalıktır. Bu hastalık aynı ortamda bulunma ile yayılmadığından her iş bakımından tehlikeli bir durum değildir. Bu nedenle her iş bakımından HIV/AIDS testinin istenmemesi gerekir. Zira taşıyıcı olan kişiler ayrımcılığa maruz kalabilir⁵². Alkol ve uyuşturucu testi de yine belirli işler bakımından zorunludur. Bunun dışında her iş için işçiden alkol testinin alınmaması gerekir⁵³. Şoför olarak çalışan bir kişiden AIDS testin yapılmasının istenmesi amacı aşacak iken alkol testinin istenmesi amaç dâhilinde olacaktır. İşverenin, işçiden bu şekilde bir sağlık verisi talep etmesi halinde, işçiye ait bu özel nitelikli kişisel verileri işleme kurallarına uyarak işlemesi ve muhafazası için gerekli dikkati göstermesi gerekir.

İşçiden, dini ve felsefi inancı gibi bir başka özel nitelikli kişisel verisinin talep edilmemesi gerekir. Kişilerin dini inancı Anayasa tarafından korunur. Anayasa'nın 15. ve 24. maddeleri uyarınca kimse dini görüşlerini açıklamaya zorlanamaz. Nitekim bir kişinin dini ve felsefi inancı kişinin iç dünyasını ilgilendirir ve iş ilişkisinde bir önemi yoktur. Bu soru ancak, dini veya felsefi inanca dayalı bir kurum örneğin Diyanet İşleri veya cami gibi bir yerde çalışıyorsa makul karşılanabilir⁵⁴. Ancak, bu örnek dar yorumlanmalıdır. Eğer, işçinin çalıştığı pozisyon dini inancının kurum ile benzer olmasını gerektirmiyorsa, dini inancın etkili olmaması gerekir⁵⁵. Örneğin, bir caminin tamirat veya temizlik işleriyle uğraşacak işçinin hangi dinden olduğunun kanaatimizce bir önemi olmadığından işveren tarafından dini inanca dair bir soru sorulmamalıdır. Ancak bunun dışındaki dini veya felsefi olmayan kurumlarda bu gibi sorular işçinin kişilik haklarını ihlal edebileceği gibi

⁵¹ Human Immunodeficiency Virus.

⁵² Sevimli, s. 168; Baytar, s. 179. Yazara göre, yapılacak iş AIDS hastalığının bulaşmasına imkân veren terzilik, hemşirelik gibi bir mesleke bunun işverene bildirilmesi gerekir. İşveren de aynı şekilde, işçiden test isteyebilir. Ayrıca, hastalığın ileri safhalarına ve işin icrasını engelleyen bir aşamaya gelinmiş ise işçinin bunu dürüstlük kuralına göre, işverene bildirmesi gerekir. Ertürk Şükran, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi Ve Sonuçları", DEÜHFD, C. 4, S. 2, s. 10.

⁵³ Sigara ve alkol tüketimi, soru mesai saatleri dışında ise işçi bunu yanıtlamak zorunda değildir. Zira bir kişinin mesai saatlerinde alkol veya sigara kullanımı ile iş performansı arasında doğrudan bir bağlantı yoktur. Dolayısıyla bu soru, işçinin kişilik hakkını ihlal edebileceği gibi bu sorunun yanıtına göre iş akdinin kurulması veya kurulmaması ayrımcılık yasağına girecektir. Ertürk, s. 3.

⁵⁴ Eyrenci, s. 256; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 79; Uncular, s. 79.

⁵⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 80.

ayrımcılığa uğramasına da sebep olabilir. İşçiye, dini ve felsefi inancına dair bir soru sorulması halinde, işçinin bu soruya cevap vermesi zorunlu değildir.

Aynı kural siyasi görüşe ilişkin bilgilerin talep edilmesi için de geçerlidir. Siyasi görüş de dini inanç gibi Anayasal güvence altındadır. Kimse, bir başkasını siyasi görüş ve kanaatlerini açıklamaya zorlayamaz. Gerek işe alım gerekse iş ilişkisinin devamında işverenin işçiye siyasi görüşüne ilişkin soru sormaması gerekir. Bunun da tek istisnası, siyasi bir partinin il başkanlığında çalışacak işçi gibi, başvuru veya çalışılan kurumun siyasi bir kurum veya bu kurum ile doğrudan bağlantılı bir kurum olmasıdır⁵⁶. Bunun dışında işçiye siyasi görüşü sorulamaz ve sorulsa dahi işçinin bu soruyu cevaplaması beklenemez.

Özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilen sendika üyeliği de yine Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır. Anayasa m. 51'e göre, hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya veya üyelikten çıkarılmaya zorlanamayacağını öngörür. Bunun yanında Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25 işçilerin sendikal özgürlüğünü destekler. Madde, "İşçilerin işe alınmaları belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendika üyeliğini sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri şartına bağlı tutulamaz." şeklindedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, sendikalı olan işçi ile olmayan işçi arasında ayrımcılık yapılamaz.

Bir işveren, işe alım ve iş ilişkisinin devamı sırasında işçisini sendika üyeliğine veya üyeliği sona erdirmeye zorlayamaz. Bu verileri kural olarak işleyemez. Ancak, sendikaya ilişkin verilerin işlenmesinin yasal bir yükümlülük veya iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması halinde işlenmesi hukuka uygun hale gelir⁵⁷.

Bunun yanında, adli sicil kaydı da işin gerektirdiğinden daha fazla bilgi içereceğinden gerekmedikçe talep edilmemelidir⁵⁸. Ancak iş, cezai mahkûmiyet hakkında bilgiyi gerektirmiyorsa bu bilginin sorulmaması gerekir. İşyerinde kullanılan bir diğer özel nitelikli veri ise işçinin biyometrik verilerini kullanmadır. İşverenlerin, bazı işlerde özellikle işi giriş ve çıkışların denetlenmesi için parmak izi, göz retinası, avuç içi okutma gibi biyometrik yöntemleri kullandığı görülür. Bu yöntemlerin hukuka uygunluğunun belirlenmesi için öncelikle bu yöntemlerinin kullanımının ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının tespiti gerekir. İşveren, aynı denetimi imza atma, kart okutma veya şifre kullanımı gibi daha az veri elde edebileceği bir şekilde yapıyorsa işçilerin özel nitelikli kişisel verisine başvurmalıdır. İşverenin biyometrik yöntemlere başvurması zorunlu dahi olsa istenilen amaç elde edildiği anda bu verilerin usulünce silinmesi veya anonim hale getirilmesi gerekir⁵⁹.

⁵⁶ Uncular, s. 79.

⁵⁷ Baytar, s. 174.

⁵⁸ Sevimli, s. 156.

⁵⁹ Manav, s. 121-124.

Nitekim Danıştay bir kararında, hastaneye giriş çıkışın denetlenmesinde biyometrik yöntemlere başvurulmasını Anayasa'ya aykırı bularak yürütmesini durdurmuştur⁶⁰. Zira bu olayda, daha az veri toplanarak aynı amaç sağlanabiliyor iken biyometrik yöntemlere başvurulmasının orantılılık ilkesine aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Aday veya mevcut işçiye, cinsel tercihleri ve cinsel yaşamı ile ilgili soru sorulmaması gerekir. Bu bilgilerin elde edilmesinin işverene ya da üçüncü bir kişiye menfaati olduğu iddiası kanaatimizce mümkün değildir. Bir kişinin cinsel tercihleri, onun iş hayatını etkileyebilecek bir konu değildir. Bu bilgiler, özel nitelikli kişisel verilerdir ve kural olarak işlenmesi yasaktır.

VIII. İŞÇİNİN ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNAMAMASINDAN DOLAYI İŞVERENİN SORUMLULUĞU

İşveren, işçinin özel nitelikli kişisel verilerinin korunmamasından dolayı TMK, TBK ve KVKK hükümlerine göre sorumlu olur. İşçi, kişisel verilerinin korunması adına öncelikle TMK m. 23-25 hükümlerine başvurabilir. Bu kapsamda, işçi işverene karşı önleme, durdurma ve tespit davalarını açabilir. İşçi ayrıca kişisel verilerinin hukuka aykırı saldırı işlenmesinden dolayı elde edilen kazancın iadesini vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilir.⁶¹

Medeni Kanun hükümlerinin yanında TBK m. 417/3'e göre, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeni ile kişilik hakları ihlal edilen işçi, buna bağlı zararlarının tazminini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilir. Bu çerçevede işçi, isterse TBK m. 473/3 hükmüne dayanarak kişilik haklarının ihlalinden doğan zararı işverenden talep edebilir⁶².

Bunların yanında, TBK'nın tazminata ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur. Özel nitelikli kişisel verileri hukuka veya sözleşmeye aykırı olarak ihlal edilen işçinin malvarlığında bir zarar meydana gelmiş ise işçi, zarar veren işverene karşı tazminat davası açılabilir⁶³. Bu zararın kapsamına şeye ilişkin ve bedensel zararlar girer. Örneğin, işçinin sağlık verilerinin yanlış kaydedilmesi sonucu işçi bir zarara uğrarsa, kişisel verilerinin işlenmesinden dolayı işverene başvurabilir. Bedensel zararlar TBK m. 54'te tedavi giderleri, kazanç kayıpları, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda

⁶⁰ Danıştay 15. HD, E. 2014/4562 T: 11.9.2014, kazanci.com.tr (ET: 18.08.2020)

⁶¹ Manav, s. 121-124.

⁶² Yargıtay 9. HD E. 2014/2671 K. 2015/2015/14580 T: 16.04.2015 corpus.com.tr (ET: 18.08.2020)

⁶³ Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medeni Kanunu Başlangıç Hükümleri, C. I, Beta, İstanbul 2015. S. 404; Topuz, Murat İsviçre Ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi, On İki Levha, İstanbul 2011, 206 vd.

işçinin kişisel verilerinin hatalı, eksik ya da güncel olmayan bir şekilde işlenmesi veya bu verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesi sebebiyle işçinin kazanç kaybının oluşması halinde işverenin sorumluluğu doğar. Örneğin, işçi AIDS hastalığına yakalanmış ve bu sebeple işten çıkarılmıştır. İşveren işçinin hastalığını iş çevresindeki kişilere yaymıştır. İşverenin sağlık verisinin bu şekilde paylaşılması sebebiyle işçinin ekonomik geleceğinin zarara uğraması söz konusu ise işveren bundan sorumlu olacaktır.

Kişilik hakkının ihlali sözleşmeden doğan sorumluluğun ihlal edilmesinden doğabileceği gibi haksız fiil hükümlerinden de doğabilir. Böyle bir durumda, işçi hem sözleşmeden doğan sorumluluğun ihlal edilmesine hem de haksız fiil hükümlerine başvurabilir. Bu halde, hakların yarışması konusunda gündeme gelir⁶⁴. TBK m. 60'ta zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderimi sağlayan sorumluluk sebebine göre hâkim karar verir şeklinde düzenlenmiştir.

Kişinin ismi, haysiyeti, itibarı ve kişisel verileri gibi para ile ölçülemeyen değerleri kişilik hakları içerisindedir. Gerek TMK m. 25/3 gerekse TBK m. 58 uyarınca, işveren aynı zamanda işçinin manevi zararlarını da tazmin etmelidir. TBK m. 114 atfı uyarınca, manevi tazminat talepleri hem sözleşmeden hem de haksız fiilden doğan sorumlulukta geçerlidir.

İş ilişkilerinde kişisel verilerin ihlalden kaynaklı manevi tazminat talep edilebilmesi için bir takım şartlar gerekir. Bunlardan ilki, işçinin özel nitelikli kişisel verilerinin sözleşmeye veya işçinin açık rızası olmaksızın işlenmesi sebebiyle kişilik hakkının ihlal edilmesidir. İkinci olarak işçinin, işverenin davranışı sebebiyle manen zarara uğraması gerekir. Üçüncü olarak, işverenin kusurlu olması ile zarar ve işverenin sözleşmeye aykırı davranışı arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Örneğin, AIDS hastalığına yakalanmasının işveren tarafından iş arkadaşlarıyla paylaşılması işçide ruhsal üzüntü ve depresyona sebep olmuştur. İşçi, hastalığının bilinmesinden derin elem ve keder duymuş ve kişiliği zarar görmüştür. İşini kaybetmemiş ancak işyerinde huzuru kalmamıştır. İşçi, sağlık ve cinsel sağlık verisinin açık rızası veya hukuka uygunluk nedeni olmaksızın paylaşılmasından doğan bu manevi zararını işverenden talep edebilir. Tüm bunların yanında, KVKK m. 11/ğ ve m. 14'e dayanarak tazminat davası açmak mümkündür⁶⁵.

Tüm bunlara ek olarak işveren, aday işçilerin kişisel verilerinin korunmasından da sorumludur. Yukarıda değinildiği gibi işveren iş sözleşmesi kurulması amacıyla bir araya geldiği işçilerin kişisel verilerini işler. Eğer taraflar

⁶⁴ Karan Yeliz, "Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, S. 723-748.

⁶⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16.01.2020 Tarihli ve 2020/41 Sayılı Karar Özeti (ET: 18.08.2020)

arasında iş sözleşmesi kurulmamış ise burada sözleşmesel sorumluluk hükümleri doğmayacaktır. Ancak yine de aday işçilerin kişisel verilerinin korunması ve bu sebeple elde edilen verilerin kusurlu olarak hukuka aykırı işlenmesinden dolayı sorumluluğun doğması gerekebilir⁶⁶. Kanaatimizce, iş sözleşmesi kurulmadan önceki dönemde elde edilen verilerin korunamamasından dolayı bir zarar meydana gelirse işveren culpa in contrahendo hükümlerine göre sorumlu olmalıdır.

SONUÇ

İşverenin, işçinin özel nitelikli kişisel verilerini işlerken kanunda yer alan ilkelere uyması gerekir. Bu kapsamda, yasal düzenlemelere uygun bir veri elde etme politikası belirlemeli ve buna riayet etmelidir. İş ilişkisinde işçinin işverene bağımlı olması, işçinin haklarının korunması bakımından önemlidir. İşçinin kişisel verilerinin korunması, işçinin kişilik hakkının korunmasının bir parçasıdır. İş ilişkisinde işleme faaliyetleri, çoğu zaman yasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar yasal dayanağı olsa da yine de işleme sırasında aydınlatma yükümlülüğüne ve veri asgarileştirme ilkesine de uyulmalıdır. Böylece, işçinin kişisel verileri korunabilir ve işçi haklarını koruyabilir. Bu nedenle işverenin, keyfi veri işleme faaliyetlerinden uzak durması, işçiyi kişisel verilerinin işlenmesi hakkında bilgilendirmesi ve iş ilişkisindeki gözetleme borcu uyarınca kişisel verilerini koruması gerekir.

Kişisel verilere ilişkin ilkelere riayet edilmesi, iş ilişkisi bakımından da oldukça önemlidir. Örneğin, kişisel verilerin doğru, güncel ve tam olması işe alım sürecinden iş ilişkisinde işçinin haklarının kullanımına kadar alanda önemlidir. Bu verilerin doğru ve güncel olması, her şeyin başında, işçiler arasındaki ayrımcılık yasağının bir uzantısıdır. Zira bir aday işçinin kişisel verilerinin eksik olması onun işe alınmasını engelleyebilir; iş ilişkisinin devamında güncelliğini yitiren veriler, işçinin bir haktan mahrum kalmasına neden olabilir.

İşçinin kişisel verilerinin korunmaması halinde işverenin sorumluluğu doğar. İşveren öncelikle TMK m. 23-25 arasında düzenlenen kişilik haklarının korunması ve TBK m. 473'teki iş sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu olur. Bunun yanında işçi, TBK'daki genel tazminat hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabilir. İşçi, uğradığı zarara ve zarar gören kişilik hakkına göre, maddi veya manevi tazminat talebinde bulunabilir. Ayrıca, KVKK m. 11 ve 14 uyarınca, işçinin tazminat talep etme hakları da saklıdır.

⁶⁶ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6786/Kamuoyu-Duyurusu-Veri-Ihlali-Bildirimi-Kariyer-net-Elektronik-Yayincilik-ve-Iletisim-Hiz-A-S-> (ET: 21.08.2020)

KAYNAKÇA

- **Akipek J./Akıntürk T./Ateş D.:** Türk Medeni Kanunu Başlangıç Hükümleri, C. I, Beta, İstanbul 2015.
- **Belge M.:** Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali Ve Korunması Yolları, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ertaş'a Armağan, C. 19 Özel Sayı, 2017: 1025-1051.
- **Beytar E.:** İşçinin Kişiliğinin Ve Kişisel Verilerinin Korunması, XII Levha, İstanbul 2017 .
- **Bozkurt Gümrükçüoğlu Y.:** İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar Ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- **Dursun Y.:** 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019.
- **Ertürk Ş.:** İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık Ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi Ve Sonuçları, DEÜHFD, 4 (2), 2002: 1-26.
- **Eyrenci Öner.:** İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Sorunlar, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991: 239-262.
- **Karan Y.:**Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, S. 723-748.
- **Kaya C.:** Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler Ve İşlenmesi, İÜHFM, C. LXIX (1-2): 317-334.
- **Küzeci E.:** Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitapevi, Ankara 2018.
- **Manav A. E.:** İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX (2), 2015: 95-136.
- **Okur Z.:** Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, 2011: 368-408.
- **Okur Z.:** İşyerinde İşçinin Bilgisayar Ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Kamu-İş Dergisi, 8 (2), 2005: 47-76.
- **Özdemir H.:** İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV (1-2), 2010: 231-270.

- **Salihpaşaoğlu Y.:** Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII (III), 2013: 227-267.
- **Sevimli A.:** “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi, Sicil Dergisi, S. 10, 2008: 53-79.
- **Sevimli A.:** İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2006.
- **Sevimli A.:** Veri Koruma İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011: 120-139.
- **Topuz M.:** İsviçre Ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi, XII Levha, İstanbul 2011.
- **Uncular S.:** İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayınları, İstanbul 2014.
- **Velioğlu A.:** Sosyal Medya Özelinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- **Yücedağ N.:** Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 1 (1), 2019: 47-63.

Elektronik Kaynaklar

- European Data Protection Supervisor, Guidelines Concerning The Processing Operations In The Field Of Staff Recruitment, https://Edps.europa.eu/Sites/Edp/Files/Publication/08-10-10_Guidelines_Staff_Recruitment_En.Pdf
- <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804d7bf3>
- <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-data-protection-law-2018-edition>
- corpus.com.tr
- kazanci.com.tr
- kvkk.gov.tr
- <https://eur-lex-europa.eu>

THOMAS AQUINAS'TAN ORHAN MÜNİR ÇAĞIL'A TEOLOJİK TABİİ HUKUK

Theological Natural Law From Thomas Aquinas to Orhan Münir Çağıl

Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER*

Geliş Tarihi: 05.09.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Tabii hukuk teorisi bazı farklılıklarla ilkçağdan günümüze kadar uzanan bir çizgide varlığını koruyabilmiş çok önemli bir teoridir. Bu teori iki bin beş yüz yıllık gelişim sürecinde farklı evreler geçirmiştir. Bu evrelerden biri de “ilahi-tabii hukuk” evresi olarak nitelendirilen dönemdir. Bu dönemin bu isimle nitelendirilmesinin en önemli sebebi, dönemin filozoflarının tabii hukuku Hristiyanlık teolojisi ile temellendirmeleridir. Bu nitelermeye rengini veren en önemli teolog Thomas Aquinas’tır. XX. yüzyıla gelindiğinde, ülkemizde bu teoriyi yeni bir perspektifle yorumlayan Ord. Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’ın fikirleri son derece önemlidir. İslam’ın teolojik ilkeleri çerçevesinde yorumladıkları bu teorinin; metodolojik, teolojik ve epistemolojik açıdan son derece tutarlı bir zemin üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bu makale ile yeni kuşak hukuk felsefecilerinin ilgisini bu düşünceler üzerine çekmeyi amaçlamaktayız.

Anahtar kelimeler: Doğal hukuk, Hukuk felsefesi, Ahlak, Değer, İlahi-tabii hukuk

ABSTRACT

Natural law is an important theory that has survived the ancient times with little changes. This theory has undergone different stages in the development period of two thousand and five hundred years. One of these stages is called “divine-natural law”. The most important reason for the characterization of this period by this name is that the philosophers of the period are based on the natural law with Christian theology. In our country, the ideas of Prof. Ord. Orhan Münir Çağıl who interpreted this theory from a new perspective are very important when it reached the 20th century. It appears that the theory interpreted by him within the frame of theological principles of Islam was built on methodologically, theologically and epistemologically very consistent ground. With this article, we aim to attract the attention of new generation law philosophers into these thoughts.

Key words: Natural law, Philosophy of law, Morality, Value, Divine-natural law

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Dini İlimler Fakültesi, e-posta: sahan.yildirimer@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7204-5609.

GİRİŞ

Tabii hukuk teorisi her çağda değişik görünümlemlerle de olsa günümüze kadar varlığını koruyabilmiş bir teoridir. Bunun bir sebebi de ilkçağdan zamanımıza kadar, değişik görünümlemlerde de olsa, daima pozitif hukukun dışında ve üstünde bir tabii hukuk düşüncesi egemen olmuştur. Aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz ortaçağda ise tabii hukuk, tanrısal iradede kaynaklanan hukuk olarak tanımlanmıştır. Yakın çağda tabii hukukçular, hukuku Tanrı'nın iradesinden bağımsız hale getirmeye çalışmışlardır. Onlara göre hukuk, Tanrı'dan değil, "akıl"dan kaynaklanır. Bu dönemdeki tabii hukuk anlayışına göre, hukukun yaratıcı kaynağı tüm insanları yöneten "tabii akıl"dır. Bu nedenle bu dönemdeki tabii hukuka, "*aklî (rasyonalist) tabii hukuk*" da denir. Ancak onların kastettiği "akıl", insanın "aklî tabiatı"dır.

Hristiyan teolog ve filozofların, tabii hukuk teorisini Hristiyan teolojisi perspektifinden, ilahi-tabii hukuk şeklinde yorumlama çabaları ne kadar önemliyse, bu teorinin İslâm'ın "hikmet"iyle buluşturularak ilahi tabii hukuk şeklinde yorumlanması da aynı derecede önemlidir.

I. THOMAS AQUINAS VE İLAHİ TABİİ HUKUK

Ortaçağda Hristiyan teologlar tabii hukuk doktrinine sahip çıkmışlar ve bu teoriyi Hristiyan ilahiyatı ile yoğurmuşlardır. Bundan dolayı da ortaçağ tabii hukuku, -Hristiyanlık dini kast edilerek- ilâhî tabii hukuk şeklinde isimlendirilmiştir. Ortaçağ tabii hukukunun en önemli temsilcileri Aziz Augustinus (M.S.354-430) ve Thomas Aquinas (1226-1274) tır. Bu konuda en büyük katkı şüphesiz dönemin önemli filozof ve teoloğu olan Thomas Aquino (Saint Thomas d'Aquin veya S. Thomasius d'Aquinus)'nundur.¹ Thomas d'Aquin, On üçüncü yüzyılda Hristiyan düşüncesini sistemleştiren, Ortaçağ Skolâstik felsefenin en önemli mimarlarından birisi olarak, kendisinden sonraki bütün Hristiyan batı düşüncesini etkilemiş ve derin tesirler bırakmış bir düşündürüdür. Aquinas, akıl-vahiy ayırımıyla batı düşüncesinde daha sonraki akıl-vahiy, bilgi-iman, din-felsefe ayrılığının temelini atmıştır. Nereye kadar akli bilgi, nereden sonra vahyi bilgiye ihtiyaç olacağı veya sadece akli, sadece vahyi bilginin yeterliliği yalnızca Skolâstik ortaçağ düşüncesinin değil aynı zamanda aydınlanma ve sonraki dönemlerde de akıl-vahiy, din-felsefe, bilgi-iman karşıtlığı ve çatışmalarının özünü oluşturmuştur. O, felsefe ve din, akıl ve vahiy arasında ayırım yaparak bunların alanlarını ve özelliklerini tayin etmiş böylece bilimi kilisenin hegemonyasından kurtarmış ve batıdaki bilimsel çabaların ve serbest düşüncenin önünü açmıştır.²

¹ Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 192; Şerif Mardin, "*Tabii Hukukun Gelişme Safhaları Hakkında Bir Not*", (A.Ü.S.B.F.D.), Yıl 1955, Cilt 10, Sayı 2, s. 155.

² Ayşe Sıdika Oktay, "Thomas Aquinas'ta Akıl Vahiy İlişkisi", *Uluslararası 13. Yüzyılda Felsefe Sempozyumu Bildirileri*, (Editörler: M. Demirkol-M. E. Kala) Ankara 2014, s. 680.

Ona göre ebedi hukuk, ilâhî hukuk, doğa hukuk ve beşerî hukuk tümüyle tutarlı bir sistem içinde birbirine bağlıdır.³ Tabii hukukun esası, insan şuuru tarafından tanınan nizamdır. Bu nizam ilâhî aklın insan üzerindeki aksi ve nişanesidir. Aklın vazifesi, nizamı tanımaktır. Akıl hukukun yaratıcısı değil, bize onu keşfettirmeye yarayan bir alettir.⁴ Onun tabii hukuk teorisi, kendinden sonraki birçok düşünürü etkilemiş hatta dini tabii hukuk teorisyenlerinin paradigmaları onun görüşleri ile şekillenmiştir. Böylece hukuku, tanrısal iradeyle tarif eden Ortaçağ tabii hukukçuları, adaleti de aynı şekilde tanımlamışlar, Tanrı'nın emirlerine uygun olan şeyi âdil, aykırı olan şeyi ise gayri âdil olarak kabul etmişlerdir.

Hristiyanlıktaki mezhep taassubuyla bu teoriyi sahiplenenler sonraki dönemlerde de olmuştur. Örneğin; Gurvitch, hukukun, dış vakıalar gibi tecrübî metotlarla değil, vasıtasız bir bilgi ile bulunabileceği hakikatini belirttiikten sonra nihayet hukukun temelini ancak ilâhî hukukta bulunabileceğinde karar kılar. Ancak Müellifin ilahî hukuktan kastı, öncelikle Hristiyan Katolik akidesinin emrettiği hukuktur. Zira ona göre; ahlâk, en tam ve kâmil şeklini vahiy mahsulü olan Hristiyan ahlâkında bulmuştur ve bu sebeple müspet hukukun ilham kaynağını Hristiyanlığın müttekâmil şekli olan Katoliklik teşkil eder. Ortodoksluk ve liberal Protestanlık ise Hristiyanlığın bir gerilemesidir.⁵

Hristiyan teolog ve filozofların bu teoriyi sahiplenmeleriyle, “*teokratik hukuk nazariyesi*” olarak tanımlanan tabii hukuk, tanrısal yönünü güçlendirerek devam ettirdi. Augustinus’dan de Maistre’ e kadar sürekli bir gelişim halinde, dünyevi hukukun ancak ilâhî iradenin tecellisi olan adalete uygunluğu oranında doğru hukuk olduğu kanaati hâkim olmuştur. Bu anlayışın (*Teokratik hukuk*) Rönesans devrindeki en önemli temsilcilerinden Melanchthon, Seckendorf ve Thomasius ise tabii hukuktan hem Allah tarafından insanların kalbine ilham ettiği hukuk duygusunu, hem de ilâhî adalet tasavvuruna uygun olan hukuku anlamışlardır. Hukuktaki bu teokratik yön, günümüze kadar gelmiştir. Honig’e göre bu durum, hem Katolik hem de Protestanlıkta görülür. *Çünkü* “Protestanlık hukuk telâkkisinde hukuk nizamı, kendini ilâhî dünya nizamının muhafazasına hizmetçi olarak gören Slaht in nazariyesine dayanır. Katolik kilisesinin hukuku da tabiat ve mahiyeti icabı ilâhî vahye aykırı olamaz.”⁶ Honig’in aksine Hatemi’ye göre; “Tabii hukuku ilahi hukuktan uzaklaştırma

³ Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Rebro Ofset Matbaacılık, Ankara 2009, s. 172.

⁴ Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1952, s. 53-54.

⁵ Hamide Topçuoğlu, *XX inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort. Ankara 1953, s. 123. (Özellikle Katolik hukukçular tabii hukuk kuramını Hristiyanlığın insani prensipleriyle telif ettikleri, hatta bu nazariyeye koyu bir dini renk vermeye çalıştıkları görülmüştür. Topçuoğlu, s. 160.)

⁶ Richard Honig, “Hukuk İdesinin Müspet Hukuk İçin Ehemmiyeti”, (Çev. Yavuz Abadan) (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1937, Cilt 3, Sayı 10, s. 162-163.

eğilimleri daha çok Protestan dünyasından gelmiştir. Çünkü bu hukukçuları, kilisenin gücüne karşı kullanmak ve bunların öğretileri ile kilisenin gücünü zayıflatmak ve biraz rahat nefes alıp sarraflık ve bankerlik gibi işlerine daha rahat bakabilmek isteyen ‘çevre’ler vardır.”⁷

Kimi hukukçular doğal hukuk anlayışının “kitabî dinler” (Hristiyanlık ve İslamiyet)’in doğal hukuku benimsemeye elverişli olmadığını iddia ederek, bu manada teolojik hukukun doğal hukuku temsillemesinin mümkün olmadığını ifade etmişlerdir. Buna rağmen aralarında çelişik bir anlayışın da olmadığını kabullenmişlerdir.⁸

II. DOĞAL HUKUK PERSPEKTİFİNDEN HUKUKSAL POZİTİVİZM VE NORMATİVİZM

Hukuk olgusunun üç elemandan oluştuğu kabul edilir; norm, sosyal olgu ve etik değer. Bu unsurlardan “norm” u esas alan ve “hukukun özü normdur” anlayışını savunan ekoller; hukuksal pozitivizm⁹ ve normativizmdir.¹⁰ Bunlardan birincisi normu, içeriği açısından ele almakta; ikincisi ise normum biçimsel yapısından hareket etmektedir.¹¹ Hukukta değer ve olması gereken kavramlarının varlığını kabul etmeyenler veya hukuk dışı olduğunu söyleyerek, pozitif olguya dayalı olarak hukuku açıklayanlar hukuk felsefesinde reel görüşlerin temsilcileri arasındadırlar. Reel görüşler, eylemsel olarak var olanı veri kabul edip, araştırma ve açıklamalarını bu esasa dayandıran, aşkın (transandan) ve fizikötesi (metafizik) tartışmaları yararsız diye yadsıyan, saltlıkla pozitif olguya dayanan düşünce sistemleridir. Reel görüşler içinde yer alan hukuksal pozitivizm, var olan hukukun pozitivitesine önem vermekte, her türlü metafizik, aşkın ve soyut unsurları ret etmektedir. Yine reel görüş içinde

⁷ Hüseyin Hatemi, *İnsan Hakları Öğretisi*, Gümüş Basımevi, İstanbul 1988, s. 186-187. Ayrıca geniş bilgi için; Şahban Yıldırım, “*Hukuk Felsefesi Açısından Tabii Hukuk Teorisi ve İslam Hukuku*” isimli esere bakılabilir.

⁸ *Hristiyanlığın ve hatta livresk (yazımsal-kitabi) dinlerin, zaten kendisellikte doğal hukuk anlayışını benimsemeye elverişli bulunmadığını iddia eden Özbilgen’e göre; teolojik anlayış, doğal hukuku temsilleme yeteneğinde değilse de, onunla çelişkin bulunmamaktadır.* (Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı*, s. 193-195.)

⁹ Pozitivizm, hukuki meşruiyetin kıstasını ampirik alemde arayan bir telakki tarzı olarak tanımlanmıştır. (Tarık Özbilgen, *Hukukta Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Deneme (Ferdîyetçi Bir Hukuk Anlayışının Müdafası)* Anıl Matbaası, İstanbul 1969, s. 14.) Hukuksal pozitivizm kavramına eleştiri getiren bazı hukukçular bunun yerine “yönetmenci voluntarizm” kavramını kullanmışlardır. (Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı*, s. 43.)

¹⁰ Literatürde tercih edilen kavram genellikle normativizm şeklindedir. Ancak burada norma dayalı bir pozitivizm söz konusu olduğundan kimi hukukçular bu niteliğin birlikte zikredilmesinin gereğine işaret ederek normativist pozitivizm ifadesini kullanmışlardır. (Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı*, s. 105.)

¹¹ Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Mat/Er Matbaası, İstanbul 1988, s. 177.

yer alan normativist okula göre, hukukun özü mantıksal bir yapı olan hukuk normudur. Sonuç olarak bu akım da; sosyal olgu ve etik değeri, hukuk ötesi (metajüridik) elemanlar olarak nitelendirmekte ve “hukuksal pozitivizmin” hatalarına düşmektedir.¹²

Oysa olan hukuk” ile “olması gereken hukuk” arasındaki ayrım Antik Yunan’ dan bu yana yapılagelmektedir. Olan yani pozitif hukukun, özü aynı kalsa da içeriği yüzyıllar içerisinde değişen ve gelişen bir “olması gereken hukuka” uygun olması fikri doğal hukukçular tarafından hep işlenmiştir. Bu fikrin karşısında duran hukuki pozitivistlerin de temel eleştirileri “olması gereken hukuk”un hesaba katılmaması üzerinedir. Bu nedenle ister doğal hukukçu ister pozitivist olsun, hukuk felsefesi ile uğraşanlar ister kabul etsinler isterse reddetsinler bu ayrımı hesaba katmak durumunda kalmışlardır. Çünkü hukuk normu “olması gereken”i deyimler. Hukuk, tıpkı ahlak kuralları gibi insanların belli biçimde davranmalarını buyurur. “Olması gerekeni” belirleyen bu kuralların belli amaçları vardır; iyiyi, güzeli, adili, doğruyu gerçekleştirmektir. Estetik, etik, hakikat ve adalet değerleri teleolojik niteliktedirler. Buna mukabil, “olan” ise bir durum saptamasından ibarettir. Örneğin, doğa olayları gözlemlenir, onlardan bazı kurallar çıkarılarak genellemelere gidilir, ama bu genellemeler hiçbir zaman “olması gereken” değildir. Oysa hukuk ve ahlak kurallarında durum farklıdır. “Yalan söylememelisin” ahlak kuralına aykırı davranmak olanaklıdır, ama asloğan yalan söylememektir.¹³ Hukukun bilimsel karakter kazanması da, şüphe götürmez ki, objektivitesinin algılanması ile başlar. Bu ise onun, kanun koyucunun iradesi dışında bir varlığa sahip bulunması demektir. Zira hukuk, sırf kendisini meydana getirenin eseri olsa, bir diğer söyleyişle kanun koyucunun istediği şekilde varlık gösterse idi, bilimsel bir incelemeye konu olamayacak ve dolayısıyla da bilimsel bir karakter, bilimsel bir kimlik taşıyamayacaktı.¹⁴

Hukuksal pozitivizm akımı, sosyo-ekonomik yapı ve değer sorunlarını görmezlikten gelerek hukuku norma ve yasamanın iradesine indirgemiş, onu hukuk ötesi (kendince) elemanlardan bağımsız olarak ele almıştır. Hukuk yalnızca “somut” olgudur denmiş, ona kaynak olan sosyo-ekonomik ilişkiler savsaklanmış, “olması gereken”, “adalet”, “değer” kavramları karşısında kayıtsız kalınmıştır.¹⁵ Aslında hukuki pozitivizmi savunanlar, metafizik olduğu, sübjektif değer yargıları içerdiği için reddettikleri doğal hukukun yerine bir başka değer yargısını koymaktadırlar: “Hukuk, üstün ve emredici iradeden

¹² M. Niyazi Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk (Hukukun Özü Sorunu)*, Doğu Matbaası, İstanbul 1982, s. 52.

¹³ Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk*, s. 58.

¹⁴ Tarık Özbilgen, “Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne”, (*İ.Ü.H.F.M.) Yıl 1964, Cilt 30, Sayı 1-2*, s. 281.

¹⁵ Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, s. 178.

kaynaklanan ve en iyi kuralların ortaya koyulduğu bir sistem” olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki pozitivizm, yalnızca varlığı nedeniyle pozitif hukuka verdiği değer ve kanuni adalet anlayışı nedeniyle ideolojik bir görünüme kavuşmaktadır. Bu yaklaşımın bir değer yargısını dışlarken bir başkasının içine düştüğü görülmektedir. Yasayı koyan iradenin eylemi bağımsız bir varlık niteliğine bürünmekte ve “en yetkin yasayı bildirebilecek” nitelikte görüldüğü için tabulaşmaktadır.¹⁶ Pozitivizm, bilinçli olarak yalnızca hukukun konulmuş olması olayı ile yetinip, bunda rol oynamış olan güçlerin araştırılmasından kaçınmaktadır. Bu yüzden haklı olarak, hukuki pozitivizmin bilim dışı ve ilkel-teolojik bir karakter taşımakta olduğuna işaret edilmiştir. Ayrıca adalet gibi etik bir değer varlığı görüşüne karşı çıkışı, hukuki pozitivizmi ilkel-teolojik bir kimliğe sokmuştur.¹⁷

Ayrıca hukuksal pozitivizm, yasama organının istencinin biçimsel olarak ortaya çıkmasını yeterli görmekte, biçimci bir özelliğe bürünmektedir. Bağımsız bir varlık niteliğine sokularak adeta tabulaştırılan yasaman istenci ya da devlet, hukukla özdeşleştirilmektedir. Eğer hukuk yalnızca siyasal erki elinde bulunduran gücün istencini deyimliyorsa ve ‘yasamanın istenci’ olmanın dışında hiçbir bağlayıcı ilke söz konusu değilse, bu durumda hukuk kaçınılmaz olarak, egemen sınıfın istencini yasa biçiminde kutsallaştırmasından başka hiçbir şeyi deyimlemeyecektir. Diğer yandan, hukuksal pozitivizm ahlaksal değerlere ters düşen bir hukuk kuralını da hukuk olarak benimseme durumuna düşebilmektedir.¹⁸ Oysa hukukun sadece verili bir buyruk olmayıp toplumsal koşullarla, bilimsel verilerle, etik değerlerle ilintili bir toplumsal olgu olduğunda hiç kuşku yoktur.¹⁹ Bundan dolayı da hukuksal pozitivizmin tarih boyunca kurulu düzenin korunması, iktidarların otoritesinin sağlamaştırılması amacıyla ortaya çıktığı iddia edilmiştir. Çünkü her iktidar, belirli kurullarla sınırlanmaktan hiç değilse bir miktar sıkıntı duyar ve bu kurulları aşabilmek için kimi kez çareler üretmeye çabalar. İktidarı ele geçirenlerin iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta herhangi bir güçle sınırlanmayan devlet anlayışı tarih sahnesinde hep görülmüştür. Bunların hepsi doğal olarak kendi yaptıkları

¹⁶ Zeynep Özlem Üskül Engin, “Olan Hukuk - Olmayan Hukuk”, *HFSA23*, s. 157-158.

¹⁷ Vecdi Aral, “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı”, (İ.Ü.H.F.M.) *Yıl 1974, Cilt 39, Sayı 1-4*, s. 326-327.

¹⁸ Bu çelişkinin farkında olan ve “esnek pozitivistler” olarak tanımlanan kimi hukukçular; klasik formdaki anlayıştan kısmi uzaklaşma ile hukukun ahlakiliğe göre belirlenebileceğini mümkün görmeleri ile aradaki bariyerler esnemiş buna binaen tabii hukuk teorisi ile hukuki pozitivizm arasındaki farklılığın önemsiz düzeye indiği iddia edilmiştir. Konuyu bilimsel zeminde inceleyen günümüz hukuk felsefecileri bir ayrıntıya dikkat çekmişlerdir. O da; her iki teoriyi savunanların ahlaktan anladıkları şeyin farklı olabileceği gerçeğinin göz önünde bulundurulmasıdır. Gülrüz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?” (*A.Ü.H.F.D.*), *Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3*, s. 145-174.

¹⁹ Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, Beta Basım, İstanbul 1998, s. 36.

yasal düzenin en iyisi olduğunu savunmak ve bu düzenin değişmezliğini sağlamak için pozitivist düşünceye destek vermişlerdir. 19 ve 20. yüzyılda bilimsel ve felsefi pozitivizmin ortaya çıkışıyla birlikte hukuki pozitivizmin temelleri atılmış olmaktadır. Böylece iradeci, devletçi ve olan hukukla yetinen hukuk anlayışı, bilimselliğin ardına sığınma imkânı bulmuştur. Bunun sonucu olarak doğal hukuk görüşü bir yana bırakılmış, hukuk teorisi pozitif hukukun egemenliğine terk edilmiş ve bütün hukuk pozitif hukuktan ibaret sayılmaya başlanmıştır.²⁰

Normativizme gelince, bu teoride norm, sırf pozitif hukukun gerçekleşim aracı olarak dikkate alınmaktadır. Öylesine ki, normun sosyal realite ve etik değer ile tüm ilişkisi kesilmiş ve böylece de norm, yasamanın buyruklarına özgülülmüştür. Normativist pozitivism, tüm hukuku kendisel norma ve dolayısıyla da hukuk bilimini de, hukukun transandantal lojik yapısının incelenmesine indirgemektedir.²¹ Hukukta pozitivist olan Kelsen'in normlar hiyerarşisi de bu konuda eleştiri konusu olmuştur. Hukuksal pozitivist olarak kabul edilen Kelsen'in hukuk anlayışında, hukukun özü normda ve normlar hiyerarşisinde. Piramidin en üstünde anayasa, onun üstünde bir "varsayım" mevcuttur. Yönetmelik, tüzük, yasa, anayasa sırasını izleyen piramidin kademeli yapısının en üstünde artık bir pozitif hukuk kuralı değil de, hukuki bilginin zorunlu son bir noktası kabul edilen hipotetik (varsayımsal) temel norm mevcuttur. Anayasa bu temel normdan, yasalar anayasadan, daha alt düzeydeki hukuk normları da yasadan etkinlik ve meşruiyet kazanırlar. Hukukun özü eninde sonunda adı geçen varsayımda kenetlenir. Bir varsayımın öz olarak kabul edilmesinin bilimselliği tartışmaya açıktır. Hukuku bir varsayım kuramaz.²² Sonuç olarak bu norm pozitif bir hukuk kaidesi değil, ona tâbi normların hukuk ötesi nihai, mantıki bir mer'iyet sebebi olduğu için sadece bir hipotezden ibarettir.²³ Sosyal olgu ve etik değeri, hukuk ötesi (metajüridik) olarak niteleyen bu akım²⁴ın geldiği nihai nokta yine hukuk ötesi bir hipotezin oluşu çok ilginçtir.

Kelsen'in normlar hiyerarşisinde alt norm meşruiyetini bir üst normdan almakta, piramidin en tepesinde de anayasa bulunmaktadır. Bu teorinin en zayıf yanı ya da eleştiriye konu olan yanı anayasanın meşruiyetini aldığı kaynağın tanımlanamamasıdır. Bu teoride meşruiyet kaynağı olarak, kimi zaman değer yargısı olarak; anayasanın üstündeki grandnorm'un (temel norm) kaynağı olarak doğal hukuk ilkelerine, kimi zaman da toplumsal gerçekliğe işaret edilmiştir. Ancak kimi hukukçular hipotezden öte geçemeyen böyle bir

²⁰ Zeynep Özlem Üskül Engi, "Olan Hukuk - Olmayan Hukuk", *HFSA23*, s. 156.

²¹ Tarık Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk*, s. 105,107.

²² Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk*, s. 74.

²³ Vecdi Aral, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", (*İ.Ü.H.F.M.*), *Yıl 1968, Cilt 34, Sayı 1-4*, s. 537.

²⁴ Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk*, s. 52.

teorinin bağlayıcılık konusunda yeterli olamayacağını ifade etmişlerdir. *Ahlâka dayanmayan bir hukuk sisteminin, insan davranışlarında gerçek bağlayıcı bir gücü olamaz. Pozitif hukukun üstünde, mantıkî bir geçerlik nedeni olarak bulunacak temel norm gibi bir hipotez de, insan davranışlarını bağlayıcılık konusunda asla yeterli değildir; böyle bir hipotez, mantıkî niteliğinden ötürü davranışları değil, sadece düşüncüyü bağlayabilir.*²⁵ Hukuk felsefesi açısından bir yandan değer olgusunu önemseyen Kelsen diğer yandan da bu tür verileri metajüridik (hukuk ötesi) olarak tanımlayarak²⁶ bir çelişkiye düşmektedir. Bu teoriyi savunanlar çıkış yolu olarak anayasanın meşruiyet kaynağının sorulmaması gerektiğini iddia ederler, zira bu konu hukuki değil sosyolojik bir konudur. Hatta bu konuda pozitivistlere bir de çağrı yaparlar ve derler ki; anayasanın değeri meselesi, hukukî değil sosyolojik bir meseledir ve sonuç olarak, *“hukukî pozitivist için apriori olarak Anayasanın değeri: bir postüla olarak kabul edilmedikçe hiçbir hukukun mevcudiyetine imkân olamaz.”*²⁷

Klasik hukuksal pozitivism, hukukçuyu basit bir uygulayıcı olarak görür. Pozitivistlere göre, hukukçunun uğraş alanı normlarla sınırlıdır. Ronald Dworkin²⁸ ise hukukun sadece ‘konan hukuk-mevzu hukuk’ olmadığını, o kuralların yanında önceden mevcut olan evrensel hukuk kurallarının ve doğal hukukun var olduğunu belirtir. Dworkin’e göre hukukçu sadece somut hukuk normlarını değil, pozitif hukuk normlarına önceleyen a priori hukuku, etik değeri uygulamalıdır. Hukukçu, pozitif normların basit bir hukuk teknisyeni olmamalıdır.²⁹ Hukukta değer odaklı yaklaşım Dworkin’in devlet ve siyaset felsefesine de hâkimdir. Devlet ve onun irade bildirimi olan hukukun meşruiyet ölçütü özgürlük, eşitlik ve ahlaklıktır. Çünkü ahlaki temellere dayandırılan meşruiyet çok daha insancıl, çok daha barışçıl olup sağlam temelli bir toplum yapısının zeminini oluşturur.

²⁵ Vecdi Aral, “Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi”, (İ.Ü.H.F.M.) Yıl 1974, Cilt 40, Sayı 1-4, s. 527

²⁶ Bu teoriye göre, hukuksal (jüridik) eleman kendisellelikle normdan ibaret bulunduğuna göre, öteki bütün elemanlar metajüridik (hukuk dışı-hukuk ötesi) karakter taşımakta ve dolayısıyla da hukukun ve hukuk teorisinin dışında tutulması gerekmektedir. (Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı*, s. 108.)

²⁷ Marcel Waline, “Felsefi, Hukuki ve İçtimai Pozitivism”, (Çev. Münici Kapani) (A.Ü.H.F.D.) Yıl 1973, Cilt 8, Sayı: 3, s. 173.

²⁸ Hukuk Felsefesi tarihinde hiç bir düşünür Ronald Dworkin kadar dikkat çekmemiş ve bu denli etkili olmamıştır. Hukuk felsefesinin önemini ağırlıklı bir biçimde vurgulayarak ‘dünya hukuk camiasının’ dikkatini bu alana çeken ilk düşünürün Ronald Dworkin olduğu iddia edilse abartılı bir niteleme olmayacaktır. Sadece hukuk camiasına değil tüm aydın ve entelektüel kesim, onun sayesinde hukuk olgusunun temelinde adaletin, etik değerlerin yatması gerekliliğinin bilincine ulaştı. Niyazi Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, *Anayasa Yargısı* 28 (2011) s. 83.

²⁹ Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, s. 85.

Sonuç olarak ve geldiğimiz nokta itibariyle, doğaya yönelik hegemonik, ideolojik ve politik yaklaşımlardan uzak saf bir bilme isteğine dayalı bir bilim kuramının varlığı anlayışı naif ve gerçeklikten uzaktır. Bu bağlamda, hukuku bilim ya da salt norm, emir veya yaptırım olarak gören pozitivistik hukuk teorilerinin moral ve metafizik unsurlardan arınmış, ideolojik-politik kaygılardan uzak saf bir hukuk yaratma gayretleri de aynı ölçüde naif ve gerçek dışıdır. En başta hukuka yönelik bu tavrın bizatihi kendisi ideolojik bir tavidir. Son iki yüzyıldır hukuki pozitivism ile yaratılan ve inanılan sürecin kendisi metafiziktir.³⁰ Aslında bu görüşü savunanlar, metafizik olduğu, sübjektif değer yargıları içerdiği için reddettikleri doğal hukukun yerine bir başka değer yargısını koymaktadırlar.³¹

III. ORHAN MÜNİR ÇAĞIL VE İLAHİ TABİİ HUKUK

Hukukun, metafizik alana ilişkin bir değer olduğunu kabul etmeyen hukuk felsefecileri ampirik alanı transande eden ancak metafizik de olmayan ara bir aşkın boyuta işaret ederler. Bu konuda gerek hukuka ilişkin gerekse ahlaka ilişkin değerleri metafizik alanda temellendiren hukuk felsefecilerini de eleştirirler. Örneğin Özbilgen ilk grupta yer alırken yani bu değerlerin ampirik aleminin aşığı fakat metafizik aleme de ilişkin olmadığı tezini savunurken ikinci grupta yer alan yani bu değerleri metafizik aleme ilişkin olarak gören Hocası, Çağıl'ı eleştirir. Gerçi Özbilgen Tanrı fikrinin insanlar tarafından üretildiğini iddia eder ve dinin bir değer olmadığını kabul eder.³²

Çağıl, tabii hukukun kaynağı olarak ilahi boyuta işaret etmekle birlikte yine ilahi kaynaklı olarak akli da bu aşkın ilkelerin müspet hukuk olarak uygulanmasında aktif rolüne işaret eder. “Dinî veyahut teolojik dünya görüşü zaviyesinden, tabii hukukun nihaî kaynağı, daha doğrusu menşei: Allah'tır. Varlığa veya kâinata filozofik zaviyeden bakacak olursak, akıl, tabii hukukun menşei ve bu suretle müspet hukukun da nâzım (regülâtif) prensibi, rehberi ve ölçüsüdür. Tabii hukuk ebedîdir ve değiştirilemez; bağlayıcı bir norm olarak, tarihin seyri içinde doğmuş ve gelişmiş olan müspet hukukun fevkındadır.”³³ Hukukun üzerine inşa edildiği değerlerin aşkın boyutuna işaret eder. “Hukukun bir de manevî ve metafizik boyutu vardır. Metafizik mevcudiyeti itibariyle hukuk, özünde mutlak hürriyeti ihtiva ve temsil eden rabbani kudrete bağlı aslı

³⁰ Sezgin Seymen Çebi, “Antik Yunan’da ve Modern Batı Toplumlarında Hukuk ve Bilim”, *HFSA23*, s. 112.

³¹ Üskül Engin, s. 157.

³² Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971, c. I, s. 419.

³³ Orhan Münir Çağıl, “İnsan Hakları ve Tabii Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*) *Yıl 1984, Cilt 50, Sayı 1-4*, s. 82.

bir değer ve ide olarak belirir. Hukukun mantikî ve ahlâkî (adaletle alâkalı), yani ideal mevcudiyeti, bu aslî değer in mekân - zaman âleminde bir tezahürüdür.”³⁴

Fizik âlem ve metafizik âlem düalizmi Çobanoğlu'nda da bariz bir şekilde görülür: “Varlığımızın alın yazısı olan düalizm, daimî ve ebedîdir. Yanılmaz bir ses, bize, bu âlemin değişikliklerini gösterdiği gibi, içimizden gelen başka bir ses, belki de aynı ses, bütün bu değişiklikler içerisinde ilâhî ve ebedî bir şey in parıldadığını bize bildirir. Teolojik mahiyette birtakım münakaşalara girmeden, tamamen ilmî ve bilgi nazariyesiyle ilgili bir tahlilin hudutları dâhilinde kalmak suretiyle, her insanın zihninde, hasselerin mutalarını aşan ve bu mutalardan farklı olarak, küllî ve mutlak olanın karakterlerini arz eden bazı ideler ve kat'iyetlerin mevcut bulunduğu görülür. Şuurda, ilk uyanışından itibaren, tecrübe dışında sabit bulunacak şekilde kendisini belirten umumî varlık idesi işte budur. Rousseau'nun dediği gibi, bu “semavî ses” in şuurumuzda mevcudiyeti üzerinde çok büyük bir dikkatle düşünmek iktiza eder. Zira o bize, mümkün olan herhangi bir mutadan daha iyi şekilde, varlığımızın ve ulvî vazifemizin gerçek cevherini ifşa eder. Bu manada adalet, mutlak ve ebedî ve dolayısıyla daima değişen fakat zihnimizde derin surette kök salmış bulunan ve binaenaleyh tamamıyla mahsus âlemde cereyan eden geçici hayattan ibaret olmayan ve zarurî olarak bu âlem - üstü bir hakikatler nizamına ait olan pozitif kanuniliğe üstün bir kanunun ifadesinden başka bir şey değildir.”³⁵

Çağıl'a göre, insanın aşkın âlem ile bağının kopmasıyla kişinin hayatında bir bunalım baş gösterir. Bu insanın bu yönünün hem güçlü oluşuna hem de biricik oluşuna işaret etmek için “metafizik insan” kavramını kullanır. Bu bilinç insana sorumluluk yüklemektedir. İnsan aşkın âlemle olan bağı ile yetinmemeli ayrıca aynı düzeyde hem kendi şahsına hem de yaşadığı topluma yani sosyal çevresine karşı sorumludur. “Hayatın her sahasında, insanın gerek kendi nefsi ve Tanrı ile gerek dünya ile (tabiat, tarih ve cemiyetle) ahenk halinde bulunması veya bu ahengi tesis etmeye çalışması zaruridir Bu aheng in olmadığı veya bozulduğu hallerde ve yerlerde insan hayatında bir buhran baş gösterir. Bu ahengi tesis, muhafaza ve sürdürmek, insana Tanrı tarafından yüklenmiş bir vazife veya ihsan edilmiş bir imkândır. Bu imkân ve vazife, ancak ahlâkî hürriyetle ve hür ahlâkî hamlelerle gerçekleşebilir, yerine getirilebilir. İnsanın kendi tabiatından daha fazla olan şey, kendi tabiatını aşan şey: insanın ebedî ve sonsuz ve aynı zamanda vazife ve mesuliyetlerle yüklü hür tarafidir; insanın metafizik tarafidir, metafizik insandır. Asıl insan da, budur. Bu davranışlar, bir takım münasebetlerde, örneğin, insan ve kendi nefsi, insan ve tabiat, insan ve diğer insanlar, insan ve Tanrı arasındaki münasebetlerde tezahür eder.

³⁴ Orhan Münir Çağıl, “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk ve Hürriyet Felsefesi”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1967, Cilt 33, Sayı 1-2, s. 230.

³⁵ Rahmi Çobanoğlu, “Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1963, Cilt 29, Sayı 3, s. 680.

Bu münasebetlerin, birbirlerini kontrol esasına müsteniden, ahenkli olması lâzımdır. İnsan, mânâdan şu dört şeyi görmeli ve bunlarla nefsi arasında ahenkli bir münasebet bulmaya çalışmalıdır. İnsanla nefsi arasında (insanla vicdanı arasında); insanla tabii kâinat arasında; insanla sosyal kâinat ve tarih arasında; insanla Tanrı arasında ahenkli münasebet teessüs etmelidir. İnsan için yerine getirilmesi zarurî olan en yüksek normun muhtevaları bunlardır. Eğer bu yolu terk ederse veyahut bunda başarılı olamazsa, elem ve ıstıraplar, musibet ve felâketler kaçınılmazdır.³⁶

Günümüzde insanların bu dengeyi kaybettiği yönünde bir tespitte bulunan Çağıl, bunun telafisi için tüm katmanların birlikte hareket etmeleri gerektiğine işaret eder: “Haddi zatinde insan, bir şeyden kaçmakta ve bir şeyi aramaktadır. Kaçmak istediği şey, ıstırap ve felâketlerdir, ahenksizlikler ve huzursuzluklardır. Aradığı, kavuşmak istediği şey ise, hayatının maddî ve manevî cephelerinde sıhhattir, emniyet ve selâmettir. Zira sadece maddî ıstıraplardan kaçmak, sadece maddî sıhhat ve emniyeti aramak kâfi değildir. Maddî sıhhat ve selâmet, manevî sıhhat ve selâmetle taçlanmazsa, hiç bir kıymeti yoktur. Sonra şunu da ilâve edelim ki ıstırap, bir bakıma, insan hayatının ayrılmaz bir parçasıdır. Elem ve ıstırap, insan ruhunun olgunlaştığı bir potadır. Bilhassa, iç âlemimizde cereyan eden mücadelelerden doğan ıstırapın derin manasını içten yaşamadıkça, içten idrak etmedikçe, ruh olgunluğuna, vicdan olgunluğuna götüren yolu aydınlatan ışıktan da mahrum oluruz ve neticede o yolun ne tarafta bulunduğunu bilemeyiz ve bulamayız. Esasen, iç âlem mücadelesini bilmeyenler, bu mevzuda tam bir hissizlik içinde olanlar, iç ıstırapın ne olduğunu bilemezler. Ruhumuzu selâmet ve aydınlığa kavuşturan ışık, işte bu ıstıraptır; bu dinmeyen, bu bitip tükenmeyen manevî kaygıdır; bu metafizik hassasiyettir. Bu ıstırapı, bu hassasiyeti derinden yaşayabilen insan, kalbi ile günahın ne olduğunu idrak eder; kalbi ile dua etmesini ve kalbi ile tövbe ve istiğfar etmesini, nefsinin yüceltmesini ve ıslah eylemesini bilir.”³⁷ Bundan dolayı hukuk, ahlâk ve din hep birlikte insanın problemleri üzerine, bu gün her zamankinden daha fazla ve daha ciddi eğilmesi gerekmektedir.³⁸

Hukukun kutsal kaynağına işaret eden Çağıl, bu yönden mahkemeleri; ilahi adaletin dağıtıldığı mekânlar olarak kutsalın icra edildiği ortamlar olarak şöyle tasvir eder: “Manevi kıymet ve ehemmiyeti haiz hiçbir beşerî faaliyet yoktur ki Allah telakkisi ile az ve ya çok irtibatı bulunmasın ve bu şuardan mahrum olsun. Bu durum hukuka da şamildir. Demek ki hukuk, ilahi menşe’den gelir. Bu realite, hukukun hem oluşumunda hem içeriğinde ve hem de uygulanmasında kendisini gösterir. Allah’a inanan, Allah’ı seven bir kimse, hakka, hukuka da

³⁶ Çağıl, “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk”, s. 200-203.

³⁷ Çağıl, “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk”, s. 251.

³⁸ Çağıl, “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk”, s. 212.

hürmetkârdır. Allah her türlü hukukun temelidir ve başlangıcıdır. İlahi hukuk, en başta gelen hukuktur. Mahkeme, ilahi bir mercidir. Allah'ın eseridir. Bundan dolayı, *hâkimin işgal ettiği makam, ilahi karakteri haizdir.*"³⁹ Ona göre hukuk; sadece ampirik aleme ait bir tecrübenin birikimi değildir. Bu manada hukuk normu metafizik kaynaklı bir 'ide'nin insanlığa hitabıdır. Bu hitap maddi kâinatı aşan aşkın bir âlemden gelir. Normun, 'ide'nin manevi kâinattan gelen bu hitabı, insan ruhunun aşkın âleme açılan bir kapısı olan vicdanda karşılık bulur. Böylece norm ve ide ile insan ruhu, Tanrı ile insan birbirinin ezeli ve ebedi aşinasıdır."⁴⁰

IV. ÇAĞIL'DA TANRI VE ÂLEM TASAVVURU

Hukuk normunun etik değer taşıması gerektiğini savunan hukuk felsefecileri, bu değerın kaynağı konusunda farklı yaklaşımlar içinde olmuşlardır. Seküler bakış açısıyla; normun etik değer taşıması gerektiğini kabul etmekle birlikte, etik değerın teolojik alana ilişkin bir veri olmadığını iddia eden yaklaşımlar olduğu gibi, bu değerın teolojik kaynağını savunanlar da olmuştur. Bu ikinci gruptakiler de kendi içinde farklılaşmış, hem teolojik kaynak olarak Tanrı tasavvurunda hem de aşkın âlem tasavvurlarında farklı yaklaşım içinde olmuşlardır.

Etik değeri hukuk normunu oluşturan temel öğelerden biri olarak gören kimi hukuk felsefecileri seküler bakış açılarını bu teorileri için vazgeçilmez görenler etik değeri metafizik/teolojik alana ilişkin bir değer olmaktan uzaklaştırmak isterken bu etik değere objektif bir nitelik kazandırmakta güçlük çekmektedirler. Metafizik alan yerine aşkın boyutu ifade etmek için transsandan boyutu bu alan için uygun bir zemin olarak tanımlamışlardır. Öte yandan etik değerin objektif bir nitelik ifade edebilmesi için ampirik süje-intelijibl süje ayrımı yaparak algıda objektivite elde etmenin yollarını aramışlardır. Çünkü değer yargısının ampirik süjeye ait olduğu kabul edilirse bu durumda bireyden bireye değişim söz konusu olacaktır. Eğer değer yargısının intelijibl süjeye ait olduğu kabul edilirse objektif bir alan açılmış olacaktır. Bu ayrımı yapanlar, insanın manevi boyutunu ilahi metafizik alana ilişkin bir veri olmak yerine bir yönüyle ampirik diğer yönüyle de ampirik olmayan bir tanımlama yapmışlardır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki intelijibl süje olarak tanımlanan bu soyut süjenin ortak değer algısının objektif kimliğini doğrulayacak elde somut bir verinin olmadığı da muhakkaktır.

Ülkemizde doğal hukuk teorisinin önemli savunucularından olan Çağıl;

³⁹ Orhan Münir Çağıl, "Faust Tragedyasının Felsefi, Kültürel, Ahlâkî Mana ve Kıymeti ve İhtiva Ettiği Hukuki Düşünceler", (İ.Ü.H.F.M.) Cilt 52, Sayı 1-4, s. 416.

⁴⁰ Orhan Münir Çağıl, "Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler", (İ.Ü.H.F.M.) Yıl 1957, Cilt 22, Sayı 1-4, s. 291.

ampirik-intelijibl⁴¹ ayırımına hem farklı bir boyut ekler hem de farklı bir içerikle bu ayrımı tanımlar. Konuyu seküler bir zeminde tartışan meslektaşlarının aksine o, konuyu metafizik zeminde hatta teolojik bir çerçevede değerlendirir. Çağlı, aşkın boyutu ifade etmek için intelijibl ve trans-intelijibl kavramlarını kullanır. Bu kategorik ayırmada, teolojik söylemle; ruh ve ruhun ölümsüzlüğüne vurgu yapar. İnsanın ölümlü (fâni) tarafının yanında bir de ölümsüz (gayr ı fâni) tarafı vardır. Başka bir ifadeyle; ampirik (ben)in yanında intelijibl ben (mutlak ben) vardır. Dış âlemde fizik, fizyolojik ve psikolojik boyutları ile ampirik insanı, iç âlemde yine psikolojik ve fakat aynı zamanda ruhanî, manevî ve normatif boyutları ile intelijibl insanı, nihayet bu her iki âlemi ihata eden sonsuzluk boyutu ile trans-intelijibl insanı görürüz. Bunun gibi müspet hukukta ampirik insanla, hukuk ilminde (hukuk mefhumunda) intelijibl insanla, hukuk felsefesinde (hukuk idesinde) hem intelijibl insanla hem de trans-intelijibl insanla karşılaşırız.⁴² Çağlı, intelijibl ben alanını apriorik olarak betimlerken ampirik alanı aposteriorik olarak betimler.⁴³ İnsanın ölümsüzlük (gayr ı fâni) tarafını vücuda getiren intelijibl insan, insan mevzuunda son merci değildir. Bu da trans-intelijibl insana ve bu yoldan da hür, mutlak, namütenahi ruha bağlıdır. İnsanın intelijibl ve trans-intelijibl cephesi namütenahi ruha bağlı olduğu için ölümsüzdür.⁴⁴

Çağlı, mistik bir yaklaşımla; metafizik âlemi kavramanın yolu olarak insan ruhunu elverişli bir zemin olarak görür. Bu konuda ilahi kaynaklı dinlerin kabullerini referans olarak gösterir: “Allah’ın birliğine dayanan dinlere göre ruh, ebedidir yani ölümsüzdür. Mademki ruh, ebedîdir, o hâlde ilahî bir niteliktedir ve tekrar Tanrı’ya dönecektir. İnsanın, fizik âlemde yaşarken hem

⁴¹ Çağlı, intelijibl kavramını insanın manevî boyutu anlamında kullanır. Bu alandaki idrak yetisini ise “ilâhî” olarak tanımlar ve metafizik hatta teolojik alandaki bir değer olarak ifade eder: “*Burada bahis konusu olan insan, muhtelif ve mütenevvi psikolojik hususiyetler arz eden fâni, müşahhas fertler hâlinde tezahür eden amprik insan değil, bilâkis amprik insanlarda tecelli eden entelijibl insan, düşünen süje, mahzîyet ve hürriyetle muttasıf gayrı fâni insan ruhudur. Bu sonuncusu iç âlemle dış âlemi ihata eden namütenahi, mahz iç âlemde mekindir. «Namütenahi insan» tâbiri ile kast olunan şey, kevnî hakikatle normatif ve manevî hakikatin hâmilî «kafanın nizamı ve kalbin nizamı» tabirleriyle sembolize edilen ilim ve imanun, akıl ve vicdanun, hak ve adaletin, hülâsa felsefe, ilim, din, ahlak, hukuk ve estetiği ihtiva eden kıymetler âleminin hâdimi ve zâmini olan varlıktır; kâinat ve transandansın (mütealiyetin), entelijibilite ve trans- entelijibilitenin hürriyetin aktüalize oldukları insandır. İşte bu namütenahi insan ve insaniyet, mekân - zaman âlemine gelirken beraberimizde getirdiğimiz ilâhî bir şeydir.*” Orhan Münir Çağlı, “Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği)” ve Hukuk İdesi”, (İ.Ü.H.F.M.) Yıl 1958, Cilt 23, Sayı 3-4, s. 387,429.

⁴² Orhan Münir Çağlı, “Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler”, (İ.Ü.H.F.M.) Yıl 1959, Cilt 24, Sayı 1-4, s. 388 – 431.

⁴³ Orhan Münir Çağlı, “Stammler’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi”, (İ.Ü.H.F.M.) Yıl 1951, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 316 – 349.

⁴⁴ Çağlı, “Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı” s. 381 – 440.

yaratılmış beden yönü hem de ölümsüz ruh yönüne sahip olarak yaşamaktadır. Bir yönüyle ampirik (maddi), diğer yönüyle de intelligibil (mânevi) özelliğe sahiptir. Mahlûk tarafı, eni boyu bir mezara sığan ve orada çürüyen maddesi, manevi tarafı ise, maddi kozmosu aşan manevi nefsi yani ruhudur.” Ona göre; “varlığın intellejibl (zihnen kavranabilen) kısmı, somut niteliği nedeniyle araştırmaya konu olabilmekte iken, trans-intelligibil kısmı (zihin ötesi) ise bilimsel olarak tahkike uygun değildir, fakat insanın manevî (ahlâki) cehdine açıktır. Buna rağmen insan ruhu çoğu defa bu hududu tanımamakta ve onun ötesine geçmek, onu aşmak için bir takım gizli kapılan zorlamaktadır. Bu durum, insanın kâinatındaki güç ve mesuliyetli metafizik durumuna bir delildir. İnsaniyet, sonsuz insan düşüncesinin ışığında, kavranmalıdır. O sonsuz insan; sadece «intelligibil ben» e ve dünyaya değil, aynı zamanda metafiziğe açılan bir kapıdır. O müşahhas insan, hem kendisiyle hem fizik dünya ile hem de metafizik âlemlerle; mekânın her noktasında ve zamanın her ânında, fasılasız bir karşılaşma halindedir. Böylece kendi zâtı, kâinat ve Allah bilinci ile yani immanans ve transandans; intelligibil ve trans-intelligibil bir bilinç içinde aktüel hale gelmektedir.”⁴⁵ Ayrıca insan, “*normatif şuur*”a sahiptir. Bu, insanın her türlü tecrübenden önce, yani “apriori” olarak haiz olduğu bir kabiliyettir. Bu, insanın iç varlık metafiziğinin bir ifadesidir. İnsan, norm şuru ile doğru ile yanlış, olumlu ile olumsuz, günah ile sevabı, iyi ile kötüyü, haklı ile haksızı birbirinden ayırır.⁴⁶ Teknik olarak ifade edecek olursak insan, “mantiki şuru” sayesinde doğru ile yanlış, “*ahlâki şuru*”⁴⁷ ile iyi ile kötüyü, “*hukukî şuru*” sayesinde haklı ile haksızı, “*dinî şuru*” ile ilahî olan ile şeytanî olanı ayırırken, “*estetik şuru*” ile de güzel ile çirkini birbirinden ayırır.⁴⁸ Çağıl, tüm bunlara bir de “*mistik şuru*” ekler ki ona göre insan, ancak bu şuur ile varlığı

⁴⁵ Çağıl, Faust Tragedyası Zaviyesinden “Goethe'nin Hayat ve İnsan Anlayışının Kültür Dünyası İçin Filozofik Mana ve Kıymeti”, s. 389 – 500.

⁴⁶ Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 136.

⁴⁷ İstanbul Hukuk Fakültesi hocalarından M. Reşit Belgesay ise ahlâki şuru şöyle ifade eder: “*insan tabiatında, ahlâki şuur denilen, fiillerine zihin muhakemesi ile değer hükümü veren, sebeplerini araştıran bir iç his vardır. Bu his iyi ve kötü olanı ayırır; bizi iyiyeye çeker, iyi hareketten sonra içimize ferahlık, kötü hareketten sonra da sıkıntı verir. İster Allah'ın verdiği bir ceza, ister ecdattan intikal eden bir his, ister insan camialarının inandıkları bir hurafe kabul edilsin, anormal yaradılışlar müstesna, umumiyetle insan şahsiyetinde vicdan denilen gizli kuvvet kişinin işlediği bir kötülükten ötürü onu ezmede, hatta illeli yapmaktadır. İnsanın işlediği günahını mazur göstermek için bulduğu sebepler onu iç azabından kurtaramamaktadır. Failin tövbe ile mağdurundan af dilemesi, cezasını bir derece çekmesi ıstırabın biricik devası görünüyör. İşlediği cinayetten sonra duyduğu azap ile intihar eden, aklını kaybeden, ceza görmek için teslim olan suçlular çok görülmüştür. Dini mahiyetinden tecrit edilse de formül olan değil, fakat bütün kalple günahını kendi kendine düşünerek tövbe edenler şifa yolunda adım atmaktadırlar. Bütün bu psikolojik tesirler ilmi olarak izah edilemiyor, ancak tecrübe ile anlaşılıyorlar.*” M. Reşit Belgesay, *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s. 46,49.

⁴⁸ Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 12, 554.

sonsuzluk perspektifinden tefekkür edebilir.⁴⁹

Çağıl, tabii hukuk teorisini teolojik bir bağlamda savunurken Hristiyanlık perspektifi ile doğal hukuku savunanlar ile ortak bir zeminde olmadıklarını; zira İslamiyet ile Hristiyanlık inancında Tanrı tasavvurlarının birbirinden farklı olduğuna işaret eder. Bu konuda yetkin bir İslam bilgini gibi dinî referansları ve teolojik alana ilişkin kavramları ustalıkla kullanır. İslam dininde “tevhit” akidesi ile Allah’ın bir ve tek olduğuna vurgu kadar O’nun aşkın niteliğine de vurgu yapılır. Oysa Hristiyanlık inancında “baba-oğul” nitelemesi ile Tanrı hem içkin bir boyuta indirgeniyor hem de ölümlü bir varlık (İsa Peygamber)’ta ete kemiğe büründürülmektedir.⁵⁰

Normun etik değer taşımasının gereğini iddia eden ancak etik değerın aşkın boyutunu temellendirmekte güçlük çeken hukuk felsefecileri bir başka alanda; insanın manevi yönünü tanımlamakta da güçlük çekmişlerdir. İnsanı; ampirik insan-intelijibl insan olarak tanımlarken insanın manevi boyutunu psikolojik yapısına has kılarlar. Bu ayrımın farkında olan Çağıl, bu konudaki duruşunu şu şekilde tanımlar: “*hukuki diye vasıflandırdığımız hadiseler kompleksinin çekirdeği, asli nüvesi insanın ruhundadır. Ancak ‘insanın ruhu’ tabiri ile kast olunan şey, insanın psikolojik tarafı değil, aksine ebedi, intelijibl ve sonsuz taraftır.*”⁵¹

⁴⁹ Çağıl, “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk”, s. 234.

⁵⁰ Çağıl’ın bu konudaki yorumları son derece özgündür. Ondan dolayı bu konudaki ifadelerinin orijinal haliyle bu çalışmada yer almasının yararlı olacağı kanaatindeyiz. *Hristiyan dininin, İslamiyetin “mutlak tevhit ve vahdaniyet-i ilâhiyye” düşüncesiyle ve Cenâb-ı Hakk’ın saf ve ulvî transsandansıya ve transsandan safiyet ve ulviyetiyle kaabil-i telif olmayan, bir itikadına göre Allah’la insan arasında vâlit - velet (baba - oğul) münasebeti vardır; yani insanlar, Allah’ın çocuklarıdır. Hristiyanlık, Hazret-i İshâyî Allah’ın oğlu addetmekte ve Allah’ı fânî bir varlıkta, etleşmiş olarak, tasavvur etmektedir ki bu düşünce bir hayli yadrganabilir. Hâlbuki İslâmiyete göre, Kur’ân-ı Kerîm, sadece Allah’ın Kelâmıdır. Allah, mekân - zaman vahdetinde (âlem-i fenâ’da), insana fikir ve kelâm şeklinde hitap etmektedir. Böylece, Hristiyanlık ve Müslümanlık, her ikisi de Allah’ın birliğini telkin ettikleri hâlde, Allah’ın oğlu ve Allah’ın Kelâmı düşünceleriyle, birbirine taban tabana zıt iki din gibi görünmektedirler. Bu görüş, İslâmiyetin tevhit anlayışıyla kabili telif değildir. Ayrıca İslâmiyet, bu mevzuda, Kelâmullah düşüncesiyle, Hristiyanlığa nazaran daha fikridir. Bundan başka, «şah damarlarından daha yakın olma» düşüncesiyle de, Allah ile insan ruhu arasında hem sonsuz bir yakınlığın, hem de bir sınırın mevcut olduğuna işaret edilmiştir. Bu derin mistik sembol, gerek tevhide gerek Allah’ın transsandan ulviyet ve sâfiyetine, ulvi ve saf transsandansına daha uygundur. Gerçekten, İslâmiyet, mutlak tevhit düşüncesinin ışığında, Allah’ın transsandan ulviyet ve sâfiyeti, ulvi ve saf transsandansı üzerinde ısrarla durmaktadır. Hâlbuki Allah’ın oğlu teziyle, ilâhî transsandansın bu ulviyet ve sâfiyeti bozulmuş oluyor. İslâmiyete göre, Allah’ın ulvi ve saf transsandansı şöyle belirtilir: Allah, Ehad’dir, yani metafizik - transsandan ‘Küllî - Tek’ tir. Doğmamıştır ve doğurmamıştır. Hiç bir şey ve hiç kimse, O’na denk olmamıştır ve değildir. Lâkin O, yerde ve gökte ne varsa, her şeyin yine de sahibidir ve tekmil eşyayı ihtiva ve ihata eder; her şeyi yaratan, veren ve alan, her şeyin ana zemini ve her şeyde her şey olan, fakat yine de hiç bir şeye benzemeyen, metafizik - transsandan “Küllî - Tek” tir. Çağıl, “İnsan Hakları ve Tabii Hukuk”, s. 85.)*

⁵¹ Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 2.

SONUÇ

Hukuk normunun konmasında amaç bir ölçüt getirmektir. Böylece bir model nesne alınır ve diğer nesnelere bu modele uygun olup olmadığı saptılır. Burada yapılan iş bir değerlendirmedir, değer yargısı vermektedir. Eğer somut durum belirlenen bu ölçüte uygun ise pozitif bir değer yargısına sahip olur ve “iyi” olarak nitelendirilir. Tersi durumda ise negatif olarak “kötü” olarak nitelendirilir. Ancak burada temel sorun “ilk iyi” ya da “ilk ölçüt”ün nereden geldiğidir. Bu konuda kaynağı yerleşik (meknî, immanan); pozitif alemde gören anlayış olduğu gibi aşkın (müteal, transandan); alemde gören anlayış da vardır. Normun etik değer yüklü olmasını savunan ancak bu “değer”in metafizik/teolojik alana ait olmamasına özen gösteren kimi hukuk felsefecileri bu değerlerin ait olduğu mercii tespitinde farklı bir kavram üzerinden bir paradigma oluşturmaya çalışmışlardır. “Değer”in genel geçer ve objektif bir karakterde olmasını sağlamak için ampirik süje-intelijibl süje ayırımına giderek böylece hem değerlerin aşkın olmasını sağlamış olacaklar hem de kişiden kişiye değişmeyen objektif bir veri olarak kabul edeceklerdir. Burada odak ifade; “intelijibl süje” kavramıdır. Bu kavramı kullanan hukuk felsefecileri seküler bir bakış açısına sahip ise bunun ait olduğu alan olarak transsandan alanı belirlemişlerdir. Bu alanın özellikle metafizik/teolojik alan olmadığına vurgu yapmışlardır. İntelijibl kavramını kullanırken seküler bir bakış açısında olmayan başka bir ifadeyle konuya teolojik açıdan bakan kimi hukuk felsefecileri ise bunun metafizik/teolojik bir alana aidiyetini kullanmaktan çekinmemişlerdir. Hatta bu transsandan alan için “aşkın ilahi boyut” ifadesini kullanırken, “intelijibl süje”yi de “insanın manevi/ruhi alanı” olarak tanımlamışlardır.

Bu değerleri aşkın âleme ilişkin birer veri olarak görenler bu değerlerin algılanmasında objektif bir zemin bulmakta güçlük çekmiş, değer ile özne arasındaki ilişki kurmanın yolu olarak “sezgi”ye işaret etmişlerdir. Oysa sezgi, mahiyeti itibarıyla karışık ve muğlak bir kavramdır. Genel geçer normlar üzerine inşa edilecek olan hukukun bu şekilde belirsizlik üzerine bina edilmesi düşünülemez. Bir diğeri ise sübjektif nitelikteki bu sezgilerden objektif nitelikte ortak bir algı alanının varlığının kanıtlanmasının güçlülüğüdür. Zira her öznenin sezgi yolu ile aynı değeri ortak bir standartta algılaması mümkün değildir. Sezgi kavramının tanımı konusunda henüz bir ittifak sağlanmamış ise de bilimin öznesi ile bilimin nesnesi arasındaki ilişkinin “raslantısal” olduğu gerçeği, genel kabul niteliğindedir. Öznenin nesne ile birleşip hakikati bulması olarak tarif edilen sezgide mantıksal bir yol izlendiği söylenemez çünkü sezgi, zamanın akışı içinde, eylem ve duyguların bilinçsiz (nedenini bilmeksizin) anımsanmasıdır.

Hukukun bilimsel karakter kazanması, şüphe götürmez ki, objektivitesinin algılanması ile başlar. Hukuk normunu kuşatan değerleri, objektif nitelikte, kişiden kişiye değişmeyen bir çerçevede tutmak isteyen seküler bakış açısına

sahip hukuk felsefecileri, ara bir ifade “intelijibl süje” kavramını üreterek bu değerlerin metafizik/dini/teolojik alanla ilişkisini kesmenin yollarını aramışlardır. “Değer yargısı, ampirik süje’ye –bireye- değil ve fakat intelijibl süje’ye –insana- bağımlı bulunmakta ve bu bakımdan da, insanla kaim (var) olmakla birlikte, bireyden bireye değişmemektedir. Metafizik ve transsandans kavramları arasında ayırım yapan kimi hukuk –felsefecilerine göre; eğer sosyo-moral değerlerin hukuk normu için zorunluluğu iddia edilecekse bu değer alanı mutlaka transsandans olmalı asla metafizik olmamalıdır. Zira metafizik ontolojiye özgü bir konu iken, transsandans, aksiyolojiye özgü bir konudur. Bu anlayışa göre; intelijibl süje’nin değer algısı sübjektif nitelikte ise de bu iddia sahiplerine göre bu bir çeşit objektivite yaratmaktadır.

Seküler bakış açısını temel bir yönelim olarak kabul eden ancak aynı anda etik değeri hukuk normunu oluşturan temel öğelerden biri olarak kabul eden hukuk felsefecileri, bu değere objektif bir nitelik kazandırmakta güçlük çekmişlerdir. Etik değerın kaynağını araştırdıkça ampirik alanın dışında metafizik hatta teolojik bir alanda yol aldıklarını görmüşlerdir. Bu konuda temel argümanları şu olmuştur: Etik değer ampirik alemi aşmalı ancak metafizik ve teolojik bir alana da ulaşmamalıdır. Metafizik alan yerine aşkın boyutu ifade etmek için transsandans boyutu bu alan için tanımlamışlardır. Öte yandan etik değerin objektif bir nitelik ifade edebilmesi için ampirik süje-intelijibl süje ayırımı yaparak algıda objektivite elde etmenin yollarını aramışlardır. Çünkü değer yargısının ampirik süje’ye ait olduğu kabul edilirse bu durumda bireyden bireye değişim söz konusu olacaktır. Eğer değer yargısının intelijibl süje’ye ait olduğu kabul edilirse objektif bir alan açılmış olacaktır. Bu ayırımı yapanlar insanın manevi boyutunu ilahi metafizik alana ilişkin bir veri olmak yerine bir yönüyle ampirik diğer yönüyle de ampirik olmayan bir tanımlama yapmışlardır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki intelijibl süje olarak tanımlanan bu soyut süjenin ortak değer algısının objektif kimliğini doğrulayacak elde somut bir verinin olmadığı da muhakkaktır.

KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi, “Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1974, Cilt 40, Sayı 1-4.
- Aral, Vecdi, “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1974, Cilt 39, Sayı 1-4.
- Aral, Vecdi, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 1968, Cilt 34, Sayı 1-4.
- Belgesay, M. Reşit, *Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- Çağıl, Orhan Münir, “Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1959, Cilt 24, Sayı 1-4.
- Çağıl, Orhan Münir, “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk ve Hürriyet Felsefesi”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1967, Cilt 33, Sayı 1-2.
- Çağıl, Orhan Münir, “Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği)” ve Hukuk İdesi, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1958, Cilt 23, Sayı 3-4.
- Çağıl, Orhan Münir, “Faust Tragedyasının Felsefi, Kültürel, Ahlâkî Mana ve Kıymeti ve İhtiva Ettiği Hukuki Düşünceler”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Cilt 52, Sayı 1-4.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- Çağıl, Orhan Münir, “Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1957, Cilt 22, Sayı 1-4.
- Çağıl, Orhan Münir, “İnsan Hakları ve Tabii Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1984, Cilt 50, Sayı 1-4.
- Çağıl, Orhan Münir, “Stammler’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1951, Cilt 17, Sayı 1-2.
- Çebi, Sezgin Seymen, “Antik Yunan’da ve Modern Batı Toplumlarında Hukuk ve Bilim”, *HFS A23*.
- Çobanoğlu, Rahmi, “Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1963, Cilt 29, Sayı 3.
- Uygur, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü”? (*A.Ü.H.F.D.*), Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3.
- Gürbüz, Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk*, Beta Basım, İstanbul 1998.
- Hatemi, Hüseyin, *İnsan Hakları Öğretisi*, Gümüş Basımevi, İstanbul 1988.

- Honig, Richard, “Hukuk İdesinin Müsbet Hukuk İçin Ehemmiyeti”, (Çev. Yavuz Abadan) (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1937, Cilt 3, Sayı 10.
- Mardin, Şerif, “Tabii Hukukun Gelişme Safhaları Hakkında Bir Not”, (*A.Ü.S.B.F.D.*), Yıl 1955, Cilt 10, Sayı 2.
- Oktay, Ayşe Sıdika, “Thomas Aquinas’ta Akıl Vahiy İlişkisi”, *Uluslararası 13. Yüzyılda Felsefe Sempozyumu Bildirileri*, (Editörler: M. Demirkol-M. E. Kala) Ankara 2014.
- Öktem, M. Niyazi, *Fenomenoloji ve Hukuk (Hukukun Özü Sorunu)*, Doğuş Matbaası, İstanbul 1982.
- Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Mat/Er Matbaası, İstanbul 1988.
- Öktem, Niyazi, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, *Anayasa Yargısı* 28 (2011).
- Özbilgen, Tarık, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- Özbilgen, Tarık, *Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971, c. I.
- Özbilgen, Tarık, *Hukukta Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Deneme (Ferdıyetçi Bir Hukuk Anlayışının Müdafası)* Anıl Matbaası, İstanbul 1969.
- Özbilgen, “Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne”, (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl 1964, Cilt 30, Sayı 1-2.
- Topçuoğlu, Hamide, *XX inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort. Ankara 1953.
- Uslu, Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Repro Ofset Matbaacılık, Ankara 2009.
- Üskül Engin, Zeynep Özlem, “Olan Hukuk - Olmayan Hukuk”, *HFS23*.
- Waline, Marcel, “Felsefi, Hukuki ve İçtimai Pozitivizm”, (Çev. Münici Kapani) (*A.Ü.H.F.D.*) Yıl 1973, Cilt 8, Sayı 3.
- Yıldırım, Şahban, “*Hukuk Felsefesi Açısından Tabii Hukuk Teorisi ve İslam Hukuku*” Ankamat Matbaası, Ankara 2014.
- Yörük, Abdülhak Kemal *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1952.

ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL KARARLARINA KARŞI AÇILAN İPTAL DAVASI SIRASINDA PAY DEVRİNİN DAVACILIK SIFATINA ETKİSİ

*Effect of Transferring a Company Share During Nullity Trial of Joint Stock
Company General Assembly Decisions on Claimant Title*

Burak POLAT*

Geliş Tarihi: 22.09.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Anonim şirketlerde genel kurul ikincil bir organ olmasına karşın ana karar organıdır. Yılda en az bir defa olağan olarak toplanması öngörülen genel kurulda şirketin işleyişi ile ilgili temel kararlar alınır. Bu kararların sınırı ise şirket esas sözleşmesi, kanunlar ve anonim şirketlerin yönetimine ilişkin temel ilkeler oluşturur. Bunlara aykırılık hükümsüzlük, butlan ve iptal edilebilirlik gibi bir dizi yaptırıma tabi tutulmuştur. Ele aldığımız konu açısından belirtmek gerekirse iptal edilebilirlik nisbi bir etkiye sahip olup bu yaptırıma tabi kararlar ancak iptal davası sonucu iptal edildiğinde yürürlükten kalkarlar. Bu ana kadar geçerli bir kararın hüküm ve sonuçlarını doğururlar. İşte bu iptal davası kanunda azlığa, yönetim kurulu, yönetim kurulu üyeleri ve pay sahipleri tarafından belirli sürelerde belirli usullerle açılabilen bir davadır. Dava açabilecekler içinde konumuz açısından pay sahipleri ayrı bir önem arz eder. Pay sahipleri kimi kararlara karşı herhangi bir kayıtla ve süreyle sınırlı olmaksızın dava açabilirlerken bir kısım kararlara karşı ise ancak muhalefet şerhlerini tutanağa geçirmek ve süre şartına uymak kaydıyla dava açabilirler. Peki bir pay sahibi tarafından bu usullere uygun şekilde açılmış bir davanın akıbeti pay sahibi payını devrettiğinde ne olacaktır? Davacılık sıfatı yeni pay sahibine devredilecek mi, yoksa davacının taraf sıfatı ortadan kalkacak mıdır? Bu çalışma ile payın devredildiği farklı zaman dilimlerini de inceleyerek nihayetinde dava açıldıktan sonra gerçekleşen pay devrinin davada davacılık sıfatını nasıl etkileyeceği üzerinde durulacak; bu çerçevede iptal davasının niteliği, dava konusunun devri ve taraf değişikliği kurumları ile birlikte değerlendirilerek yeni pay sahibinin davaya devam hakkı olup olmadığına ilişkin bir yargıya varılacaktır.

Anahtar Kelime: Anonim Şirket, Husumet, İptal Davası, Pay Devri

ABSTRACT

General assembly is a secondary organ in joint stock company but a main decision board. Company's administration is directed with decisions made by this board. It assembles once year normally but if needed there can be more than one meeting. Decisions made by this board must be compatible with company's main contract. If anycase these decisions contradicts with main contract or the law, any share holders can sue a law suit. In this case shareholder will claim nullity of the decision/s. Beside the share holders, director's board and the minority also have a right to bring these case before the court. This suitor title just has limited with these actors; and court will check the title by the very beginning of the case till time of verdict. But how the court will act if a share holder brings this case before the court properly and transfers his/her share to another one while trial is being hold? In this article we are going to try to find a suitable answer for this question.

Key words: Joint Stock Company, Suit of nullity, Share, Transfer

* Hâkim, Antalya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, e-posta: motpolat@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5402-5671.

GİRİŞ

Anonim şirketler genel kurul ve yönetim kurulu vasıtası ile yönetilirler. Yönetim kurulu icra organı genel kurul ise karar organıdır. Yönetim kurulunun icra çerçevesini esas sözleşme ve genel kurulun buna uygun şekilde aldığı kararlar oluşturur. Ancak icra edilmek üzere genel kurulca alınan kararlar her zaman üyeleri tatmin etmeyebilir. Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu'nun 445 ve devamı maddelerinde genel kurul kararlarının iptali düzenlenmiştir. Buna göre Kanunun 445.maddesinde *446.ncı maddede belirtilen kişilerin*, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilecekleri öngörülmüştür. Pay sahipleri de 446.maddede dava açabilecek kişiler arasında sayılmıştır. Buna göre kural olarak genel kurul kararına karşı muhalif kalan ve muhalefeti tutanağa geçirten pay sahipleri bu kararlara karşı iptal davası açabilirler. İptal davası sonucu verilecek bir iptal kararı sadece dava açan pay sahibi için değil herkes için geçerli olur. Bahsi geçen hükümlere göre dava açabilmenin ön şartı pay sahibi olmaktır. Pay sahibi olmayan, pay üzerinde intifa, rehin ve hapis hakkı gibi sınırlı aynı ve şahsi hak sahiplerinin dava açma hakkı olup olmadığı öğretilmiş olsa da dava hakkının pay sahipliğine bağlı bir hak olduğu üzerinde ittifak edilen bir gerçektir. Hak sahipliğinin ise dava anında mı yoksa karar anında mı olması gerektiği tartışmalıdır. Zira 446. maddenin 1/b bendinde toplantıya katılmayan pay sahiplerine dahi dava hakkı tanınmıştır. Bu sebeple a bendinde öngörülen karara muhalif kalma olgusunun düşündürdüğü pay sahipliğinin karar anında mevcut olması gerektiği fikri tartışılmaz değildir. Diğer yandan bu fikrin kabulü halinde dahi dava hakkının pay sahipliğinin devri halinde payı devralana geçip geçmeyeceği de tartışılmaktadır. Dava hakkının payın ekonomik değeri içinde yer alan bir hak olduğu düşüncesi bu hakkın payın devri ile devralana geçebileceğini öne sürerken, payın ekonomik değerinden bağımsız olarak pay sahipliği olgusuna bağlı bir hak olduğu görüşü ise bunun karşısında yer almaktadır. Bu çalışma ile anonim şirket genel kurul kararlarına karşı açılan iptal davası sırasında iptal davası açan pay sahibinin payını devretmesinin davacılık sıfatının devrini sağlayıp sağlamayacağı, bu minvalde davanın yeni pay sahibi ile devam edip edemeyeceği tartışılmaktadır. Bu tartışmada konunun sağlıklı bir yöne oturması açısından iptal davasının dava türleri içindeki yeri, iptal davası açılma süreci değerlendirilecek; payın devrinin usul hukuku bağlamında ne anlama geldiği davada taraf değişikliği, dava konusunun devri çerçevesinde değerlendirilerek yeni pay sahibinin davadaki konumu ve açılmış davanın akıbeti hakkında bir yargıya varılmaktadır.

1. İptal Davasının Niteliği

2011 yılında yürürlüğe giren usul 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ikinci kısım birinci bölümü dava çeşitlerini ortaya koymuştur.

Buna göre 6100 sayılı Kanunun 105.maddesinde eda davası, 106.maddesinde tespit davası, 107.maddesinde belirsiz alacak davası, 108.maddesinde inşâî dava ve 109.maddesinde kısmî dava türü, davacının öne sürdüğü taleplerin içeriğine göre hukukumuzdaki dava çeşitleri olarak tanımlanmıştır. Eda davası adından anlaşılacağı üzere bir şeyin verilmesine, yapılmasına veya yapılmamasına yönelik, tespit davası ise bir hak veya hukuki ilişkinin varlığı yahut yokluğunun tespitine yönelik bir davadır.¹ Belirsiz alacak davası da eda ve tespit davasının özelliklerini taşıyan bir dava türü olup eda edilmesi istenen alacağın tam olarak bilinemediği, bu sebeple önce tespit edilip sonra edasına karar verilmesi istenen bir dava çeşididir.² Kısmî dava ise eda davasında ileri sürülebilecek bir talebin şimdilik bir kısmının ileri sürüldüğü bir dava türüdür. İnşâî dava ise bu dava türlerinden farklı olarak “*yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edildiği*” yenilik doğurucu bir dava türüdür. Bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi için davacının tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı, bunun ancak mahkeme kararıyla sağlanabildiği durumlarda açılabilen dava inşâî davadır.³ İnşâî dava sonucu verilen hükmün etkisi (inşâî tesir) kendiliğinden doğar, kural olarak icraya konulmasına gerek yoktur.⁴

Anonim şirket genel kurul kararlarına karşı açılacak iptal davası ise TTK'nun 445 ve devamı maddelerinde öngörülmüştür. Buna göre kanunda belirtilen kişiler kanun, esas sözleşme veya dürüstlük kuralına aykırı olduğunu düşündükleri kararlara karşı iptal davası açabilir. İptal kararı ancak kesinleştiği andan itibaren hüküm doğurmaktadır; yani bir genel kurul kararı iptal edilene kadar, eğer mahkemece yürütmesi geriye bırakılmamışsa, geçerli bir kararın hüküm ve sonuçlarını doğurur. İptal kararının kesinleşmesi ile iptale konu genel kurul kararı ortadan kalkar. Bu haliyle iptal davası ile davacı davalının bir şeyi yapmasını yahut yapmamasını istememekte; bir hukuki ilişkinin varlığının tespitini de talep etmemektedir. Bu dava ile davacı genel kurul iradesi ile ortaya konmuş bir hukuki işlemin hukuk dünyasından kaldırılmasını talep etmektedir. Bu haliyle iptal davası HMK anlamında bir inşâî davadır. Bu sebeple inşâî davanın hüküm ve sonuçlarına tabi olmak durumundadır.

2. Genel Kurul Kararları ve İptal Davası Süreci

Anonim şirket genel kurul kararlarına karşı iki kategoride yaptırım öngörülmüştür: Bunlardan birincisi yokluk ve butlan ikincisi ise iptal

¹ Hakan Pekcanitez, – Oğuz Atalay, - Muhammet Özkes, - Medenî Usul Hukuku, Ankara:2011 s.299-300

² Pekcanitez- Atalay – Özkes, 2011, s.303

³ Pekcanitez- Atalay – Özkes, 2011, s.309

⁴ Pekcanitez- Atalay – Özkes, 2011, s.311

edilebilirliktir. Genel kurul kararının kurucu unsurlarının mevcut olmaması halinde kararın yokluğundan bahsedilir.⁵ Bir kurul kararının varlığı için iki temel unsur gerekir: Bunlardan birincisi toplantı yapılmış olması, ikincisi karar alınmış olması olarak ortaya konabilir. Bu şartlar herhangi bir kurul kararının bu arada anonim şirket genel kurul kararının da kurucu unsurlarıdır. Anılan şartlardan birinin eksikliği kararın hukuk dünyasında hiç doğmamış sayılmasına (keenlemyekün) neden olacaktır. Bu halde herhangi bir zaman aşımı yahut hak düşürücü süreye tabi olmayan yokluğun tespitine yönelik bir tespit davası açılmak gerekir. Diğer yandan butlan ise bir hukuki işlemin hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesi nedeniyle başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmamasıdır.⁶ Yoklukla malul bir karar kurucu unsurları içermemesi nedeniyle hukuk dünyasında hiç mevcut olmamış sayılırken butlan yaptırımında karar, kurucu unsurları içermekle birlikte kanunda öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesinden ötürü ölü doğmuştur.⁷ Hukuk dünyası tarafından öngörülmüş sonuçlar çerçevesinde değerlendirildiğinde yok sayılan ve batıl olan kararlar arasında bir farklılık yoktur.

Anonim şirket genel kurulu tarafından alınan bir kısım kararlara karşı ise bu denli ağır bir yaptırım öngörülmemiştir. Yokluk ve butlan dışında kalan hukuki sakatlıklar halinde ise genel kurul kararlarına karşı iptal yaptırımı öngörülmüştür. İptal edilebilirlik öne sürülmesi açısından belirli bir süre ile kısıtlanmıştır. Zira kanun koyucu hukuki görünüşe güven teorisi çerçevesinde büyük hukuki eksiklikler içermeyen kararların sürekli ortadan kaldırılma tehdidi altında bırakılmaması gerektiğini düşünerek belirli bir süreden sonra bu türde sakatlıklar içeren kararların geçerli hale gelmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yokluk ve butlan hukuki sonuçları açısından ağır yaptırımlar olup tereddüt halinde davaya konu kararın iptal yaptırımına tabi olduğu kabul edilmelidir.⁸

İptal davası yukarıda bahsedildiği üzere ileri sürülmesi belirli şartlar ile sınırlanmıştır. Bu şartların bir kısmı süreye bir kısmı davacı sıfatına bir kısmı ise talebin ileri sürülüş biçimine ilişkindir. İptal davasının şartları Türk Ticaret Kanunu'nun 445.maddesinde gösterilmiştir. Buna göre "... kanuna veya esas sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine..." demek suretiyle iptal davasının sebepleri gösterilmiştir. Bu çerçevede genel iptal sebeplerini göstermekte olup bunun dışında genel kurula *murahhas üyelerden hiçbirinin veya bir yönetim kurulu üyesinin katılmamış olması ve denetçinin katılmamış olması* da özel iptal sebepleri olarak

⁵ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara :2017, s.387

⁶ Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, (tez) Ankara 1998 s.23

⁷ Pulaşlı, 2017 s. 389

⁸ Reha Poroy- Ünal Tekinalp, - Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 9.bası,İstanbul 2003 s.392

öngörülmüştür. 445.maddede öngörülmüş olan kanuna aykırılık sadece Türk Ticaret Kanunu'nu değil tüm mevzuat hükümlerin kapsamaktadır⁹ ve yokluk ile butlan halleri dışındaki aykırılıkları ifade etmektedir. Zira yokluk ve butlan hallerinde karar alınışından itibaren hukuk dünyasında mevcut değilken iptal davası hukuken doğmuş ve geçerli olan ancak bir kısım hukuki sakatlıklarla malul olarak meydana gelmiş genel kurul kararlarına karşı açılmaktadır.¹⁰ Diğer taraftan bu iptal sebeplerinin yanında anonim şirket esas sözleşmesi şirketin anayasası niteliğinde olduğundan bu esas sözleşme hükümlerine aykırı olarak alınan kararlar da iptale tabi olur. Bunlara ek olarak genel kurulda alınan kararlar görünüşte kanun ve esas sözleşmeye uygun olmasına rağmen çoğunluğun yetkilerini kullanarak azınlığın ve münferit pay sahiplerinin meşru çıkarlarını ihlal eder nitelikteyse dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle bu genel kurul kararının iptali gerekir.¹¹ İptal davası için öngörülmüş kararın içeriğine ilişkin bu kısıtlamalar yanında anılan davanın açılabilmesi için bir süre sınırlaması da getirilmiştir. Buna göre genel kurul kararlarının yokluğu ve hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi için bir süre öngörülmemişken iptal davasının açılması için üç aylık bir süre sınırı getirilmiştir. Bu süre toplantıya katılanlar açısından karar tarihinden, katılmayan pay sahipleri açısından ise kararın tescil ve ilan tarihinden itibaren başlar.

2.1 İptal Davasında Taraflar

İptale tabi kararlara karşı dava açabilecekler de belirli şartlar dahilinde sınırlandırılmıştır. Bu minvalde anonim şirket genel kurul kararlarına karşı dava açabilecekler Türk Ticaret Kanunu'nun 446.maddesinde gösterilmiştir. Buna göre;

- toplantıda hazır bulunan ve fakat karara olumsuz oy verip bunu tutanağa geçiren pay sahipleri;

- bu kayıtlı sınırlı olmaksızın toplantı çağrısının usulüne uygun yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin yahut temsilcilerinin katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini öne süren ve bu hususların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu iddia eden pay sahipleri

- yönetim kurulu veya kararların yerine getirilmesi kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri ile tartışmalı olsa da pay üzerinde intifa hakkı sahibi olanlar¹² iptal davası açma hakkına sahiptir.

⁹ Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, 1960, s.79

¹⁰ Pulaşlı, 2017 s.398

¹¹ Ertürk İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul :1989, s.126

¹² Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s.297 vd

Dava açma hakkına sahip kişilerin bu hakkını hangi usûl dairesinde kullanacağı daha geniş bir çalışmayı gerektirmekle burada öncelikle konumuzla ilgisi bağlamında pay sahibinin dava hakkı incelenmektedir.

2.2 Pay Sahibinin Dava Hakkı

Konumuz açısından öncelikle üzerinde durulması gereken husus pay sahibinin dava hakkıdır. Kanunun lafzına göre pay sahibinin dava açma hakkının mevcudiyeti için ya toplantıya katılıp olumsuz oy kullanması ve bu hususu tutanağa geçirtmesi yahut eğer toplantıya katılmamışsa Türk Ticaret Kanunu 446/1-b maddesindeki şartları öne sürmesi gerekir. Toplantıya katılarak dava açan pay sahibi için olumsuz oy verilmesi ve bunun tutanağa geçirilmesi özel bir dava şartıdır; yokluğu davanın dinlenmesine engel olur. Karara muhalefetin görüşmeler esnasında değil oylama sırasında mevcut olması gerektiği öne sürülmektedir.¹³ Ancak Yargıtay bazı kararlarında toplantı esnasında karara karşı sözlü olarak yapılan tartışmaların ayrıca bir muhalefet şerhi yazdırılması gereğini ortadan kaldırdığını düşünmektedir.¹⁴ Toplantıya davetin usulsüz olması sebebiyle genel kurul kararına karşı dava açmak isteyen pay sahibi eğer toplantıya katılmışsa sırf bu sebebe dayalı olarak dava açamaz. Zira burada amaç pay sahibinin toplantıdan haberdar edilmesi olup pay sahibi her nasılsa toplantıyı öğrenip katılmışsa bu eksiklik giderilmiştir ve bu durum iptal sebebi olmaz. Ancak, gündem gereği gibi ilan edilmemiş ise bu durumda pay sahibinin toplantıya katılıp katılmamasının bir önemi yoktur; zira burada öngörülen amaç toplantıda tartışılacak konulara pay sahiplerince toplantı öncesinden vakıf olunmasıdır ki bu eksikliğin sonradan giderilmesi mümkün değildir. Diğer yandan yetkisiz bir kişinin toplantıya katılması nedenine dayanarak iptal davası açan pay sahibinin sadece bu hususu değil aynı zamanda yetkisiz olarak katılan kişi veya kişilerin oylarının kararın alınmasında etkili olduğunu da ispat etmesi gerekecektir. Karara etkisi olmadığı halde bu hususun iptal sebebi olarak ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından dinlenmez.

Toplantıya katılan pay sahibinin dava açma anında da pay sahipliğini koruması olağan durumdur. Ancak, toplantıdan sonra pay sahibi haline gelmiş bir kişinin dava açabilmesi yahut toplantı sırasında pay sahibi olup dava açan birinin dava sırasında payını devretmesi halinde dava açma yetkisi bakımından pay sahipliği şartı yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağı sorusu yanıtlanmalıdır. Bu hususa menfi ya da müspet olmak üzere kolaylıkla cevap vermek oldukça güçtür. Burada öncelikle pay sahibi tarafından kullanılmayan hakkın daha sonra payı devralan yeni pay sahibi tarafından, süresinde olmak kaydıyla, kullanılmasının mümkün olup olmadığı ve pay devrinin kapsam itibarıyla sadece ekonomik hakların devri ya da açılmış davanın dava

¹³ Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler, 3.Baskı, C.2 Ankara 2004, s.2251-52

¹⁴ Yargıtay 18.Hukuk Dairesi 2014/14808 Esas – 2014/18738 Karar Tarih: 18/12/2012

konusunun devri anlamına gelip gelmediği değerlendirilmelidir. Bunlara ek olarak dava sırasında pay devrinin usûl hukuku bakımından sonuçlarının ele alınması ve davada taraf değişikliğinin bu kapsamda ne kadar mümkün olduğunun tartışılması gerekir.

3. Genel Kurul Kararının Alındığı Sırada Pay Sahibi Olmayan Kişilerin Dava Hakkının Değerlendirilmesi

Yukarıda değinildiği üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 445.maddesi dava hakkını kural olarak pay sahibine tanımıştır. Bu halde genel kurul kararı alındığı sırada pay sahibi olup dava açıldığı sırada yahut dava devam ederken pay sahipliğini yitiren bir kişinin iptal davası açamayacağı ya da açılmış bir iptal davasına devam edemeyeceği doktrin¹⁵ ve Yargıtay uygulamasında ittifakla kabul edilen bir husustur. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre edinme yahut kaybetme zamanı fark etmeksizin dava açarken pay sahibi olmayan bir kişinin ve dava devam ederken pay sahibi olmayan bir kişinin davada taraf sıfatı olamaz. Bunun yanında tartışmalı hususlardan birincisi henüz dava hakkını kullanmayan eski pay sahibinden pay devralan yeni pay sahibinin dava açıp açamayacağı, bu arada açabileceği kabul edildiği takdirde bunun hangi şartlara tabi olacağı; ikincisi ise bizim makalemizin de esas konusunu oluşturan dava sırasında dava açmış pay sahibinden payı devralmış yeni pay sahibinin açılmış olan iptal davasına devam edip edemeyeceğidir. Her iki ihtimale ilişkin olarak payın yeni pay sahibine ne şekilde devredildiğinin de ayrı ayrı değerlendirilmesi ve külli-cüzi halefiyet halleri bakımından bir farklılığın olup olmadığının ortaya konması gerekir. Bunun için önce külli-cüzi halefiyet yoluyla payın devrinin değerlendirmesini yapacak ardından yukarıda öne sürdüğümüz her iki ihtimali açıklanacaktır.

3.1 Şirket Payının Külli ve Cüzi Halefiyet Yoluyla Devredilmesinin Davacılık Sıfatı Açısından Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere külli halefiyet halefin selef olan şahsın yerine aynen o şahıs gibi kaim olmasıdır. Bu ölüm, iflas hallerinde olduğu gibi kanundan doğabilir yahut şirketlerin birleşmesi veya devralınmasında olduğu gibi bir sözleşmeye dayanabilir. Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre külli halefiyetin geçeri olduğu ölüm, ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bir anonim şirketin başka bir şirket tarafından ya da kamu tüzel kişisi tarafından devralınması hallerinde külli halef konumunda olan mirasçı, devralan ya da bünyesinde birleşme gerçekleşen şirketin yeni pay sahibi sıfatıyla iptal davası açması mümkün olduğu gibi açılmış bir davaya devam edebilmesi de mümkündür.¹⁶ Ancak

¹⁵ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul:2009 – Kendigelen, İptal Davası – Pulaşlı, Şirketler Hukuku

¹⁶ Kendigelen,1974 s.309, Moroğlu, 2009, s.154-155, Pulaşlı 2017 s.406 vd

tartışma yaratan esas husus payın külli halefiyet yoluyla değil satış veya şirkete sermaye olarak konulması ihtimallerinde olduğu gibi cüzi halefiyet yoluyla devredildiği hallerde dava açma ve açılmış davaya devam etme hakkının varlığı konusudur.. Burada karşımıza cüzi halefiyet sonucunu doğuran iradi devir hallerinde taraf sıfatının değişip değişmeyeceği, cüzi halefin dava açma hakkını kullanabilecek olduğu varsayımında dava açmak için karara muhalif kalınması gibi ön şartların yerine getirilip getirilmediğinin sonuca etkisi, payın devrinin HMK 125.madde bağlamında dava konusunun devri anlamına gelip gelmeyeceği, dava hakkının paya mı yoksa pay sahipliğine mi bağlı bir hak olduğu hususlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi ve buna göre bir sonuca varılması gerekmektedir. Bu sebeple külli halefiyet halinde devrin sonuçlarına ilişkin vardığımız bu görüşü yinelemeyerek devam eden kısımlarda cüzi halefiyet hallerinde dava açma yahut davaya devam edebilme ihtimallerini değerlendireceğiz.

3.2 Dava Hakkını Kullanmamış Pay Sahibinden Pay Devralan Yeni Pay Sahibinin Dava Hakkı

Anonim şirket genel kurul kararlarına karşı kural, toplantıya katılmış pay sahibinin dava açabilmesidir; toplantıya katılmayan pay sahibi¹⁷ ile sorumluluğu doğabilecek yönetim kurulu üyelerinin¹⁸ bireysel olarak dava açabilmeleri istisnadır. Hal böyle iken toplantıya katılmış pay sahibinin toplantıdan sonra ve fakat kendisi dava hakkını kullanmadan payını devretmesi halinde yeni pay sahibinin dava hakkı olacak mıdır? Bu hususun çözümü dava hakkının paya mı yoksa pay sahipliğine mi bağlı bir hak olduğu tartışmasının sonucuna bağlıdır. Eğer dava hakkı paya bağlı bir haktır denirse yeni pay sahibi de, diğer şartları sağlaması koşulu ile dava açabilecektir. Yok eğer dava hakkının pay sahipliğine bağlı bir hak olduğu görüşü kabul edilirse dava hakkının üzerinde doğduğu pay sahibi tarafından kullanılması gerektiği söylenecektir. Bu son halde ise dava hakkının genel kurul kararının alındığı anda pay sahibi olunmasına bağlı olduğu sonucuna doğal olarak ulaşılabilecektir. KENDİGELEN de eserinde bu yönde fikir beyan etmiştir.¹⁹ Ancak Kanun'un pay devri tartışması dahi olmayan olağan durumlarda dahi toplantıya katılmayan pay sahibine dava açma hakkı tanınması karşısında bu fikrin isabeti tartışılmalıdır.

Başa dönülürse, ilk ihtimalde yani dava hakkının paya bağlı bir hak olduğu varsayımında²⁰ yeni pay sahibi dava hakkını kullanmamış pay sahibinden

¹⁷ Fehiman Tekil, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s.338

¹⁸ Abuzer Kendigelen, *İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliğinin Cüzi Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi*, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı İstanbul 2001 s.307 dipnot 1

¹⁹ Kendigelen, 2001, s.322 vd

²⁰ Buna ilişkin açıklama makalenin esas konusunu oluşturan dava sırasında payın devredilmesi ihtimalinin tartışıldığı başlıkta yapılacaktır.

payı devraldıktan sonra eğer üç aylık süre dolmamışsa veya eski pay sahibi toplantıya katılmamış fakat iptal iddiası 446/1-b maddesine dayandırılmışsa süre sınırı aranmaksızın iptal davasını açabilecektir. KENDİGELEN ise böyle bir hakkın tanınmasının iptal davası açma hakkının kötüye kullanılmasına yol açabileceğini, uyanık pay sahiplerinin sırf iptal davası açma hakkını saklı tutmak adına karara muhalif kalacaklarını veya muhalif kalınmasa dahi olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin bir kısım paylarının satın alınarak sonradan iptal davası açma hakkını elde edebileceklerini öne sürmüştür.²¹ Hemen belirtmek gerekir ki genel kurula katılıp da karara olumsuz oy kullanmamış pay sahibinin daha sonra muhalif bir pay sahibinin payını kısmen veya tamamen edinerek karara karşı iptal davası açması açıkça hakkın kötüye kullanılması olacağından dinlenemeyecektir. Diğer yandan kanun dahi karara muhalif kalınıp kalınmamasın ardında herhangi bir saklı amaç olup olmadığına bakmaksızın bu hakkı tanımıştır. Bu halde eski pay sahibinin kötü niyetle dahi olsa karara muhalif kalmasının önünde bir engel olmayıp bunun yeni pay sahibinin dava açma hakkının olmayışı şeklinde yorumlamak bizce doğru değildir. Sonuç olarak dava hakkının paya bağlı bir hak olduğu düşüncesi dikkate alınır 446/1-a maddesi çerçevesinde eski pay sahibinin toplantıya katılıp karara muhalif kalması ve üç aylık süreye uyulması yahut 446/1-b maddesinde gerekli şartların yerine getirilmesi halinde yeni pay sahibi karara karşı iptal davası açabilecektir.

Dava hakkının pay sahipliğine bağlı bir hak olduğu kabul edilirse genel kurul kararının alındığı sırada pay sahibi olmayan yeni pay sahibinin dava açma hakkının kabul edilebilmesine imkân yoktur.²² Bunun gerekçesi hukuki güvenlik ilkesi olmak gerekir. Gerçekten de belirli olmayan bir süre boyunca bir genel kurul kararını iptal tehdidi altında tutmak ekonomik ve hukuki gerçeklerle bağdaşmayabilir. Ancak, payın devredilmediği hallerde dahi kararın alındığı sırada pay sahibi olan kişinin 446/1-b maddesine dayalı olarak her zaman dava açma hakkı olacaktır. İleride ayrıntılı açıklamayı yapacak olmakla birlikte öne sürülen bu gerekçenin yerinde olmadığını, eğer şartları gerçekleşmişse yeni pay sahibinin de dava açma hakkının kabul edilmesi düşüncesinden yanayız.

3.3 Dava Açmış Pay Sahibinden Pay Devralan Yeni Pay Sahibinin Davaya Devam Edip Edemeyeceği

Yukarıdaki başlıkta sorun sadece iptal davası açma hakkının paya yahut pay sahipliğine dayalı bir hak olup olmadığı noktasında toplanmaktaydı. Fakat, bu başlıkta inceleyeceğimiz ve makalemizin esasını oluşturan sorunun çözümü bu kadar kolay değildir. Zira bu hususta aynı şekilde iptal davası açma

²¹ Kendigelen, 2001 s.325

²² Aynı yönde, Tekil 1998, s.338

hakkının paya mı pay sahipliğine mi bağlı olduğu sorununun ele alınacak olmasının yanında davada taraf değişikliğinin mümkün olup olmaması, usûl hukuku açısından dava konusunun ne olduğu pay devrinin bu kapsama girip girmeyeceği, iptal davası açan pay sahibinin menfaatinin kapsamını ne olduğu konularının da açıklığa kavuşturulması gerekir. Ancak öncelikle çözüme ulaşma noktasında sorunun tarifini net bir şekilde ortaya koymak gerekir.

Bir önceki başlıkta dava açılmadan önce pay devrinin hükümleri incelenmişti. Burada ele alınacak sorun ise anonim şirket genel kurul kararı alındığı sırada pay sahibi olan, Kanun'un 446.maddesindeki şartlara uyararak karara karşı iptal davası açmış olan pay sahibinin payını dava devam ederken bir başkasına devretmesi halinde yeni pay sahibinin davaya devam edip edemeyeceği, bu arada davanın taraf sıfatı yokluğundan reddedilip reddedilemeyeceğidir. Bu noktada hukuk usulü çerçevesinde davacı tarafın değişme imkanının olup olmadığı sorununun öncelikle açıklanması buna bağlı olarak dava konusunun devrinin pay devrini kapsayıp kapsamayacağı, bunun ardından iptal davası açma hakkının paya mı pay sahipliğine mi bağlı bir hak olduğu bu arada pay sahibinin menfaatinin kapsamının ne olduğu hususlarının açıklanması gerekecektir.

3.3.1 Davada Taraf Değişikliği ve Özel Olarak Davacı Tarafın Değişmesinin Mümkün Olup Olmadığı

Hukuk usulümüzde taraf değişikliği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinde öngörülen tarafta iradi değişiklik ve 125. maddesinde öngörülen dava konusunun devri kurumu ile düzenlenmiştir. 124. madde davacının karşı tarafta yapacağı değişiklik ile ilgili olup konumuz dışındadır. Ele aldığımız konu açısından uygulama alanı bulacak hüküm davacının da değişmesini sağlayabilecek olan 125.madde hükmüdür. Buna göre;

(1) Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir:

a) İsterse, devreden tarafta olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur:

b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür.

*(2) Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder. (Ek cümle:22/7/2020-7251/11 md.)
Bu takdirde dava davacı aleyhine sonuçlanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.*

Bu hüküm eski usûl kanunumuzun 186.maddesinden 2.fıkrası itibariyle ayrılmaktadır. Gerçekten de eski kanun döneminde davacının dava konusunun devri ile değişmesi öngörülmemiştir. Açıkça öngörülmeyen bu kuruma karşılık Yargıtay'ın uygulaması da aynı yönde olmuştur.²³ 6100 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklikle beraber dava sırasında dava konusunun devredilmesi halinde devralan başkaca bir işleme veya karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın davacının yerine geçerek davaya devam edebilecektir. Dava konusunun davacı tarafından üçüncü kişiye devri halinde, devralan üçüncü kişi davalının rızasına gerek olmaksızın dava konusunu devretmiş olan davacının yerine geçerek onun hak ve yetkilerini kullanır (m.125/2). Dava konusunu devralan kimsenin yeni davacı olarak davaya katılma iradesi bir şekle tabi değildir; duruşmada davayı sürdürme iradesini göstermesi yeterlidir.²⁴ Her ne kadar MERİÇ eserinde davacı tarafta değişikliğin mümkün olmadığını öne sürse de²⁵ burada bahsedilen davacı tarafın, herhangi bir kanuni veya sözleşmesel gereklilik olmaksızın salt iradi yolla değiştirilmesidir. Aynı şekilde teknik anlamda davada iradi taraf değişikliğinin ancak davalının dava dilekçede yanlış gösterilmesi halinde mümkün olacağı ortaya konmuştur.²⁶ Bir kimsenin açılmış bir davaya, asli müdahale imkanı hariç olmak üzere davacı yanında veya onun yerine geçmek üzere dahil olması mümkün değildir. Kaldı ki yazar aynı eserinde dava konusunun devri hususunda görüşümüzle paralel bir sonuca varmış ve dava konusunu devralan kişinin davacıya kaim olarak davaya devam edebileceğini ortaya koymuştur.²⁷ Ancak yine de dava konusunu devralan kişinin şeklen davacı yerine geçebilmesi için yargılamaya katılıp davaya devam iradesini ortaya koyması gerekir.²⁸ Yine daha önce konuya dair fikirlerini

²³ Yavuz Alangoya, Medenî Usûl Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012 s.307

²⁴ Hakan Pekcantez – Hülya Taş Korkmaz, Pekcantez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s.621

²⁵ Nedim Meriç, Medenî Usul Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara: 2011 s.147)

²⁶ Tolga Akkaya, *Medenî Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği(HMK m.124)* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 897-941 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s.899

²⁷ Meriç, 2011 s.162

²⁸ Hülya Taş Korkmaz, Medenî Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Yetkin Yayınları, Ankara: 2014, s.126-127

zikrettiğimiz KENDİGELEN'in eseri de eski kanun döneminde yazıldığından pay devri halinde devralan yeni pay sahibinin davaya devam edemeyeceğine dair iddiasının temellerinden biri olan “*usûl hukukumuzda davacı tarafın değişebileceğini öngören bir düzenleme bulunmaması*” düşüncesi tartışmalı olmaktan çıkmış ve HMK'nın 125.maddesi çerçevesinde dava konusunun devri halinde davacı tarafın değişebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu halde dava konusunun kapsamının tayini ve anonim şirket pay devrinin bu kapsama girip girmeyeceğinin tartışılması gerekmektedir.

3.3.2 Dava Konusunun Devri ve Pay Devrinin Bu Kapsama Girip Girmeyeceği

HMK'nın 125/2 maddesi müddeabihin devrinden bahsetmektedir.²⁹ Müddeabih yani dava konusu kısaca davadaki usuli anlamda talebin konusunu oluşturan hak veya şeydir. Bu hak veya şey davacının öne sürdüğü talep sonucu ile sıkı sıkıya bağlıdır³⁰ Yine uyuşmazlık konusu kavramı ile zaman zaman aynı anlamla kullanılmakla birlikte uyuşmazlık konusu dava konusu kavramını da içine alan daha geniş bir kavramdır. Bu sebeple dava konusu ile aralarındaki sınırı çizmek zordur.³¹ Bu anlamda dava konusunu dava ile elde edilmeye çalışılan hak veya kazanım; uyuşmazlık konusunu ise bu hakkın – mümkün olduğu ölçüde- bağlı olduğu mal veya şey olarak ayrılması mümkündür. Dava konusu salt usuli bir talebin ileri sürülmesiyle uyuşmazlık konusu ise dava konusu edilen mal veya hak üzerindeki hukuki ilişkiye dayanan maddi hukuk temelli bir kavramdır.³²Bu hakkın veya şeyin dava sırasında bir başkasına devri sonrası usûl kanunumuz devralan kişiye davaya devam etme olanağı sağlamıştır. Her davanın konusunu oluşturan hak veya şeyin devredilip devredilemeyeceği yahut farklı bir ifade ile devredilen hak veya şeyin gerçekten dava konusunu oluşturup oluşturmadığının neye göre belirleneceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu kapsamda tartışacağımız husus anonim şirket payının devrinin genel kurul kararının iptali davasında dava konusunun devri kapsamına girip girmeyeceğidir. Sorun genel kurul kararının iptali davasının müddeabihinin tayinidir. Anonim şirket payının bu davanın “konusunu” oluşturduğunu söylemek zordur. Zira ne şeklen ne de madden bu pay davaya konu edilmemekte, davadaki talep sonucunda paya ilişkin bir iddia yer almamaktadır. Anonim şirket genel kurul kararına karşı açılan iptal davalarında dava konusunun genel kurul kararı olduğu

²⁹ Ancak Pekcanitez - Taş Korkmaz , eserlerinde bu kurumu tarafta kanuni değişiklik kapsamında ele almaktadırlar. Pekcanitez – Taş Korkmaz, 2017 s.621

³⁰ Meltem Ercan Özler, Medenî Usul Hukuku'nda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık Ankara:2019, s.114,

³¹ Özler, 2019, s.118

³² Özler, 2019, s.141

öne sürülmüştür.³³ Buradan hareketle “konusu” genel kurul kararı olan bir davada dava konusunun devri kurumunun nasıl uygulanacağı tartışma konusu olmuştur. Bu kapsamda KURU dava konusunun devri kurumunun bu dava bakımından uygulanamayacağını öne sürmüştür.³⁴ Öncelikle belirtmek gerekir ki her davanın bir “*müddeabihe*” sahip olduğu, HMK m.125 hükmünün de ne lafzından ne de ruhundan belirli davalar için uygulanacağına ilişkin bir anlamın çıkartılamayacağı düşünüldüğünde dava konusunun devri kurumunun anonim şirket genel kurul kararının iptaline ilişkin davalarda uygulanmasına engel bir durum yoktur. Burada sorun adı geçen davada dava konusunun devrinin kapsamının belirlenmesidir.

Yukarıda genel kurul kararının iptali davasının bir inşâî dava olduğu belirtilmişti. Yani bu dava ile davacı bir inşâî hakkı kullanmaktadır. Borçluluk veya bir sözleşmenin tarafı olma gibi, yenilik doğuran hak sahibinin daha önceden mevcut olan bir hukuki konumdan bağımsız olan yenilik doğuran haklara bağımsız yenilik doğuran haklar (bağımsız inşâî haklar) denir. Sayıları fazla olmayan bağımsız yenilik doğuran hakların kural olarak devredilmesi mümkündür. Buna göre bağımsız yenilik doğuran hakkın devredilememesi, bunun ancak açıkça yasaklanmış olması durumunda söz konusu olabilir. Örneğin, sözleşmesel önalım hakkı, bağımlı bir yenilik doğuran hak ve devredilebilir. Buna göre, önalım hakkına konu olan taşınmazın inşâî dava sırasında bir başka kişiye satılması hâlinde, dava konusunun devrinin düzenlendiği hüküm (HMK m.125) uygulanır.³⁵

Hak sahibinin daha önceden sahip olduğu bir hukuki konum ile ilişkili olarak mevcut olan yenilik doğuran haklara, bağımlı yenilik doğuran haklar (bağımlı inşâî haklar) denir. Sayıca daha çok olan bağımlı yenilik doğuran haklar ise tek başlarına devredilemezler. Bu tür yenilik doğuran haklar, hak sahibinin başka hak ve yükümlülükleriyle bağlantılı bir nitelik taşımaktadırlar. Öyle ki, bu bağımlılık ilişkisinde asli durumda bulunan, bu söz edilen hak ve yükümlülükler olup, bunlarla bağımlı olan yenilik doğuran hak tâli ve tâbi bir karakter taşımaktadır. Bunun sonucu olarak, bağlı olduğu asıl hak ve yükümlülüğün dışında hukuki bir değeri ve etkinliği bulunmayan yenilik doğuran hakkın, ayrı olarak, tek başına devri söz konusu olamayacak ve inşâî hak ancak asıl hak, yükümlülük ya da sözleşme ilişkisi veya mal ile birlikte devredilebilecektir. Eğer asıl hakkın devri mümkün değilse, bunlara bağlı olan inşâî hakkın devri de imkânsız olacaktır.³⁶ İşte anonim şirket genel kurul kararına karşı açılan iptal davası da bağımlı inşâî hakkın kullanılmasıdır ve bu hak anonim şirket payına bağlıdır. Nitekim dava açma hakkının kural olarak pay

³³ Kendigelen, 2001, s.328

³⁴ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001 s.2697 vd

³⁵ Levent Börü, Dava Konusunun Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012 s.208

³⁶ Börü, 2012, s.209

sahibine tanındığı düşünülürken bu inşai hakkın paya bağlı olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Hal böyleyken anonim şirket genel kurul kararının iptali davalarında dava konusunun devri müessesesinin uygulanmasına engel bir durumun olmadığı, bu davalarda dava konusu kavramının net bir şekilde tespit edilemediği ve fakat bu dava ile kullanılan bağımlı inşai hakkın anonim şirket payına bağlı olduğu göz önüne alındığında bu payın bir başkasına devri halinde dava konusunun devrinin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir kanaatindeyiz.

3.3.3 İptal Davası Açma Hakkının Paya Mı Yoksa Pay Sahipliğine Bağlı Bir Hak Mı Olduğu Sorunu

Çalışmanın süregelen bölümlerinde iptal davasının açılabilmesi, dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra pay devrinin ne anlama geleceği üzerinde durulmuştu. Yine gerek çalışmanın giriş kısmında gerekse bir önceki başlıkta iptal davası açma hakkının bir inşai hakkın kullanılması niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Şimdi ele alacağımız husus ise bu hakkın pay sahipliğine bağlı bir hak mı yoksa paya bağlı bir hak mı olduğu sorunudur. Bu hususun halli şu bakımdan önemlidir: Eğer bu hakkın pay sahipliğine bağlı bir hak olduğu sonucuna varılırsa payın devri açılmamış bir iptal davasının açılmasını, açılmış bir davanın da devamını engelleyecektir. Zira dava açılmadan önce pay sahipliği yitirildiğinde yeni pay sahibi genel kurul kararı alındığında pay sahibi olmadığından dava açamayacak, dava açıldıktan sonra payın devredilmesi halinde ise iptal davası açma hakkına sahip pay sahibinin dava ile ilişkisi kesildiğinden davanın devamına imkân olmayacaktır. Eğer bu hakkın paya bağlı bir hak olduğu sonucuna varılırsa pay sahipliğinin zamanına bakılmayacak, payın devri ile paya bağlı hakkın da devredilmesi sonucu gerek henüz açılmamış bir davanın şartları varsa açılması imkânı olacak hem de açılmış bir davanın yeni pay sahibi tarafından devam ettirilmesi mümkün olacaktır.

Şimdiye kadar görüşlerine yer verdiğimiz ve bu konuda özel olarak çalışma yapan yazarlardan gerek MOROĞLU gerekse KENDİGELEN bu hakkın pay sahipliğine bağlı bir hak olduğunu belirtmiştir.³⁷ Ancak biz bu hakkın pay sahipliğinden önce paya bağlı bir hak olduğunu düşünmekteyiz. Zira anonim şirket bir sermaye şirketi olup amacı bünyesinde barındırdığı kişilerin ekonomik menfaatlerini geliştirmek ve büyütme. Anonim şirketlerde ekonomik menfaat bir bütün olarak şirket payında mündemictir. Yani esas ekonomik değeri ifade eden şirket payıdır. Bu anlamda bu payın korunmasına ilişkin öngörölmüş haklar da bu payın ekonomik değerine dahildir. Açık bir ifade ile bir inşai hak olan iptal davası açma hakkı esasında payın ekonomik geleceğini korumaya yönelik olup payda mündemich bulunan ekonomik

³⁷ Kendigelen, 2001, s. 323 vd. - Moroğlu, 2009 s.155 vd

değerin içinde yer almaktadır. Bu iptal davası ile şirketin ve dolayısıyla payın ekonomik değerinin zarar görmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Payın tedavül ettirilebiliyor oluşu da aynı zamanda bu payda içkin bulunan her türlü ekonomik değer ve hakkın da tedavülünü mümkün kılmalıdır.

Tüm bu açıklamalarla birlikte usûl kanunumuzla açılmış bir davada açıkça davacının da değişebileceğinin hüküm altına alındığı, anonim şirket genel kurul kararının iptali davalarında da dava konusunun devredilebileceği ve pay devrinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, iptal davası açma hakkının da bu paya bağlı bir hak olduğu sonucuna ulaşılmıştı. Buradan hareketle pay sahibi tarafından usulüne uygun şekilde açılmış olan bir iptal davası sırasında davacının payını bir başkasına devretmesi halinde ilk olarak HMK 125/2.maddesi gereğince davacı tarafın dava sırasında değişmesi ve bu arada dava konusunu devralan şahsın davaya devam edebileceği; ikinci olarak iptal davasının dava konusunun paya bağlı bir inşâi hak olmakla bu payın devrinin dava konusunun devri kurumunun uygulanmasına imkan verdiği; son olarak üçüncü şahsın müddeabihi devralan konumda olmakla davada taraf sıfatının ve bu arada dava hakkının payın ekonomik bütünlüğüne dahil bir hak olmakla yeni pay sahibinin davaya devam etmekte hukuki ve ekonomik menfaatinin bulunduğu hususları göz önüne alınarak payı dava sırasında devralan yeni pay sahibinin davaya devam edebileceğinin kabulü gerektiği sonucuna ulaşmak gerekecektir. Gerçekten de Yargıtay da yerel mahkemenin ilamına ilişkin verdiği bozma kararında “*davaya devam edilebilmesi için yeni pay sahibinin sahiplik sürecinin kesinleşmesinin beklenmesine*” değinmiş ve örtülü de olsa yeni pay sahibinin davaya devam edebileceği yönünde görüş oluşturmuştur.³⁸ Yine öğretilerde ERİŞ Yargıtay kararına dayanarak aynı yönde görüş bildirmiştir.³⁹ Biz de gerek davanın ve dava konusunun devrine ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız gerekse esasen kanunda ve yüksek yargı uygulamasında devralan pay sahibinin davaya devamını engeller bir hükmün olmadığı göz önüne alınarak dava açan pay sahibinden pay devralan şahsın davaya devam edebileceğini düşünüyoruz.

SONUÇ

Ekonomik sistemin önemli unsurlarından olan sermaye şirketlerinden anonim şirketlerin kendi ekonomik yapısını idame ettirmek üzere karar organı olan genel kurul ve yürütme organı olan yönetim kurulu bulunmaktadır. Karar organı olan genel kurulun kararlarının denetimi ise açılacak butlanın tespiti ve iptal davaları yoluyla sağlanacaktır. Bu denetimde ise aslolan kararların iptal edilebilirliğidir; butlan ve yokluk yaptırımları ikincil yaptırımlardır. İptal davası ise kural olarak pay sahiplerinin belirli şartlar altında açabildiği inşâi

³⁸ Yargıtay 11. HD 31.03.1997 tarih 1902/2319 sayılı bozma kararı, aktaran Kendigelen s.316

³⁹ Gönen Eriş, Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995 s.450

bir davadır. Pay sahibinin inşâî hakkını kullandığı bu dava ise paya bağlı inşâî hakkın kullanılmasından ibaret olup diğer hükümler gibi dava konusunun devri hükümleri de bu kapsamda uygulama alanı bulacaktır. Eski usûl kanunu döneminde farklı hükümlere tabi olan dava konusunun devri müessesesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125.maddesi ile kısmen de olsa değişikliğe uğramış ve davacı tarafın da dava sırasında değişebilmesine açıkça olanak tanımıştır. Bu husus ise açılmış bir davadaki husumet ehliyeti açısından oldukça önemlidir. Nitekim açılmış bir iptal davasının da dava konusunun devri müessesesi ile birlikte değerlendirilmesini gerektirir hallerin ortaya çıkması halinde husumet ehliyeti ve bu arada davanın usulden reddedilip edilmeyeceği gündeme gelecektir. Buna göre iptal davasını açan pay sahibinin payını devretmesi halinde dava konusunun devri müessesesinin uygulanıp uygulanmayacağı ve bu arada devralan yeni pay sahibinin husumet ehliyetine sahip olup olmayacağı tartışmalıdır. Bugüne kadar bir çok yazar devredilen payın dava konusunu oluşturmadığından bahisle dava konusunun devri müessesesinin iptal davasında uygulanamayacağını, bir an için aksi düşünülse dahi dava konusunun devri yoluyla tarafın değiştirilmesinin ancak davalı için öngörüldüğünü bu sebeple davacının pay devri halinde iptal davasının yeni pay sahibi ile devam edemeyeceğini öne sürmüşlerdir. Yeni HMK 125/2.maddesi hükmü ile davacının dava konusunun devri yoluyla değiştirilemeyeceği iddiası tamamen ortadan kalkmıştır. Diğer yandan iptal davasının inşâî bir hakkın kullanıldığı bir dava türü olduğu, bu inşâî hakkın paya bağlı bağımlı bir inşâî hak türü olduğu, kanunda da aksine bir hüküm olmadığı dikkate alındığında iptal davasında da pay devri yoluyla dava konusunun devri müessesesi uygulanabilecektir. Bu halde dava açıldıktan sonra pay sahibinin payını devretmesi halinde payı devralan yeni pay sahibi iptal davasına aynı şekilde devam edebilecek, davanın usulden reddi yoluna gidilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Akkaya Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği(HMK m.124) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 897-941 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan,
- Alangoya Yavuz, Medenî Usûl Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- Arslanlı Halil, Anonim Şirketler, 1960
- Başpınar Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı,(tez) Ankara 1998
- Börü Levent, Dava Konusunun Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012
- Ercan Özler Meltem, Medenî Usûl Hukuku'nda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık Ankara: 2019
- Eriş Gönen, Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995
- Eriş Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, 3.Baskı, C.2 Ankara 2004
- İmregün Ertürk, Anonim Ortaklıklar, İstanbul :1989
- Kendigelen Abuzer, *İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliğinin Cüzi Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi*, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı İstanbul 2001
- Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001
- Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul:2009
- Meriç Nedim, Medenî Usûl Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara: 2011
- Pekcanitez Hakan, – Atalay Oğuz, - Özekes Muhammet, - Medenî Usûl Hukuku, Ankara:2011
- Pekcanitez Hakan – Taş Korkmaz Hülya, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017
- Poroy Reha- Tekinalp Ünal,- Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku 9.bası, İstanbul 2003
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara: 2017
- Taş Korkmaz Hülya, Medenî Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Yetkin Yayınları, Ankara: 2014
- Tekil Fehiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998

22.07.2020 KABUL TARİHLİ VE 7251 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN İLE İSTİNAFA İLİŞKİN OLARAK YAPILAN DEĞİŞİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Changes Related to Appeal Law with the Law About Some Amendments on the Code of Civil Procedure and Some Laws which is dated 22.07.2020 and numbered 7251

Prof. Dr. Cenk AKİL *

Geliş Tarihi: 14.09.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

22.07.2020 gün ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir takım değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerden bir kısmı istinaf kanun yoluyla alakalıdır. Bunlardan en önemlisi ise bölge adliye mahkemelerinin dava dosyasını hangi hallerde ilk derece mahkemelerine gönderebileceğine ilişkindir. Yapılan değişiklik ile ilga edilen hükümden yer alan “delillerin hiçbiri toplanmadan” veya “delillerin hiçbiri değerlendirilmeden” ibarelerinin yerine “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması” ibareleri getirilmiştir. Bu değişiklik doktrinde ciddi tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bazı yazarlar değişikliği olumlu bulurken bazıları ise bundan böyle uygulamada teknik anlamda istinaf denetiminden bahsedilemeyeceğini ve bölge adliye mahkemelerinin zamanla bölgesel temyiz mahkemeleri hâline geleceğini belirtmişlerdir. Çalışmamızda istinaf kanun yoluna ilişkin değişiklikler madde sırasına göre ele alınacaktır. Bu yapılırken önce değişiklikler hakkında doktrinde ileri sürülen görüşlere sonra da şahsi görüşümüze yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, kanun yolu, istinaf, dava dosyasının geri gönderilmesi, usul ekonomisi.

ABSTRACT

With the Law About Some Amendments on the Code of Civil Procedure and Some Laws which is dated 22.07.2020 and numbered 7251, a number of amendments have been made on the Code of Civil Procedure. Some of these changes are related to the appeal law. The most important one of these changes is about the circumstances in which the courts of appeal can send the case file to the first instance court. With the amendment, the phrases "without collecting any of the evidence" or "without evaluating any of the evidence" in the provision abrogated were replaced by the phrase "the fact that important evidence that could be effective in the resolution of the dispute was not collected or evaluated or a decision was not made on a significant part of the request". This change brought serious discussions in the doctrine. While some authors found the amendment positive, others stated that it would not be possible to speak of technical appeal in practice from now on and the courts of appeal would eventually become regional supreme courts. In our study, the changes regarding the appeal will be handled in order of articles. While doing this, first the opinions in the doctrine and then our personal opinion about the changes will be included.

Keywords: Law of civil procedure, right to appeal, appeal, return of the case file, procedural economy

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: akilcenk@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3662-0124.

GİRİŞ

22.07.2020 kabul tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹ ile istinafa ilişkin hükümlerde de bazı değişiklikler yapılmıştır. Doktrinde bahsi geçen değişikliklerle ilgili olarak farklı değerlendirmelerde bulunulmuştur. Aşağıda istinaf kanun yolu hakkında kısaca bilgi verildikten sonra yapılan değişiklikler ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK İSTİNAF

Bilindiği üzere, istinaf kanun yolu ve bölge adliye mahkemeleri 26.09.2004 kabul tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun² ile kurulmuştur. Şu an itibarıyla ülkemizde on beş adet bölge adliye mahkemesi (istinaf mahkemesi) görev yapmaktadır³. Adalet Bakanlığı'nın 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararıyla 20.07.2016'dan itibaren fiilen göreve başlayan⁴ bölge adliye mahkemelerin temel görevi istinaf başvurusu üzerine adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamaktır. İstinaf yargılamasına ilişkin kurallar ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 341 ilâ 360 ıncı maddeler arasında düzenlenmiştir. İstinaf kanun yolunun hukuk düzenimize girmesiyle birlikte yargılama üç aşamalı hale gelmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinafa, istinaf aşamasında verilen kararlara karşı da temyiz yoluna müracaat edilecektir. Böylelikle bir dava hakkında verilen kararın isabet derecesinin artırılması hedeflenmiştir. İstinaf kanun yolunun temel özelliği istinaf başvurusu üzerine ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın hem hukuki hem de maddi açıdan değerlendirilmesi ve gereken hallerde bölge adliye mahkemesinin dava hakkında bizzat karar verme yetkisini haiz olmasıdır. Başka bir deyişle, bölge adliye mahkemesi gereken hâllerde ilk derece mahkemesi gibi tahkikat işlemleri yapabilmektedirler. Bununla birlikte, hukukumuzda kabul edilen istinaf modeli dar (sınırlı) istinaf olduğundan⁵ istinaf aşamasında yeni baştan bir

¹ Bkz. RG 28.07.2020, S. 31199.

² RG 07.10.2004, S. 25606.

³ Hâkimler Savcılar Kurulu'nun 26.06.2019 gün ve 230 sayılı kararı için bkz. RG 28.06.2019, S. 30815.

⁴ HSK'nin 26.06.2019 gün ve 230 sayılı kararıyla ülkemizde on bir olan bölge adliye mahkemesi sayısı on beşe çıkartılmıştır. Anılan karar için bkz. RG 28.06.2019, S. 30815.

⁵ Dar istinaf modeli hakkında bkz. Kâmil Yıldırım, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 45 vd.; Ejder Yılmaz, İstinaf, 2. B., Ankara 2005, s. 57; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 5. B., Ankara 2019, s. 593, 595; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 105; Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B.,

yargılama yapılmamaktadır. Bu sistemin temelinde ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda verilen kararların denetlenmesi ve ilk derece yargılamasında yapılan usul işlemleri muhafaza edilerek gerekiyorsa tamamlayıcı yargılama yapılmak suretiyle yeniden hüküm verilmesi fikri yatmaktadır⁶.

II. DEĞİŞİKLİKLER

A. İstinaf Yoluna Başvurulabilin Kararlara İlişkin Değişiklik

7251 sayılı Kanun’la istinaf kanun yolu hakkında yapılan ilk değişiklik istinaf yoluna başvurabilen kararları düzenleyen HMK m. 341’e ilişkindir. Bahsi geçen değişiklik ile istinaf yoluna başvurulabilecek kararların kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir. Getirilen düzenlemeden önce, yokluğunda ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin bu karara itiraz etmesi ve sonrasında itiraz üzerine verilen karara karşı kanun yoluna (istinafa) başvurması mümkünken yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin bu haktan yoksun bırakılması doktrinde de eleştirilmekte ve bu durumun hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı dile getirilmekteydi⁷. Gerçekten de yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz duruşmasında bu karara itiraz etme hakkının bulunması, onun istinaf hakkının elinden alınmasının haklı gerekçesi olamaz⁸.

B. Duruşma Yapılmadan Verilecek Kararlara İlişkin Değişiklikler

İkinci değişiklik ise “*Duruşma yapılmadan verilecek kararlar*” başlıklı 353 üncü maddeye ilişkindir. Bahsi geçen maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin

İstanbul 2009, s. 509; Nevhis Deren-Yıldırım, “İstinafa Başvuru Şartları”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 19; Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 52 vd.; Nevzat Boztaş, “İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gereksizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi”, MİHDER, 2017/2, s. 428-429.

⁶ Boztaş, (Makale), s. 428.

⁷ Bkz. Muhammet Özkes, Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 2500.

⁸ Selçuk Öztekin/Sema Taşpınar Ayvaz/Serdar Kale: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, TBBD 2020 (149), s. 140-141; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, Lexpera (Erişim: 30.08.2020).

(6) numaralı alt bendi değiştirilmiş, (b) bendinin (3) numaralı alt bendine ise “tamamlanmasından sonra” ibaresinden sonra gelmek üzere “başvurunun esastan reddine veya” ibaresi eklenmiştir⁹. Böylece (a) bendinin (6) numaralı alt bendi değişiklikten sonra şu şekli almıştır¹⁰: “*Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması.*”

Bu değişikliğin ilk kısmı ile bölge adliye mahkemelerinin dosya üzerinden, yani duruşma yapmadan eksiklikleri tamamlayıp davanın esastan reddine karar verebilmelerine olanak tanınmıştır¹¹.

353 üncü maddede yapılan ikinci değişiklikle ise hükmün daha önceki hâlinde yer alan “delillerin hiçbiri toplanmadan” ibaresi yerine “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış” ibaresi; “deliller hiç değerlendirilmeden” ibaresi yerine ise “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin değerlendirilmemiş olması” ibaresi getirilmiştir¹². Hemen belirtelim ki, 7251 sayılı Kanun ile HMK’de istinafa ilişkin olarak yapılan değişiklikler arasında en fazla eleştirilen husus bu olmuştur.

⁹ Anılan bendin değişiklikten önceki hali şu şekildeydi: “3) Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra esas hakkında,”

¹⁰ Bahsi geçen bendin önceki hali şu şekildeydi: “6) Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması.”

¹¹ Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 143.

¹² İlgä edilen bu hükmün nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. ve karşı. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, 3. B., Ankara 2017; Hakan Pekcanitez, “Yargıtay Yönetiminden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, TBB 2019, S. 144, s. 404-407; Tülin Kurtoglu, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Ankara 2017, s. 153; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2019, s. 379; Selçuk Öztekin, “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 183; Nevzat Boztaş, “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 188; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 328; Tolga Akkaya, “İstinaf İncelemesi Sonucunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 162-163; Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. B., Ankara 2016, s. 441; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2259; Muhammet Özekes, “İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 85-112), s. 100-101; Ramazan Arslan, “Tartışmalar”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 193; Mert Namlı, “İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf”, SİCİL, S. 36, Y. 2016, s. 142; Varol Karaaslan, “HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Bir İnceleme”, DÜHFD, C. 22, S. 37, Y. 2017, s. 235

Getirilen düzenlemeyi isabetli bulan bir görüşe göre, dar istinaf modelinin kabul edildiği HMK sistematüğinde yargılamanın ağırlığı ilk derecededir. İstinaf yargılaması ilk derece yargılamasındaki deliller, vakıalar ve usul işlemleri üzerine inşa edilmiştir. İlk derece mahkemesi davanın esasına etki eden ve uyuşmazlığın çözümüne etki edecek olan önemli bir delili toplamadan veya değerlendirmeden karar vermişse, yargılama açısından ciddi bir noksanlıktan bahsedilebilir ve böyle bir durumda bölge adliye mahkemesi de kendisine düşen görevi yerine getiremez. Çünkü dereceli yargılama hakkının bir gereği de ilk derece yargılamasının eksiksiz bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Uyuşmazlık bakımından hangi delilin önemli sayılacağı ise bölge adliye mahkemesi tarafından tayin edilecektir. Ancak hemen belirtelim ki, düzenlemeyi olumlu bulan görüş taraftarları dahi gerek değişiklikten önceki “hiç” ibaresinin gerekse yapılan değişiklik ile (onun yerine) kabul edilen “önemli” ibaresinin dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceği belirlenirken yaşanan sorunu tam olarak çözebilecek terimler olmadığını vurgulamışlardır¹³.

Yapılan değişikliği hatalı bulan bir görüşe göre ise yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra bölge adliye mahkemeleri adeta bölgesel temyiz mahkemeleri gibi davranarak gelen dava dosyalarını sıklıkla ilk derece mahkemelerine göndereceklerdir. Öyle ki, bundan sonra teknik anlamda bir istinaf incelemesinden bahsedilmesi dahi mümkün olmayacaktır. Geri gönderme kararı da kesin olduğundan istinaf denetimi adı altında adeta temyiz incelemesi yapılacaktır¹⁴. Sonuç olarak yargılamalar uzayacak, usul ekonomi ihlâl edilecektir¹⁵.

Belirtmek gerekir ki, değişiklikten önce, uygulamada bölge adliye mahkemelerinin Kanun’daki “delillerin hiçbirini toplanmadan” ve “deliller hiç değerlendirilmeden” ibarelerini¹⁶ maddenin lafzına aykırı olarak yorumlamak suretiyle sıklıkla dosyaları ilk derece mahkemelerine gönderdiklerine şahit olunmaktaydı. Örneğin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi bir kararında Kanun’un açık hükmüne rağmen “*Davanın esasıyla ilgili olarak gösterilen delillerin ‘hiçbirinin’ toplanmaması ile anlaşılması gerekenin uyuşmazlığın çözülmesi için taraflarca gösterilen delillerden hiç birinin toplanmaması ya da deliller bütünü ile çözüme ulaşılabilecek hallerde bu bütünü oluşturan delillerden ‘birinin’ toplanmamış olması halleri olduğu söylenebilir. Bu anlamda hâkimin belirli bir yargıya vararak karar vermesinde*

¹³ Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 143.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes (Lexpera); Melis Taşpolat Tuğsavul, “İstinaf İncelemesinin Sonunda Verilebilecek Kararlar”, TBBD 2018 (134), s. 336 vd.

¹⁵ Pekcanitez, Yargıtay Yönünden, s. 404.

¹⁶ Esasen uygulamada ilk derece mahkemesinin tarafların delillerinin hiçbirini toplamadan yahut hiçbirini değerlendirmeden karar vermiş olmasına rastlamak da kolay değildir (Budak/Karaaslan, s. 379).

etkili/esaslı nitelikteki deliller söz edilmekte olup bu özellikte delillerden ‘birinin’ toplanmamasını da 353/I-a-6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.” sonucuna varmıştır¹⁷.

¹⁷ “... Dava, davalı sigorta şirketi nezdinde ZMSS sigortalı olan 06... plakalı araç sürücüsü ve işleteni diğer davalının, geri manevra yaptığı esnada kusuru ile sebebiyet verdiği maddi hasarlı trafik kazası neticesinde doğan zarardan dolayı davacı tarafından yapılan ödemenin rücu tahsiline ilişkindir. Davalının istinaf sebepleri doğrultusunda, dosya içerisindeki bilgi ve belgeler, mahkeme kararının gerekçesi, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesi ile yapılan inceleme sonucunda; Davacı tarafından park halinde bulunan 06 ... plakalı araçta meydana gelen hasar nedeniyle ödenen tazminatın, davalı araç maliki ve sürücüsünün kusuru nedeniyle davalılardan rücu tahsil için girişilen takibe davalıların itiraz üzerine açılan dava üzerine mahkemece takibin 4.200,00 TL üzerinden devamına karar verilmiştir. Davaya konu kazada 06 ...plakalı araçta gerçekleşen hasara ilişkin Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde 2014/170 E. 2014/551 K. sayılı tazminat davası sonucu 14.10.2014 tarihinde verilen kararda da 06 ... plakalı araç sürücüsünün kazanın meydana gelmesinde %50 oranında kusurlu olduğu tespit edilmiştir. Mahkemece yargılama sırasında; davaya konu kaza nedeniyle davacının talebi doğrultusunda araç değer kaybı ve hasar bedeli yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de hükme esas alınan raporda davacının rücuya konu ettiği araç olan 06 ... plaka numaralı araç yönünden bir inceleme yapılmadan dava konusu olmayan davacının sigortalısına ait 06 ... plaka numaralı araç yönünden inceleme yapılmıştır. Davacı taraf, davalılardan rücu tazminata konu, 06 ...plakalı araca yönelik olarak yapılan ödemenin, davalı araç işleteninin kusuruna isabet eden miktarı talep ettiği, davacının rücu şartlarının bulunup bulunmadığı ve kapsamı ile zararın miktarının belirlenmesi gerekirken yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu; somut olayın özelliğine, oluşa ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenmemiştir. Mahkemece davaya konu kaza nedeniyle hükme esas alınan raporda; rücuya konu olan ödemeye ilişkin bir araştırma ve incelemeye bulunmadığından, hükme esas alınmayacağı açıktır. 6100 Sayılı HMK’nin 353/1-a-6.maddesinde, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması hususu davanın esasını incelenmeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine, duruşma yapmadan kesin olarak karar verilen hallerden sayılmıştır. Davanın esasıyla ilgili olarak gösterilen delillerin “hiçbirinin” toplanmaması ile anlaşılması gerekenin uyumsuzluğunun çözülmesi için taraflarca gösterilen delillerden hiç birinin toplanmaması ya da deliller bütünü ile çözüme ulaşılabilecek hallerde bu bütünü oluşturan delillerden “birinin” toplanmamış olması halleri olduğu söylenebilir. Bu anlamda hâkimin belirli bir yargıya vararak karar vermesinde etkili/esaslı nitelikteki deliller söz edilmekte olup bu özellikte delillerden “birinin” toplanmamasını da 353/I-a-6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira somut olayda olduğu gibi davacının alacağının belirlenmesi yönünden, yukarıda anılan araştırma ile delil toplanmaması ve bu delillerin değerlendirilmemiş olması halinde yargı sistemimiz bakımından benimsenmiş olan dar istinaf sisteminden uzaklaşılarak ilk derece mahkemesince değerlendirilmemiş olan konularda ilk defa istinaf mahkemesince bir delile ilişkin olarak tartışma yapılarak yargıya varılacaktır ki bu da iki dereceli yargılama olan istinaf yargı sistemi ile bağdaşmayacaktır. Bu bakımdan: İlk derece mahkemesince davanın esasına yönelik uyumsuzluğun giderilmesi için yukarıda belirtilen delillerin toplanmaması ve bu delillere ilişkin her hangi bir değerlendirme yapılmaması bakımından davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK’nin 353/1-a-6. maddesi uyarınca kabulüne ve ilk derece mahkemesinin kararının anılan gerekçelerle kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir...” Ankara BAM, 22. HD, 27.02.2020, E. 018/307,

Yargıtay ise haklı olarak Kanun'un lafzını esas almış ve bölge adliye mahkemeleri tarafından az önce örneği verilen türdeki kararların hatalı olduğuna dikkat çekmiştir: "...HMK 353/1-a-6. bendinde, ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, esasa ilişkin inceleme yapılmadan kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verileceği düzenlenmiştir. HMK 369. maddesinde; 'Yargıtay, tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir.'" hükmü bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353.maddesinde, bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır. Kanunda sayılan geri gönderme sebepleri arasında 'delillerin eksik toplanması' durumuna yer verilmemiş, açıkçası 'delillerin hiç birinin toplanmaması ve gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi' hali düzenlenmiştir. Somut olayda, ilk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri deliller toplanmış, davaya dayanak yapılan kurum kayıtları, müfettiş raporları, reçete listeleri dosya kapsamına alınmış, bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Bu durumda ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirinin toplanmamış veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemiş olmasından söz edilemez. Buna göre HMK'da sayılan geri gönderme sebepleri gerçekleşmediğinden bölge adliye mahkemesince, ilk derece mahkemesince alınan raporun yetersizliği sebebine dayanılarak karar verilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine iadesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu durumda bölge adliye mahkemesince, HMK'nın 353/1-b-3 maddesi uyarınca varsa eksik delillerin toplanması ile dava dosyasının incelenip işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile dosyanın ilk derece mahkemesine iadesine karar verilmiş olması doğru görülmemiş..."¹⁸

K. 2020/272 (KİBB). Benzer yönde: Gaziantep BAM, 4. HD, 07.12.2016, E. 2016/6, K. 2016/6 (KİBB).

¹⁸ Y 3. HD, 11.03.2020, E. 2020/1152, K. 2020/2209. Benzer yönde: Y 2. HD, 04.12.2017, E. 2017/5594, K. 2017/13799 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>); Y 9. HD, 27.03.2017, E. 2017/597, K. 2017/5190 (Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, Ankara 2020, s. 1371); Y. 9. HD, 14.06.2017, E. 2017/21587, K. 2017/10486 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>); Y. 13. HD, 29.06.2020, E. 2017/8357, K. 2020/4869 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>). Bu noktada belirtelim ki, böyle bir durumda Yargıtay'ın sadece söz konusu hataya işaret etmekle yetinmesi gerekir. Buna karşılık, yukarıda, metin içinde anılan kararda Yargıtay bozma kararı vermiştir. Hâlbuki bölge adliye mahkemesinin HMK m. 353/1-a-6 uyarınca vermiş olduğu karar kesindir. Örneğin: "... Temyiz olunan karar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-a/6. maddesi uyarınca, kesin nitelikte olması nedeniyle, temyiz isteminin bölge adliye mahkemesince reddine ilişkindir... kararın kesin olduğu gerekçesiyle temyiz isteminin reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesince verilen karar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-a/6. ve 362. maddesine uygun olduğundan bu karara yönelik temyiz isteminin reddi ile.. oybirliğiyle ile kesin olarak karar

İstinaf mahkemelerinin hangi hallerde dava dosyasını ilk derece mahkemesine gönderebileceğine ilişkin olarak mukayeseli hukukta farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Söz gelimi, AvMUK m. 496 uyarınca, ilk derece mahkemesi tarafların esasa ilişkin taleplerinin tamamı hakkında karar vermemişse ya da ilk derece yargılaması önemli bir hata ile malul ve bu hata davanın eksiksiz biçimde ele alınmasını ve hükme bağlanmasını engellemişse ya da usul işlemlerinin içeriğine göre bölge adliye mahkemesince önemli addedilen vakıalar ilk derece mahkemesince hiç tartışılmamışsa bölge adliye mahkemesi davayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilecektir. Bununla birlikte, bölge adliye mahkemesi, davayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine eksikliği bizzat gidererek karar verme yetkisine de sahiptir. Ancak bunun için bölge adliye mahkemesince, bizzat karar vermek yerine dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin davanın karara bağlanmasını geciktireceğine ve/veya önemli ölçüde masrafa yol açacağına kanaat getirilmiş olmalıdır.

Benzer bir düzenleme Alman hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de AIMUK m. 538, f. 1, b. 1'e göre, ilk derece mahkemesi önünde gerçekleşen yargılama önemli bir hata ile malul ise ve bu hata nedeniyle kapsamlı ve masraflı bir delil ikamesi gerekiyorsa "*taraflardan birinin talebi üzerine*" dava ilk derece mahkemesine geri gönderilmektedir. Alman hukukunda benimsenen düzenleme davanın ilk derece mahkemesine gönderilebilmesi için taraflardan birinin talebinin aranması bakımından dikkat çekicidir. Böylelikle bölge adliye mahkemesinin geri gönderme kararı vermesi bir nebze güçleştirilmiş ve yargılamalar hızlandırılmak istenmiştir¹⁹.

7251 sayılı Kanun'un gerekçesinde istinafa ilişkin olarak getirilen düzenlemeler bakımından İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun örnek alındığı ifade edilmiştir. Yukarıda kabul edilen yeni düzenlemenin leh ve aleyhinde ileri sürülen görüşlere değinmiştik. Düzenlemeyi hatalı bulan görüş sahiplerinin belirttiği gibi, ilga edilen hükmün açıklığı karşısında dahi bölge adliye mahkemelerinin dosyaları ilk derece mahkemelerine geri gönderdikleri hatırlanacak olursa geri gönderme kararı vermeyi daha da kolaylaştıran yeni düzenlemenin kabulünden sonra bölge adliye mahkemelerinin bu yola daha sık başvuracakları beklenebilir. Yeni düzenlemenin bu şekilde uygulamaya yansımaları durumunda ise gerçekten de bundan böyle gerçek anlamda istinaf incelemesinden bahsetmek güçleşecektir. Kanaatimizce bu noktada Yargıtay'a önemli bir görev düşmektedir. Yargıtay tıpkı Kanun değişikliğinden önce olduğu gibi, vereceği kararlarla, yeni düzenlemenin de bölge adliye

verildi." Y. 22. HD, 04.06.2020, E. 2020/2251, K. 2020/5878 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>). Aynı yönde: Y. 15. HD, 29.06.2020, E. 2019/3369, K. 2020/1920; Y. 10. HD, 02.06.2020, E. 2019/800, K. 2020/2546 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>).

¹⁹ Musielak/Voit/Ball, 17. B., München 2020, ZPO § 538 kn. 1

mahkemeleri tarafından çok geniş yorumlanmak suretiyle dosyaların sürekli ilk derece mahkemelerine gönderilmesinin hatalı olacağına işaret etmeli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcı Kanunu'nun 28'inci maddesi uyarınca istinaf (ve ilk derece hâkimleri) hakkında kanun yolu değerlendirme formu düzenlerken bu hususu muhakkak dikkate almalıdır. Aksi takdirde yargılamalar hak arayanlar bakımından tahammül edilemeyecek derecede uzayabilir.

Öte yandan, ikinci görüş sahiplerince belirtildiği üzere, yargılamadaki eksikliklerin bizzat bölge adliye mahkemeleri tarafından giderilmesi, başka bir deyişle, dosyaların ilk derece mahkemelerine geri gönderilmemesi teorik olarak daha isabetli ise de ülkemizde bölge adliye mahkemelerinin kuruluş şekli karşısında bu tip bir uygulamanın tercih edilmesi durumunda da zamandan sınırlı ölçüde tasarruf edilebileceği kanısındayız. Şöyle ki; yukarıda belirtildiği üzere, ülkemizde şu an sadece on beş bölge adliye mahkemesi bulunmaktadır. Dolayısıyla bölge adliye mahkemeleri yargılamadaki eksiklikleri bizzat gidermek istemeleri durumunda sıklıkla istinabe yoluna başvurmak zorunda kalabilecekler; hatta bu konuda bizzat kararı veren ilk derece mahkemesinden yardım isteyeceklerdir. Keza, ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemeleri sayısal olarak karşılaştırıldığında bölge adliye mahkemelerinin yargılamaları bizzat icra etme yoluna gitmeleri durumunda belli bir süre sonra istinaf aşamasında dosyaların yığılmaya başlayacağı ve yargılamaların uzayacağı beklenebilir. Sonuç olarak, bu görüşün kabul edilmesi durumunda -dosyaların ilk derece mahkemelerine geri gönderilmesine nazaran- zamandan tasarruf sağlanabileceği söylenebilirse de bu yöntemin de belli bir süre sonra yetersiz kalacağı kanısındayız. Bu nedenle bize göre her ilde bölge adliye mahkemesi kurulmasında yarar vardır. Bununla birlikte, böyle bir durumda kuşkusuz söz konusu mahkemelerin daire sayısı buldukları ildeki dava/dosya sayısına göre farklılık gösterecektir. İşte o zaman bölge adliye mahkemelerinin yargılamalardaki eksiklikleri bizzat gidermeleri, yani davaları ancak istisnai hâllerde ilk derece mahkemelerine geri göndermeleri çok daha işlevsel olacaktır²⁰.

Kabul edilen yeni düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiğine gelince; her şeyden önce istinaf aşamasında dava dosyalarının geri gönderilmesinin kural değil, istisna olduğu gözden uzak tutulmamalıdır²¹. HMK m. 353/1-a-6'da geçen

²⁰ Fakat bu noktada şunu da ekleyelim ki, bölge adliye mahkemelerinin eksiklikleri bizzat gidermeleri, başka bir deyişle, dava dosyalarını ilk derece mahkemelerine geri göndermemelerinin de kendine özgü bir takım sakıncaları vardır. Böyle bir sistemin benimsenmesi durumunda belli bir süre sonra, eksikliklerin bölge adliye mahkemesince giderileceğini bilen ilk derece mahkemelerinin rehavete kapılmaları söz konusu olabilecektir. Cenk Akil, "İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi", KHHD, 2008/49-50, s. 44-45. Karş. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, 3. B., Ankara 2017, s. 3271.

²¹ Bu itibarla olması gereken hukuk bakımından HMK m. 353/1-a-6'da düzenlenen ve dava

“önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini çok net kriterle önceden belirlemek mümkün değildir. “Uyuşmazlığın çözüme bağlanması açısından önemli delillerin” hangisi/hangileri olduğu her somut olayda münferiden değerlendirilebilecek bir husustur. Diğer yandan, deliller vakıaların ispatına yarayan araçlar olduğuna göre, önemli delillerin toplanmamış yahut değerlendirilmemiş olması sonuç itibarıyla maddi meselenin sağlıklı bir şekilde tespit edilemediği anlamına gelecektir. Şayet maddi meselenin tespiti için kapsamlı bir delil ikamesi gerekiyorsa, başka bir deyişle, bu konuda ciddi bir mesaiye ihtiyaç duyulacaksa dava dosyasının geri gönderilmesi söz konusu olabilecektir. Zira maddi meselenin tespiti öncelikle ilk derece mahkemesinin görevidir²². Bunun bölge adliye mahkemesi tarafından yapılması tarafların bir yargılama derecesini kaybetmeleri anlamına gelebilecektir²³. Buna karşılık, söz gelimi, sadece bir delil toplanmamışsa bunun için dava dosyası ilk derece mahkemesine gönderilmemeli; eksiklik bizzat bölge adliye mahkemesi tarafından giderilmelidir²⁴.

Kuşkusuz ilga edilen hükümde düzenlendiği üzere delillerin hiç toplanmamış yahut değerlendirilmemiş olması durumunda da dosya evleviyetle ilk derece mahkemesine geri gönderilmelidir. Keza, bir kısım delil toplanmış olmakla birlikte farklı türde delillerin toplanması gerektiği hallerde de dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekebilir. İlk derece mahkemesinin toplanması gereken delilleri toplamamış olması yahut eksik toplaması tarafların ileri sürdükleri ve uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşıyan iddiaların gözden kaçırılmasından, ilk derece mahkemesinin hukuki nitelendirmeyi (altlamayı) hatalı yapmasından, çekişmeli olan vakıaları çekişmesiz addetmesinden, o niteliğe sahip olmadığı halde belli bir vakıayı herkesçe bilinen bir vakıa saymasından vb. sebeplerden kaynaklanabilir²⁵. Bu arada belirtmek gerekir ki, bölge adliye mahkemesi, davayı ilk derece mahkemesine tümüyle gönderebileceği gibi kısmen de geri gönderebilir²⁶.

dosyasının bölge adliye mahkemesi tarafından gönderileceğine ilişkin hükmün bölge adliye mahkemesi tarafından gönderilebilir şeklinde değiştirilmesi daha isabetli olacaktır.

²² Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger/Peter Reetz/Sarah Hilber, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. B., Zürich-Basel-Genf 2016, s. 2607.

²³ Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. B., Zürich/Gallen, 2014, s. 322; Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas/Alexander Brunner, 2. B., Basel 2014, s. 1370; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Reetz/Hilber, s. 2604; Budak/Karaaslan, s. 379.

²⁴ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Reetz/Hilber, s. 2608.

²⁵ Heinz Hausheer/Hans Peter Walter/Martin H. Sterchi, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung (BK-Berner Kommentar), Bern 2012, s. 2944.

²⁶ Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. B., Zürich 2015, s. 649.

Kanaatimizce delillere ilişkin olarak geri gönderme kararı verilebilecek hallerden biri olan uyumsuzluğun çözümü bakımından önemli olan delillerin değerlendirilmemiş olması ihtimalinde bölge adliye mahkemeleri dava dosyasını mümkün olduğunca ilk derece mahkemesine geri göndermekten imtina etmelidirler. Zira bu hallerde ilk derece mahkemesi delilleri toplamış ve fakat değerlendirmemiştir. Bilhassa temyiz yolu açık olan davalar bakımından salt delillerin değerlendirilmesi için dava dosyası ilk derece mahkemesine kural olarak geri gönderilmemelidir.

HMK m. 353/1-a-6'da bölge adliye mahkemelerinin dava dosyasını ilk derece mahkemesine gönderebileceği ikinci hâl ise talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olmasıdır. Bu faraziyede de dava dosyasının geri gönderilip gönderilmeyeceğine karar verilirken her somut olay ayrıca değerlendirilecektir. Bununla birlikte, bilhassa objektif dava yığılmasının söz konusu olduğu hâllerde taleplerden biri hakkında mahkemenin karar vermeyi unutmuş olması durumunda böyle bir ihtimalden bahsetmek mümkündür²⁷. Buna karşılık, fer'i bir talep hakkında karar verilmemişse dosya ilk derece mahkemesine gönderilmemelidir. Söz gelimi, asıl alacak karara bağlanmış olmakla birlikte faiz karara bağlanmamışsa bunun için bölge adliye mahkemesinin dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri göndermesine gerek yoktur; bölge adliye mahkemesi bu hususu bizzat karara bağlamalıdır²⁸. Buna karşılık, mesela ilk derece mahkemesi hatalı olarak davayı zamanaşımı yahut hak düşürücü süre nedeniyle reddetmiş, bölge adliye mahkemesi ise yaptığı inceleme neticesinde dava konusu hakkın zamanaşımına uğramadığını yahut hak düşürücü sürenin geçmediğini tespit etmişse dava dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir²⁹.

C. İstinaf Aşamasındaki Duruşmaya ve Duruşma Sonunda Verilecek Kararlara İlişkin Değişiklikler

Üçüncü değişiklik ise 356'ncı maddede yapılmıştır. Buna göre, maddenin başlığında yer alan “*yapılmasına*” ibaresi “*yapılması ve*” şeklinde değiştirilerek madde başlığı “*Duruşma yapılması ve karar verilmesi*” hâline getirilmiş³⁰, ayrıca maddeye şu fıkra eklenmiştir: “*Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunun esastan reddetmek veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurmak dâhil gereken kararları verir.*”

²⁷ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Reetz/Hilber, s. 2605.

²⁸ Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander-Thomas Steininger, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. B., Zürich-Bern, 2016, s. 2439; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, s. 663.

²⁹ Seiler, s. 664; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Reetz/Hilber, s. 2607.

³⁰ Başlığın önceki hâli şu şekildeydi: “Duruşma yapılması ve karar verilmesi”

Söz konusu hükmün gerekçesinde; “Kanun’un 352 ve 353 üncü maddelerinde istinaf incelemesinin duruşmasız olarak yapılacağı hallerin düzenlendiği, bu haller dışında bölge adliye mahkemelerinin incelemelerini duruşmalı olarak yapılacağına karar verileceği, bununla birlikte 352 veya 352 üncü maddelerinde belirtilen hallerin mevcudiyetinin tespiti halinde ne şekilde karar verileceği konusunda Kanun’un mevcut halinde açıklık bulunmadığı, uygulamada da duruşma açılmasından sonra istinaf başvurusunun esastan reddi kararı ile 352 nci ve 353 üncü maddelerdeki hallerde gerekli kararların verilip verilemeyeceğine ilişkin tereddütler oluştuğundan bölge adliye mahkemeleri arasında çelişkili kararlar verildiği” ifade edilmiştir.

Doktrinde, yapılan değişikliği isabetli bulan bir görüşe göre; ilga edilen düzenleme açık olmadığından bölge adliye mahkemelerinin farklı türde kararlar vermelerine yol açmaktaydı. Getirilen yeni düzenleme ile bölge adliye mahkemesinin incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar vermesinden sonra 352 ve 353 üncü maddelerdeki eksikliklerin tespit edilmesi durumunda nasıl karar verileceği açıklığa kavuşturulmuştur³¹.

İkinci bir görüşe göre ise böyle bir değişikliğe ihtiyaç yoktur. Hükmün gerekçesi isabetli olsa idi aslında istinaf tarafından ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldığında verilecek karar türlerinin de tek tek sayılması gerekirdi³². Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetli olup yapılan değişiklik fazlasıyla didaktik olmuştur. Sözü geçen durumda bölge adliye mahkemesinin vereceği kararının türünü belirlemek için Kanun’a hüküm eklenmesine ihtiyaç olmadığı kanısındayız.

D. Duruşmaya Gelinmemesi ve Gerekli Giderlerin Ödenmemesine İlişkin Değişiklikler

Bir diğer değişiklik ise 358 inci maddeye ilişkindir. Anılan maddede iki değişiklik yapılmıştır. Bunlardan ilkinde birinci fıkrada yer alan “gideri duruşma gününe kadar” ibaresi “*gideri, iki haftadan az olmamak üzere verilecek kesin süre içinde*” şeklinde değiştirilmiştir³³. İkinci değişiklik ise üçüncü fıkrada yapılmıştır. Anılan fıkranın yeni hâli şu şekildedir³⁴: “*Belirlenen giderin,*

³¹ Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 144.

³² Pekcanitez/Atalay/Özekes (Lexpera).

³³ Birinci fıkranın önceki hâli şu şekildedir: “(1) *Duruşmalı olarak incelenen işlerde taraflara çıkartılan davetiyelerde, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği hususu ile başvuran tarafa çıkartılacak davetiyede, ayrıca, yapılacak tahkikatla ilgili olarak bölge adliye mahkemesince belirlenen gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırmayı gerektiği açıkça belirtilir.*”

³⁴ Fıkranın eski hâli şöyleydi: “(3) *Başvuran mazeretsiz olarak duruşmalara katılmadığı veya tahkikatla ilgili giderler süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Şu kadar ki, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmayan hâllerde başvuru reddedilir.*”

verilen kesin süre içinde yatırılmış olması kaydıyla, taraflar mazeretsiz olarak duruşmaya katılmadıkları takdirde tahkikat yokluklarında yapılarak karar verilir. Belirlenen gider, süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Şu kadar ki, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmayan hâllerde başvuru reddedilir.”

Sözü geçen değişiklik hakkında da doktrinde müspet ve menfi yönde görüşler ileri sürülmüştür. Düzenlemeye müspet yaklaşan bir görüşe göre, anılan düzenlemenin getirilmesinden önce, bölge adliye mahkemelerince belirlenen gider, avans olarak duruşma gününe kadar yatırılabilmekteydi. Giderin duruşma gününe kadar yatırılıp yatırılmayacağı bilinemeyeceğinden, giderin yatırılmaması halinde bölge adliye mahkemesi duruşma gününe kadar hiçbir tahkikat işlemi yapamamakta ve bu durum istinaf yargılamasının uzamasına yol açmaktaydı. Getirilen düzenlemeyle, belirlenen giderin, bu konudaki ihtarin tebliği tarihidan itibaren iki haftadan az olmamak kaydıyla verilecek kesin süre içinde yatırılabilceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle bölge adliye mahkemesinin duruşmadan önce bazı tahkikat işlemlerini yapabilmesi ve duruşmaya eksiksiz olarak hazırlanabilmesi mümkün hale getirilerek istinaf yargılamasının hızlandırılması amaçlanmıştır. Diğer yandan, maddenin ilga edilen üçüncü fıkrasının lafzı istinaf yoluna başvuranın gideri avans olarak yatırmasına rağmen duruşmalara gelmemesi halinde tahkikata devam edilemeyeceği ve dosyanın mevcut durumuna göre karara bağlanacağı sonucunu çıkarmaya müsaitti. Aslında Kanun bir bütün olarak değerlendirildiğinde, giderin avans olarak yatırılmış olması durumunda, istinafa başvuran tarafın duruşmaya katılmaması durumunda dahi bölge adliye mahkemesinin onun yokluğunda tahkikat işlemlerini yaparak incelemeyi sonuçlandırabileceği anlaşılmaktaydı. Buna rağmen uygulamada bu konuda tereddüt edilmekteydi. Getirilen düzenleme ile 358 inci maddenin birinci fıkrasındaki ihtaratın içeriği ile uyum sağlanmak suretiyle üçüncü fıkranın lafzından kaynaklanan tereddütler giderilmiştir.

Değişikliğe menfi yönde yaklaşan görüşe göre ise uygulamada duruşmadan önce yatırılmayan bir gider için zaten duruşma arasında bir karar verilmemekte, duruşma gününe kadar beklenmektedir. Öte yandan, Yargıtay kararlarında da süre verildikten sonra duruşma gününe kadar yapılacak başka bir işlem yoksa, giderin o aşamada da yatırılabilceği kabul edilmektedir. Kaldı ki, yeni düzenleme karşısında da iki haftadan az olmayacak şekilde yine duruşma gününe kadar kesin süre verilebilecektir. Bu görüşe göre, söz konusu düzenleme ihdas edilirken bölge adliye mahkemeleri hakkında özel düzenleme bulunmayan hallerde ilk derece yargılamasına ilişkin yargılama usulünün uygulanacağına ilişkin hüküm (HMK m. 360) gözden kaçırılmıştır³⁵.

³⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes (Lexpera),.

Kanımızca getirilen düzenleme prensip olarak isabetlidir. Gerçi ikinci görüş taraftarlarının da belirttiği üzere uygulamada kesin süre konusunda yeterince hassasiyetin gösterildiğini söylemek güçtür. Bunda Yargıtay'ın kesin süreyi esneten içtihatlarının da rolü olduğu söylenebilir³⁶. Öte yandan, yine ikinci görüş taraftarlarının belirttiği üzere düzenlemede verilecek sürenin iki haftadan az olmayacağı hükme bağlanmış, buna karşılık, en çok ne kadar olacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle, Yargıtay'ın anılan düzenlemeyi de Kanun değişikliğinden önceki haliyle yorumlayarak giderin duruşma gününe kadar yatırılabilceği sonucuna varması sürpriz olmayacaktır. Bu nedenle mevcut hükümde geçen “iki haftadan az olmamak üzere” ibaresinin “iki haftadan çok olmamak üzere” şeklinde değiştirilmesinin daha uygun olacağı fikrindeyiz.

E. Bölge Adliye Mahkemesi Kararında Bulunması Gereken Hususlara İlişkin Değişiklikler

Bir başka değişiklik ise “*Karar ve tebliği*” başlıklı 359 uncu maddeye ilişkindir. Bu maddede iki değişiklik yapılmıştır. İlk değişiklik ile maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, “*Bölge adliye mahkemesi, başvurunun esastan reddi kararında, ileri sürülen istinaf sebeplerini özetlemek ve ret sebeplerini açıklamak kaydıyla, kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermekle yetinebilir.*” Hükmün gerekçesinde istinaf talebinin reddi kararıyla ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararının doğrulanmış olacağı ve bu sayede hukuki güvenlik açısından gerekli olmayan unsurların kararda gösterilmek zorunluluğundan kaynaklanan emek ve zaman kaybının önleneyeceği ifade edilmiştir.

Bir görüşe göre, getirilen bu düzenleme sayesinde ağır iş yükü altında ezilmeye başlayan bölge adliye mahkemeleri bir nebze rahatlayacaktır³⁷.

Aksi yöndeki görüşe göre ise getirilen bu düzenlemenin, bölge adliye mahkemelerinin “*tafların beyanları, dosya münderecatı, toplanan deliller ve yapılan tahkikat çerçevesinde*” diyerek ve bunu da gerekçe olduğunu ileri sürerek verdikleri matbu kararları meşrulaştırmaktan ve bunu da kanun hükmü haline getirmekten öte bir anlamı bulunmamaktadır. Bu ise sonuç olarak gerekçesiz esastan ret kararları verilmesinin yolunu açacak, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkından üstü örtülü şekilde uzaklaşılmasına sebebiyet verebilecektir. Yargıtay'ın da onama kararlarında bu yönteme başvurduğu dikkate alındığında bölge adliye mahkemeleri de bu konuda zamanla Yargıtay'a benzeyeceklerdir³⁸.

³⁶ Örneğin bkz. Y. 10. HD 17.01.2013, E. 2012/21598, K. 2013/261 (Pekcantez, Pekcantez Usul, s. 934, dn. 20).

³⁷ Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 146.

³⁸ Pekcantez/Atalay/Özekes (Lexpera).

Maddede yapılan diğer değişiklik ise yeni fıkranın eklenmesiyle Şimdi dördüncü sıraya gelen fıkradaki “*bölge adliye mahkemesi tarafından*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*re’sen*” ibaresinin eklenmesidir³⁹. Yapılan ekle birlikte anılan fıkra Şu hâle gelmiştir: “*Temyizi kabil olmayan kararlar, ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kabil olan kararlar ise bölge adliye mahkemesi tarafından re’sen tebliğe çıkarılır.*” Hükümün gerekçesine göre, uygulamada bölge adliye mahkemesince verilen kararların re’sen tebliğ edilip edilmeyeceği hususunda tereddüt yaŐanmaktaydı. Söz konusu tereddütlerin giderilmesi adına bölge adliye mahkemesince re’sen tebliğe çıkarılacağı açıkça ifade edilmiştir.

Bu değişiklikle birlikte daha önce Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İŞleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 20.07.2017 kabul tarihli ve 7035 sayılı Kanun’un⁴⁰ 30 uncu maddesiyle kabul edilen ve bölge adliye mahkemelerinin temyizi kabil kararlarının bölge adliye mahkemelerince, temyizi kabil olmayan (kesin) kararlarının ise ilk derece mahkemelerince tebliğe çıkarılacağına ilişkin hüküm tamamlanmıştır.

SONUÇ

1. Yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra da bölge adliye mahkemelerinin dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri göndermesinin istisna olduğu gözden uzak tutulmamalı; bilhassa Yargıtay bu konuda vereceği kararlarla bölge adliye mahkemelerinin dava dosyalarını lüzumsuz yere ilk derece mahkemelerine göndermelerine engel olmalıdır.

2. Getirilen düzenlemenin daha işlevsel olabilmesi için her ilde bir bölge adliye mahkemesi kurulması yoluna gidilmeli ve böylelikle bölge adliye mahkemelerinin istinabe yoluna başvuruları azaltılmalıdır.

3. Kanun’da yapılacak bir değişiklik ile bölge adliye mahkemeleri uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması hâlinde dahi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi konusunda takdir hakkına sahip olmalı; bu itibarla Kanun hükmündeki “*gönderir*” ibaresi bu ihtimal için “*gönderebilir*” olarak deęiŐtirilmelidir.

4. Olması gereken hukuk açısından -AIMUK’ta olduğu gibi- bölge adliye mahkemelerinin dava dosyasını ilk derece mahkemesine gönderebilmesi için en azından taraflardan birinin böyle bir talepte bulunması aranmalıdır. Öteki deyişle, taraflardan hiçbirinin bu yönde talebi yok ise bölge adliye mahkemesi dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri göndermemelidir.

³⁹ Fıkranın önceki hâli Şu Şekildeydi: “*Temyizi kabil olmayan kararlar, ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kabil olan kararlar ise bölge adliye mahkemesi tarafından tebliğe çıkarılır.*”

⁴⁰ Bkz. RG 05.08.2017, S. 30145 (Mükerrer).

5. Nihayet, belirtmek gerekir ki, salt Kanun'da değişiklik yapılması ile yargılamaya ilişkin sorunların bütünüyle ortadan kalkmasını beklemek gerçekçi değildir. Veciz bir ifadeyle belirtildiği üzere, en kötü kanun uygulayıcıların (hâkimlerin) elinde olumlu, en iyi kanun ise kötü uygulayıcıların elinde olumsuz sonuçlar getirebilir. Dolayısıyla getirilen düzenlemeden sonra yargı fonksiyonunun işler hâlde tutulması görev bilinciyle hareket edecek bölge adliye ve ilk derece mahkemesi hâkimlerinin elindedir. Daha açık bir deyişle, bölge adliye mahkemesi hâkimleri getirilen düzenlemeyi amacına uygun kullanmalı ve kendi giderebilecekleri yargılama eksiklikleri için dosyaları ilk derece mahkemelerine göndermemeli; ilk derece mahkemesi hâkimleri ise yargılamadaki eksikliklerin istinaf derecesinde giderileceği düşüncesiyle rehavete kapılmamalıdır.

KISALTMALAR CETVELİ

- ALMUK : Alman Medeni Usul Kanunu
- AvMUK : Avusturya Medeni Usul Kanunu
- B. : Bası
- BAM : Bölge Adliye Mahkemesi
- Bkz. : Bakınız
- C. : Cilt
- dn. : dipnot
- DÜHFD : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- E. : Esas
- HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- K. : Karar
- Karş. : Karşılaştırınız
- KHHD : Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi
- kn. : kenar notu
- m. : madde
- MİHBİR : Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği
- MİHDER : Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi
- RG : Resmi Gazete
- s. : sayfa
- S. : sayı
- TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- Y : Yargıtay
- ZPO : Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk: “İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi”, KHHD, 2008/49-50, s. 28 vd.
- Akil, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- Akkaya, Tolga: Medeni Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, (Akkaya, İstinaf).
- Akkaya, Tolga: “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. TOPLANTI (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 115-181.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usûl Hukuku, 5. B., Ankara 2019.
- Arslan, Ramazan: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 193-194.
- Boztaş, Nevzat: “İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gereksizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi”, MİHDER, 2017/2, s. 423-456, (Boztaş, Makale).
- Boztaş, Nevzat: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 188-189.
- Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo/Steininger, Thomas: ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. B., Zürich-Bern, 2016.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2019.
- Çiftçi, Murat Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. B., Ankara 2016.
- Deren-Yıldırım, Nevhis: “İstinafa Başvuru Şartları”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 17-37.
- Gasser, Dominik/Rickli, Brigitte: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. B., Zürich/Gallen, 2014.
- Gehri, Myriam/Jent- Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin: ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. B., Zürich 2015.
- Gözütok, Zeki: Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz, 2. B., Ankara 2017.

- Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter/Sterchi, Martin: ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung (BK-Berner Kommentar), Bern 2012.
- Karaaslan, Varol: “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, DÜHFD, C. 22, S. 37, Y. 2017, s. 219-239.
- Kurtoğlu, Tülin: Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Ankara 2017.
- Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, Ankara 2020.
- Meraklı Yayla, Deniz: İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, 1. B., Ankara 2014.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang: Zivilprozessordnung, Kommentar, 14. B., München 2017.
- Namlı, Mert: “İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf”, SİCİL, S. 36, Y. 2016, s. 119-147.
- Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich/Brunner, Alexander, Kurz Kommentar ZPO, 2. B., Basel 2014.
- Özekes, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. 3, 15. B., İstanbul 2017.
- Özekes, Muhammet: “İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 85-112.
- Öztekin, Selçuk: “Tartışmalar”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 183.
- Öztekin, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, TBBD 2020 (149), s. 77 vd.
- Pekcanitez, Hakan: “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, TBBD 2019, S. 144, s. 383 vd.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, Lexpera Blog – (Erişim: 30.08.2020).
- Seiler, Benedikt: Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013.
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph/Reetz, Peter/Hilber, Sarah: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich-Basel-Genf, 3. B., 2016.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis: “İstinaf İncelemesinin Sonunda Verilebilecek Kararlar”, TBBD 2018 (134), s. 313 vd.

- Yıldırım, Kamil: Hukuk Devleti Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.
- Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, C. 3, 3. B., Ankara 2017.
- Yılmaz, Ejder: İstinaf, 2. B., Ankara 2005.

ULUSAL EGEMENLİK VE ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ KONUSU OLARAK ULUSLARARASI ÖRGÜTLERDEN ÇIKMA VE ÇIKARILMA

*Withdrawal and Expulsion From the International Organizations as Subjects
of National Sovereignty and International Cooperation*

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA*

Geliş Tarihi: 22.09.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Uluslararası örgütlerden çıkma ve çıkarılma prensip olarak örgüt kurucu anlaşmalarında düzenlenen bir konudur. Uluslararası örgütün niteliği, gerçekleştirmek istediği amaçlar ve örgüt kurucu anlaşmasına taraf devletlerin iradesi bu çerçevede yapılan düzenlemede benimsenecek modele esas olmaktadır. Makalede benimsenen değişik modeller yanısıra örgüt kurucu anlaşmasında çıkma ve çıkarılma konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması halinde Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin konuya yaklaşımı açıklanmaktadır.

Anahtar kelimeler: cooling-off period, Milletler Cemiyeti Misakı, BM Anlaşması, AB Anlaşması, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

ABSTRACT

Withdrawal and expulsion from the international organizations are regulated by the founding treaties of the organizations in principle. The nature and aims of the international organizations and the will of the participating states form basis for models to be adopted. This article examines the different models and The Vienna Convention on the Law of Treaties in case of absence of articles regarding withdrawal and expulsion in the founding treaties.

Key words: cooling-off period, Covenant of the League of Nations, UN Treaty, EU Treaty, The Vienna Convention on the Law of Treaties

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2275-7664.

GİRİŞ

Uluslararası örgütlerden çıkma ve çıkarılma, uluslararası örgütlerden çıkma ve çıkarılmanın meşruiyeti ve koşulları günümüzde özellikle Afrika devletlerinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsünden ayrılma ve İngiltere'nin supranasyonal bir örgütten ayrılması bağlamında aktüel bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu ABD başkanı Trump'ın NATO'nun geleceği ile ilgili yaptığı açıklamalar nedeniyle gündemdeki yerini korumaya devam etmektedir. Bu örnekler uluslararası örgütlerden çıkma ve çıkarılma konusunun uluslararası hukukun kurumsallaşmasından itibaren güncelliğini kaybetmediğini göstermektedir. Bununla beraber uluslararası örgütlerden çıkma ve çıkarılma düzenlemelerinde, koşullarında ve sonuçlarında oldukça önemli bir çeşitliliğin olduğu karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede uluslararası örgütten çıkma ve çıkarılma düzenlemelerinin meşruiyet koşullarının açıklık itibarı ile tam yeterli olmadığı görülmektedir. Geçmişte bu nedenle bir ara formül olarak uluslararası anlaşma düzenlemelerinde çoğu kez aktif üyelik ve üyeliğin sona erdirilme modeli uygulanmıştır. Bunun nedeni uluslararası örgütten çıkma ve çıkarma hakkının sınırlarının uyumlu şekilde iyi belirlenmesi gereksinimidir. Bu çerçevede uluslararası örgütten çıkma ve çıkarılma konusunda örgütün ve örgüt üyelerinin söz konusu çıkarları esas alınmaktadır. Diğer bir ifade ile bir taraftan uluslararası örgütün dayanağı olan uluslararası işbirliği gereksinimi, diğer tarafta örgüte üye olan devletlerin egemenlik iddiaları uluslararası örgütten çıkma ve çıkarılma düzenlemelerine esas olmak durumundadır.

Uluslararası örgütler uluslararası işbirliği gereksinimine istinat etmektedir. Ancak diğer taraftan üye devletlerin egemenlik hakları devam etmektedir.¹ Devletler uluslararası boyutu olan yükümlülükleri yerine getirmek ve uyuşmazlıkları çözmek için uluslararası örgütler kurmakta ve bu örgütlere üye olmaktadır. Devletler bu şekilde uluslararası işbirliğini kurumsallaştırmak ve kolaylaştırmak istemektedir. Kurumsallaştırılan işbirliği örgüt bünyesinde bir araya gelen devletlerin uyuşmazlıkları çözmeye yeteneklerinin artmasını temin etmektedir. Bu durum ancak diğer taraftan artan bir şekilde devletlerin egemenlik iddialarını sınırlayan yükümlülükler getirmektedir. Uluslararası örgüt üyesi devletin örgüte üyeliğinin yarar ve zararları bakımından yapmış olduğu bilanço kendisi için negatif bir tablo oluşturduğu takdirde söz konusu devletin örgüte üyeliğine devam etme iradesi kaybolmaktadır. Böyle bir durum son çare olarak uluslararası örgüt üyesi devlet için, uluslararası örgüt için yahut her iki taraf için örgütten çıkma veya çıkarılma konusunu gündeme getirmektedir.

¹ Henry G. Schermers/Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. Aufl. 2011, §§15 vd.; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 13. baskı, İstanbul 2019, s.182 vd.; Rona Aybay-Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016 İstanbul, s.301 vd.

I. ÇIKMA VE ÇIKARILMA

1. İki konunun birbirinden sınırlanması zorluğu

Çıkma ve çıkarılma uluslararası örgüt üyeliğinin sona erdirilme şekilleridir. Bu yöntemler örgütten ayrılan üye devlet ve uluslararası örgüt, dolayısıyla diğer üye devletler arasındaki gerilimi sona erdirir. Gerek ayrılan devlet, gerekse uluslararası örgüt bu prosedürün uygulanmasından sonra da varlığını devam ettirir. Uluslararası örgütten ayrılma ve çıkarılma bu nedenle bir devletin sona ermesi yahut bir uluslararası örgütün ortadan kaldırılmasından farklıdır. Uluslararası bir örgütten çıkma örgüt üyesi devletin ihtiyarı tasarrufu olarak görülürken, örgütten çıkarılma örgütün üye devlete yönelik bir önlemi olarak görülmektedir.² Uygulamada bu ayırım tam olarak dikkate alınmamaktadır. Uluslararası örgütün bir üye devlete ağır bir baskı uygulaması halinde, üye devletin bu durumun örgütten çıkma baskısı olarak yorumlayarak, çıkarılmaya ön alarak çıkma hakkını kullanması mümkündür. Böyle bir durumda üye devletin serbest iradesine dayanan bir çıkma söz konusu değildir. Bu çıkma çıkarılmaya eşdeğerdir.³

Bunun güzel bir örneğini Güney Afrika'nın 1964 Mart'ında Uluslararası Çalışma Örgütünden (ILO) ayrılması vermektedir. Ayrılmadan bir ay önce Uluslararası Çalışma Örgütü Yönetim Konseyi Güney Afrika'nın Apartheid politikasına reaksiyon olarak Güney Afrika'nın üyeliğinin askıya alınması ve ILO'dan çıkarılması için ILO-anayasasında düzenlemeler yapılması tavsiyesi yapmıştır. Önerilen bu değişiklikler bununla beraber yürürlüğe girmemiştir (örgüt henüz karar almadan Güney Afrika örgütten çıkmıştır).⁴ Çıkma zorunluluğunun uluslararası örgütün kurucu anlaşmasında da öngörülmesi mümkündür. Avrupa Konseyi Anlaşması maddi hukukta koşulları öngörülmeyen çıkma hakkı (md.7) yanı sıra, 8.maddesinde aşamalı bir şekilde üye devletin ihracını düzenlemektedir. Bunun önkoşulu Avrupa Konseyi'nin temel prensiplerinin ağır ihlâlidir. Üye devletin temsil hakkı reddedilebilir ve Avrupa Konseyi'nden çıkması talep edilebilir. Bu taleplerin karşılanmaması durumunda üye devletin ihraç edilmesi mümkündür. 1969 Aralık'ta Yunanistan askeri rejimi Avrupa Konseyi'nden çıkarak işkence ve kötü muamele nedeniyle Avrupa Konseyi'nden ihraç edilme tasarrufuna ön almıştır. Yunanistan'ın Avrupa Konseyinden çıkması Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan

² Philippe Sands/Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 6.Aufl., Sweet & Maxwell, May 31, 2009), Rn.16-028, 16-037 vd; Vassilios Skouris, *Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU*, bkz.:EuZW 2016, s.806-811.

³ Manuela Ludewig, *Beendigungstatbestände als notwendige und dynamische Elemente der Mitgliedschaft in internationalen Organisationen unter besonderer Berücksichtigung von Art.50 EuV*, s.7 vd.

⁴ Marjoire M. Whiteman *Digest of International Law XIII*, 1968, §13 Expulsion, Suspension, Forced Withdrawal, and Froced Nonparticipataion, s.242 vd.

ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen raporun hemen ertesinde söz konusu olmuştur.⁵

Uluslararası Para Fonu (IWF) anlaşması aynı şekilde 26.madde, 2.fıkra, c-bendinde, 22.madde ile bağlantılı olarak zorunlu şekilde anlaşmadan çıkma düzenlemesi öngörmektedir. Bu düzenlemeler ışığında Çekoslovakya 1954 yılında anlaşmadan ayrılmaya zorlanmıştır.⁶ Çıkma ve çıkarılma yöntemlerinden hangisinin uygulanacağı prensip olarak üye devlet ve uluslararası örgüt taraflarından hangisinin daha önce inisiyatif kullanarak mevcut uyumsuzluğu sona erdirme bağlamındaki tercihine bağlıdır. Uygulamada uluslararası örgütten çıkma ve çıkarılma arasındaki ayrım öncelikle hakkın üye devlete mi yoksa uluslararası örgüte mi verildiğinden hareketle belirlenmektedir. Uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmaları her zaman her iki hakkı düzenlememektedir. Örneğin Kuzey Atlantik anlaşması anlaşma tarafı devletin çıkma hakkını düzenlerken, çıkarılma düzenlemesi içermemektedir. BM Şartı buna karşılık çıkarılma konusunu düzenlerken çıkma konusunu düzenlememektedir.

2. Teorik Hareket Noktası Olarak Heriki Tarafın Çıkarlarının Esas Alınması

Çıkma ve çıkarılma hakları bağlamında teorik olarak örgüt üyesi devletlerin ve uluslararası örgütün çıkarlarından hareket edilmesi halinde iki tarafın çıkarlarının farklı kategorize edilmesi ve değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir. Üye devletler bakımından öncelikli olan ulusal egemenlik haklarıdır. Uluslararası örgütler için öncelikli olan ise uluslararası işbirliğinin ve uluslararası örgütün işlevinin korunması ve temin edilmesidir. Uluslararası örgüt üyesi bir devletin uluslararası örgüt bünyesinde bundan böyle işbirliği yapmak istememesi ve örgütten ayrılmak istemesi durumunda örgütün işbirliği çıkarları zedelenmektedir. Üyeliğe zorlanması sadece ulusal egemenlik haklarına zarar vermez, aynı zamanda uluslararası örgütün amaçlarına da katkı sağlamaz. Bu nedenle ayrılmak isteyen devletin ayrılmak kararının gerekçesi önem taşımamaktadır. Örgüt çıkarları bakımından bu bağlamda önemli olan örgütten ayrılmanın örgütün işlerine ve geride kalan üye devletler arasındaki işbirliğine zarar vermesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesidir.

Uluslararası örgütten bir üye devletin çıkarılması durumunda da bu durum sadece çıkarılan devletin iradesine ters düşmemekte, aynı zamanda prensip olarak uluslararası örgütün işbirliği çıkarlarına da ters düşmektedir. İlk bakışta üyelikten çıkarma bir yükümlülük ihlâli nedeniyle yaptırım olanağı olarak görülmektedir. Ancak bu yaklaşım uluslararası örgütün işbirliği çıkarlarına

⁵ Florence Benoit-Rohmer/Heinrich Klebes, Das Recht des Europarats- Auf dem Weg zu einem paneuropäischen Rechts- system, 2006, s.41 vd.

⁶ Çekoslovakya uzun bir süre mali bilgiler aktarmaktan imtina etmiştir; bkz.: Marjoire M. Whiteman, s.241 vd.

uygun değildir.⁷ Üye devlet uluslararası örgütten çıkarılma ile örgüte karşı sadece haklarını kaybetmemektedir. Örgütten çıkarılan devlet örgüte olan yükümlülüklerinden de kurtulmaktadır. Uluslararası örgüt bunun sonucu olarak ihraç edilen devlet üzerinde etkisini ve kontrolünü kaybetmektedir. Bu nedenle yaptırım olarak uluslararası örgütün üyelik haklarının askıya alınması daha makul bir önlem olarak değerlendirilmektedir. Üyelik haklarının askıya alınması üyelik yükümlüklerinin devamını etkilememektedir. BM anlaşmasının 5.maddesinde Güvenlik Konseyi'nin hakkında önleyici veya zorlayıcı önlemler aldığı üye devletler bakımından BM üyeliğinden doğan ayrıcalıklardan ve haklardan mahrumiyet kabul edilmiştir.⁸ Bir üye devletin kasten uluslararası örgütün amaçlarına ters düşen bir tutum alması halinde, uluslararası örgütün işlevini koruma çıkarı söz konusu devletin ihracını haklı kılmaktadır. Bu durum uluslararası örgütün amaçlarının ve ilkelerinin ihlâli veya örgüt içi işbirliğinin engellenmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.⁹ BM Şartı'nın 6.maddesi BM Şartı'nın ilkelerini ısrarlı bir şekilde ihlâl eden devletlerin BM'den ihraç edilme olasılığını kabul etmektedir. Prensip olarak sonuçta uluslararası örgütten çıkma her iki tarafın çıkarına uygun düşebilir. Uluslararası örgüt üyeliğinden çıkarılmada ise çıkarlar prensip olarak farklıdır ve ihraç durumu sadece *ultima ratio* olarak kabul edilmektedir. Uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında çıkma ve ihraç olasılıkları ile ilgili düzenlemeler, çıkma ve çıkarılma bağlamında çıkar farklılıklarını açık şekilde ortaya koymaktadır.

II. KURUCU ANLAŞMALAR HUKUKUNUN SİSTEMATİZE EDİLMESİ

1. Her iki tarafın çıkar durumlarının ifadesi olarak çıkma olanağı

Uluslararası örgütlere ilişkin ekseri kurucu anlaşmalar çıkma olanağını açık bir şekilde öngörmektedir. Prensip olarak örgüte yazılı bir bildirim yapılması kabul edilmiştir. Bunun dışında münferit yahut birlikte bulunması gereken başka şekli şartlar kabul edilmektedir. Uluslararası örgütün işlevini koruma ifadesi olarak öngörülen bu koşullar üye devletin örgütten çıkma talebinde somutlaşan egemenlik iddiasına karşı ileri sürülmektedir.

a – Belli bir zamanla sınırlı olarak çıkma hakkının yasaklanması

Uluslararası örgütün ilk kuruluş yıllarında örgütün bünyesinde işbirliği inşası, işbirliğinin istikrara kavuşturulması ve güçlendirilmesi için örgütten çıkma

⁷ Thomas Oppermann, Grundfragen der Mitgliedschaft in internationalen Organisationen, Berichte DGVR 17 (1975), s.53

⁸ bu hüküm şimdiye dek uygulama bulmamıştır; bkz.: Jan Klabbers, An Introduction to International Organizations Law, 3.Aufl. Cambridge University Press 2015, s.107

⁹ Milletler Cemiyeti Misakının 26.mad., 2.fıkrası, Misak değişikliğini reddeden üye devletlerin ihracını öngörmekte idi

yasağı öngören düzenlemeler yapılabilmektedir.¹⁰ Örneğin Kuzey Atlantik anlaşmasının 13.maddesi bu çerçevede 20 yıllık bir baraj hükmü öngörmektedir. Aynı şekilde 17 Mart 1948 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel işbirliği ve kolektif yasal savunma hakkı öngören Batı Avrupa Birliği anlaşmasının 10.madde, 3.fıkrası (Brüksel anlaşması) 50 yıllık sürenin geçmesi ertesinde ayrılma hakkını kabul etmiştir. Bunun ötesinde örgüt kurucu anlaşmalarında uluslararası örgüte katılmadan itibaren muayyen bir süre uluslararası örgütten ayrılmayı yasaklayan düzenlemeler de öngörülebilmektedir. Örneğin BM Gıda ve Tarım Teşkilatının (FAO) kurucu anlaşmasının 19.madde, 1.cümlesi teşkilata katılmadan itibaren ancak 4 yıl sonra teşkilattan ayrılmayı kabul etmektedir.

b – Cooling-off period

Uluslararası örgütlerin çıkma hakkını düzenleyen hükümlerinin birçoğunda uluslararası örgütten çıkmanın belirlenen bir zaman diliminden itibaren hukuken etki göstermesi kabul edilmektedir.¹¹ Bu çerçevede istisnayı özellikle Uluslararası Para Fonu (md.26, bölüm 1) ve Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası anlaşması (md.6, bölüm 1) vermektedir. Söz konusu hükümlere göre ilgili örgütlerden çıkma, çıkma bildiri ertesi geçmesi gereken süre sonunda hukuki etki doğuracaktır. Bu düzenlemelerin üye devletlerin ekonomik bağımsızlığını temin ettiği kabul edilmiştir. Ayrılma bildiri ve ayrılmanın etkisi arasında geçmesi öngörülen süre genelde bir yıl olarak kabul edilmektedir. 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 56.madde, 2.fıkrasında yer alan genel kurala göre¹² bir anlaşmanın feshi veya anlaşmadan çıkmanın asgari 12 ay önce bildirilmesi gerekmektedir. Uluslararası sürekli Adalet Divanı statüsü ve Kuzey Atlantik anlaşmasının 13.maddesi bu süreyi bir yıl olarak öngörmüştür. “Cooling-off period” olarak isimlendirilen çıkma açıklamasına ilişkin kural ile çıkmanın hukuki etki doğurması için geçmesi gereken süre çıkma kararını veren devletin yeniden kararını gözden geçirmesine olanak vermektedir. Uluslararası örgüt ve onun diğer üyeleri bu süreyi çıkma iradesi kullanan üyeyi ikna için kullanabilir. Uluslararası örgütün işbirliği çıkarının çıkma iradesinin hukuki sonuç doğuruncaya kadar geri alınması için girişimler yapılmasını gerektirebilir. İspanya 1928’de böyle bir olanaktan Milletler Cemiyetine yapmış olduğu çıkma bildiri bağlamında istifade etmiştir.¹³ Polonya da 1987’de Uluslararası Çalışma Örgütünden ayrılma bildirimini geri çekmiştir.¹⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün

¹⁰ Cittharanjan Felix. Amerasinghe, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2.Aufl. Cambridge University Press, 2005, s.117

¹¹ Cittharanjan Felix. Amerasinghe, ibid., s.117

¹² Bu anlaşmanın uluslararası hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ancak henüz yürürlüğe girmemiş olan devletlerle uluslararası örgütler veya uluslararası örgütler arasında yapılan anlaşmalara ilişkin 21.03.1986 tarihli anlaşma tasarısı ile karıştırılmaması gerekmektedir

¹³ Jan Klabbers, ibid, s.107

¹⁴ Henry G.Schermers/Niels M.Blokker, ibid, §§15 vd.

öngördüğü rejimle bağlantılı olarak Gambia ve Güney Afrika Roma statüsünden çıkma konusunda 2016 sonunda yaptıkları çıkma bildiriminden bildirim hukuki etkisi doğmadan 2017 başında geri dönmüştür.¹⁵

Gambia'nın çıkma bildirimini geri almasında hükümet değişikliği rol oynamıştır. Güney Afrika'da ise Parlamentonun onayı olmaksızın Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünden çekilmenin anayasaya aykırı olacağına ilişkin bir tespit yapmıştır. Yeni bir çekilme iradesinin ortaya konulması halinde "Cooling-Off-Period'un yeniden işlemesi gerekmektedir. Buna karşılık Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünden çekildiğini 27 Ekim 2016'da açıklayan Burundi bir yıllık sürenin dolması ertesinde 27 Ekim 2017'de Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünden çekilmiştir. Çıkma bildirim ve bildirim hukuki etkisini doğurması arasında geçen süre uluslararası örgüte çıkma ile ilgili hazırlıklarını yapma olanağı vermektedir. Mali sorunların ve çıkan üye devletle gelecekteki ilişkinin modeli bu süreçte şekillendirilebilir.¹⁶

Supranasyonal nitelikli AB ve üye devletler arasındaki karmaşık ve güçlü ilişkiler muvacehesinde AB anlaşmasının 50.madde, 2.fıkrası üye devletlerden birisinin çıkma iradesini kullanması durumunda iki taraf arasında bir anlaşmanın müzakere edilmesini öngörmektedir. 50.madde, 3.fıkra göre müzakere edilen anlaşmanın yürürlüğe girmesi ile beraber AB anlaşmalarının çıkan devlete uygulanması sona ermektedir. Diğer durumlarda prensip olarak 2 yıllık süre uygulama bulacaktır. Supranasyonal, kendine özgü karakteri nedeni ile AB uluslararası örgütler içinde özel bir yere sahiptir. Bununla beraber çıkma bildiriminin AB anlaşmasının 50.maddesine göre "Cooling Off Period" içinde geri alınması mümkündür.¹⁷ Böyle bir çıkma bildiriminin geri alınması olanağı Birlik hukukunda öngörülen sürecin anlamına ve amacına uygundur. Birlik anlaşmalarının sürekli karakteri (AB anl. md.53) ve Birlik anlaşmasının dibace ve 1.madde, 2.fıkrası hükmü muvacehesinde Avrupa halklarının daha sıkı bir işbirliğinin hedeflenmesi Birlik çıkarlarının entegrasyon sürecindeki gerilemelerin ve AB'den çıkmaların mümkün olduğunca önlenmesinin gerekli olduğunu ortaya koymaktadır. Çıkma iradesinin geri alınmasının 2 yıllık sürenin birçok kez kullanılmasına yol açacak şekilde kötüye kullanılması riski gerçekçi gözükmemekte ve geri alma iradesinin kullanılmaması bakımından haklı bir neden olarak görülmemektedir.¹⁸

¹⁵ geri dönme bildirim derhal etki doğurmuştur; bkzn.: Tanja Altunjan, Südafrika und der International Strafgerichtshof – Zuma gegen die Gerichte, JuWissBlog (<https://www.juwisside/29-2017>), 10.3.2017)

¹⁶ Frank Zeidler, der Austritt und Ausschluss von Mitgliedern aus den Sonderorganisationen der Vereinten Nationen, 1990, s.25

¹⁷ Vassilios Skouris, Brexit:Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, EuZW 2016, s.806

¹⁸ Paul Craig, Brexit: Foundational Constitutional and interpretive Principles, II Oxford Human Rights Hub (<http://ohrh.law.ox.ac.uk>)

c – Yükümlülüklerin yerine getirilmesi

Uluslararası örgütlerin çıkarlarının korunması çıkma öncesi özellikle üye devletin özellikle mali yükümlülüklerini örgüte karşı yerine getirmesini gerektirmektedir. Örneğin ILO anayasasının 1.madde, 5.fıkra, 2-cümlesi çıkma bildirimiminin 2 yıl sonra yürürlüğe girmesini üye devletin o zamana kadar üyelikten kaynaklanan mali yükümlülüklerini yerine getirmesi koşuluna bağlamaktadır. Milletler Cemiyeti misakının 1.madde, 3.fıkrası da üyelikten çıkmayı uluslararası yükümlülüklerin, özellikle Misaktan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşuluna bağlamıştır.¹⁹

Yükümlülüklerin yerine getirilmesinin çıkma hakkının kullanılmasında önkoşul olarak öngörülmesi bununla beraber üyelikten ayrılma iradesinin prensip olarak çıkma hakkını kullanan devlet ve uluslararası örgüt arasında doğan bir uyumsuzluğa istinat etmesi nedeniyle gerçekçi gözükmemektedir. Çıkma hakkının bu önkoşula bağlı olarak kullandırılmamasının amacı gerçekleştirecek bir işlevi olduğu düşünülmektedir. Bu durumu Milletler Cemiyeti Misakının 1.madde, 3.fıkrasının Misakın 16.madesinin, 4.fıkrası bağlamında ortaya çıkan sonuçları açık şekilde ortaya koymaktadır. Misakın 16.madde, 4.fıkrası misaktan doğan yükümlülüklerin ihlâli halinde üyelikten ihraç edilme olanağını öngörmektedir. Oysa Misakın 1.madde, 3.fıkrası muvacehesinde üyelik yükümlülüklerinin ihlâli halinde üyelikten çıkma hakkının kullanılması mümkün değildir. Alman İmparatorluğu, Japonya ve Paraguay yükümlülüklerini yerine getirmemelerine rağmen Milletler Cemiyetinden ayrılmıştır.²⁰ Çıkma hakkının kullanılmasında önemli olan husus üyelikten çıkan devletin doğan yükümlülüklerinden kurtulamamasıdır. Çıkma hakkının kullanılmasında üyelikten ayrılmanın koşulları değil, sonuçları önem taşımaktadır. Devam eden üyelik bağlamında yükümlülüklerin ihlâlinin buna karşılık yaptırımlarla cezalandırılması mümkündür.²¹

2. Ultima ratio olarak üyelikten çıkarılma

Uluslararası örgütlerden ihraç edilme konusunun uluslararası örgütlerden çıkmaya nazaran daha az düzenlendiği görülmektedir. Uygulamada da uluslararası örgütlerden ihracın nadiren gündeme geldiği görülmektedir. Bu tablo uluslararası örgütlerin ve üyelerinin yukarıda açıklanan çıkar farklılıklarını yansıtmaktadır. Milletler Cemiyeti Misakının 16.madde, 4.fıkrası Misak'tan doğan yükümlülüklerin üye devletlerden biri tarafından ihlâl edilmesi

¹⁹ Nagendra Singh, Termination of Membership of International Organisations, 1958, s.22; Nagendra Singh çalışmasında Alman İmparatorluğunun 1933'te, Japonya'nın 1933'te, Paraguay'ın 1935'te uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen Milletler Cemiyeti'nden ayrılmasına dikkat çekmektedir; bkzn.: s.40 vd.

²⁰ bkzn.: (Nagendra Singh, ibid, s.22

²¹ ILO anayasasının 13.madde, 4.fıkrasına göre aidatların ödenmemesi oylamalara katılmama şeklinde bir yaptırıma bağlanmıştır

konusunu düzenlemiştir.²² Milletler Cemiyeti bu yetkisini Konseyin Aralık 1939'da yaptığı son toplantısında Sovyetler Birliği'ne karşı Finlandiya'yı işgali nedeniyle kullanmıştır. BM Şartı'nda da üyelikten ihraç konusunda bir düzenleme yapılmıştır. Şart'ın 6.maddesine göre Şart'ın prensiplerini ısrarlı bir şekilde ihlâl eden üye devletin Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine (sürekli üyelerin de dahil olduğu 9 üyenin kararı ile) Genel Kurul tarafından mevcut üyelerin 2/3 çoğunluğu ile ihracının karara bağlanması mümkündür. Şimdiye dek BM'den ihraç düzenlemesi şeklen uygulama bulmamıştır. Güney Afrika'nın 1974'te BM'den ihracı girişimi sürekli üye ABD, İngiltere ve Fransa'nın vetosu ile önlenmiştir.

a – Uluslararası Örgütten İhracın Takdir Hakkının Kullanılması şeklinde düzenlenmesi

Prensip olarak ihraç nedenleri takdir hakkının kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Bir üyenin örgütten ihracının örgütün haklarını ilgilendirmesi nedeniyle takdir hakkının kullanılmasını öngören ihraç düzenlemeleri olağan görülmektedir. Normatif olarak ihraç nedenlerinin bulunmasına rağmen işbirliği çıkarlarının farklı nedenlerle ağır basması durumunda ihraç kararının verilmesi söz konusu olmayabilir. Sıkı bağlılığın söz konusu olduğu uluslararası örgütlerde, üst örgütlenmede üyeliğe son verilmesi durumunda alt örgütlerde de üyeliğin otomatik olarak sona ermesi sonucu doğmaktadır. Uluslararası örgütlenmede üst uluslararası örgüt üyeliğinin alt örgüte üyelik koşulu olarak düzenlemesi mümkündür. Böyle bir durumda üst örgüte üyelikten ihraç otomatik olarak alt örgütteki üyeliğinin düşmesine yol açacaktır. BM Eğitim, Bilim ve Kültür (UNESCO) örgütünün anayasasının 2.madde, 5.fıkrasına göre BM üyeliğinden ihraç edilen devletin UNESCO'da da üyeliği otomatik olarak sona erecektir. Aynı şekilde uluslararası para fonunda üyeliği sona eren devletin IBRD-anlaşmasının 6.madde, 3.fıkrasına göre üç ayın geçmesi ertesinde Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankasındaki üyeliği de aksi bir karar alınmadığı takdirde sona erecektir.

b – İşlevin Korunması ve Yaptırım Amacı

Uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında ihraç düzenlemelerinin yer alması disiplin sağlayan önleyici bir etki sağlayabilir.²³ Örgüt üyesinin ihracı gerekliliğinin uluslararası örgütün işlevini koruması amacına nazaran ağırlık taşınması halinde uluslararası örgütün prensiplerinin ağır ihlâli varsayılmaktadır. Uluslararası örgütün işbirliği çıkarları nedeni ile üyelikten ihraç yaptırım olarak uygun görülmemektedir. Böyle bir durumda üyelik haklarının askıya

²² Konstantin D.Magliveras, Exclusion from Publication in International Organisations – The Law and Practice Behind Member States' Expulsion and Suspension of Membership, 1999,s.13 vd.

²³ Matthias Ruffert/Christian Walter, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2.Aufl. 2015, C.H.Beck;Rn.281

alınmasının üyelikten ihracın bir ön aşaması olarak düzenlenmesi daha uygundur. Bu şekilde yaptırım ve örgütün işlevini koruması bir arada temin edilmiş olmaktadır. Bu çerçevede IBRD anlaşmasının 6.madde, 2.fıkrası iyi bir örnek vermektedir. Madde hükmüne göre bir üye devletin Bankaya karşı mükellefiyetlerini yerine getirmemesi üyeliğin askıya alınmasına yol açacaktır (1.fıkra, 1.cümle, 2.fıkra). Bir yıl sonra aksi bir karar alınmadığı takdirde otomatik olarak üyelik sona erecektir (1.fıkra, 2.cümle). Bu düzenleme 1953/54 yıllarında Bankaya aidatlarını ödememesi nedeniyle Çekoslovakya'ya uygulanmıştır. Çekoslovakya'nın önce üyeliği askıya alınmıştır. Bir yıl sonra da üyelikten ihraç edilmiştir.²⁴ Uluslararası para fonu (IWF) anlaşmasının 26.madde, 2.fıkrası anlaşma yükümlülüklerini yerine getirmeyen devlet için önce fon kaynaklarından yararlanma olanağının kaldırılmasını, daha sonra oy hakkının askıya alınmasını ve nihayet üyelik çıkmasının talep edilmesini öngörmektedir.

Güncel bir konu olarak bu bağlamda Türkiye örneği gündeme gelmektedir. Avrupa Konseyi tüzüğü'nün 8.maddesinde öngörülen aşamalı prosedür Avrupa Konseyi'nin temel prensiplerinin (3.md.) ağır ihlâli bağlamında uygulama bulmaktadır. Ölüm cezasının Türkiye'de yeniden uygulanması tartışmaları Avrupa Konseyi'nde Türkiye'nin temsilinin askıya alınmasına ve Avrupa Konseyi üyeliğinden çekilme talebine ve en son olarak da Türkiye'nin Avrupa Konseyi'nden ihracına yol açabilecek bir neden olarak değerlendirilmiştir. Ölüm cezasının yeniden uygulanması AİHK'na ek ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin 6 nolu protokole ve ölüm cezasını tümüyle kaldıran 13 nolu protokole aykırıdır. Avrupa Konseyi üyeleri tarafından kabul edilen bu protokoller Avrupa Konseyi tüzüğü'nün 3. ve 8.madde muvacehesinde insan haklarına riayet bağlamında ölçü alınmaktadır.²⁵ 1989'den itibaren Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi, Avrupa Konseyi'ne katılan devletlerin ek protokolleri kabul etmek zorunda olduğunun altını çizmektedir.²⁶ 25 Nisan 2017'de Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi 2156 (2017) sayılı rezolüsyon ile Türkiye'de demokratik kurumlarının işleyişinin yeniden gözetim altına alınmasını karara bağlamıştır.²⁷ Türkiye'ye 1996 – 2004 arasında uygulanan Monitoring Prosedür uygulamasına ölüm cezasının kaldırılması ile son verilmiştir. Türkiye AİHK'na ek 6 nolu protokolü 2003'de, 13 nolu protokolü ise 2006'da onaylamıştır.

²⁴ Marjoire M. Whiteman, s.242 vd.

²⁵ Konstantinos D.Magliveras, Exclusion from Participation in international Organisations – The Law and Practice Behind Member States' Expulsion and Suspension of Membership, (The Hague: Kluwer, 1999), s.13 vd.

²⁶ Florence Benoit-Rohmer/Heinrich Klebes, s.29; Felix Weber, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei, DÖV, Heft 22, November 2016, s.921

²⁷ Monitoring Komitesinin aynı başlıklı raporu için bkz.: Doc.14282, 5.4.2017; tamamlayıcı rapor için bkz.: Doc. 14282 Add., 24.4.2017

Avrupa Konseyi üyeliğinin sona ermesi ile beraber AİHK'nun 58.madde, 3.fıkrasına göre Avrupa Konseyi üyesi devletin Konvansiyon ve onun protokollerine taraf olma durumu da sona ermektedir. Bunun tersine olarak AİHK'un feshi halinde Avrupa Konseyi üyeliğinin kaybına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tümünün taraf olduğu AİHK'nun feshinin teorik olarak insan hakları prensipleri ve korunması konusunda Avrupa Konseyi tüzüğü'nün 3.maddesine dönüşe yol açacağına, 3.maddenin ise Avrupa Konseyi tüzüğü'nün 8.maddesine göre Avrupa Konseyi'nden ihraç prosedürünü gündeme getireceğine dikkat çekilmektedir. Bunun ötesinde ölüm cezasını kaldıran protokollerin münferiden feshi mümkün değildir. Bu protokoller onaylanmaları ile beraber Konvansiyon hukukunun parçası haline gelmiştir. Bu nedenle AİHK'nun ancak bir bütün olarak feshi mümkündür.²⁸

III. VİYANA ANLAŞMALAR HUKUKU MUVACEHESİNDE KURUCU ANLAŞMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Uluslararası Örgüt üyeliğinden çıkma ve çıkarılma konusunda bir düzenlemenin bulunmamasının anlamı

Bu konuda kurucu anlaşmada herhangi bir düzenlemenin bulunmaması örgüt hukukunun çıkma ve çıkarılma müesseselerini reddettiği anlamını taşımamaktadır.²⁹ Uluslararası örgütten çıkma ve çıkarılmanın caiz kabul edilmemesi halinde bunun açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Kimyasal silahların geliştirilmesini, üretimini, depolanmasını ve kullanılmasını yasaklayan anlaşmanın 8.madde, 2.fıkra, 2.cümlesi ve kimyasal silahların yok edilmesi anlaşması örgüt üyesi devletlerin örgüt üyeliğinden çıkarılamayacağını öngörmektedir. Bunun ötesinde ancak örgüt üyeliğinden çıkma ve çıkarılma konusunda herhangi bir düzenlemenin olmaması, bu müesseselerin mutlak olarak reddedildiğini teyit etmemektedir. BM Şartı bunun bir örneğini vermektedir. BM Şartı'nda, Milletler Cemiyeti Misakının üyelikten çıkma ile ilgili düzenlemesi bağlamında (1.mad., 3.fık.) yaşanan tecrübeler nedeniyle bilinçli olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu yaklaşımın nedeni BM'in istikrarını ve sürekliliğini sağlama amacıdır.³⁰ Milletler Cemiyetinden çok sayıda devlet çıkmıştır.³¹ Bununla beraber BM üyeliğinden istisnai olarak

²⁸ krş.: md.58, fık.1

²⁹ Prodomos Dagtoglou, Recht auf Rücktritt von den Römischen Verträgen?, bkz.: FS für Ernst Forsthoff, 2.Aufl. 1974, Roman Schnur (Hrsg.), s.77

³⁰ Gerhard Ohse, Der Austritt aus den Vereinten Nationen I, Vereinte Nationen 1972, s.16

³¹ Costa Rica 1925, Brezilya 1926, Japonya 1933, Alman İmparatorluğu 1933, Paraguay 1935, Guatemala 1936, Honduras 1936, Nikaragua 1936, İtalya 1937, El Salvador 1937, Şili 1938, Venezüella 1938, Peru 1939, İspanya 1939, Macaristan 1939, Romanya 1940, Haiti 1942; (bkz.: Konstantin D.Magliveras, The Withdrawal from the League of Nations Revisited,

çıkmanın caiz olduğu konusunda mutabakat bulunmaktadır. 1945 tarihli San Francisco Konferansına ilişkin yorum bildiriminde üyelikten çıkma konusunda üç olasılık dile getirilmiştir. Bunlar, olağanüstü koşullar, örgütün barışı koruma konusunda yetersizliği, BM Şartı'nın esaslı değişimi olarak ifade edilmiştir.³² Dünya Sağlık Örgütünün kuruluşunda da üyelikten çıkma konusunda örgüt anayasasında bir düzenleme bulunmamasına karşın örgüt anayasasının esaslı değişimi durumunda örgüt üyelerinin üyeliğe devam bakımından zorlanamayacaklarına ilişkin bir yorum bildirimi yapılmıştır.³³

Uluslararası örgütün kurucu metninde çıkma hakkı ve ihraç konusunun düzenlenmemesi hali için 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uluslararası teamül hukukunu esas almaktadır. Sözleşmenin 5.maddesine göre uluslararası anlaşmalar hukuku sözleşmesinin prensip olarak uluslararası örgütlerin kurucu metinlerine de uygulanması mümkündür. Anlaşmalar hukuku sözleşmesinin düzenlemeleri uluslararası örgütlerden çıkma ve çıkarılma konusunda bir taraftan uluslararası örgütün, diğer taraftan üyelikten çıkma iradesine sahip devletin çıkarlarının dikkate alınmasına olanak vermektedir. Uluslararası işbirliği çıkarlarını ve devletlerin egemenlik iddialarını birlikte dikkate alan bu yorum kurumsallaşmış uluslararası hukukun uluslararası örgütten çıkma ve çıkarılma konusunda sınırları uyumlu şekilde belirlemesine katkı sağlamaktadır.

2. Çıkma hakkının kurucu anlaşmaların doğasının gereği olarak kabul edilmesi

Uluslararası örgütlerden çıkma hakkı kurucu anlaşmalardan çekilme hakkı sorununu gündeme getirmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 56.maddesine göre çekilme hakkı öngörmeyen bir kurucu anlaşmaya istinat eden uluslararası örgütler bakımından böyle sorun mevcut değildir. Bu prensibin iki istisnası bulunmaktadır. Her iki durumda da çekilme iradesinin asgari 12 ay önce bildirimi gerekmektedir (çekilme kavramı çok taraflı anlaşmalar bağlamında kullanılmaktadır). Anlaşma taraflarının benzer bir olanağı caiz kılma amacı taşımaları halinde anlaşmadan çekilme istisnai olarak kabul görmektedir (md.1, a-bendi). Uluslararası örgütlerden çıkmayla ilgili olarak bu durum BM ve Dünya Sağlık Örgütü örneklerinde görüldüğü gibi özellikle kurucu anlaşmalara ilişkin yorum bildiriminden istihraç edilmektedir. Buna karşılık sınırlı bir süre için kurulan uluslararası örgütlerden süre dolmadan çıkış kabul edilmemektedir.³⁴

Dickinson Journal of International Law Review, Vol.10, No.1 (1991), s.25 vd.

³² Marjoire M. Whiteman, s.220 vd.

³³ ABD onay esnasında 1 yıl önce haber vermek koşulu ile örgüt üyeliğinden ayrılma hakkını saklı tutmuştur, bkz.: Henry G.Schermers/Niels M.Blokker, §§15 vd.)

³⁴ Nagendra Singh, s.22

Diğer taraftan çıkma hakkının istisnai olarak anlaşmanın karakterinden istihraç edilmesi mümkündür (1.fık., b-bendi). Bu şekilde uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarının yapısı ölçü alınmaktadır. Bu durum Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin anlaşmaların uygulanabilirliğini uluslararası örgütlerin ilgili hükümlerinin zarar görmemesi koşuluna bağlayan 5.maddesine uygun düşmektedir. Uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmaları örgüt üyesi devletler arasında kurumsallaştırılmış işbirliği amacı gütmektedir. Kurucu anlaşmalar kurumsal bir yapı öngörerek örgütü bağımsız tasarrufta bulunma, hukuk ihdas etme ve bu şekilde yükümlülükler öngörme şeklinde yetkilendirmektedir. Bu tablo örgüt üyesi devletlerin özel bir şekilde işbirliği yapmasını ve bu işbirliğinin sonuçlarını kabul etmesini gerekli kılan ve aynı zamanda onların ulusal egemenliklerini kapsamlı şekilde sınırlayan dinamik ve bağlayıcı bir sürecin cereyan ettiğini ortaya koymaktadır.

Devlet egemenliğinin işbirliğine yönelik bir uluslararası örgüt bünyesinde artık mutlak bir prensip olarak tanınması mümkün değildir. Bağımsızlık ve Selfdetermination kurucu anlaşmada öngörülen kurumsal mekanizmanın etkileri ve dinamiklikleri nedeniyle sınırlanmaktadır.³⁵ Örgüt bünyesinde üye devletler bu dinamikleri etkileme olanağına sahiptir. Örgüt bünyesinde devlet egemenliğinin sınırlanması örgüt üyeliğinin diğer boyutunu oluşturmaktadır. Örgütten çıkmak suretiyle egemenliğini kazanan devlet diğer taraftan üyelik haklarından feragat etmektedir. Şüphesiz uluslararası örgütten bir üyenin ayrılması, örgütün özellikle evrensel yahut bölgesel örgüt olma çabası çerçevesinde örgüt bünyesindeki işbirliği çabalarını zayıflatacaktır. Bununla beraber işbirliğinin ve bunun sonuçlarının kabul edilmesinin zorlanması mümkün değildir; örgütün işbirliği içinde fonksiyonunu yerine getirmeye ilişkin çıkarlarının muhatabı örgüt üyesi devletlerdir. Bu bağlamda sadece amaca uygunluk değerlendirmesi değil, anlaşma amaçlarının yorumu ışığında getirilen hukuki dayanak önem taşımaktadır. Örgüt bünyesinde bir çözüm bulunamadığı takdirde örgütün işbirliği amaçları ışığında çıkma hakkının kullanılmasına izin verilmesi gerekmektedir.³⁶

Bu sonuç uluslararası örgütün işbirliği yapma ve bunun sonuçlarını kabul etme gereksinimi ne kadar çoksa o kadar somut ortaya çıkacaktır. Hernekadar uluslararası örgütten tek taraflı çıkma olanağının öngörülmemesi supranasyonal bir örgütün kısmen temel özelliği olarak görülse de, bu tür bir örgütün karakteristiği örgüt üyelerine çıkma hakkının verilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle AB anlaşmasının 50.maddesinin Lizbon anlaşmasının metnine girmesinden çok önce AB'de AB'den çıkma hakkı konusunda AB'de yazısız

³⁵ Nathan Feinberg, Unilateral Withdrawal from an International Organization, BYIL 39 (1963), s.189 vd.

³⁶ Nathan Feinberg, ibid, s.189

hukuk muvacehesinde çıkma hakkının bulunduğu kabul edilmiştir.³⁷ Buna karşılık anlaşmaların ne zamansal olarak sınırsız şekilde geçerli olması, ne de ilerleyen entegrasyon amacı bu bağlamda dile getirilmiştir.

Bireylere Birlik hukuku tarafından sağlanan subjektif haklar da uluslararası örgütten çıkma hakkının kullanılmasına engel teşkil etmemektedir. Üyelikten ayrılma iradesine sahip olan devletin vatandaşlarına Birlik hukuku tarafından verilen haklar daha çok anayasa hukuku muvacehesinde çıkma kararına ilişkin yetki kullanımı, çıkma prosedürü ve çıkma koşulları bağlamında gündeme gelmektedir. Kurucu anlaşmaların karakteri muvacehesinde Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 62.madde, 1.fıkrası ile uyumlu olarak çıkma hakkının anlaşmanın yapıldığı tarihte öngörülmeleyen bir durum olarak anlaşmanın akdine esas olan koşullarda sonradan esaslı değişiklikler ortaya çıktığı takdirde kabul edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede önemli olan husus değişikliği öngörülmeleyen koşulların anlaşmanın onayına esas olması ve anlaşmadan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde değiştirmesidir. Uluslararası örgütlerin karakterinde mündemiç olan dinamizm nedeniyle bu istisnanın (clausula rebus sic stantibus istisnasının) dar yorumlanması gerekmektedir.

Viyana Anlaşmaları Hukuku Sözleşmesinin 54.madde, b-bendi ile uyumlu olarak diğer durumlarda anlaşma ile tesis edilen üyeliğin sadece tüm anlaşma taraflarının aralarında anlaşmaları ile sona erdirilmesi mümkündür.³⁸

3. Anlaşmanın ağır ihlâli durumunda ihraç hakkının kullanılması

Egemen bir üye devletin çıkma hakkından farklı olarak uluslararası örgütün ihraç hakkını kullanabilmesi bu yetkinin örgüt üyesi devletler tarafından bu yetkinin örgüte açıkça tanınması halinde söz konusu olmaktadır. Anlaşmada düzenlemenin eksik olması halinde sadece anlaşma tarafı devletlerin hakları esas olacaktır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 60.madde, 2.fıkrasına göre çok taraflı bu anlaşmanın anlaşma taraflarından birisi tarafından ihlâli diğer anlaşma taraflarına anlaşmayı ihlâl eden devletle anlaşmayı sona erdirme hakkı vermektedir. Bunun için anlaşma amaçlarını, hedeflerini gerçekleştirmeye matuf bir hükmün ihlâli yeterlidir. Uluslararası örgütlerin işbirliği çıkarları Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 5.maddesinin dar yorumlanmasını gerektirmektedir. Örgütten çıkarma hakkının, çıkarılan üyenin yükümlülüklerini ihlâl ederek örgütün işlevini yerine getirmesini engellemesi, dolayısıyla örgütü risk altına sokması durumunda kullanılması

³⁷ Ulrich Everling, Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als "Herren der Verträge", bkz.: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, FS für Rudolf Bernhardt, 1995, s.1161 (1174 vd.), s.1 vd.

³⁸ Mark E. Villinger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, Publisher: Brill/Nijhof, Art.54, Rn.12)

mümkündür.³⁹ Kuzey Atlantik anlaşmasının 13.maddesine göre bir üye devletin NATO'dan çıkması mümkündür.⁴⁰ NATO anlaşmasının örgüt olarak üyelikten ihraç ile ilgili bir düzenleme öngörmemesi nedeni ile bir üye devleti üyelikten ihraç olanağı ancak ittifakın somut bir takım tasarruflarla riske atılması durumunda söz konusu olabilir. Yapılan soyut tehditler anlaşma ihlali olarak kabul edilmemektedir. Somut ihlallerin olması gerekmektedir. Bu hukuki durum uluslararası örgütler hukukunun devletler arasında istikrarlı işbirliğini gerektirdiğini teyit etmektedir.

IV. HUKUKİ DURUMUN SİYASİ OLARAK ŞEKİLLENDİRİLMESİ

Örgüt kurucu anlaşmalarında bu çerçevede çıkma hakkı ve uluslararası örgütün ihraç hakkı teoride bir taraftan devletler arasındaki işbirliği çıkarı, diğer taraftan üye devletlerin egemenlik hakları muvacehesinde sistematize edilmektedir. Uygulamada kurucu anlaşmalarda bu çerçevede düzenleme eksikliği durumunda sorun bu yaklaşım ışığında çözülmektedir. Bununla beraber bu tür değerlendirmeler sadece düzenleme eksikliği durumunda yapılmamaktadır. Aktif üyelik ve üyeliğin sona ermesi bakımından anlaşmada açık düzenlemeler olması durumunda da kimi zaman esnek yöntemler tercih edilmektedir.⁴¹ Üyelikle ilgili sorunlarda yargı denetiminin olmaması konunun siyasi değerlendirilmesini kolaylaştırmaktadır.

1. Esnek Yöntemler

a –Üyelikten çıkma ile ilgili modeller

Uluslararası örgütün devam eden işbirliği çıkarı üye devletin ilk bakışta üyelikten çıkma olarak görülen tutumunun daha sonra işbirliği ilişkisinin askıya alınması olarak yorumlanmasına yol açabilmektedir. Bu şekilde yeniden üyeliğe katılım prosedürünün yerine getirilmesine gerek kalmamaktadır.⁴² Malezya'nın 1965 Ocak ayında BM Güvenlik Konseyi'ne seçilmesi ertesinde Endonezya BM'den ayrıldığını ilan etmiştir. Sadece İngiltere bu durumun BM'den ayrılmak için bir neden oluşturmadığını dile getirmiştir.⁴³ Bunun dışında BM Genel Sekreteri BM'den çıkmadan söz etmeyerek, Endonezya'nın daha sonra yeniden tam olarak BM ile işbirliği ümidini dile getirmiştir. BM bununla beraber Endonezya'yı üyelikten ayrılmış mütalâa etmiştir. BM üyesi

³⁹ Konstantinos D.Magliveras, ibid, s.232 vd.

⁴⁰ ABD'nin Kuzey Suriye'de YPG'ye silah sevkiyatı yapması Türkiye ve ABD arasında NATO müttefiki devletlerin yükümlülüklerinin ihlali tartışmasının gündeme gelmesine neden olmuştur

⁴¹ Louis B.Sohn, Expulsion or Forced Withdrawal from an International Organisation, Harv.L.R. 77 (1964), s.1381

⁴² Michael Akehurst, Withdrawal from International Organisations, bkzn.: Current Legal Problems 32 (1979), London, Stress&Sons, s.143

⁴³ U.N.Doc. A/5857, s/6157 (January), 1965

devletler arasından Endonezya'nın adı ve bayrağı kaldırılmış; Endonezya BM üyesi olarak mütalâa edilmemiş ve BM Ekonomik ve Sosyal Konseyine Endonezya'nın halefi olarak yeni temsilci seçilmiştir. 1966'daki hükümet değişikliği ertesinde Endonezya'nın BM ile yeniden tam olarak işbirliği yapma ve aktivitelerine katılma isteğini dile getirmesi ertesinde her iki taraf bir süre için işbirliğinin dondurulduğundan hareket ederek işbirliğine devam etmiştir.⁴⁴ Böyle bir yöntem BM anlaşmasında öngörülmemiştir. Söz konusu zaman diliminde Endonezya BM bütçesine minimum katkı yapmıştır (bu katkı BM üyesi olarak ödemesi gereken miktarın %10'una tekabül etmiştir).⁴⁵ Aynı uygulamanın 1949 ve 1950 yıllarında Dünya Sağlık Örgütünden çıktıklarını ilan eden komünist ülkeler için yapıldığı görülmektedir. Bu ülkeler birkaç yıl sonra işbirliğine yeniden başlamış ve eksik ödemelerini tamamlamıştır.⁴⁶ Her iki örnekte de BM Şartı'nın ve Dünya Sağlık Örgütü anlaşmasının üyelikten çıkma olanağını açık olarak öngörmemesi ve çıkma nedeni olarak ileri sürülen hususların kurucu konferanslarda kabul görmemesi bu prosedürün uygulanmasını mümkün kılmıştır.⁴⁷ UNESCO 1952/53 yıllarında Polonya'nın, Macaristan'ın, 1954'de Çekoslovakya'nın örgütten çıkma bildirimini yapması üzerine anayasasında 2.madde, 6.fıkra örgütten çıkma ile ilgili düzenleme yapmıştır. Söz konusu devletler daha sonra tekrar tam olarak işbirliği iradelerini ortaya koymuş ve ödeme açıklarını tamamlamıştır.

Fransa'nın 1966'da askeri işbirliği bağlamında NATO'dan çıktığını açıklaması özel bir durum teşkil etmektedir. Fransa söz konusu tarihte NATO'nun organlarından ve örgütün faaliyetlerinden çekilmiştir. Fransa buna karşılık Kuzey Atlantik anlaşmasını feshetmemiştir. Kurucu anlaşma ve uluslararası örgüt arasında yapılan bu hukuki ayırım, diğer bir ifade ile ittifak anlaşması ve örgütün faaliyetlerine katılma arasında yapılan ayırım üzerinden Fransa anlaşmadan ayrılmayı imkânsız kılan (md.13) baraj olarak öngörülen 20 yıllık süreye bağlı olma mükellefiyetini aşmıştır. Fransa 2009'da NATO ile yeniden tam olarak işbirliği yapmaya başlamıştır. AB'de AB Adalet Divanı'nın supranasyonal örgütün kurumsal yapısında sahip olduğu güçlü statü nedeniyle yargısal denetimin rolü önem taşımaktadır. Bununla beraber entegrasyon sürecinin kendi dinamikleri ve bununla bağlantılı olarak üye devletlerin egemenliklerine getirilen sınırlamalar nedeniyle üye devletlerin esneklik gereksinimi bulunmaktadır. Bu nedenle hukuki seviyede AB üyeliği bağlamında açılım olarak farklı enstrümanlar kabul edilmiştir. Kurucu anlaşmalara ek protokollerle getirilen opt-outs uygulaması bunun bir örneğini

⁴⁴ Egon Schwelb, Withdrawal from the United Nations: The Indonesian Intermezzo, AJIL 61 (1967), s.661

⁴⁵ bkz.: Egon Schwelb, ibid. s.661

⁴⁶ Marjoire M. Whiteman, s.230 vd.

⁴⁷ Gerhard Ohse, ibid, s.58

vermektedir. Aynı şekilde sekonder hukuk seviyesinde şimdiye dek nadir kullanılmakla beraber güçlendirilmiş işbirliği yapma olanağı bulunmaktadır.⁴⁸

Ortak güvenlik ve savunma politikası alanında AB anlaşmasının 42.madde, 6.fıkrası ve 46.maddesi muvacehesinde üye devletler kalıcı yapısal işbirliği yapma olanağına sahiptir. İngiltere Brexit adımını atmadan önce de birçok önemli konuda ortak entegrasyon adımları atmaktan kaçınmıştır; İngiltere örneğin Schengen alanının, ortak mülteci politikasının dışındadır; 21 nolu protokol İngiltere İrlanda'nın özgürlük, güvenlik ve adalet alanına ilişkin pozisyonuna ilişkindir.⁴⁹

İngiltere aynı şekilde Euro alanının ve⁵⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın dışında kalmayı tercih etmiştir.⁵¹ Bu opt out'lar nedeniyle İngiltere ve AB arasındaki ilişkilerde Brexit'in neyi değiştireceği sorgulanmaktadır. Bu bağlamda zikredilmesi gereken bir husus da, AB anlaşmasının 50.madde, 5.fıkrasında AB'den çıkan bir devletin AB'ne yeniden katılma başvurusunu AB anlaşmasının 49.maddesinde öngörülen prosedür muvacehesinde yapmak zorunda olmasıdır.

b – Üyelikten çıkarılma ile ilgili modeller

Üyelikten ihraç bağlamında da ara modellerin karşımıza çıktığı görülmektedir. Amerikan Devletleri Örgüt Şartı ihraç müessesini öngörmemekle beraber 1977'den beri demokratik olarak seçilen hükümetlerin anayasaya aykırı olarak devrilmesi halinde üyelik haklarının geri alınması uygulaması yapılmaktadır; örgüt 1962'de Küba hükümetini bu gerekçe ile

⁴⁸ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 20.madde ve 326.madde vd.; Euro alanında yer alan devletlerin 11 tanesi Malitransaksiyon vergisi uygulama konusunda anlaşmıştır; AB Konseyi'nin 22 Ocak 2013 tarihli, 2013/52 sayılı Malitransaksiyon vergisi konusunda güçlendirilmiş işbirliği yapılmasına ilişkin kararı için bkz.: ABl. L22,25.01.2013, s.11 vd.

⁴⁹ Schengen alanı 1985 tarihli Benelux devletleri, Almanya ve Fransa arasında yapılan sınır kontrollerinin aşamalı kaldırılmasını öngören anlaşma ve 1990 tarihli icra anlaşması ile oluşturulmuştur. Amsterdam anlaşması ile Schengen müktesebatı anlaşmanın parçası haline getirilmiştir. Günümüzde AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 67-76 maddeleri konuyu düzenlemektedir. Lizbon sözleşmesine ek 19 nolu protokol Schengen müktesebatını öngörmektedir (4.md.). 20 nolu ek protokol AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 26.maddesinin kimi boyutları itibariyle İngiltere ve İrlanda'ya uygulanmasını düzenlemektedir. 21 nolu protokol İngiltere ve İrlanda'nın özgürlük, güvenlik ve adalet alanına ilişkin pozisyonuna ilişkindir. İngiltere ve İrlanda bu bölümün kimi hükümlerinin yahut tüm hükümlerinin kendilerine uygulanması talep etme imkânına sahiptir (opt in). Bunun dışında 22 nolu protokol Danimarka için özel düzenlemeler içermektedir

⁵⁰ 15 No'lu protokol İngiltere ve Kuzey İrlanda'ya ilişkin kimi hükümlere ilişkindir. 16 Nolu Protokol Danimarka'ya ilişkin hükümler öngörmektedir. İsveç, kur değişimi mekanizmasını red etmesi nedeniyle Euro alanına şimdiye dek dahil olamamıştır

⁵¹ 30 No'lu Protokol AB Temel Haklar Şartı'nın İngiltere ve Polonya'ya uygulanmamasına ilişkindir

örgüt çalışmalarından ihraç etmiştir.⁵² Seçilen bu formül bir devletin örgüte üyeliği ve hükümetin örgütün faaliyetlerine katılımı arasında ayırım yapıldığını göstermektedir.⁵³ Örgüt 2009'da Küba hükümetine kapıları açmıştır.⁵⁴ Dünya Posta Teşkilatının anayasası da ihraç düzenlemesi içermemektedir; böyle bir düzenleme yapılması girişimi 1964, 1974, 1979'da akamete uğramıştır. Bununla beraber Güney Afrika'nın 1964 ve 1984 arasında ırkçı politikaları nedeniyle Dünya Posta Teşkilatının kongrelerine katılması engellenmiş ve Dünya Posta Teşkilatının üyesi olarak muamele edilmemiştir. İlişkiler 1994'de normalleşmiştir. Bu çerçevede dikkat çekici olan husus Apartheid politikasının Dünya Posta Teşkilatının amaçları ve faaliyetleri ile özel bir bağlantısının olmaması ve örgütün işlevini riske atmamasıdır.⁵⁵

BM Genel Kurulu da 1974'de Güney Afrika'nın toplantılara ve oylamalara katılmasını yasaklamış, Güney Afrika temsilcilerinin yetki belgelerini reddetmiştir.⁵⁶ Güney Afrika'nın BM'den BM Şartı'nın 6.maddesine göre ihracını Güvenlik Konseyi sürekli üyeleri ABD, İngiltere ve Fransa engellemiştir. BM Genel Kurulu söz konusu formül ile hem Güney Afrika'nın üyelikten ihracı, hem de üyelik haklarına askıya alınması için gerekli olan Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesinin alınması gerekliliğini by-pass etmiştir.⁵⁷

2. Açık Düzenlemelerin İşlevi

Aktif üyelik ve üyeliğin sona erdirilmesi arasında uygulama bulan söz konusu ara yöntemler genellikle gereklilik mülâhazası ile ortaya çıkmıştır. Bu durum açık düzenlemelerin işlevini gündeme getirmektedir. Uygulama uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında üyelikten çıkma veya ihraç konusunda düzenlemenin yer almamasının üyelikten çıkma veya üyelikten ihracı engellemediğini göstermektedir. Gri alanların hukuken kötüye kullanılmasını önlemek için uluslararası örgüt kurucu anlaşmalarında bu konuda açık düzenleme yapılması tercih edilmektedir. Bu açık düzenlemeler uluslararası örgütten çıkma-çıkarılma ve koşulları bakımından hukuki güvence sağlamaktadır. Bunun dışında açık düzenlemeler ilgili örgüt bünyesinde genellikle istikrarlı uygulamaya katkı sağlamaktadır. Bu şekilde özellikle zayıf üyelere karşı gücün olası kötüye kullanılması önlenmektedir. Açık düzenlemelerin örgütün işbirliği ve işlevini gerçekleştirme çıkarlarını

⁵² bknz.: UN Doc. S/5075 (3 Şubat 1962)

⁵³ Konrad Ginther, *Mitgliedschaft in Internationalen Organisationen-Grundfragen*, Berichte DGVR Heft 17 (1975), s.17

⁵⁴ OAS General Assembly Resolution on Cuba (June 3, 2009), AG/RES. 2438 (XXXIX-0/09), 48 ILM 1246 (2004)

⁵⁵ Konstantinos D.Magliveras, *ibid*, s.70

⁵⁶ Eckhart Klein, *Zur Beschränkung von Mitgliedsrechten in den Vereinten Nationen*, Vereinte Nationen 1975, s.51

⁵⁷ Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 6.Aufl. 2014, 6.Aufl. 2014, §6, Rn.125

ve üye devletlerin ulusal çıkarlarını gözetme fonksiyonuna sahip olması gerekmektedir.

Örgüt üyeliğinden çıkma ve çıkarılmanın etkileri örgüt üyeliğinin hukuken sona ermesi ile doğmaktadır. Oysa cooling-off-period'da üyelik yükümlülükleri devam eder. Söz konusu süreç ulusal çıkarlarla uluslararası örgütün işbirliği çıkarlarının dengelenmesini temin eder. Teorik olarak yeni yükümlülüklerin tesisi edilebilir de mümkündür. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 70.maddesi bu konuya ilişkin düzenlemeler içermektedir.⁵⁸ Söz konusu hükme göre anlaşmadan çekilme, anlaşmadan çekilen devletin diğer anlaşma taraflarına karşı olan yükümlülüklerini sona erdirir. Anlaşmanın icrası bağlamında anlaşma tarafları bakımından doğan haklar, yükümlülükler ve hukuki durum çekilmenin hukuki etki doğurduğu tarihe kadar devam eder. Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 127.madde 1.fıkrası, statüden çekilmenin statü tarafı olunan dönemde doğan yükümlülüklerden devletleri kurtarmadığını öngörmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 127. madde, 2.fıkrasına göre çekilen devlet bunun dışında çekilmenin hukuken etki doğurması öncesi başlayan soruşturma ve prosedür bağlamında işbirliğine devam etmekle yükümlüdür. Uluslararası Ceza Mahkemesi ayrıca çekilmenin hukuken etkin olduğu ana kadar çekilen devletin ülkesinde cereyan eden veya çekilen devletin vatandaşları ile ilgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetki alanına giren suçlarla iştigal etme yetkisine sahiptir (md.12, fık.1,2).

Brundi olayında bunun anlamı Roma statüsünden 27 Ekim 2016'da ilan edilen çekilmenin 27 Ekim 2017'de etkili olması, Bensouda'nın Nisan 2016'da 2015'ten beri Burundi'deki durumla ilgili olarak başlattığı önsoruşturmayı engellememiştir. Soruşturmanın nedeni ayaklanma ertesinde başkan Nkurunziza'nın seçilmesi ile beraber muhalefetin takibinde tekrarlanan ve devam eder şekilde insanlığa karşı işlenen suçlara ilişkin rapordur.⁵⁹ 25 Ekim 2017'de önsoruşturma dairesi Brundi karşı 26 Nisan 2015'ten 26 Ekim 2017'ye kadar olan dönemi kapsayan bir soruşturmanın yapılmasına izin vermiştir.⁶⁰

Örgütün kurucu anlaşması üzerinden üye devletler için uluslararası örgütle ilişkiler bağlamında tesis edilen yükümlülüklerin, üye devletler arasında akdedilen anlaşmalardan doğan yükümlülüklerden ayırt edilmesi

⁵⁸ Oliver Corten/Pierre Klein, The Vienna Convention on the Law of Treaties-A Commentary II, Oxford University Press, 2011, Art.70, Rn.8 vd.

⁵⁹ İnsan Hakları Konseyi resolutionu için bkz.: Human Rights Council, Resolutions s-24/1- Preventing the deterioration of the human rights situation in Brundi, 17 Aralık 2015, A/HRC/RES/S-24/1, Report of the United Nations Independent Investigation on Brundi (UNII B), 20 September 2016 A/RC/33/37: "The experts cannot exclude that some instances of these gross human rights violations amount to crimes against humanity, and urge for independent international judicial processes to bring the alleged perpetrators to justice"

⁶⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesinin 9 Kasım 2017 tarihli basın açıklamaları için bkz.: ICC-CPI-20171109-PR1342

gerekmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü anayasasının 1.madde 5.fıkrası çekilen üye devlet tarafından onaylanan uluslararası çalışma anlaşmaları (md.19) bakımından açıkça bu anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin devam edeceğini öngörmektedir. Örgütün organları tarafından ihdas edilen ikincil hukuktan bu anlaşmaların farkı uluslararası anlaşmaların örgüt çerçevesinde müzakere edilmesine ve örgüt üyesi devletler arasında yapılmasına rağmen devletler arası anlaşmalar olmasıdır. Bu durum örgüt üyesi devletler yanısıra diğer devletlerin de anlaşmaya taraf olması için geçerlidir.

Uluslararası örgüt çerçevesinde müzakere edilen uluslararası hukuk anlaşmaları bu nedenle prensip olarak örgütten çıkma veya ihraçtan bağımsız olarak varlıklarını devam ettirir ve ancak uluslararası hukukun genel kurallarına göre sona erdirilir. Bu durum AB'den çıkma bağlamında paylaşılmış yetki nedeniyle gerek üye devletlerin, gerekse AB'nin taraf olduğu karma anlaşmalar için gündeme gelmektedir. Birliğin yetkisine giren alanlar için Birlik üyesi devletler Birliğe müzakere yetkisi vermektedir. Buna ilave olarak üye devletler Konsey üzerinden anlaşma müzakerelerinde etki yapma olanağına sahiptir (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme md.218). Uluslararası örgüt çerçevesinde müzakere edilen uluslararası hukuk anlaşmasının sona erdirilmesi söz konusu anlaşmanın hükümlerine göre tarafların anlaşması ile (Vienna anlaşmalar hukuku Sözleşmesi, md.54) veya clausula rebus sic stantibus kuralına göre (md.62) mümkündür. Özel düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları ve Özgürlükleri Konvansiyonu'nun 58.maddesinde yer almaktadır. Buna göre Avrupa Konseyi üyeliği sona eren devlet AİHK'dan da ayrılacaktır. Aynı şekilde Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu anlaşmasının 15.madde, 1.fıkrası, 2.cümlesi kurucu anlaşmadan çıkmanın multilateral ticaret anlaşmaları bakımından da aynı sonucu doğuracağını öngörmüştür. Anlaşmanın akdi esnasında mevcut olan koşullarda sonradan ortaya çıkan öngörülmeleyen değişiklik nedeni bağlamında Vienna Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 62.madde, 2.fıkra, b-bendi anlaşma tarafı devletin bu değişikliğe anlaşma yükümlülüğünün ihlali üzerinden kendisinin neden olması halinde istinat edemeyeceğini kabul etmiştir. Örgütten çıkma hakkının kullanılmasında bu nedenin kabul edilmemesine karşılık, örgütten ihraç durumlarında bunun tersine prensip olarak anlaşma yükümlülüklerinin ihlali gereği bulunmaktadır.

3. Siyasi Sonuçlar

Uluslararası örgütten çıkma ve çıkarılma hukuki sonuçlar ötesinde siyasi sonuçlar da doğurmaktadır. Her iki durumda örgütün evrensel yahut bölgesel temsili anlamında zayıflaması söz konusu olmaktadır. Özellikle örgütten çıkma potansiyel olarak bunun ötesinde örgütün meşruiyetinin sorgulanmasını gündeme getirir; meşruiyete ilişkin tereddütler ve diğer üyelerin örgütten çıkma değerlendirilmelerine yol açar. Örgütten çıkma nedenlerinin birçok üye bakımından önem taşıması durumunda da uluslararası örgüt üzerinde baskıların

artması kaçınılmaz olur. Yeni bir örnek olarak Afrika devletlerinin kitlesel olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünden çıkması evrensellik amacı güden, şu an için 33'ü Afrika devleti olan 123 devletin taraf olduğu uluslararası yargı sisteminin zafiyetine yol açacağı kesindir. Sistemin en önemli zafiyeti baştan itibaren süper güç olan ABD, Çin ve Rusya'nın Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsüne taraf olmamasından ileri gelmektedir. 2013 Ekim'de Kenya'nın inisiyatifi ile Afrika Birliği genel kuruluna getirilen kitlesel olarak statüden ayrılma önerisi genel kurulda gerekli desteği bulmamıştır.⁶¹ 2017 Ocak sonunda genel kurul Roma statüsünden kolektif ayrılmayı değerlendiren bir "withdrawal strategy" kabul etmiştir.⁶² Afrika devletlerinin çoğunluğu bu stratejiyi desteklememiştir (Kap Verde, Liberya, Malavi, Nijerya, Sambia, Senegal, Tanzanya, Tunus bu devletler arasındadır). "Withdrawal Strategy" başlığına karşın metin öncelikle Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünde değişik reform önerileri getirmiştir (bu reform önerilerinin gerçekleşmesi halinde Uluslararası Ceza Mahkemesinden çıkma gereği kalmamaktadır). Afrika Birliği Uluslararası Ceza Mahkemesini bir süredir açık şekilde tek taraflı, ağırlıklı olarak Afrikalıları yargılamaya yönelik bir mahkeme gibi çalışması nedeniyle eleştirilmektedir (şimdiye dek görülen 11 davanın 10 tanesi Afrika devletlerine ilişkindir). BM Güvenlik Konseyi'nin mahkeme savcılığına başvuru imkânı üzerinden mahkemenin yargı yetkisi kullanma olanağına sahip kılınması bu memnuniyetsizliği arttırmaktadır (Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 3.md, b-bendi). Güvenlik Konseyinde veto hakkına sahip olan Çin, Rusya ve ABD Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsüne taraf olmamakla beraber söz konusu madde hükmüne göre Güvenlik Konseyi üyesi olarak bir devletin Uluslararası Ceza Mahkemesine sevkinde rol oynama yetkisine sahiptir. Bu çerçevede Uluslararası Ceza Mahkemesinde açılan 11 davadan 5'inin [Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Mali ve Orta Afrika Cumhuriyeti (dava ikiye ayrılmıştır)] dava konusu eylemlerden etkilenen devletler tarafından açıldığı görülmektedir.⁶³

Dava prosedürü Kenya, Fildişi Sahili, Gürcistan ve Brundi'ye karşı işletilmiştir.⁶⁴ BM Güvenlik Konseyi Darfur'daki (Sudan) ve Libya'daki durumla bağlantılı olarak Uluslararası Ceza Mahkemesine başvurmuştur. Darfur'daki durumla ilgili olarak Sudan'ın Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsüne taraf olmamasına karşın Güvenlik Konseyi Mart 2005'te 1593 sayılı

⁶¹ bknz.: Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court, 12 October 2013, Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct.2013)

⁶² African Union, Draft 2 – Withdrawal Strategy Document, 12 January 2017; Assembly of the Union, Twenty-Eighth Ordinary Session, 30 – 31 January 2017, Draft Decision on the International Criminal Court Doc. EX.CL/1006 (xxx), Assembly/AU/Draft/Dec.1 (XXVIII) rev.2, para 8)

⁶³ Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 13.md. a-bendi ve 14.md.

⁶⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsü md.13, c-bendi: 15.md.

rezolüsyonu ile mahkeme nezdinde dava prosedürünü başlatmıştır. Sudan devlet başkanı El Beşir görevine devam eden bir devlet başkanı olarak soykırım iddiası ile Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanmıştır. Bu durum Ekim 2016'da Güney Afrika tarafından Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünde çekilme nedeni olarak zikredilmiştir. Güney Afrika Sudan devlet başkanını iki kez verilen uluslararası tutuklama kararına rağmen⁶⁵ Haziran 2015 Afrika Birliği'nin Johannesburg'daki zirvesine katılan El Beşiri tutuklamamış ve mahkemeye teslim etmemiştir.

Darfur'daki durumla iştilal eden ön soruşturma dairesi 6 Temmuz 2019'da Güney Afrika'nın Uluslararası Ceza Mahkemesi ile işbirliği yapma yükümlülüğünü ihlâl ettiğini tespit etmekle⁶⁶ beraber konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsü tarafı devletlerin genel kuruluna yahut Güvenlik Konseyine havale etmemiştir.⁶⁷ Ön soruşturmalar bununla beraber Afrika devletleriyle sınırlı kalmamış Afganistan, Irak/İngiltere, Kosova, Filistin ve Ukrayna da ön soruşturma prosedüne muhatap olmuştur. Afganistan'a ilişkin bu soruşturma Amerikan askerlerinin savaş suçlarıyla bağlantılı olarak yapılmıştır Güney Osetya'ya ilişkin ön soruşturma Rus askerlerinin, Ukrayna'ya ilişkin ön soruşturma aynı şekilde Rus vatandaşlarının savaş suçları nedeniyle gerçekleştirilmiştir.⁶⁸ Afrika Birliği'nin eleştirileri bu örnekler ışığında kısmen çürütülmüş olsa da, Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsüne taraf devletler genel kurulunun bu eleştirileri dikkate aldığı görülmektedir.⁶⁹ Yapıcı bir diyalogun işbirliği gerekliliğine ve bu nedenle de her iki tarafın çıkarlarına uygun olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Örgütten çıkmanın olumsuz sonuçları öncelikle çıkan üye devlet için değil, örgüt bakımından doğmaktadır. Örgüt üyeliğinden ayrılmanın örgütün potansiyel olarak uluslararası camiadaki yerini ve diğer üye devletlerle ilişkilerini etkilemesi söz konusudur. Bu nedenlerle Brexit'in dış etki olarak Avrupa Birliği tasavvurunun önemli ölçüde zayıflamasına yol açacağı düşünülmektedir. Çıkan devletin uluslararası örgütle bu bağlamda rolünün de dikkate alınması gerekmektedir. Mahkeme savcısı Bensouda'nın Gambia vatandaşı olması nedeniyle Gambia'nın Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünden ayrılması bu nedenle önem taşımaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsü

⁶⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsü 58.md.

⁶⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsü 87.md.

⁶⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesinin 8.12.2016 tarihli basın açıklamaları için bkzn.: ICC-CPI-20161208-PR1264 ve 6 Temmuz 2017 basın açıklamaları için ICC-CPI-20170706-PR1320. Uganda ve Çibuti için de ön soruşturma dairesi Temmuz 2016'da benzer tespit yapmıştır

⁶⁸ Ukrayna Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsüne taraf olmamakla beraber, statünün 12.maddesi, 3.fıkrasına göre ülkesinde 21 Kasım 2013'ten itibaren cereyan edecek eylemlerle ilgili olarak mahkemenin yetkili olduğuna ilişkin bildiri yapmıştır

⁶⁹ Elisa Hoven, Geschwächte Richter, Die Zeit 05.01.2017, s.1 (<http://www.zeit.de>)

mahkemenin savcılarını bakımından yargıçlardan farklı olarak⁷⁰ savcılarının statü tarafı devletlerden birinin vatandaşlığını taşımasını öngörmemektedir.

SONUÇ

Uluslararası örgütlerden çıkma ve çıkarılma konusuna ilişkin tartışmaların uluslararası hukukun kurumsallaşmaya başladığından beri güncelliğini kaybetmediği görülmektedir. Uygulamada uluslararası örgütten çıkmanın daha çok önem taşıması devletlerin devam eden egemenlik iddialarının sonucudur. Uluslararası örgütlere esas olan işbirliği çıkarı bir görev olarak örgüt üyeliğinden ihraca sınır konulması gerekliliğini getirmiştir. Örgüt üyeliğini sona erdiren her iki yöntem de uluslararası örgüt ve ayrılan üye arasında gerilim nedeni olmaktadır. Uluslararası politika bu bağlamda gerilimi sonlandırmak için nedenler üzerine giderek çözüm sağlama rolü oynamaktadır. İşbirliği sürekli yapıcı bir diyalogu gerektirmektedir. Gerek örgütten çıkma nedenini oluşturan konulara ilişkin reformlar bağlamında, gerekse bir üye devletin örgütten ayrılması durumunda her iki tarafın çıkarlarını dengeleyecek yollar gösterilmesi uluslararası örgütler hukukunun görevidir. Örgütten çıkma ve çıkarma hakkının kötüye kullanılmasını yargısal yahut siyasi denetimi öngören hukuki düzenlemelerle önlenmesi mümkündür. Siyasi olarak şekillendirilen hukuki düzenlemelere nazaran öncelikle uzlaşa ve müzakere yoluyla esnek çözümlerin bulunmasının tercih edilmesi uluslararası hukukun karakterine uygundur. Bu perspektiften hareketle uluslararası örgütler hukukunda örgüt üyeliğinden çıkma ve çıkarılma konusunda uygulamada ortaya çıkan ara çözümlere yönelik olarak bu konuları sistematize eden, değerlendiren ve hukuken düzenleyen daha yoğun çalışmalar yapılması gerekliliği açıktır.

KISALTMALAR

- Art. : Artikel (madde)
- Aufl. : Auflage (bası)
- DGVR : Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht
- DÖV : Die Öffentliche Verwaltung
- EuR : Zeitschrift Europarecht
- Harv.L.R : Harvard Law Review
- Rn : Randnummer
- Rs : Randsache
- Slg. : Sammlung
- YPG : Halk Koruma Birlikleri veya Halk Savunma Birlikleri
(Kürtçe: Yekîneyên Parastina Gel)

⁷⁰ statünün 36.madde, 4.fıkra, b-bendi

KAYNAKÇA

- Angela Schwerdtfeger, Souveränität und zwischenstaatlicher Kooperation, AVR 2018, 96–126. 12
- Cittharanjan Felix Amerasinghe, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2.Aufl. Cambridge University Press, 2005, s.117
- EckharKlein, Zur Beschränkung von Mitgliedsrechten in den Vereinten Nationen, Vereinte Nationen 1975, s.51
- Egon Schwelb, Withdrawal from the United Nations: The Indonesian Intermezzo, AJIL 61 (1967), s.661
- Elisa Hoven, Geschwächte Richter, Die Zeit, 05.01.2017, s.1 (<http://www.zeit.de>)
- Felix Weber, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei, DÖV, Heft 22, November 2016, s.921
- Florence Benoit-Rohmer/Heinrich Klebes, Das Recht des Europarats- Auf dem Weg zu einem paneuropäischen Rechtssystem, 2006, s.41 vd.
- Frank Zeidler, Der Austritt und Ausschluss von Mitgliedern aus den Sonderorganisationen der Vereinten Nationen, 1990, s.25.
- Gerhard Ohse, Der Austritt aus den Vereinten Nationen I, Vereinte Nationen 1972, s.16
- Henry G.Schermers/Niels M.Blokker, International Institutional Law, 5.Aufl. 2011, §§15 vd..
- Jan Klabbers, An Introduction to International Organizations Law, 3.Aufl. Cambridge University Press 2015, s.107.
- Knut Ipsen, Völkerrecht., 6.Aufl. 2014, 6.Aufl. 2014, §6, Rn.125
- Konrad Ginther, Mitgliedschaft in Internationalen Organisationen-Grundfragen, Berichte DGVR Heft 17 (1975), s.17).
- Konstantinos D. Magliveras, Exclusion from Publication in International Organisations– The Law and Practice Behind Member Staates’ Expulsion and Suspension of Membership, 1999,s.13 vd..
- Louis B.Sohn, Expulsion or Forced Withdrawal from an International Organisation, Harv.L.R. 77 (1964), s.1381).
- Manuela Ludewig, Beendigungstatbestände als notwendige und dynamische Elemente der Mitglied-schaft in internationalen Organisationen unter besonderer Berücksichtigung von Art.50 EuV, s.7 vd.
- Mark E. Villinger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009,Publisher: Brill/Nijhof, Art.54, Rn.12

- Marjoire M. Whiteman, Digest of International Law XIII, 1968, §13 Expulsion, Suspension, Forced Withdrawal, and Froced Nonparticipataion, s.242 vd.
- Matthias Ruffert/Christian Walter Institutionalisiertes Völkerrecht, 2.Aufl. 2015, C.H.Beck; Rn.281
- Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, 13.baskı, İstanbul 2019
- Michael Akehurst, Withdrawal from International Organisations, bknz.: Current Legal Problems 32 (1979), London, Stress&Sons, s.143
- Nagendra Singh, Termination of Membership of International Organisations, 1958, s.22
- Nathan Feinberg, Unilateral Withdrawal from an International Organization, BYIL 39 (1963), s.189 vd.
- Oliver Corten/Pierre Klein, The Vienna Convention on the Law of Treaties-A Commentary II, Oxford University Press, 2011, Art.70, Rn.8 vd.
- Paul Craig, Brexit: Foundational Constitutional and interpreventive Principles, II.Oxford Human Rights Hub (<http://ohrh.law.ox.ac.uk>)
- Philippe Sands/Pierre Klein, Bowett's Law of International Institutions, 6.Aufl., Sweet & Maxwell, May 31, 2009), Rn.16-028, 16-037 vd.
- Prodromos Dagoglou, Recht auf Rücktritt von den Römischen Verträgen?, bknz.: FS für Ernst Forsthoff, 2.Aufl. 1974, Roman Schnur (Hrsg.), s.77
- Rona Aybay/Elif Oral, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016
- Tanja Altunjan, Südafrika und der International Strafgerichtshof – Zuma gegen die Gerichte, JuWissBlug, (<https://www.juwisside/29-2017>), 10.3.2017
- Thomas Oppermann, Grundfragen der Mitgliedschaft in internationalen Organisationen, Berichte DGVR 17 (1975), s.53
- Ulrich Everling, Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als "Herren der Verträge", bknz.: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, FS für Rudolf Bernhardt, 1995, s.1161 (1174 vd.), s.1 vd.
- Vassilios Skouris, Brexit:Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, EuZW 2016, s.806

YENİ BİR İDARİ SUÇ OLARAK COVID-19 SALGINI SÜRECİNDE İHDAS EDİLEN FAHİŞ FİYAT ARTIŞI

Price Gouging as a New Administrative Offence at Covid-19 Epidemic

Doç. Dr. Yasin SÖYLER*

Geliş Tarihi: 01.10.2020 Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Covid-19 salgınının tüm dünyada ortaya çıkardığı olumsuz etkilerden biri de bazı mal ve hizmetlerin fiyatlarında haksız artışların gerçekleşmiş olmasıdır. Salgının diğer olumsuz etkileri ile birlikte haksız fiyat artışları ile de mücadele etmek, siyasi irade için önemli bir gündem haline gelmiştir. Bu amaçla birçok devlet, haksız fiyat artışlarını önlemeye yönelik tedbirler almış, ihlallere yönelik idari soruşturmalar başlatmışlardır. Alınan tedbirlerden biri de fahiş fiyat artışıyla mücadele etmek amacıyla yeni düzenlemelerin yürürlüğe konulmasıdır. Ülkemizde de bu amaçla yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuş, fahiş fiyat artışı bir idari suç olarak hukuk sistemimize dâhil edilmiştir.

Makalede, hukuk sistemimize yeni giren bu idari suç tipinin tanımlanması ve bu fiile karşı öngörülen idari yaptırımların uygulama alanının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede fahiş fiyat artışını bir idari suç olarak öngören normun çizdiği hukuki çerçeveye belirginleştirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Fahiş fiyat artışı, haksız fiyat, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, Covid-19 salgını, tüketicinin korunması.

ABSTRACT

One of the negative effects of Covid-19 pandemic in the world is the unfair price increases at some goods and services. To struggle with unfair price increases along with other negative effects of the pandemic has become a significant agenda for political authorities. For this purpose, several governments have taken measures in order to prevent unfair price increases and initiated administrative investigations against these infringements. One of the measures taken is to put into effect new legislation to struggle with price gouging. New legislation have been put into effect with this aim and price gouging has been introduced in our legal system as an administrative offence in our country, too.

In this article, it is aimed to identify the type of this administrative offence that has just entered our legal system and to determine the implementation field of administrative sanctions which has been envisaged to this action. In this context, we try to crystallize the legal framework of the norm that envisaged price gouging as a administrative offence.

Keywords

Price gouging, unfair price, Unfair Price Evaluation Board, Covid-19 pandemic, consumer protection.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, e-posta: yasin.soyler@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8833-9230.

GİRİŞ

2020 yılına girdiğimiz ilk günlerde Çin'den başlayarak tüm dünyaya yayılan ve 2020'nin Mart ayında ülkemizde de etkisini göstermeye başlayan Covid-19 salgını, milyonlarca insanın tedavi altına alınmasına ve maalesef yine birçok insanın hayatını kaybetmesine neden olmuş, salgınla baş edebilmek amacıyla devletler her alanda topyekûn bir mücadele içerisine girmişlerdir. Ülkemizde de bu mücadele oldukça etkin ve başarılı bir şekilde sürdürülmüş, alınan tedbirler sayesinde salgının yayılım hızı ve oranı düşürülmüş, bu sayede daha fazla sayıda insanın hayatını kaybetmesi önlenebilmiştir. Salgın sadece insan hayatını tehlikeye düşürmekle kalmamış, toplumsal yaşantıya birçok sınırlamanın getirilmesi, tedbirlerin alınması ve yasakların uygulanmasını gerektiren ciddi bir değişimi kaçınılmaz kılmıştır.

Öte yandan Covid-19 salgını maalesef, bazı kötü niyetli ve fırsatçı kişilerin, salgının insanlar üzerinde ortaya çıkardığı zor yaşam koşullarından faydalanarak bu süreçte acil olarak ihtiyaç duyulan ürünlerin fiyatlarında fahiş oranlarda artış yapmaları sonucunu da beraberinde getirmiştir. Ülkemizde özellikle salgının ilk ortaya çıktığı günlerde maske, kolonya, dezenfektan, ıslak mendil ve çamaşır suyu gibi *temizlik ürünleri* ile un, makarna, patates, konserve ürünler, dondurulmuş ürünler, pet şişe su, sirke, pirinç ve yağ gibi *gıda ürünlerinin* fiyatlarında ciddi artışlar olmuş¹, salgının ilerleyen günlerinde göreceli olarak özellikle gıda ürünlerindeki fahiş fiyatlar, devamlılığını sürdürmüştür.² Bu durum haklı olarak devletin gecikmeksizin tedbir alması sonucunu doğurmuş ve bu süreçte ortaya çıkmış olan fahiş fiyat artışlarıyla mücadele amacıyla, yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Ülkemizde Covid-19 salgın sürecinde ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarıyla mücadele amacıyla yürürlüğe konulan düzenlemelerden belki de en önemlisi, *fahiş fiyat artışının* bir idari suç olarak ihdas edilmesi ve bu fiilin idari yaptırımına bağlanmasıdır. İşte makalemizin konusunu esasen, bu suç tipinin tanımlanması oluşturmaktadır.

Bu noktada makale konusunu sınırlandırıcı bir unsur olarak çalışmamızın, sadece haksız fiyat artışlarına karşı geliştirilen idari yaptırımların incelenmesiyle

¹ Fiyatlarında fahiş artışların gerçekleştiği mal ve hizmetler belli bir ölçüde benzerlik göstermekle birlikte, bazı mal ve hizmetlerin fiyatlarındaki artışlarda ülkeden ülkeye ciddi farklılıklar oluşmuştur. Örneğin İspanya'da diğer bazı ülkelerden farklı olarak cenaze hizmetlerinin fiyatlarında da ciddi oranda artışlar gerçekleşmiştir. Ivana Rakić, 'Competition Law in the Age of Covid-19' (2020) LXVIII (2) Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 25, 31 <<https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0003-2565/2020/0003-25652002025R.pdf>> Erişim Tarihi 2 July 2020.

² Covid-19 salgın sürecinde, ülkemizde gıda ürünlerinin fiyatlarında fahiş bir artışın gerçekleşmediğini ileri süren bir çalışma için bkz. Yılmaz Toktaş, 'Food Sector in Turkey During Covid-19 Pandemic' iç Yüksel Akay Unvan ve İbrahim Serbestoğlu (edr) *Current Researches in Economics and Administrative Sciences* (2020) 632-633.

sınırlı olduğunu belirtmemiz gerekir. Malûm, haksız fiyat artışlarına karşı hürriyeti bağlayıcı nitelikte ya da adli para cezası öngören düzenlemelerin getirilmesi mümkün olduğu gibi, bu tür fiillerden zarar görenlere karşı özel hukukun geliştirmiş olduğu başka hukuki yollar da vardır.

I. GENEL OLARAK FAHİŞ FİYAT ARTIŞI

Fahiş fiyat artışı, *haksız* nitelikte veya *adil olmayan* (*unfair price*) bir fiyat oluşumudur. Ne tür fiyat oluşumlarının *haksız* veya *haklı* (*fair price*) nitelikte olduğu konusunda herkesin üzerinde anlaşabileceği genel bir tanım bulunmamakla birlikte, bazı fiyat oluşumlarının haksızlık oluşturduğu konusunda modern hukuk sistemlerinin genel bir kabulünün bulunduğu ise bir gerçekliktir.³ Modern hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımını genel bir çerçeve içerisinde ele almadan önce, kısaca ekonomi biliminin verilerine bakmak elzemdir.

Ekonomiye müdahale konusunda klasik iktisadi liberalizm ile sosyalizm çatışması ve bu çatışmayı dengeleyici nitelikte gelişim gösteren sosyal devlet anlayışının geliştirdiği teoriler, bir yönüyle mutlaka mal ve hizmetlerin üretiminde ortaya çıkması muhtemel haksız fiyat artışları ile de ilgili olmuştur.⁴ Bu teorilere ilişkin geniş tartışmaları bir tarafa bırakarak, günümüzde serbest piyasa ekonomisinin en geniş çerçevede uygulandığı ülkelerde bile en azından serbest piyasa düzenini bozucu eylemlere müsaade edilmediği ve bu amaçla, yani serbest piyasa düzenini tam anlamıyla tesis edebilmek için ekonomiye müdahale edildiği görülmektedir⁵. Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve ülkemizde bu amaçla çıkarılmış özel kanunlar bulunmaktadır.

Anılan iktisadi teorilerin olağanüstü durumlarda (deprem, salgın hastalık, sel, fırtına, tsunami, terör saldırıları vb.)⁶ gerçekleşen fahiş fiyat artışlarına

³ Haksız fiyat artışları dini ve ahlaki yönden de kabul edilebilir nitelikte olmayan fiillerdir. İslam hukuku haksız fiyat artışını yasaklamıştır. Diğer semavi dinlerin de bu konuda getirmiş olduğu emirler vardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz Kallek, 'Narh Konusuna Yeniden Bakış' (2006) 7 *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 257, 257-276; Michael Brewer, 'Planning Disaster: Price Gouging Statutes and the Shortages They Create' (2007) 72 (3) *Brooklyn Law Review* 1100, 1104-1106 <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol72/iss3/5/>> 15 June 2020; Debra Wilson, 'Price Gouging, Construction Cartels or Repair Monopolies? Competition Law Issues Following Naturel Disasters' (2014) 20 *Canterbury Law Review* 53, 59-61 <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/CanterLawRw/2014/4.html>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

⁴ Genel olarak fiyat artışlarına müdahalenin ekonomik etkilerine ilişkin bkz. Massimo Motta ve Alexandre de Stree, 'Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?' iç *Konkurrensverket Swedish Competition Authority* (ed) *The Pros and Cons of High Prices* (2007) 17-21.

⁵ Çiğdem Ünal, 'Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar' (2010) 11 (4) *Rekabet Dergisi* 111, 112-113.

⁶ Tekrara kaçmamak adına Makalede bundan sonra anılan durumları ifade etmek için sadece

karşı tutumları ise bu teoriler arasında tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkmış köklü ayrımı zamanla ortadan kaldıracı bir niteliğe doğru evrilmektedir. Örneğin serbest piyasa düzeninin hâkim olduğu Amerika'da, olağanüstü durumlardan sonra mal ve hizmet fiyatlarında ortaya çıkan artışlara karşı, etkileyici nitelikte eyaletler düzeyinde birçok kanun yürürlüğe konulmuştur. Konuya ilişkin ulusal düzeyde ortaya çıkan kanun talepleri, her geçen gün etkisini artırmaktadır⁷. Bu talepler iktisadi açıdan olağanüstü dönemlerin piyasa yapısını bozduğu, sağlıklı bilgi akışını kestiği, finansal sistemin sağlıklı bir şekilde işleyişine engel olduğu, mal ve hizmet pazarlarına serbest girişleri engellediği ve enflasyonu tetiklediği gerekçelerine dayanmaktadır⁸. Bu açıdan günümüzde olağanüstü durumlarda fahiş fiyat artışlarına müdahale edilmesi noktasında, birbirinden farklı iktisadi yaklaşımların aynı düşünce etrafında birleştikleri görülmektedir.

Fakat literatürde olağanüstü dönemlerde dahi serbest piyasa düzeninin işleyişine müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşler vardır. Bu görüşlere göre, doğal felaketler gerçekleştiği zaman ve sonrasında fiyatlara müdahale edilmesi, kar mârjının düşüşünden dolayı üretimin ve dolayısıyla mal ve hizmet arzının düşmesine neden olacağı gibi, fiyatların düşük ve stabil olması mal ve hizmet talebini de artıracaktır. Bu durum ise mal ve hizmetlerde kıtlık yaşanmasına neden olacak, beraberinde karne uygulamaları ile kara borsacılığı getirecektir⁹. Wilson, bu anlayışı Amerikan Federal Ticaret Komisyonu'nun bir kararından alıntılıdığı bir özdeyişle çarpıcı bir şekilde şöyle özetlemiştir: “*Bir ürün için doğru bir fiyat varsa bu fiyat illaki düşük fiyat olmak zorunda değildir; doğru fiyat bundan daha ziyade, rekabetçi olarak belirlenmiş piyasa fiyatıdır*”¹⁰.

olağanüstü durum deyimini kullanılmıştır. Burada da belirtildiği üzere bu tür durumlar deprem, salgın hastalık, sel, fırtına, tsunami ve terör saldırısı gibi doğal felaket ya da olayları ifade etmektedir.

⁷ Brewer (n 3) 1101-1102; George S Cary, Maurits Dolmans, Bruce Hoffman, Thomas Graf, Leah Brannon, Richard Pepper, Henry Mostyn, Alexis RB Lazda, Savannah Haynes, Kristi Georgieva ve Jan Przerwa, ‘Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities’ (2020) e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin 1, 6 <https://www.concurrences.com/pdf_version.api/article-94392.pdf> Erişim Tarihi 23 June 2020.

⁸ Andy C M Chen, ‘A market-based and synthesised approach to controlling price gouging’ (2011) 4 (1) Int. J. Private Law 128, 130.

⁹ Brewer (n 3) 1102, 1128; Wilson (n 3) 55-58; Michael Giberson, ‘The Problem with Price Gouging Laws’ (2011) 34 (1) Regulation 48, 49 <<https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2011/4/regv34n1-1.pdf>> Erişim Tarihi 29 June 2020. Hatta Giberson, olağanüstü dönemlerde fiyatlara müdahale edilmesinin, mobilite kabiliyeti olmayan yerel işletmeleri zincir perakende işletmelere kıyasla daha fazla olumsuz etkileyeceğini ileri sürmektedir. Giberson (n 9) 52.

¹⁰ “*if there is a right price for a commodity it is not necessarily the low price; rather it is*

Fiyat artışlarına hukuk biliminin yaklaşımı ise ekonomik düzenin sağlanması açısından fiyatlara müdahale edilip edilmemesi tartışmalarından ziyade, fiyatlara müdahale edilmesine karar verilmesi halinde bu müdahalenin ne şekilde gerçekleştirileceği, müdahaleyi etkin kılacak hukuki araçların ne olacağı, müdahale durumunda bu müdahaleden etkilenenlerin hak ve özgürlüklerinin ne şekilde korunacağı ve fiyat artışlarına ilişkin haksızlık ölçütünün ne şekilde belirleneceği gibi konulara ilişkin olmaktadır. Ayrıca fahiş fiyat artışları *tüketici haklarını* olumsuz etkileyebilecek bir husus olduğundan¹¹, tüketici haklarının korunması konusu da hukuki açıdan bir gündem oluşturmaktadır. Bu geniş çerçeve içerisinde bir haksız fiyat uygulaması olarak *fahiş fiyat artışı*ni, hukuki açıdan tek yönlü olarak bir çırpıda tanımlamak oldukça güçtür. Nitekim bu deyimde yüklenen anlam, ülkelere göre oldukça farklılık gösterdiği gibi zamandan zamana da farklılık göstermektedir.

Öte yandan uygulamada fahiş fiyat artışıyla mücadele amacıyla yürürlüğe konulan düzenlemeler, genellikle olağan dönemlere özgü genel nitelikli düzenlemeler ile olağanüstü durumlarda yürürlüğe konulan düzenlemeler şeklinde bir ayırım göstermektedir. Olağan dönemlerde yürürlük kazanan düzenlemeler genellikle serbest piyasa düzenini ya da tüketici haklarını ihlal edici nitelikte olan eylemlerden kaynaklı fiyat artışlarının yasaklanmasına ilişkin olmaktadır. Olağanüstü dönemlerde gerçekleşen fiyat artışlarına müdahale ise olağanüstü durumun getirmiş olduğu etki kötüye kullanılarak, olağanüstü duruma maruz kalmış kişilerin içinde buldukları durumun fiyat artışlarıyla sömürülmesi halinde söz konusu olmaktadır.

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere *fahiş fiyat artışı* deyimini hukuk sistemimize 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (bundan sonra *Perakende Ticaret Kanunu* olarak anılacaktır)'la girmiştir. Fiyat artışlarını idari bir suç olarak açıkça *fahiş* tamlamasıyla ve *fiyat artışı*na vurgu yaparak ifade eden başka bir mer'i kanun bulunmamaktadır. Haksız fiyat artışıni idari bir suç olarak öngören ve fakat bu öngörüğü örneğin, “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*” (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, md. 6) şeklinde genel düzenlemelerle ifade eden kanunlarımız ise daha fazla sayıdadır. Bu

the competitively determined market price.” Bkz. Federal Trade Commission, *Investigation of Gasoline Price Manipulation and Post-Katrina Gasoline Price Increases* (2006), 192 <www.ftc.gov>, aktaran Wilson (n 3) 58. Amerikan Federal Ticaret Komisyonu'nun bu yaklaşımını ortaya koyan bir başka çalışma için bkz. Cary ve diğerleri (n 7) 4.

¹¹ Çağlar Özel, 'Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme' iç Müberra Babaoğul ve Arzu Şener (edr), *Tüketici Yazıları (I)* (Hacettepe Üniversitesi Yayınları 2007) 20.

kanunlarda açıkça *fahiş fiyat artışı* veya *fiyat artışı* ya da *aşırı fiyat* (*excessive price*) deyimlerine yer verilmeksizin, bu fiilleri de çeşitli boyutlarda kapsayıcı nitelikte serbest rekabet düzenini koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Bu tür düzenlemeler makalemizin kapsam alanı dışında kalmaktadır.

II. SALGIN SÜRECİNDE YÜRÜRLÜK KAZANAN YENİ BİR İDARİ SUÇ OLARAK *FAHİŞ FİYAT ARTIŞI*

Perakende Ticaret Kanunu'nda 2020 Nisan ayında yapılan bir değişiklikle¹² bu Kanuna “Fahiş fiyat artışı, Stokçuluk ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu” başlıklı bir ek madde ile yine bu Kurulun fahiş fiyat artışları ile stokçuluk fiillerini idari açıdan cezalandırma yetkisine ilişkin birkaç hüküm eklenmiştir. Covid-19 salgını sürecinde yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkan bu değişikliğin, fiyat artışları konusunda yeni bir idari suç tipi yaratıp yaratmadığı incelenmeye değer bir konudur. Çünkü fiyat artışlarını idari suç kabul ederek idari yaptırıma tabi tutan başka kanunlar da mevzuatımızda yürürlüğünü devam ettirmektedir. Bu bölümde başlı başına Perakende Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklikler incelenecektir.

Olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan fahiş fiyat artışları ile mücadelede, yasama organları genellikle bu döneme özgü bir düzenleme yapmak yerine, konuyu *tüketicinin korunması* (*consumer protection law*), *serbest rekabetin korunması* (*competition law, antitrust law*) ya da *haksız ticari uygulamalara* (*unfair commercial practices*) ilişkin kanunlar çerçevesinde değerlendirerek idari yaptırıma tabi kılma eğilimindedirler¹³. Fakat ABD’de ve yapılan son düzenlemelerle ülkemizde olduğu gibi bazı ülkeler ise, olağanüstü dönemlerde gerçekleşen fahiş fiyat artışlarıyla daha etkin mücadele edebilmek için bu alana ilişkin özel kanunlar (*price gouging statutes*) ya da düzenleyici işlemler çıkarma yöntemini tercih etmektedirler¹⁴.

¹² 16.4.2020 tarihli ve 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 17.4.2020, 31102.

¹³ Wilson (n 3) 64; Cary ve diğerleri (n 7) 1, 5. Haksız fiyat artışları ile mücadelede serbest piyasa ekonomisini esas alan yaklaşımın tercih edilmesi ve bu çerçevede, haksız fiyat artışlarının baskılanmasında sadece rekabet hukuku kurallarına başvurulması gerektiğini savunan bir çalışma için bkz. Chen (n 8) 135 vd.

¹⁴ Cary ve diğerleri (n 7) 1. Amerikan hukuk sisteminde fahiş fiyat artışlarına ilişkin fiillerin zaten *rekabetin korunmasına ilişkin kanunlar* (*antitrust laws*) tarafından cezai yaptırıma bağlandığı düşüncesiyle, *spesifik olarak fahiş fiyat artışlarını yaptırım altına alan kanunlara* (*price gouging statutes*) gerek bulunmadığı hakkında bkz. Brewer (n 3) 1102. Bu düşünce Türk hukuk sistemi bakımından geçerli olamaz. Çünkü fahiş fiyat artışlarını idari yaptırıma bağlayan rekabetin korunmasına ilişkin kanunlar, sadece rekabet hukukuna aykırı fiillerin gerçekleşmesi halinde uygulanabilirler. Hâlbuki rekabet hukukuna aykırı fiiller gerçekleşmese bile olağanüstü durumlarda insanları zorlayıcı ve sömürücü nitelikte fahiş fiyat artışları olabilir.

A. Fahiş Fiyat Artışının Perakende Ticaret Kanunu'ndaki Tanımı

Perakende Ticaret Kanunu,

“... perakende işletmelerin açılış ve faaliyete geçiş işlemlerinin kolaylaştırılması, perakende ticaretin serbest piyasa ortamında etkin ve sürdürülebilir rekabet şartlarına göre yapılması, tüketicinin korunması, perakende işletmelerin dengeli bir şekilde büyüme ve gelişmesinin sağlanması ve perakende işletmelerin faaliyetleri ile bunların birbirleri, üretici ve tedarikçilerle ilişkilerinin düzenlenmesi”

amacıyla yürürlüğe konulmuştur (md. 1). Kanunun amaç maddesinden de anlaşılacağı üzere Kanunun korumayı hedeflediği *hukuki menfaatler*; ekonomik kamu düzeni ve perakende işletmeler ile tüketicilerin hak ve menfaatleridir. Kanunun ilk halinde fiyat artışlarına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmezken, yukarıda da belirtildiği üzere 7244 sayılı Kanun'la Perakende Ticaret Kanunu'na fahiş fiyat artışını idari suç olarak tanımlayan bir hüküm eklenmiştir. Şu halde fahiş fiyat artışını idari suç olarak tanımlayan bu hüküm, Kanunun amaç maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde ekonomik kamu düzeni, perakende işletmelerin hak ve menfaatleri ile tüketicilerin hak ve menfaatlerini korumayı hedeflemektedir. Perakende Ticaret Kanunu'nun korumayı amaçladığı hukuki menfaatlerin net bir şekilde belirlenmesi, bu kanunun fiyat artışlarını idari suç olarak tanımlayan diğer kanunlar karşısındaki uygulama alanının belirlenmesi bakımından önem taşır.

Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesine göre,

“(1) Üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz.

(2) Üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından piyasada darlık yaratıcı, piyasa dengesini ve serbest rekabeti bozucu faaliyetler ile tüketicinin mallara ulaşmasını engelleyici faaliyetlerde bulunulamaz.

(3) Üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik düzenlemeler yapmak, gerektiğinde denetim ve incelemelerde bulunarak idari para cezası uygulamak ve her türlü tedbiri almak amacıyla Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu oluşturulur...”

Görüldüğü üzere aslında ek maddede *fahiş fiyat artışı* ve *stokçuluk* isminde iki tür idari suç ihdas edilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında fahiş fiyat artışı,

ikinci fıkrasında ise stokçuluk düzenlenmiştir¹⁵. Maddenin ikinci fıkrasında “piyasa dengesini ve serbest rekabeti bozucu faaliyetler”e de yer verilmiş olması, bu tür faaliyetlerin fahiş fiyat artışlarından da kaynaklanabileceği göz önünde bulundurulursa sanki ikinci fıkra kapsamının sadece stokçuluğa özgü olmadığı, fahiş fiyat artışlarına da ilişkin olabileceği şeklinde bir anlam kaymasına neden olmaktadır. Hâlbuki ek madde başlığının “Fahiş fiyat artışı, Stokçuluk ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu” olarak düzenlenmiş ve yine maddenin üçüncü fıkrasında fahiş fiyat artışı ile stokçuluk arasında açık bir ayırım yapılmış olması karşısında, Perakende Ticaret Kanunu’nun getirmiş olduğu fahiş fiyat artışı idari suç tipinin sadece ek 1. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen fiillere ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir. Şu halde Perakende Ticaret Kanunu’nun ek 1. maddesine göre fahiş fiyat artışı; üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılması olarak tanımlanabilir.

Ek 1. maddede, fahiş fiyat artışını gerçekleştirebilecek kişiler üreticiler, *tedarikçiler* ve *perakende işletmeler* ile sınırlandırılmıştır. Kanunun 3. maddesine göre perakende işletme, “Alışveriş merkezi, büyük mağaza, zincir mağaza, bayi işletme, özel yetkili işletme, perakende ticaretle uğraşan diğer ticari işletmeler ile esnaf ve sanatkâr işletmeleri”ni ifade eder. Aynı maddede alışveriş merkezi, büyük mağaza, zincir mağaza, bayi işletme, özel yetkili işletme ve esnaf ve sanatkâr işletmesi tanımlarına da ayrı ayrı yer verilmiştir. Kanunda, üretici tanımı ile tedarikçi tanımlarına ise yer verilmemiş, bu kavramlar Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği’nde tanımlanmıştır¹⁶. Anılan Yönetmeliğe göre üretici, perakende işletmelerde satışa sunulan malları üreten gerçek veya tüzel kişiyi, *tedarikçi* ise satışa sunulması amacıyla üreticilere veya perakende işletmelere mal ve hizmet sağlayan, üretici dışındaki gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.

Ek 1. maddede öngörülen idari suç, sadece maddede sayılan söz konusu kişi ya da işletmeler tarafından işlenebilecek özgü (mahsus) nitelikte bir idari suçtur. Perakende Ticaret Kanunu’nun ek 1. maddesinde belirtilmiş olan kişi ve işletmelerin kapsamına girmeyenlerin, bu Kanun kapsamında fahiş fiyat artışı fiilini gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Örneğin, bir deprem sonrasında ticari olarak taşınmaz satımı ve kiralama faaliyeti yürütmeyen bir ev sahibinin kendi evinin satış ya da kira fiyatında fahiş artış yapması, ek 1.

¹⁵ Perakende Ticaret Kanunu’nun ek 1. maddesinde, fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik düzenlemeler yapmak, gerektiğinde denetim ve incelemelerde bulunarak idari para cezası uygulamak ve her türlü tedbiri almak amacıyla oluşturulan kurulun isminin Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu olarak belirlenmiş olması, fahiş fiyat artışı ve stokçuluğun birer haksız fiyat uygulaması olarak kabul edildiğini gösterir.

¹⁶ Yönetmelik için bkz. RG. 28.5.2020, 31138.

madde kapsamına girmez¹⁷. Bu yönü itibarıyla getirilen düzenlemenin eksik bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Çünkü bu Kanunda öngörülen amaç, deprem gibi olağanüstü durumlarda fahiş fiyat artışlarını önlemekse bu amacın, burada belirtilen kişilerin kendilerine ait evlerin satış ya da kira fiyatlarında fahiş artış yapmalarını önlemeden tam olarak gerçekleştirilebileceğini söylemek, her zaman mümkün olmayabilir.

Ek 1. madde uygulaması bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, sadece *mal* satışı değil *hizmet* satışının da madde kapsamına alınmış olmasıdır. Fakat ek 1. madde kapsamındaki yükümlülükler üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tabi olduğu için, sadece bunlar tarafından üretilen hizmetlerin fiyatlarındaki fahiş artışlar, anılan madde kapsamında idari yaptırıma tabi tutulabilir. Bu çerçevede örneğin yolcu ya da yük taşımacılığı hizmeti yürüten firmalar (otobüs firmaları, denizyolu taşımacılığı yapan firmalar, havayolu şirketleri gibi), kargo şirketleri ve otellere, Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesi kapsamında idari yaptırım uygulanması mümkündür.

Ek 1. maddede *fahiş fiyat artışı* deyimine yer verilerek fiyat artışının *fahiş* olması zorunluluğu getirilmiştir¹⁸. Şu halde fahiş nitelikte olmayan fiyat artışları ek 1. madde kapsamında değerlendirilemez. Fakat maddede, fiyat artışlarının ne zaman fahiş nitelikte olacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu konu, yürürlüğe konulan düzenleyici işlemler ile Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu ve bu Kurul kararlarına karşı açılan davalarda adli yargı mercilerinin vereceği kararlarla daha somut ve belirgin bir nitelik kazanacaktır. Nitekim aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceği üzere fahiş fiyat artışını daha öngörülebilir bir çerçevede tanımlayan bir yönetmelik düzenlemesi, ek 1. maddenin yürürlüğünden sonra hemen Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁷ Covid-19 salgınının ülkemizde göreceli olarak düşük bir seyirde devam ettiği 2020 yılının Mayıs ve Haziran aylarında, Hükümetin almış olduğu bir takım kararlar sonucu konut kredilerinin faiz oranlarındaki düşüşe rağmen, konut satış fiyatlarında ciddi artışların gerçekleştiği basında iddia olarak yer almıştır. Haberler için bkz. <<https://www.milliyet.com.tr/galeri/dusen-faizlere-ragmen-artan-konut-fiyatları-tepki-cekıyor-6227903/13>> Erişim Tarihi 10 June 2020. Konut fiyatlarındaki bu artışın Covid-19 salgınından kaynaklı suiistimal içerikli bir artış olup olmadığı konusu bir tarafa (Bu yöndeki bir haber için bkz. <<https://emlak.haber7.com/emlak/haber/2969052-corona-virus-sonrasi-mustakil-ev-fiyatları-katlandı>> Erişim Tarihi 10 June 2020.), bu fiyat artışlarının ek 1. madde kapsamında idari yaptırıma tabi tutulması, fahiş fiyat artışlarının perakende işletme olarak kabul edilebilecek firmalar tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise mümkün olabilir. Şöyle ki yürüttüğü ticari faaliyet çerçevesinde konut inşa eden müteahhitler ile ticari olarak sahibi olduğu konutun satışını yapan emlakçılar, Perakende Ticaret Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendi kapsamında “perakende ticaretle uğraşan diğer ticari işletme” kapsamında değerlendirilebileceğinden Ek 1. maddeye göre bu işletmeler hakkında fahiş fiyat artışlarından dolayı idari yaptırım uygulanması söz konusu olabilir.

¹⁸ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü'nde fahiş kavramı, “ölçüyü aşan, aşırı, çok fazla” olarak tanımlanmıştır. Bkz. <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 3 June 2020.

Öte yandan ek 1. maddede yer alan *fahiş fiyat artışı* idari suç tipine ilişkin bazı tespitlerin yapılması ise olanaksız değildir. Şöyle ki fahiş fiyat artışının *haksız* nitelikte bir artış olması gerektiğinden hareketle, haksız nitelik taşımayan fahiş fiyat artışlarının madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Haksızlık ölçütünün değerlendirilmesinde, olağan dönemler ile olağanüstü dönemler arasında bir ayırım yapılabilir. Ek 1. maddenin Covid-19 salgını sürecinde yürürlüğe konulduğunu ve esasen bu Salgınla mücadele amacını da taşıdığını düşündüğümüzde, böyle bir ayırımın yapılması daha mantıklı görünmektedir.

Olağan dönemler bakımından özellikle maliyetler, sebze ve meyve gibi ürünlerin üretimini etkileyen üretim ve iklim koşulları, arz ve talep miktarları, üretim miktarı, mal ya da hizmetlerin kendi fiyatlarında zamana dayalı olarak ortaya çıkan artış ya da azalışlar, benzer mal ya da hizmet piyasalarındaki fiyat artışları, kar marjları, coğrafi olarak ortaya çıkan fiyat artışları, uluslararası piyasa fiyatları, fiyat artışlarına neden olan serbest rekabetin oluşmasını engelleyici nitelikteki faaliyetler ve fiyat artışlarına hâkim durum etkisi gibi birçok farklı neden araştırılarak haksız fiyat artışlarına ilişkin bir tespit yapılabilir¹⁹. Olağanüstü dönemler açısından ise olağan dönemlerde gözetilecek bu kriterlerin yanı sıra özellikle olağanüstü durumun ortaya çıkmasından önceki fiyatların olağanüstü durum gerçekleştiikten sonra ne derece artış gösterdiği²⁰, artışın hızı, bu fiyat artışlarının ne kadar sürdüğü ve maliyete etki eden haklı nedenlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, olağanüstü durumun üzerinde etki gösterdiği ürünlerin arz miktarlarında düşüş olup olmadığı, olağanüstü durumun gerçekleştiği bölgelerde coğrafi olarak fiyat artışlarında ne derece farklılıklar ortaya çıktığı gibi etkenler fahiş fiyat artışlarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir²¹.

Ek 1. maddedeki hüküm bakımından dikkat çekici bir diğer husus, fiyatlarda *artış* olmasıdır. Bu unsur piyasaya ilk defa çıkmış ürünlerin fiyatlarının fahiş olarak belirlenmesi durumunu kapsayıcı nitelikte değildir. Çünkü maddede *fahiş fiyat belirlemesi* değil, *fahiş fiyat artışı* idari yaptırıma tabi tutulmuştur. Öte yandan bu hüküm, özellikle olağanüstü durumların neden olduğu fırsatçılıktan hareketle mal ya da hizmetlerde fahiş fiyat artışı yaparak piyasaya ilk defa giren kişi ya da firmaları kapsadığı gibi sebze ve meyve

¹⁹ Bu kriterlerin, rekabet hukukunda hakim durumda olan teşebbüslerin tüketicileri sömürücü nitelikteki fahiş fiyat artışlarının tespitine ilişkin uygulaması hakkında bkz. Ünal (n 5) 122 vd.

²⁰ Amerikan hukukunda genellikle bu yöneme başvurulmaktadır. Brewer, (n 3) 1114-1115. Bu kriteri ekonomik veriler çerçevesinde ayrıntılı bir şekilde değerlendiren bir çalışma için bkz. Willem H Boshoff, 'The competition economics of excessive pricing and its relation to the Covid-19 disaster period' (2020) 3-6 <<https://ssrn.com/abstract=3593292>> Erişim Tarihi 30 June 2020.

²¹ Benzer yönde bkz. Chen (n 8) 132.

piyasalarında olduğu gibi fiyatları yıllık veya daha uzun dönemlerde oluşan mal ya da hizmetlerin yeni yılda ya da dönemde oluşan fiyat artışlarını da kapsayıcı niteliktedir. Çünkü her iki halde de söz konusu mal ya da hizmetlerin önceki döneme ilişkin piyasa tarafından belirlenmiş bir fiyatı bulunmaktadır ve bu fiyatta fahiş artış yapmayı ek 1. madde kapsamından çıkaran istisnai bir durum bulunmamaktadır.

Son olarak Ek 1. maddede “bir mal veya hizmetin” satış fiyatında fahiş artış yapılmasından bahsedilmiştir. Yani maddedeki vurgu, bir mal veya hizmete ilişkindir. Bu düzenleme karşısında bir ticari işletme bütünlüğü içerisinde birbirinden farklı türdeki mallar ile hizmetlerin fiyatlarında artış yapılması durumunun, her bir mal ve hizmet türü açısından ayrı ayrı idari yaptırım uygulamasını mı gerektireceği gerçekten tartışmaya açık hale gelmektedir²². Örneğin Covid-19 salgın sürecinde bir zincir market bünyesinde patates fiyatları ile ıslak mendil fiyatlarında fahiş artış yapılmış olduğunu farz edelim. Bu durumda anılan markete her iki farklı üründeki fahiş fiyat artışından dolayı tek bir idari yaptırım mı uygulanacak, yoksa iki ayrı fiil olduğundan hareketle patates fiyatındaki fahiş fiyat artışı için ayrı, ıslak mendil fiyatındaki fahiş fiyat artışı için ayrı idari para cezası mı uygulanacaktır?²³ Bu soruyu örneğin tekstil (maske üretimi) ve gıda (un üretimi) gibi iki farklı sektörde faaliyet gösteren bir ticari işletmenin hem maske hem de un üretim fiyatlarında fahiş artışa gitmesi halinde, bu fillere tek bir idari para cezası mı yoksa her iki fiile ayrı ayrı para cezası mı uygulanacağı sorununu içerecek şekilde genişletmek de mümkündür. Kanaatimizce her iki halde de her mal ya da hizmet için bunların fiyatlarında fahiş artış yapılması halinde ayrı ayrı idari para cezası uygulamak, yasa koyucunun getirmiş olduğu düzenlemenin açık lafzının gereğidir. Fakat olması gereken hukuk bakımından örnek olarak verilen ilk durumda, her mal ya da hizmetin fiyatındaki artış için ayrı ayrı idari para cezası değil, ağırlaştırıcı nitelikte sadece bir idari para cezasının öngörülmesi daha adil olacaktır. Aksi halde üretici, tedarikçi ve perakende işletmeleri ekonomik açıdan oldukça güç durumda bırakabilecek ve onların çöküşüne neden olabilecek yüklü idari para cezalarının kesilmesi durumuyla karşılaşılabılır.

1. Fahiş Fiyat Artışı İdari Suç Tipinin Kanunilik İlkesine Uygunluğu

Perakende Ticaret Kanunu’nda bir idari suç olarak fahiş fiyat artışına ilişkin yer verilmiş olunan ek 1. madde hükmü, sadece “Üretici, tedarikçi

²² Konu ile bağlantılı olarak “aynı fiil” deyiminin önemi hakkında bkz. Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (1. Bası, XII Levha 2013) 110; İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku Dersleri* (7. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2020) 299-300; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2019) 664-670.

²³ Belirtmek gerekir ki aynı soru, Rekabet Kanunu’nun 4. ve 6. maddeleri kapsamında idari yaptırıma tabi tutulacak fiyat artışları açısından da sorulabilir. Çünkü bu Kanunun anılan maddelerinde de belirli bir mal ya da hizmet piyasalarından bahsedilmiştir.

ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz.” şeklindeki düzenlemeden ibarettir.²⁴ Yasa koyucunun bu yaklaşımı, kanun metninde fahiş fiyat artışının neyi ifade ettiğine ilişkin daha açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan dolayı, haliyle bu hükmün anlaşılabilir olmadığı ve *kanunilik ilkesini* ihlal ettiği iddialarının ortaya atılmasına neden olmaktadır. Bu iddialarda haklılık payının bulunmadığı söylenemez. Çünkü gerçekten kanunun ek 1. maddesinde sadece bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş fiyat artışı yapılamayacağına ilişkin bir hükme yer verilmesi, fahiş fiyat artışının ne anlama geldiğini açıklayamamaktadır. Bu konuda yasa koyucunun idareye takdir yetkisi bırakmış olmasını, bu durumun fahiş fiyat artışıyla mücadelede idarenin elini güçlendireceği düşüncesiyle daha anlamlı bulanlar da olabilir. Bir idari suç olarak fahiş fiyat artışının ne anlama geldiğinin bir kanun hükmünden açıkça anlaşılabilirliği, *hukuki öngörülebilirlik (legal certainty)* için kaçınılmazdır.²⁵ Göreceli olarak fahiş fiyat artışına karşı öngörülmüş olan idari para cezalarının yüksekliği karşısında, bu suçun kanuni tipinin daha açık düzenlenmesi, kişi hakları açısından daha öngörülebilir ve dolayısıyla daha güvenceli bir hukuk düzeninin tesisini sağlardı²⁶.

Kaldı ki Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği’nde yer alan hüküm –bu hüküm iki bölüm aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir– aynen kanun hükmü olarak yürürlüğe konulmuş olsaydı, ne kaybedilirdi? Kanaatimizce hiçbir şey kaybedilmez, aksine fahiş fiyat artışının bir idari suç olarak neyi ifade ettiği daha açık bir hal kazanır ve bu hükmün diğer kanunlar karşısındaki anlamı, en azından kanun düzeyinde yapılan tartışmalardan daha sağlıklı bir sonuca bağlanabilirdi. Böylece hukuki açıdan ortaya çıkması muhtemel birçok sorunun, daha baştan engellenmesi mümkün olabilirdi.

Fahiş fiyat artışına ilişkin Perakende Ticaret Kanunu’nun ek 1. maddesine eklenen hüküm; Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesinde yer verilmiş olunan “Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.” hükmü ile de çalışmaktadır –Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesi bir Anayasa hükmü olmaması hasebiyle yasa koyucuyu bağlayıcı bir nitelik taşımamakla

²⁴ Amerikan eyaletlerinin en az 18 tanesinde bu şekilde kanunlarda sadece *haksız fiyat artışı (unconscionable, excessive, exorbitant veya unreasonable price)* bir idari suç olarak yaptırıma tabi tutulmuş, fakat bu deyim tanımlanmamıştır. Wilson (n 3) 64.

²⁵ Amerikan uygulamasında *fahiş fiyat artışı (price gouging)* deyiminin belirsizlik oluşturduğu ve bu durumun ekonomi üzerinde olumsuz etkiler ortaya çıkaracağı hakkında bkz. Giberson (n 9) 52-53. AB rekabet hukuku uygulamasında *aşırı fiyatlamaya (excessive pricing)* müdahale edilmesi noktasında, bu deyim *hukuki belirsizlik (legal uncertainty)* içerdiğine ilişkin iddialara yer veren bir çalışma için bkz. Motta ve de Streele (n 4) 18.

²⁶ İdari suçlarda kanunilik ilkesinin önemi hakkında bkz. Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi* (1. Bası, Beta 2013) 117-124.

birlikte burada yapmış olduğumuz değerlendirmeyi destekleyici nitelikte bir hüküm olarak göz önünde bulundurulmuştur-. Görüldüğü üzere Kabahatler Kanunu'ndaki yasama yaklaşımı, hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanmasını veya kabahate ilişkin idareye düzenleme yetkisi bırakılacaksa anılan kabahatin mutlaka kapsam ve koşullarına kanunda yer verilmesini zorunlu kılmaktadır. Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesinde yer alan hüküm, fahiş fiyat artışı idari suç tipinin kapsam ve koşullarına ilişkin yeterli düzeyde bir açıklık maalesef getirmemiştir.

Bu noktada *kanunilik ilkesi* bahsinde Anayasa Mahkemesi içtihatlarının farklı bir yönde seyretmekte olduğuna işaret etmek gerekir. Anayasa Mahkemesi eski içtihatlarında yasa koyucunun yasal bir düzenlemeyle idareye yetki devrinde bulunmasını, kanunda genel ve çerçeve nitelikte hükümlere yer verilmesi ve ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi bırakılmış olması kaydıyla, Anayasa'ya uygun bulmaktaydı. Son dönemlerdeki Anayasa Mahkemesi içtihadı ise bundan farklı olarak, sadece Anayasa'da açıkça kanunla düzenleme yapılacağı belirtilen konularda yasa koyucunun daha ayrıntılı ve güvence sağlayıcı nitelikte düzenleme yapmasının zorunlu olduğu, Anayasa'da açıkça kanunla düzenleme yapılmasının belirtilmediği konularda ise konunun düzenlenmesinin tamamıyla idareye bırakılabileceği yönünde gelişmektedir²⁷. Anayasa'da –Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” hükmü kapsamında idari cezalardan farklı olarak- kabahat ya da idari suçların kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum anılan Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesinde yer verilmiş olunan fahiş fiyat artışı idari suç tipinin, Anayasa'ya uygun bir düzenleme olduğunun kabulü sonucunu doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu yeni içtihadının isabetli bir içtihat olmadığını belirtmemiz gerekir.

2. Fahiş Fiyat Artışı İdari Suç Tipinin Tanımının Yönetmelikle Olağanüstü Dönemlere Özgülenmesi Çabası

Perakende Ticaret Kanunu'nun Ek 1. maddesinde üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamayacağı öngörölmüş ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun bu tür durumların gerçekleşmesi halinde idari yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Dikkat edilirse anılan maddede, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun sadece olağanüstü dönemlerde gerçekleşen fahiş fiyat artışlarına karşı idari yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğuna ilişkin sınırlandırıcı nitelikte bir hükme yer verilmemiştir. Yani Ek 1. maddeye göre

²⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/150, K. 2017/179, 28.12.2017, RG. 15.2.2018-30333; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/180, K. 2018/4, 18.1.2018, RG. 7.2.2018-30325.

Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, sadece olağanüstü dönemlerde görev yapan bir Kurul değil olağanüstü dönemleri de kapsamakla birlikte olağan dönemlerde de görev yapan bir Kuruldur.²⁸

Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde ise *fahiş fiyat artışı*,

“Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından satışa sunulan ve kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetlerin fiyatında girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan aşırı ve adil olmayan artış”

olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere anılan Yönetmelik maddesi ile Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun görev alanı sadece “Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda” görev yapmakla sınırlandırılmış, dolayısıyla Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesi ile getirilen fahiş fiyat artışı idari suç tipinin kapsam alanı da sadece bu dönemleri kapsayacak şekilde daraltılmıştır. Yönetmelikte benimsenen bu yaklaşım, fiyat artışları konusunda idari yaptırım uygulamakla görevlendirilmiş diğer kurumlar olarak Rekabet Kurumu ve Reklam Kurulu gibi kurumlarla Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu arasında ortaya çıkması muhtemel yetki çatışmalarının önlenmesi düşüncesinden kaynaklanmış olabileceği gibi, olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarıyla daha etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için, görevi sadece bu konuyla ilgilenmek olan özel bir kurulun oluşturulması gerektiği düşüncesinden de kaynaklanmış olabilir. Bu düşünceler bir tarafa, getirilen bu yönetmelik hükmünün hukuki açıdan bir kere Perakende Ticaret Kanunu'na uygunluğu ciddi bir tartışma konusu olabileceği gibi, bu yönetmelik hükmünün olağanüstü dönemlerde fiyat artışlarıyla mücadelede yetkilendirilmiş Rekabet Kurumu ve Reklam Kurulu gibi diğer kurum ya da kuruluşların sahip oldukları yetkileri kaldırmış olduğu konusunda da büyük bir soru işareti bulunmaktadır.

Kanaatimizce Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği ile, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun ve dolayısıyla fahiş fiyat artışı idari suç

²⁸ Perakende Ticaret Kanunu'na Ek 1. maddenin eklendiği 7244 sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında, bu Kanunun hem genel hem de madde gerekçelerinde fahiş fiyat artışının bir idari suç olarak ihdasına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ayrıca fahiş fiyat artışını idari suç haline getiren düzenlemeler, Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin TBMM Başkanlığı'na sunulduğu ilk halinde yer almadığı, Plan ve Bütçe Komisyonu'nda verilen önergelerle teklif metnine eklenmiştir. Teklife ilişkin Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss213.pdf>> Erişim Tarihi 3 June 2020.

tipinin kapsam alanının daraltılması, ilk bakışta idarenin takdir yetkisinin kullanımına ilişkin bir konuymuş gibi görünmekle birlikte, aslında Perakende Ticaret Kanunu'nun Ek 1. maddesinde yer alan fahiş fiyat artışına ilişkin düzenlemeye açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca Yönetmelikte yer alan bu düzenleme, Anayasa'nın kişilere tanımış olduğu dilekçe hakkının (md. 74) kapsam alanını daraltması ve dolayısıyla bu hakkı doğrudan sınırlandırması nedeniyle de hukuka aykırıdır. Dolayısıyla olağan dönemlerde bu Kurula yapılan fahiş fiyat artışı iddialarının Kurulca sırf bu gerekçeyle reddedilmesi hukuka aykırı olacaktır. Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun sadece olağanüstü dönemlerde görev yapması isteniyorsa bu yöndeki bir düzenlemeye doğrudan Perakende Ticaret Kanunu'nda yer verilmeliydi.

3. Fahiş Fiyat Artışı İdari Suç Tipinin Tanımının Yönetmelikle Belirginleştirilme Çabası

Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesinde yer verilmiş olunan fahiş fiyat artışı idari suç tipi, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde tanımlanarak daha belirgin hale getirilmiştir. Yönetmelikte yer alan hüküm, fahiş fiyat artışı idari suç tipinin ne anlam ifade ettiğinin belirlenmesi açısından çok daha açıklayıcı ve belirgindir. Fakat Yönetmelikteki bu tanımlama ile *fahiş fiyat artışının* sadece “Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda” gerçekleştirilebilecek bir fiil olduğu kabul edildiğinden, bu idari suç türü Perakende Ticaret Kanunu'na göre daha sınırlandırıcı bir yapıya kavuşmuştur²⁹.

Yönetmelikte olağanüstü durumlar, “olağanüstü hal”, “afet” ve “ekonomik dalgalanma dönemleri” olarak sayılmış, ayrıca “diğer acil durumlar” deyimine yer verilerek ülke açısından acil nitelik arz eden salgın hastalık, terör saldırısı, kıtlık, elektrik kesintisi, savaş, ayaklanma ve grev gibi diğer durumlar da Yönetmelik kapsamına alınmıştır³⁰. Ülkenin karşılaştığı olağanüstü durumların bu niteliklerini tespit açısından, şüphesiz siyasi iradenin takdir yetkisi vardır³¹. Fakat Yönetmelikte yer verilmiş olunan “ekonomik dalgalanma

²⁹ Öte yandan olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumların gerçekleştiği gün ve bu günün hemen arifesinin yanı sıra, acil durumun etkisinin devam ettiği normalleşme dönemini de bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Bu yönde genel bir kabulün bulunduğunu belirten bir çalışma için bkz. Wilson (n 3) 55.

³⁰ Örneğin bazı Amerikan eyaletlerinde grev, elektrik kesintisi, kıtlık ve terör saldırısı gibi olaylar olağanüstü durum kabul edilmekte ve bu dönemlerde gerçekleşen fahiş fiyat artışları, idari yaptırıma tâbi tutulmaktadır. Brewer (n 3) 1113.

³¹ Örneğin New York kanunlarında, olağanüstü durumun gerçekleşmesi ya da yakın tehlikenin baş göstermiş olması, fahiş fiyat artışını idari yaptırım altına alan kanunların yürürlük kazanabilmesi için yeterli görülmüştür. Brewer (n 3) 1120. Kanaatimizce anılan Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında yakın tehlike hali de müdahale için yeterli bir neden oluşturur. Kaldı ki Perakende Ticaret Kanunu'nda zaten, fahiş fiyat artışının idari yaptırıma tabi tutulmasında bu Kanunun sadece olağanüstü dönemlerde uygulanacağına ilişkin bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir.

dönemleri” deyiminin anlamı çok net değildir. Bu durum, söz konusu deyim anlamlandırılmasında oldukça farklı yorumların ortaya çıkmasına neden olabileceğinden, Yönetmeliğin uygulama alanı açısından bir belirsizlik oluşturabilir.

Yönetmelikle *fahiş fiyat artışı*, üzerinde artış yapılabilecek mal ve hizmetler yönünden de sınırlandırılmıştır. Anılan Yönetmelik hükmüne göre fahiş fiyat artışı, sadece “kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetler” üzerinde yapılabilir. Anılan Yönetmelik hükmünde kamunun beslenmesi, sağlıklı yaşaması ve korunmasından bahsedilmekle birlikte “gibi” ibaresi de kullanılmış olduğundan, örneğin benzin, toplu ulaşım, posta, kargo ya da nakliye fiyatlarında ortaya çıkan fahiş artışlar da bu Yönetmelik kapsamında değerlendirilebilir. Aslında mal ve hizmet yönünden Yönetmeliğe bu şekilde sınırlandırıcı bir hüküm konulması doğru bir yaklaşım olmamıştır. Çünkü Perakende Ticaret Kanunu’nda bu şekilde bir sınırlandırma yer almamaktadır. Bu Kanuna göre fahiş fiyat artışı üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından satışa sunulması kaydıyla, her türlü mal ve hizmet üzerinde gerçekleştirilebilir.

Kanaatimizce fahiş fiyat artışına ilişkin Yönetmelikteki hükmün bu idari suç tipinin belirginleştirilmesi bahsinde en kayda değer katkısı, fiyat artışlarının “girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan aşırı ve adil olmayan artış” olarak ifade edilmiş olmasıdır³². Görüldüğü üzere bu düzenleme, Perakende Ticaret Kanunu’nda yer alan *fahiş fiyat artışı* idari suç tipinin kapsam alanını sınırlandırıcı nitelikte bir hüküm değil, tam aksine kanundaki bu hükmün açıklanmasını, daha teknik bir tabirle uygulanmasını sağlayıcı nitelikte bir düzenlemedir ve bu yönüyle kanuna uygundur.

Şu halde Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği’ne göre bir mal veya hizmetin fiyatındaki artışın, girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanması halinde³³ fahiş fiyat artışından söz

³² Amerikan hukukunda *fahiş fiyat artışının (price gouging)* tanımlanması konusunda bu noktada iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüş girdi maliyetlerini göz önünde bulundurmaksızın doğal afetler sonrası ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarını bir idari suç olarak kabul ederken, diğer bir görüş ise girdi maliyetlerinden kaynaklı fahiş fiyat artışlarını bu suç kapsamında değerlendirmemektedir. Bu bilgi için bkz. Wilson (n 3) 55. Eyalet kanunlarında ise genellikle bu ikinci görüş esas alınmaktadır. Brewer, (n 3) 1115; Cary ve diğerleri (n 7) 7.

³³ Örneğin Türk Eczacıları Birliği, Covid-19 salgını sürecinin ilk günlerinde eczanelerde satılan maskelerin fiyatlarında ortaya çıkan artışların, tedarik fiyatlarındaki artıştan kaynakladığını iddia etmektedir. İddiaya göre, “Ülkemizde COVID-19’un ilk görülmeye başlandığı günlerde 3-4 liraya temin edilen maskeler, bugün eczanelerimize 80 kuruştan ulaştırılmakta.” İddia için bkz. <<https://www.teb.org.tr/news/8836/BASINA-VE-KAMUOYUNA>> Erişim Tarihi 4 June 2020. Bu iddianın gerçek olduğunun tespit edilmesi halinde –elbette her

edilemeyeceği gibi yapılan artış, girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmasa bile aşırı olmayan veya adil bir durum ortaya çıkarmayan fiyat artışları da, fahiş fiyat artışı olarak kabul edilemez.

Sonuç olarak Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesindeki fahiş fiyat artışı idari suç tipinin kanundan kaynaklı yetersiz tanımının, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği ile belirginleştirilmesi ve açıklığa kavuşturulması konusunda büyük ölçüde başarılı olunmuştur.

B. Fahiş Fiyat Artışında Hukuka Uygunluk Nedenleri

Sektörel nitelikli düzenlemeler ile bazen mal ya da hizmetlerin fiyatlarında devletin çeşitli kurum ya da kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından belirlemeler yapılmakta ya da taban veya tavan fiyat uygulamaları getirilebilmektedir. Bu tür durumların söz konusu olması halinde, sektörel nitelikteki bu tür düzenlemelere uyulması kaydıyla mal ya da hizmetlerin fiyatlarında yapılan artışların *fahiş fiyat artışı* idari suçunu oluşturması mümkün değildir. Bu tür düzenlemeler fiyat artışlarında birer *hukuka uygunluk nedeni* teşkil eder.

Bu tür durumlarda mal ya da hizmetlerin fiyatlarındaki artışların kamu kurum ve kuruluşları ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kararlarıyla belirlenmesi, bu kararlar doğrultusunda mal ya da hizmetlerin fiyatlarında artışa giden kişi ya da işletmelere bir hukuka aykırılık isnadı yüklenmesini engellemektedir. Devletin yetkili kurum ya da kuruluşları tarafından yasaklanmamış fiillerin gerçekleştirilmesinin yine devlet gücüyle yaptırıma tabi tutulması kadar mantıken ve vicdanen izahı mümkün olmayan bir hadise olamaz.

Öte yandan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından yürürlüğe konulan bu tür sektörel nitelikteki fiyat belirlemelerine rağmen, belirlenen fiyatların üzerinde mal ya da hizmet fiyatlarında artışa gidilmesi,³⁴ bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasını engeller. Fakat bu tür durumlarda; sektörü düzenleyen kanunlar ile genel nitelikli kanunlardan hangisinin uygulama alanı bulacağına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir.

eczane açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir-, Covid-19 salgın sürecinin ilk günlerinde maske fiyatlarındaki artışlardan dolayı eczanelerin sorumluluğuna gidilmesinde daha dikkatli davranılacak, maske fiyatlarında fahiş artış yapan tedarik zincirindeki diğer kişi ya da firmaların sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

³⁴ Şehirlerarası otobüs fiyatlarına ilişkin tavan fiyat uygulamasına rağmen, Covid-19 salgınının ülkemizde devam ettiği günlerde otobüs fiyatlarında tavan fiyat uygulamasının aşıldığı iddiasını içeren basında yer almış bir haber için bkz. "Vatandaş otogara koştu! Tavan fiyat aşıldı, bavul için 50 lira" başlıklı haber, <<https://www.memurlar.net/haber/908623/vatandas-otogara-kostu-tavan-fiyat-asildi-bavul-icin-50-lira.html>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.

C. İhlale Karşı Öngörülen İdari Yaptırımlar

Perakende Ticaret Kanunu'nda fahiş fiyat artışına karşı açıkça öngörülen idari yaptırım türü, *idari para cezası*dır. Kanunda *idari tedbir* olarak ise açık bir düzenlemeye yer verilmemiş ve fakat Ticaret Bakanlığı'nın genel nitelikte idari tedbir uygulama yetkisinden bahsedilmiştir.

1. İdari Para Cezası

Perakende Ticaret Kanunu'na 7244 sayılı Kanun'la yapılan eklemeler ile; üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılması halinde on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği, bu idari para cezalarını uygulama yetkisinin ise Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nda olacağı öngörülmüştür (Perakende Ticaret Kanunu, md. 18). Şu halde Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesi kapsamında fahiş fiyat artışlarına karşı idari yaptırım uygulama yetkisi, Ticaret Bakanlığı'nda değil Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'ndadır. Yine burada öngörülen ceza, alt ve üst sınır gösterilmek suretiyle belirlenmiştir. Yasa koyucunun bu yaklaşımı, idari para cezalarının kişi ve firma özelinde somutlaştırılması ve hakkaniyete daha uygun bir ceza tesisi açısından oldukça yerindedir. Kabahatler Kanunu'nda, idari para cezalarının kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlenmesi halinde, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte gözetileceği öngörüldüğünden, Perakende Ticaret Kanunu'nun bu hükmüne göre verilecek idari para cezalarında da fahiş fiyat artışı fiilinin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte gözetilmek zorundadır. Nitekim benzer yönde bir hükme, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde de yer verilmiştir. Anılan Yönetmeliğe göre,

“İdari para cezasının belirlenmesinde; işlenen fiilin ağırlığı ve haksızlık içeriği, işletmenin türü, büyüklüğü ve bulunduğu sektör, fahiş fiyat artışı ve stokçuluk faaliyetinden sağlanan menfaat ile daha önce aynı konuda idari para cezası uygulanıp uygulanmadığı gibi hususlar dikkate alınır.” (md. 15/5).

Maalesef Tüketici Kanunu ile 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (bundan sonra *Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu* olarak anılacaktır)'da, bu kanunlar kapsamında değerlendirilebilecek fiyat artışı fiillerine karşı öngörülen idari para cezaları maktu olarak belirlenmiştir ve bu durum, bu kanunlara göre tesis edilen idari para cezalarında somut adaletin sağlanmasına hizmet edememektedir.

Perakende Ticaret Kanunu'nda "Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir." şeklinde özel bir hükme yer verilmiş olduğundan, bu Kanuna göre verilen idari para cezalarının tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekir. Bu noktada Kabahatler Kanunu'nda öngörülmüş olan, idari para cezasına karşı dava açılmış olması halinde bu davanın kesinleşmesine kadar idari para cezasının da kesinleşmeyeceğine dair hükmün³⁵; bu hüküm genel ve önceki tarihli bir hüküm olması nedeniyle uygulama alanı bulması söz konusu olmayacaktır.

2. İdari Tedbirler

Perakende Ticaret Kanunu'nda, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak "Bakanlık; ... Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak oluşan tereddütleri gidermeye, ikincil düzenlemeler yapmaya ve her türlü idari tedbiri almaya, görevli ve yetkilidir." hükmüne yer verilmiş (md. 16/1, ç), Kanunun bir başka hükmünde ise bu Kanun çerçevesinde Bakanlıkça alınan tedbirlere ve yapılan ikincil düzenlemelere uymayanlara iki bin Türk lirası idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Yine anılan Kanunun ek 1. maddesinde; üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı uygulamalarına yönelik her türlü tedbiri almak amacıyla Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun oluşturulacağı belirtilmiştir.³⁶

Hemen belirtmek gerekir ki anılan kanun hükümleri kapsamında; hem Ticaret Bakanlığı hem de Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun uygulayabileceği idari tedbirler, ancak idari yaptırım niteliği taşımayan tedbirler niteliğinde olabilir. İdari yaptırım niteliği taşıyan tedbirlerin, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesine ilişkin hüküm karşısında, mutlaka kanunda açıkça öngörülmesi gerekir³⁷. Bu kapsamda belirli bir süre için işyerinin kapatılması, yapılan reklam yayınlarının durdurulması gibi temel hak ve özgürlükleri doğrudan sınırlandıran idari tedbirlerin, Perakende Ticaret Kanunu çerçevesinde Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nca alınması olanaksızdır. Aslında bu durum da Perakende Ticaret Kanunu'na fahiş fiyat artışını bir

³⁵ Ulusoy (n 22) 108-109.

³⁶ Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesi kapsamında Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nca alınan tedbirlere uyulmaması halinde, bu fiillerinden dolayı kişilere idari para cezası verilebileceğine ilişkin bir hükme ise anılan Kanun kapsamında yer verilmemiştir. Bu durum karşısında, Perakende Ticaret Kanunu kapsamında Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun, kendisi tarafından alınmış olan idari tedbirlere uymayanlara idari para cezası uygulama yetkisinin bulunmadığı söylenebilir.

³⁷ İl Han Özay, *Günlüğünde Yönetim* (Filiz Kitabevi 2017) 723. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (11. Bası, Savaş Yayınevi 2019) 603. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (8. Bası, Adalet 2020) 296; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Uş Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (8. Bası, Seçkin 2019) 728-729.

idari suç olarak ekleyen 7244 sayılı Kanun'daki eksikliklerden biridir. Dikkat edilirse burada bahsedilen türden idari tedbirler, örneğin Tüketici Kanunu, Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu ve Rekabet Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş ve açıkça düzenlenen bu tür tedbirleri alma konusunda sırasıyla Reklam Kurulu, belediyeler ve Rekabet Kurulu yetkili kılınmıştır.

Bu açıdan doktrinde, kanunilik ilkesinin *idari tedbirler* açısından uygulanmasına gerek olmadığını ileri süren görüşlere³⁸ katılmanın imkânı yoktur.

Öte yandan idari para cezası dışında kalan *işyerinin kapatılması* ya da *ruhsat iptali* gibi idari tedbir niteliğini aşan *idari cezalara* da Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nca karar verilemeyeceğini belirtmemiz gerekir. Çünkü bu Kurula, Perakende Ticaret Kanunu'nda bu yönde bir yetki verilmemiştir.

3. İdari Yaptırımlara Karşı Yargı Yolu

Perakende Ticaret Kanunu kapsamında verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğuna ilişkin açık bir hükme, anılan Kanun içeriğinde yer verilmemiştir. Bu yaklaşım, kendiliğinden konu hakkında Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde yer verilmiş olunan hükmün geçerlilik kazanmasına neden olmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesine göre, bu Kanunun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanabilir. Perakende Ticaret Kanunu'nda aksine bir hüküm bulunmadığından, bu Kanun kapsamında fahiş fiyat artışından dolayı verilen idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir." hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Buna göre Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun vermiş olduğu idari para cezalarına karşı idari yargıda değil kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Hâlbuki fahiş fiyat artışının Rekabet Kanunu ya da Tüketici Kanunu kapsamında bir ihlale yol açması ve bundan dolayı idari para cezası kararı alınması halinde, alınan bu kararlara karşı idari yargı mercilerinde dava açılabilmektedir³⁹.

³⁸ Ulusoy (n 22) 26, 98; Murat Ekinci, 'Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar' (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 19, 29.

³⁹ Rekabet hukukundan kaynaklanan davaların birbirinden farklı yargı kollarında ve hatta adli yargı kolunda görülecek davaların birbirinden farklı mahkemelerde görülmesinin eleştirisi için bkz. Ahmet Fatih Özkan, 'Türkiye'de Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Çok mu Uzak Bir İhtimal?' (2017) 132 TBB Dergisi 233, 242-243. Bu çalışmada çözüm olarak, iptal ve tazminat davalarının adli yargı bünyesinde bir uzmanlık mahkemesi olarak kurulması düşünülen rekabet mahkemelerinde görülmesi gerektiği savunulmuştur. Özkan (n 39) 270-

Bu durum benzer nitelik taşıyan hukuki uyumsuzlukların birbirinden farklı yargı kollarında görülmesine neden olacak, farklı yargı kollarında yer alan mahkemeler birbirinden farklı içtihatlarda bulunabilecek, netice itibarıyla yasa koyucunun bu yaklaşımı benzer hukuki durumda bulunan kişilerin farklı hukuk kurallarına tabi tutulması nedeniyle hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerini zedeleyebilecektir⁴⁰. Perakende Ticaret Kanunu'nda Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun kararlarına karşı da idari yargı mercilerinde dava açılabilmesine ilişkin bir hüküm getirilmesi daha yerinde olurdu.

III. AMERİKAN HUKUK UYGULAMASINDA PRICE GOUGING

Amerikan hukukunda *price gouging* (fahiş fiyat artışı), doğal felaketlerde insanların içerisinde düşmüş oldukları zor durumun suiistimal edilerek hayati derecede ehemmiyet arz eden mal ve hizmetlerin fiyatlarında aşırı (fahiş) düzeyde fiyat artışı yapılmasını ifade etmekte ve cezai yaptırımlar da dâhil olmak üzere idari yaptırıma tabi tutulan bir ihlal türünü oluşturmaktadır⁴¹. Teknik bir hukuki tabir olarak kullanılan *price gouging*, Amerikan hukukunda ağır bir idari suç türünü oluşturur; bu suçu işleyen kişiler toplum nezdinde ciddi bir şekilde kınanır ve toplumdan dışlanır. Hatta bu idari suçu işlemiş kişiler ağır bir adli suç işlemiş gibi bir muameleye de maruz kalırlar. *Price gouging* fiilinin söz konusu olduğu hallerde genellikle bu fiil, *yağma* (*looting*), *sahtekârlık* (*fraud*) ve *cebir* (*coercion*) gibi suç türleri ile birlikte anılır⁴².

Amerikan hukuk sisteminde *price gouging* fiilini ulusal düzeyde idari yaptırıma tabi tutan bir kanun bulunmamaktadır⁴³. Bununla birlikte fahiş fiyat artışlarının olağanüstü durumların kötüye kullanılmasından kaynaklı olarak

271. Kanaatimizce idari işlemlerden kaynaklanan iptal ve tam yargı davalarının görüm yeri, olan hukuk bakımından Anayasa gereğince idari mahkemeler olduğu gibi olması gereken hukuk bakımından da idari mahkemeler olmalıdır. Çünkü hukuk sistemimizde Anayasa'nın 155. maddesi gereğince idari mahkemeler ile bu mahkemelerin kararlarını son inceleme mercii olarak incelemekle görevli Danıştay isminde bir kurum oluşturulduysa bu anayasal yaklaşımı, idari işlemlerin yargısal denetim görevinin idari yargı koluna bırakılmış olduğu şeklinde yorumlamak kaçınılmazdır. Olması gereken hukuk bakımından ise idari işlemlerin yargısal denetiminin idari mahkemelerce yapılmasının gerekliliği, bu mahkemelerin idari işlemlerin yargısal denetiminde uzmanlık bilgisine sahip olmalarına dayandırılabilir.

⁴⁰ Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)* (1. Bası, Asil Yayın Dağıtım 2006) 132.

⁴¹ Brewer (n 3) 1101-1102; Wilson (n 3) 55; Chen (n 8) 129; Giberson (n 9) 50.

⁴² Wilson (n 3) 61-63. Fakat yazar aynı yerde bu durumu eleştirmekte, *price gouging fiilinin söz konusu suçlarla bir ilişkisinin bulunmadığını belirtmektedir. Öte yandan doktrinde, haksız artış (gouging) kavramının adam öldürme (murder) kavramı gibi olumsuz bir anlama sahip olduğunu belirten yazarlar da vardır. Bkz. Brewer (n 3) 1101, 1103.*

⁴³ Ayrıca Amerikan hukuk sisteminde, piyasada hakim durumda bulunan teşebbüslerin doğrudan tüketicileri sömürücü nitelikteki fahiş fiyat artışları bir rekabet ihlali sayılmamakta, bu duruma izin verilmektedir. Cary ve diğerleri (n 7) 2-3.

gerçekleştirilmesi halinde, bu fiili idari yaptırım altına alan birçok eyalet kanunu vardır⁴⁴. Bu kanunlar, *price gouging* fiilini farklı şekillerde düzenleme altına almışlardır. Bu farklılıklara girmeksizin anılan kanunların taşıdığı bazı özelliklerden burada genel olarak bahsetmek faydalı olacaktır.

Bu çerçevede Amerikan eyalet kanunlarında, *price gouging* fiilini hürriyeti bağlayıcı nitelikte cezai yaptırım altına alan kanunlar bulunduğu gibi, idari yaptırım altına alan kanunlar da vardır⁴⁵. Yine bu kanunlarda *price gouging*, ayrıntıya inildiği vakit farklılıklar göstermekle birlikte, genellikle olağanüstü durum öncesine göre fiyatlarda gerçekleşen *haksız artış (unacceptable increase veya unfair price)* olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Olağanüstü durum öncesine göre gerçekleşen haksız artışın tespitinde ise bu durum ortaya çıkmadan önceki belirli bir dönemde gerçekleşmiş ortalama mal ya da hizmet fiyatlarındaki artışlar -% 10 ve % 25 oranında artış yapılmış olması gibi- esas alınabildiği gibi, bu konuda herhangi bir tanımlamaya gitmeksizin sadece *fahiş fiyat artışı* ifade edecek şekilde *unconscionable, excessive, exorbitant veya unreasonable price* gibi kavramlar kullanılarak bir belirleme yapılmaya gidildiği de görülmektedir⁴⁷. Burada izlenen ilk yöntem, hangi durumlarda *price gouging* fiilinin gerçekleştirilmiş olduğunun tespiti açısından daha net ve belirgin bir tanımlama sunmaktadır. İkinci yöntem ise yoruma, çok daha açıktır⁴⁸. Bu konuda üçüncü bir yöntem olarak olağanüstü durum öncesine göre fiyat artışlarını hiçbir şekilde kabul etmeyen eyalet kanunlarının yürürlüğe konulduğu da belirtilmektedir⁴⁹.

Burada belirtilen kanunların bir kısmının önemli bir özelliği ise girdi maliyetlerinden kaynaklı fahiş fiyat artışlarını, idari suç olarak kabul etmemeleridir⁵⁰.

SONUÇ

Perakende Ticaret Kanunu'nda yapılan değişikliklerle hukuk sistemimize giren *fahiş fiyat artışı*, yeni bir idari suç ihdası olarak değerlendirilebilir. Bu idari suç tipinde kendine özgü bir fail tanımlaması vardır ve fiyatlarda *fahiş* bir şekilde *artış* yapılmış olması unsurlarına vurgu yapılmıştır. Ayrıca bu idari suç tipi, fahiş fiyat artışının haksızlık oluşturması gibi için bir özelliği bünyesinde taşımaktadır.

⁴⁴ Wilson (n 3) 63-64; Giberson (n 9) 50.

⁴⁵ Brewer (n 3) 1116.

⁴⁶ Brewer (n 3) 1113-1114; Wilson (n 3) 64; Cary ve diğerleri (n 7) 4.

⁴⁷ Brewer (n 3) 1113-1114; Wilson (n 3) 64; Cary ve diğerleri (n 7) 4; Giberson (n 9) 50-53.

⁴⁸ Brewer (n 3) 1114.

⁴⁹ ibid 1115.

⁵⁰ ibid 1115.

Covid-19 salgını sürecinde ortaya çıkmış olan fahiş fiyat artışlarına karşı devletin etkin bir mücadele yürütmesi kamu yararına ve kamu düzeninin tesisi için kaçınılmazdır. Bu açıdan bu süreçte ortaya çıkmış fahiş fiyat artışlarına karşı devletin yeni ve daha etkin düzenlemeler getirmesi, doğru ve haklı bir yaklaşımdır. Nitekim tüm dünyada, bu yönde düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Fakat kanaatimizce Perakende Ticaret Kanunu'na eklenen ek 1. madde ile getirilen düzenleme, bazı açılardan yetersiz bir düzenleme niteliği taşımakta, kanunilik ilkesinin gereklerini tam olarak karşılayamamakta, yetki çatışmalarının ortaya çıkmasını önleyici bir özellik gösterememekte ve idari yaptırım kararlarına karşı açılan davaların adli yargı mercilerinde görülmesine imkân sağlayarak fiyat artışları ile ilgili idari yaptırımlar konusunda adli-idari yargı mercileri arasında içtihat farklılıklarının ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır.

Perakende Ticaret Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin yetersizliği; üretici, tedarikçi ve perakende işletme niteliğinde olmayan kişilerin mal ve hizmet fiyatlarında olağanüstü dönemlerde yaptıkları fahiş artışları idari yaptırıma tabi kılmaması ve hakkında idari yaptırım uygulanacak fiillerin tek veya birden çok fiil oluşturup oluşturmadığının tam olarak belirginleştirilememesi noktalarında olmuştur.

Ek 1. madde aynı zamanda *kanunilik ilkesinin* gereklerini de tam olarak karşılayamamıştır. Kanunda sadece *fahiş fiyat artışı* yapılamayacağı yönünde emredici bir hükme yer verilmiş ve fakat fahiş fiyat artışının ne anlama geldiği, anılan kanun hükmünde düzenleme altına alınmamıştır. Hatta kanunda bu idari suç tipinin sadece olağanüstü dönemlerde geçerlilik kazanacağına ilişkin bir düzenlemeye dahi yer verilmemiş, bütün bu hususlar yönetmelikle açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Fakat bu yaklaşım, Perakende Ticaret Kanunu ile çeşitli açılardan fahiş fiyat artışlarını idari yaptırıma tabi tutan diğer kanunlar (Rekabet Kanunu, Tüketici Kanunu ve Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu gibi) arasındaki norm ilişkisini tam olarak açıklığa kavuşturamadığından söz konusu kanun hükümleri arasında norm çatışmalarının ortaya çıkmasına neden olabilecek bir nitelik taşımaktadır. Anılan kanunların her biri birbirinden farklı kamu kurumlarını yetkilendirdiği için fahiş fiyat artışlarına idari yaptırım uygulayacak kamu kurumları arasında bir yetki çatışmasının ortaya çıkması da olasıdır. Bu durum fahiş fiyat artışlarına idari yaptırım uygulanması konusunda hukuki öngörülebilirliği olumsuz etkileyebilir ve hukuki öngörülebilirliğin zayıfladığı bir ortamda ülke ekonomisi zarar görebilir.

Kanunilik ilkesi ile ilgili olarak, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği ile getirilen bazı hükümlerin Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesi ile uyumlu olmadığı hususunun da ayrıca belirtilmesi gerekir. Bu kapsamda özellikle anılan Yönetmeliğin, fahiş fiyat artışını sadece olağanüstü

dönemlere özgü bir idari suç tipi olarak tanımlaması ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nu sadece bu dönemlerde görev yapacak bir Kurul olarak öngörmesi, Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesi hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Fahiş fiyat artışına ilişkin anılan Yönetmelikte yer verilen diğer düzenlemeler ise bu idari suç tipinin açıklığa kavuşturulması bakımından oldukça yerinde olmuştur. Özellikle mal ve hizmetlerin fiyatlarında girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanılarak yapılan artışların fahiş fiyat artışı idari suç tipini oluşturmayacağına yönelik yönetmelik hükmünün, oldukça isabetli olduğu belirtilmelidir.

Son olarak genel düzeyde idari yaptırım teorisine ilişkin olmakla birlikte, makalemizin konusu bağlamında fahiş fiyat artışı yapan kişi ya da firmalara verilen cezalara karşı birbirinden farklı yargı kollarında dava açılabilir olması da bir başka ciddi sorundur. Hukuk sistemimizde fiyat artışlarından dolayı düzenleme ve idari yaptırım uygulama konusunda birden fazla kamu kurumu yetkilendirilmiş ve bunlardan bir kısmının kararlarına karşı idari yargı mahkemelerinde, diğer bir kısmının kararlarına karşı ise sulh ceza mahkemelerinde dava açılabileceği kabul edilmiştir. Bu durum iki farklı yargı kolunun en üstünde bulunan Yargıtay ile Danıştay kararları arasında, fiyat artışı idari suç tipinin yorumlanması konusunda farklı içtihatların ortaya çıkmasına neden olacak, böylece içtihat öngörülebilirliğini ortadan kaldırarak hukuk güvenliğini zedeleyebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut E, *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi* (1. Bası, Beta 2013).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (11. Bası, Savaş Yayınevi 2019).
- Aslan İY, *Rekabet Hukuku Dersleri* (7. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2020).
- Boshoff WH, 'The competition economics of excessive pricing and its relation to the Covid-19 disaster period' (2020) 1-14 <<https://ssrn.com/abstract=3593292>> Erişim Tarihi 30 July 2020.
- Brewer M, 'Planning Disaster: Price Gouging Statutes and the Shortages They Create' (2007) 72 (3) Brooklyn Law Review, 1100-1137 <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol72/iss3/5>> 15 June 2020.
- Cary GS, Dolmans M, Hoffman B, Graf T, Brannon L, Pepper R, Mostyn H, Lazda ARB, Haynes S, Georgieva K, Przerwa J, 'Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities', e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin, 1-10 <https://www.concurrences.com/pdf_version.api/article-94392.pdf> Erişim Tarihi 23 July 2020.
- Chen ACM, 'A market-based and synthesised approach to controlling price gouging' (2011) 4 (1) Int. J. Private Law, 128-142.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, (8. Bası, Adalet 2020).
- Çağlayan R, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)* (1. Bası, Asil Yayın Dağıtım 2006).
- Ekinci M, 'Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar' (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 19-54.
- Federal Trade Commission, *Investigation of Gasoline Price Manipulation and Post-Katrina Gasoline Price Increases* (2006) <www.ftc.gov>, aktaran Wilson (n 3) 58.
- Giberson M, 'The Problem with Price Gouging Laws' (2011) 34 (1) Regulation, 48-53 <<https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2011/4/regv34n1-1.pdf>> Erişim Tarihi 29 June 2020.
- <https://www.milliyet.com.tr/galeri/dusen-faizlere-ragmen-artan-konut-fiyatları-tepki-cekıyor-6227903/13> Erişim Tarihi 10 June 2020.
- <https://emlak.haber7.com/emlak/haber/2969052-corona-virus-sonrasi-mustakil-ev-fiyatları-katlandı> Erişim Tarihi 10 June 2020.
- <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 3 June 2020.

- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss213.pdf> Erişim Tarihi 3 June 2020.
- <https://www.teb.org.tr/news/8836/BASINA-VE-KAMUOYUNA> Erişim Tarihi 4 June 2020.
- <https://www.memurlar.net/haber/908623/vatandas-otogara-kostu-tavan-fiyat-asildi-bavul-icin-50-lira.html> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.
- Kallek C, ‘Narh Konusuna Yeniden Bakış’ (2006) 7 İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 257-276.
- Motta M ve de Streel A, ‘Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?’ iç Konkurrensverket Swedish Competition Authority (ed) *The Pros and Cons of High Prices* (2007) 14-46.
- Özay İH, *Günüşiğinde Yönetim* (Filiz Kitabevi 2017).
- Özel Ç, ‘Hukuksal Açından Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme’ iç Müberra Babaoğul ve Arzu Şener (edr), *Tüketici Yazıları (I)* (Hacettepe Üniversitesi Yayınları 2007) 15-26.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2019).
- Özkan AF, ‘Türkiye’de Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Çok mu Uzak Bir İhtimal?’ (2017) 132 TBB Dergisi, 231-286.
- Rakić I, ‘Competition Law in the Age of Covid-19’ (2020) LXVIII (2) Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 25-61 <<https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0003-2565/2020/0003-25652002025R.pdf>> Erişim Tarihi 2 July 2020.
- Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (8. Bası, Seçkin 2019).
- Toktaş Y, ‘Food Sector in Turkey During Covid-19 Pandemic’ iç Yüksel Akay Unvan ve İbrahim Serbestoğlu (edr) *Current Researches in Economics and Administrative Sciences* (2020) 623-640.
- Ulusoy AD, *İdari Yaptırımlar* (1. Bası, XII Levha 2013).
- Ünal Ç, ‘Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar’ (2010) 11 (4) Rekabet Dergisi, 111-164.
- Wilson D, ‘Price Gouging, Construction Cartels or Repair Monopolies? Competition Law Issues Following Naturel Disasters’ (2014) 20 Canterbury Law Review, 53-90 <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/CanterLawRw/2014/4.html>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

- 1- **Muhammet Sefa CETİN**
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA BİLİŞİM
SİSTEMİNE GİRME VEYA KALMA SUÇU (TCK m. 243)
*Crime of Entering and Staying in the Information
Systems in the Light of Court of Cassation
Decisions (IPC art.243)*
- 2- **Yasin KÖSE**
AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
The Attorney's Obligation of Illumination
- 3- **Ramazan TURAN**
TEMİNAT ALTINA ALINMIŞ ALACAKLARIN
DEVİRİ
Assignment of Guaranteed Claims
- 4- **Ömer BATUR**
YENİ BİR MODEL OLARAK HAKİM-SAVCI
YARDIMCILIĞINDA YETİŞTİRİLME SÜRECI
*The Process of Improving as a New Model for the
Assistant Judge-Prosecutor*
- 5- **Doç. Dr. Adil NAS**
KONUT VE İŞ YERİ TESLİMLERİNDE KATMA DEĞER
VERGİSİ İSTİSNASI VE BU İSTİSNANIN ANAYASAL
İLKELER OLAN MALİ GÜÇ VE EŞİTLİK İLKELERİ
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
*Housing and Office Delivery Exception in Value
Added Tax and Consideration of This Exception in
Terms of Ability to Pay and Equality Principles*
- 6- **Yunus Emre BAĞLAR**
CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA BEDEN
MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK
ALINMASI
*Physical Bodily Examination and Taking Samples
from the Body in Criminal Procedure Law*
- 7- **Doç. Dr. Fahri BAKIRCI**
Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ
TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NDE
"SÜREKLİLİK İLKESİ" ÇERÇEVESİNDE "ARA
VERME" VE "TATİL" ÜZERİNE
*On the "Adjournment" and "Recess" of Grand
National Assembly of Turkey in the Light of
Continuity Principle*
- 8- **Gökhan ÇAYAN**
İDARİ YARGIDA MASUMİYET KARİNESİ:
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI
AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME
*Presumption of Innocence in Administrative Law
Jurisdiction: A Review Considering European Court of
Human Rights and Constitutional Court' Case- Law*
- 9- **Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER - Onur ÖZKAN -
Merve BAKDUR**
CEZA HUKUKUNDA HATA VE HATAYA
BAĞLANAN SONUÇLAR
Error in Criminal Law and Consequences Related to Error
- 10- **Dr. Öğr. Üyesi Zübeyir BAKMAZ**
VERGİ UYUŞMAZLIĞI ÇERÇEVESİNDE İNCELEME
RAPORUNUN İHBARNAMEYE EKLENMEMESİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ
*Evaluation of not Adding the Review Report to
Notice in the Framework of Tax Dispute*
- 11- **Semiyet BADEM**
CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA TANIK
WITNESS
Witness in Criminal Procedure Law
- 12- **Dr. Öğr. Üyesi Dikran M. ZENGİNKUZUCU**
COVID-19 (KORONAVİRÜS) SALGINI VE
YAŞAM HAKKI
Covid-19 (Coronavirus) Epidemic and the Right to Life
- 13- **Ar. Gör. Miray ÖZER DENİZ**
İŞÇİLERİN ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL
VERİLERİNİN KORUNMASI VE BUNDAN
DOĞAN SORUMLULUK
*Protection of Sensitive Data of Workers and Liability
Arising from Relation*
- 14- **Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER**
THOMAS AQUINAS'TAN ORHAN MÜNİR
ÇAĞILA TEOLOJİK TABİİ HUKUK
*Theological Natural Law From Thomas Aquinas to
Orhan Münir Çağıl*
- 15- **Burak POLAT**
ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL
KARARLARINA KARŞI AÇILAN İPTAL DAVASI
SIRASINDA PAY DEVRİNİN DAVACILIK
SIFATINA ETKİSİ
*Effect of Transferring a Company Share During Nullity
Trial of Joint Stock Company General Assembly
Decisions on Claimant Title*
- 16- **Prof. Dr. Cenk AKİL**
22.07.2020 KABUL TARİHLİ VE 7251 SAYILI
HUKUK MUHALEMELERİ KANUNU
İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI HAKKINDA KANUN İLE
İSTİNAFA İLİŞKİN OLARAK YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ
*Evaluation of the Changes Related to Appeal Law
with the Law About Some Amendments on the Code
of Civil Procedure and Some Laws which is dated
22.07.2020 and numbered 7251*
- 17- **Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA**
ULUSAL EGEMENLİK VE ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ
KONUSU OLARAK ULUSLARARASI ÖRGÜTLERDEN
ÇIKMA VE ÇIKARILMA
*Withdrawal and Expulsion From the International
Organizations as Subjects of National Sovereignty
and International Cooperation*
- 18- **Doç. Dr. Yasin SÖYLER**
YENİ BİR İDARİ SUÇ OLARAK COVID-19
SALGIN SÜRECİNDE İHDAS EDİLEN FAHİŞ
FİYAT ARTIŞI
*Price Gouging as a New Administrative Offence at
Covid-19 Epidemic*

Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya / ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01

yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826

